

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XVIII
2001



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

MARIO RUIZ SANZ

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

CONSEJO ASESOR

CRISTINA GARCÍA PASCUAL

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Valencia

EMILIA BEA MARTÍNEZ

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Valencia

JOSÉ GARCÍA AÑÓN

Profesor 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

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Huelva

MANUEL CALVO GARCÍA

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Zaragoza

JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Jaén

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 Moral y Política); 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 XVIII
2001

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2002

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

ISSN: 0518-0872
ISBN (BOE): 84-340-1336-3
ISBN (M.º de Justicia): 84-7787-870-6
NIPO (BOE): 007-02-017-0
NIPO (M. de Justicia): 051-02-012-8
Depósito Legal: M-11151-1958

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

PRESENTACIÓN

La sección monográfica del volumen XVIII del Anuario, tal y como se comunicó a los socios, está dedicada a «La argumentación en la prueba» y recoge cuatro contribuciones sobre diferentes aspectos de la argumentación de los hechos y una en la que, desde la perspectiva de la dogmática penal, se señalan algunos problemas de carácter metodológico.

Once artículos componen en esta ocasión la sección destinada a estudios de Teoría y Filosofía del Derecho, entre los que acogemos un texto inédito de G. Von Wright, gracias a la mediación del profesor Alarcón Cabrera, que se ha encargado además de su traducción.

Las normas de competencia, a partir de un trabajo del profesor Ferrer, son el objeto del debate entre éste y el profesor Peña Freire, en el apartado dedicado habitualmente a las discusiones.

La sección de crítica bibliográfica ofrece una docena de reseñas de libros de autores españoles y extranjeros, mientras que, en la de noticias se incluye una nota informativa preparada por el profesor Mercado, uno de los organizadores de las exitosas XVIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política celebradas en la Universidad de Granada.

La muerte de Enrique Marí, un iusfilósofo argentino cuya obra es bien conocida entre nosotros y que mantuvo intenso intercambio con muchos profesores españoles de Filosofía del Derecho, obligaba a una nota necrológica. En esta ocasión ha sido redactada por quien fuera uno de sus colaboradores, el profesor y ensayista Claudio Martyniuk.

Aprovecho esta oportunidad para poner en conocimiento de todos los socios que la revista electrónica *Cuadernos de Filosofía del Derecho* vuelve a su formato inicial: constituir un marco para el debate abierto e inmediato entre todos los socios, por lo que les invito a utilizar este medio, idóneo para el intercambio ágil de ideas y trabajos.

Valencia, septiembre de 2001.

JAVIER DE LUCAS
Director

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN. JAVIER DE LUCAS	5
I. MONOGRÁFICO: La argumentación en la prueba	
1. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ: <i>Hechos difíciles y razonamiento probatorio (Sobre la prueba de los hechos disipados)</i>	13
2. RAFAEL DE ASÍS ROIG: <i>Sobre la motivación de los hechos</i> ...	35
3. LAURA MIRAUT MARTÍN: <i>La sentencia judicial entre la recreación y la sustitución de los hechos</i>	49
4. JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN: <i>Problemas metodológicos en la prueba del dolo</i>	67
5. LORENZO PEÑA GONZALO/TXETXU AUSÍN DÍEZ: <i>La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria</i>	95
II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO	
1. JUAN JESÚS AGUIRRE DE LA HOZ: <i>Hombres y ciudadanos</i>	129
2. CARLOS ALARCÓN CABRERA: <i>Valores y sentimientos: Un enfoque freudoemotivista</i>	149
3. MARTA ALBERT MÁRQUEZ: <i>La mujer en la «etapa de la nivelación». El feminismo en el pensamiento de Max Scheler</i>	181
4. MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS: <i>El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales</i>	205
5. XACOBE BASTIDA FREIXEDO: <i>Brevísima relación de los males de la Filosofía del Derecho o las formas entre las que un filósofo del derecho puede elegir para no serlo</i>	227

	Pág.
6. MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS: <i>La ciudad desmerecida (Notas sobre el orden y el desorden social)</i>	257
7. JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ: <i>El formalismo en la teoría jurídica estadounidense</i>	267
8. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS: <i>La seguridad jurídica en la configuración del Derecho como ordenamiento</i>	301
9. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO: <i>Sobre el arte legislativo de birlibirloque. La LOPRODA y la tutela de la libertad informática en España</i>	321
10. MANUEL JESÚS RODRÍGUEZ PUERTO: <i>Tópica y humanismo jurídico</i>	363
11. GEORG H. VON WRIGHT: <i>Valorar (o cómo hablar de lo que se debe callar). Nuevas bases para el emotivismo (trad. de Carlos Alarcón Cabrera)</i>	385

III. DEBATES

1. ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE: <i>Sobre las normas de competencia: Algunas observaciones a las tesis de Jordi Ferrer</i>	399
2. JORDI FERRER BELTRÁN: <i>De nuevo sobre las normas de competencia: Una réplica a Antonio Manuel Peña</i>	413

IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

1. ARNAUD, A. J.: <i>Entre modernidad y globalización. Siete lecciones de historia de la filosofía del Derecho y del Estado</i> (Nathalie González Lajoie).	425
2. CRUZ, L. M.: <i>Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham</i> (José Antonio Seoane Rodríguez)	429
3. DE ASÍS ROIG, R.: <i>Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista</i> (Ramón Ruiz Ruiz)	435
4. DI BLASI, F.: <i>Dios y la Ley natural. Una relectura de Santo Tomás de Aquino</i> (Vicente Bellver Capella)	439
5. FERREIRA DA CUNHA, P.: <i>Le Droit et les Sens</i> (José Calvo González)	442
6. GARZÓN VALDÉS, E.: <i>Filosofía, Política y Derecho. Escritos seleccionados</i> (José García Añón)	446
7. MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.: <i>La obediencia al Derecho en la España democrática</i> (Sonia Esperanza Rodríguez Boente)	453
8. MELKEVIK, B.: <i>Réflexions sur la Philosophie du Droit</i> (José Calvo González)	461

	Pág.
9. MIRAUT MARTÍN, L.: <i>La teoría de la decisión jurídica de Benjamín Nathan Cardozo</i> (David Enrique Pérez González)	465
10. PÉREZ LUÑO, A. E.: <i>Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la experiencia jurídica</i> (Fernando H. Llano Alonso)	469
11. RODRÍGUEZ MOLINERO, M.: <i>Introducción a la Filosofía del Derecho</i> (Juan Antonio García Amado)	473
12. VV.AA. (A. Antón, coord.): <i>Trabajo, derechos sociales y globalización algunos retos para el siglo XXI</i> (Pablo Miravet Bergón)	478
 V. NOTICIAS	
XVIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Granada, 5 y 6 de abril de 2001 (Pedro Mercado Pacheco)	487
 VI. NECROLÓGICAS	
<i>In memoriam</i> Enrique Marí (Claudio Martyniuk)	491

I

**MONOGRÁFICO:
LA ARGUMENTACIÓN EN LA PRUEBA**

Hechos difíciles y razonamiento probatorio (Sobre la prueba de los *hechos disipados*)

Por JOSÉ CALVO GONZÁLEZ

Universidad de Málaga

SUMARIO: HECHOS FÁCILES Y HECHOS DIFÍCILES. HECHOS DISIPADOS. ALCANCE DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL POR CONCURSO DE HECHOS INDICIARIOS. COHERENCIA INDICIARIA COMO COMPRENSIÓN NARRATIVA. TOMAR EN SERIO EL «RELATO DE LOS HECHOS».

«Donde las leyes son claras y precisas
el oficio del juez no consiste más que en asegurar un hecho»
Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas* (1764)

«Existe entre los abogados y los magistrados
cierta tendencia a considerar como materia de inferior categoría
las cuestiones de hecho y a dar a la calificación de “pruebista”
un significado despectivo»
Piero Calamandrei, *Elogio de los Jueces escrito por un abogado*.

«Sus enemigos, para deprimirle, decían que era el abogado del hecho.
Y no se daban cuenta de que con eso hacían su mejor elogio»
Ángel Ossorio, «El estilo forense»,
en *La palabra y otros tanteos literarios* (1945)

Hechos fáciles y hechos difíciles

Que la inabarcable realidad del mundo sea una torrencial proliferación de hechos convierte en inútil, prácticamente, cualquier intento por drenar su continua, hasta el derroche, derrama fáctica. La realidad

jurídica presenta no obstante un formato menos dilatado y más portátil, merced a que la Dogmática, en su fría corrección catastral, ha dispuesto de manera económica y en forma eficiente algunos inventarios acerca de los *hechos*. El jurista dogmático se ha interesado por resolver, y así cuando menos en efecto ha contribuido notablemente a ello, el problema del tratamiento de experiencias relacionadas con los *hechos en el Derecho*. Su labor en éste como en otros casos consistió en diseñar sobre el terreno del Derecho vigente estrategias de demarcación y trazar a partir de ellas una cartografía de redes lógicas, categorías abstractas y principios que sirvieran para aprender a identificar, situarse y orientarse –cognición, descripción y prescripción– en cualquier panorama, por vasta y diversa que fuera su amplitud. A la Dogmática jurídica debemos *el mapa del Derecho vigente*.

Ese mapa ofrece una imagen sistemática, rigurosa, ordenada y sencilla de su completa superficie, pero también sintética y miniaturizada, pues a falta de disminución, sin la función de alguna escala que lo aminore, se haría tan colosal, y otra vez complicado y denso y prolijo, como el propio territorio que pretendía representar; el empeño en levantar un mapa del mundo a escala del mundo recuerda la minuciosa y heroica tarea de cierto anecdótico cartógrafo borgeano. Ese mapa, además, se despliega igual que el planisferio de un mapamundi; es decir, donde al mirar la *esfera del Derecho*, dividida en dos hemisferios planos apenas unidos por una ligera tangencia, la propia ausencia de perspectiva inclina a ver las normas y los hechos en un corte raso y disjunto, y recíprocamente opuesto. Mas, con todo, ya tampoco el hemisferio correspondiente a los hechos –que siempre fueron como «una especie de isla misteriosa en el reino del derecho»¹– dibujaría la geografía *de los hechos*, sino la de un *Paraíso* de conceptos jurídicos² *sobre los hechos*.

Y es respecto de él donde, a la vista de los llamados los *hard cases*³, esto es, de vicisitudes procesales y exigencias técnicas diferenciadas y particulares de la teoría de la prueba en relación con los hechos, podemos a su vez establecer un parámetro que organice y distinga otra posible categoría hechos en el Derecho, desgranados desde ahora como *fáciles* o *difíciles*.

Entenderé aquí como *hechos fáciles* lo relativo a experiencias existenciales cuya *adquisición, fijación y verificación fáctica* se encuentra jurídico-procesalmente exonerada de las reglas de contradicción y/o de

¹ FRANCESCO CARNELUTTI, *Arte del Diritto*, Padova, Cedam, 1949, p. 49.

² HERBERT L. A. HART, *El concepto de Derecho* (1961), trad. de G. R. Carrió, Nacional, México, 1980, pp. 161-162.

³ NEIL MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, pp. 227 ss., llama *hard cases* a aquellos en los que «con independencia de cualquier disputa sobre los hechos del caso, existe una disputa entre las partes respecto a la orientación de la ley sobre qué hechos pueden demostrarse». Los *hard cases* se refieren a problemas de relevancia, interpretación, prueba y calificación dentro del procedimiento judicial. En tales supuestos la inferencia deductiva que marcha norma-hecho-resolución se quiebra.

inversión o reparto del *onus probandi*, o resulta limitada (favor probatio-nis); v. gr., hechos *expresamente admitidos por las partes, o admitidos tácitamente por la contraria*⁴, hechos *ciertos*⁵ y hechos *institucionales*⁶.

⁴ Admitidos tácitamente pues, además de función de la parte contradictoria cuya actitud condiciona la carga probatoria, la posible admisión de hechos se halla asimismo en función de la prueba no sólo como el resultado que de ella se traiga, sino de la efectiva práctica de la misma, dado que habrán de aceptarse como admitidos también los hechos que resulten dispensados de ella por no controvertidos. Vid. Antonio HERNÁNDEZ GIL, «El proceso discursivo del abogado con relación a los hechos y al derecho», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, Tecnos, Madrid, 1976, vol. I, pp. 791-792. Vid. también ídem, *El abogado y el razonamiento jurídico*, Madrid, 1975. Asimismo, STS 8 de noviembre de 1982.

⁵ Vid. sobre hechos en calidad de «ciertos» e inutilidad de la actividad probatoria artículos 549, 565, 566, 690 y 691 LEC 1881/artículos sc, sc, 283, sc y 414 LEC 2000, y STS 6 de diciembre de 1952.

⁶ Condicionados, además de por las limitaciones verificacionistas de la teoría de la prueba, por el *favor probationes* y el mecanismo procesal de la justicia negociada: *id est*, junto a los hechos afectados por la prueba ilícita y prohibida, o la prueba extemporánea, también los establecidos mediante presunciones *iuris tatum* (que dispensan de prueba a los favorecidos por ellas) y presunciones *hominis*, y los que resultan en el trámite previo de conformidad de las partes. Vid. Marina GASCÓN ABELLÁN, *Los Hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 125-187. Con todo, es preciso introducir ciertos matices a esta *no-dificultad*. Conviene anotar que las presunciones *hominis*, o fuentes probatorias traídas al convencimiento y la formación de certezas desde el bagaje de la experiencia general, experimentan importantes transformaciones de acuerdo a la evolución y permanente estado de avance científico que a diario se produce en el proceso de valoración judicial con el desarrollo y utilización de nuevas técnicas de investigación y medios probatorios; así, el recurso a la bioestadística, a pruebas hematológicas, al genoma, etc. De este nuevo panorama y su influencia en el razonamiento probatorio, Gilda FERRANDO, «Prove genetiche, verità biologica e principio di responsabilità nell'accertamento della filiazione», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1996, 3, pp. 726-754; Michele TARUFFO, «Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1996, 1, pp. 219-249; José F. HIGUERA GUIMERÁ, «Culpabilidad y el Proyecto Genoma Humano», en *Actualidad Penal*, 1994, XLIV, pp. 763-779; Cristóbal Francisco FÁBREGA RUIZ, «Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas», en *Anuario de Derecho Civil*, II, 1998, pp. 633-676 y «Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de investigación criminal, con especial referencia a la «huella genética» y su valoración judicial», en *La Ley. Revista española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, XX, 1999, núm. 4721, pp. 1-6. Por otra parte tampoco debe olvidarse, ciertamente, que la exención de razonamiento fáctico probatorio característica del trámite de conformidad por alcanzarse ésta antes del inicio de la práctica de la prueba y traer de ello aparejada la inmutabilidad del relato fáctico aceptado por las partes sin necesidad de continuación del juicio, no elimina toda actividad de valoración judicial de los *hechos consensuados*, que al menos subsiste como control *favor rei* de legalidad. Así, desde lo expresado por el inciso segundo del artículo 793.3 LECr., en el sentido de que la conformidad «no podrá referirse a hecho distinto», e inciso tercero, acerca «de la descripción del hecho aceptado». Vid. Luis Alfredo DE DIEGO DíEZ, «El control judicial sobre la conformidad del acusado», en *Poder Judicial*, 23, 1991, pp. 33-47, y «Alcance de los términos "Sentencia de estricta conformidad"», en VV.AA., *Evitación del Proceso*, CGPJ, Col. Cuadernos de Derecho Judicial, XXIV, Madrid, 1997, pp. 35-156, Luciano VALERA CASTRO, «Para una reflexión sobre el régimen de la conformidad en el procedimiento abreviado», en VV.AA., *El Procedimiento abreviado*, CGPJ, Col. Cuadernos de Derecho Judicial, IX, Madrid, 1992, pp. 35-156, y Andrés DE LA OLIVA

Tendré por hechos *difíciles* aquellos donde el problema jurídico-procesal de *conocimiento, esclarecimiento y puntualización objetiva del sustrato fáctico* de una experiencia existencial acoge en su planteamiento, guía y resolución la índole compleja del razonamiento probatorio de la valoración judicial. Su catálogo provisional reuniría especies diversas con grado de dificultad también diferente; v. gr.: hechos *rebeldes*⁷, hechos *fugaces*⁸, asimismo hechos *notorios*⁹ y hechos *negativos*¹⁰, hechos *reconstruidos*¹¹ y hechos *futuros* como *posteriores*

SANTOS, «Sobre la conformidad del imputado y la “negociación” de la sentencia en el proceso penal español», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1992, 2, pp. 51-66. Finalmente, creo que sin en general desatender la ponderación de lo derivable en la distinta naturaleza *institucional* del proceso al que asistamos, sea civil o penal, es asimismo claro que de las diferencias entre principio dispositivo y acusatorio, así como entre sus respectivas consecuencias para con la prueba en orden a la actividad y razonamiento judicial, no cabe proclamar una insalvable separación. Vid. Jaime GUASP DELGADO, *Juez y Hechos en el proceso civil. Una crítica del proceso de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*, Bosch, Barcelona, 1943.

⁷ Para abordar tanto el caso de una sobrerrealidad de los hechos, o situación fáctica *extra-normativa*, hablando de hechos rebeldes como hechos *desbordados*, de hechos *emergentes*, como el una realidad fáctica marginal, *para-normativa*, hablando de hechos rebeldes como hechos *inatrapables*, de hechos *extravagantes*.

⁸ En ocasión de replantear el parámetro estándar de la averiguación y verificación de los hechos mostrando que la función *tempus* referida a los mecanismos de actividad probatoria no sólo tiene lugar *ex-processu*, sino también *ante-processu*.

⁹ Porque aun cuando *notoria non eget probatione*, no carecería de todo interés para la materia de razonamiento probatorio presentar algunas reflexiones ligadas a la alegación y valoración de un determinado hecho como hecho notorio con independencia de la exoneración *–prima facie–* de *necessitas probandi*.

¹⁰ Aún confiados en que *negativa non sunt probanda*, pues las dificultades relacionadas con el logro de la certeza plena no son menores en esta materia que en la prueba de hechos positivos. «No parece pues justificada una simplificación general de la prueba para esos casos, como suele reclamárselo en la doctrina». Vid. Erich DÖHREING, *La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba su práctica y apreciación* (1964), trad. de T. A. Banzhaf, Eds. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, pp. 436-437.

¹¹ En referencia a diligencias consistentes en reproducir los hechos en el lugar en que se produjeron, donde la capacidad para generar verdad material es muy cuestionable ya que ni siquiera está sometida a la pugna de contradicción de un debate oral. Se trata de que quienes intervengan en la diligencia manifiesten lo que conozcan acerca de como tuvieron lugar los hechos, y a diferencia de lo que sucede con las diligencias de inspección ocular lo que se reconstruye no es lo que ve el juez, sino lo que terceros dicen que vieron en calidad semejante a testigos *de visu*, lo que ha hecho que la jurisprudencia sitúe la práctica de la mencionada diligencia a mitad de camino entre la prueba de testigos y la inspección ocular. En cualquier caso, las diferencias con ésta no carecen de relieve. Aquella posee naturaleza descriptiva (descripción de huellas, vestigios u objetos materiales del delito), en tanto que ésta muestra un carácter fundamentalmente valorativo de lo que pudo suceder y que intenta representarse de nuevo. En general la jurisprudencia es reticente respecto de su práctica, así como de los resultados que de ella puedan *inferirse*, que siempre serán distintos según se practique como diligencia investigadora propia de la fase de instrucción, o en el plenario, pues en el primer caso el órgano judicial que ha de valorar sus resultados estará afectado por el principio de inmediación. Es por tanto razonable suponer que la ulterior valoración debería estar asistida de algo más que el registro de las impresiones que obtuvo directamente el instructor, y que en todo caso y a falta de ese *plus* valorativo, el razona-

(sean hechos *pendientes*, o hechos demorados)¹², hechos *ante-futuro*¹³, y hechos *ex-futuros*¹⁴, hechos *virtuales*¹⁵, y hechos *disipados*.

miento de la valoración subsiguiente habrá de ser complejo. En cuanto a su práctica en fase de juicio oral el razonamiento valorativo estará muy mediatizado por el tiempo transcurrido desde la producción de los hechos. Del resto la jurisprudencia condiciona su necesidad, y por ende su pertinencia, a que la posibilidad material o empírica de los hechos —especialmente de las acciones desarrolladas por el autor o de la percepción sensorial de un testigo— ofrezca *dificultad*, debiendo tenerse por innecesaria en los casos en que a los acusados se imputan acciones de cuya realización la experiencia general no ofrece la menor duda, o cuando se estime que los hechos acaecidos se encuentran suficientemente contrastados por el resultado de otras pruebas. Estos problemas de valoración y coordinación a otros medios y medidas de prueba, al situarse como alternativa a la *disipación fáctica*, anuncian en parte los mecanismos y niveles de exigencia razonadora de la prueba por concurso de indicios.

¹² De «constataciones provisionales» habla DÖHREING, *op. cit.*, p. 438, para referirse a los hechos *futuros*, entendiéndolos genéricamente como hechos que aún están por suceder. Pero es razonable matizar el ángulo de apreciación fáctica señalando otras modalidades como la de hechos *demorados*, en lo relativo a demora como tardanza en la alegación procesal (tema de *hechos nuevos* y juramento de malicia), o la de hechos *posteriores* como *hechos nuevos jurisprudenciales* en el controvertido asunto de si el ulterior cambio de jurisprudencia constituye o no un *hecho nuevo* a los efectos del artículo 954.4º LECr.

¹³ Por lo general relacionados con institutos de prevención e intervención económica de bienes litigiosos, donde si bien como en el caso del embargo preventivo y de las medidas de aseguramiento (arts. 1397 a 1428. LECv. 1881/arts. 727 a 747 LECv. 2000) apenas se exige al acordar su decreto más que una labor puramente constatativa de determinadas circunstancias, salvo que en su ausencia o parcial defecto «exista motivo racional», lo que entonces llevará a realizar un razonamiento probatorio complejo ya sea en su concreción o en su rendimiento. Distinta apreciación de la prevención se sigue, no obstante, en orden a hechos *ante-futuros* concretados en medidas cautelares sobre la situación personal de justiciables y/o condenados. Aparte de la figura del «arresto del quebrado» (arts. 1335, 1336 y 1340 LECv. 1881/vigentes LECv. 2000 en relación con los arts. 1046 a 1048 CCo. de 1829 y art. 908 CCo. 1885) y lo declarado sobre ella por SSTC 178/1985 en relación con 41/1982 y 108/1984 en cuanto a medidas *ad cautelam* y *ad condenam*, tales hechos conciernen a la proyección del *favor libertatis* como principio orientativo (art. 1.1 CE) y garantía institucional (art. 17.1 CE) interpretativa del ordenamiento jurídico en su conjunto, y particularmente a situaciones restrictivas (art. 504 LECr. y DT 11ª.1 LO 10/1995, de 11 de noviembre). Es claro, pues, que el juicio evaluatorio relacionado con el aseguramiento contra riesgos de fuga y posible frustración finalista de la tutela judicial precisará para el acuerdo de imposición tanto como para su mantenimiento de la ponderación de objetivos parámetros razonando a mi entender a) si al presente caso la presunción de inocencia ha sido o no ya plenamente destruida por una sentencia condenatoria (art. 504.5 LECr.) b) el que aun habiéndolo sido, el mantenimiento resulte constitucionalmente justificado y proporcionado a los fines que delimitan las medidas de privación de libertad, c) el acudir datos específicos, así concretados, al menos, en la gravedad de los hechos juzgados o por juzgar, la alarma social en su día generada por los mismos, y el juicio de responsabilidad criminal merecido y el grado de repercusión punitiva alcanzada (supuesto se haya emitido sentencia condenatoria), y d) el atender además de a las características personales de quien deba soportar o soporte la medida, así su arraigo domiciliario y familiar, el que aún con haberlo acreditado, pese o no la instrucción de otra causa por presunta comisión de delito de relevante gravedad, en la que pudiera obtener algún beneficio de cambio en la actual situación de preventivo capaz a su vez de comportar puesta en libertad provisional.

¹⁴ Hechos de un *ex-futuro*, o futuro frustrado, que no tendrá lugar, asimismo diferenciados de los hechos pendientes y pospuestos como también de los diferidos

En este trabajo anticiparé parte de la investigación que sobre ellos vengo desarrollando para presentar en exclusiva el resultado de lo que doy en llamar hechos *disipados*.

Hechos disipados

La prueba más palmaria de la existencia de «hechos difíciles» se advierte en lo que llamaría *hechos disipados*, o «hechos meramente indiciarios»¹⁶. Más aún: del vario *atrezzo* con que la dificultad probatoria –procesal y razonadora– en materia de hechos base puede revestirse, lo representado por su *disipación* a través de hechos meramente indiciarios les haría acreedores incluso, diría, del calificativo de *perdifficilis*. Los indicios son, si se me permite expresarlo de este modo, el antifaz de los hechos, lo que significa tanto que pueden existir hechos con antifaz, que serían los indicios, como también que ese antifaz sirve para que tras él los hechos se agazapen mostrándose apenas sólo como indicios.

El problema de los *hechos disipados* situado así, oportunamente, en el terreno de la «prueba de indicios»¹⁷, resulta campo abonado para el análisis general de la prueba y, si vale decirlo así, *prueba de fuego* para el rendimiento del razonamiento lógico, argumentación fáctica y motivación razonable y suficiente de la decisión judicial.

Partiré en mi examen de la doctrina jurisprudencial básica recogida en las SSTC 174 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre, y SSTS 14 de octubre y 20 de diciembre de 1986¹⁸. Pero la ocasión que me

en su determinación en cuanto remitibles al período de ejecución de sentencia, que acaso plantean problemas de cuantificación pero que no son difíciles *sensu stricto*. Hechos *ex-futuro* serían, por ejemplo, los relacionados con el lucro cesante.

¹⁵ Hoy ya no se percibe como en el pasado la separación entre realidad e imagen. La imagen ha dejado de ser impresión de la realidad, y la realidad se hace de imágenes virtuales; es más, esas imágenes virtuales que no tienen impresión en la realidad son no obstante la realidad, una realidad virtual. Las estructuras representativas se han abierto, pues, al infinito. Superan el expresionismo de la figuración y las variables texturas de la abstracción. No existen, o sólo apenas, límites configuradores de la representación. Y todavía más, se ha trascendido la escanerización de imágenes preexistentes y se ha ido hacia la construcción de un mundo no comparativo, ni en imágenes ni en síntesis conceptuales. Se está en un mundo cuya única expresión es el lenguaje técnico. Desde ahora, la representación se confunde con el efecto. Bajo la denominación de hechos *virtuales* aludo a la novedad de irrupción de las tecnologías en el proceso y su influencia en materia probatoria.

¹⁶ Con esta denominación los registran las SSTC 206/94 fj. 3, 309/94, fj. 3, y, 283/94 fj. 2.

¹⁷ Vid. de antiguo Santiago LÓPEZ MORENO, *La prueba de indicios*, Imp. de Aurelio J. Alaria, Madrid, 1879. Para una síntesis doctrinal sobre la «prueba indiciaria» puede partirse de Valentín SILVA MELERO, «Presunciones e indicios en el proceso penal», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, LXXXIX, T.VIII, 1944, pp. 526-551, donde sin embargo el lector habrá de ponderar cuidadosamente los peculiares argumentos que con inmoderado exceso utiliza el A. para combatir la «presunción de inocencia» (pp. 533-537).

¹⁸ De este mismo órgano, con posterioridad, SS de 7 de abril y 30 de junio de 1989, 3 de abril, 15 de octubre y 22 de noviembre de 1990, 8 de marzo, 17 de junio

brinda el abordar este grupo de «hechos difíciles» me permitirá, además, volver a sostener la idea de la interpretación de los hechos no sólo como un discurso de *cognitiva invenio* (*ars inveniendi*, hallazgo y cualificación), sino narrativo, de *inventio* (*ars inventa disponendi*) *deliberativa* (*deliberatio* como producto específico de la prudencia, como razón razonante, como razonabilidad).

Pues bien, al ordenar cuáles sean los principales problemas que rodean eficacia apreciativa y argumental de la llamada *prueba indiciaria* destaca sobre cualquiera otro el afectante a las condiciones de la enervación del derecho de *presunción de inocencia*. En esta materia, la STS de 25 de junio de 1990, siguiendo la doctrina del TC (SSTC 169/1986, de 22 de diciembre, 229/1988, de 1 de diciembre, 256/1988, de 21 de diciembre de 1988, 94/1990, de 23 de mayo), declaró que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de la prueba indiciaria, ya que no siempre es posible utilizar la prueba directa, y en la dificultad del esclarecimiento del hecho delictuoso prescindir de aquélla conduciría, en ocasiones, a la impunidad¹⁹. No obstante, en su admisibilidad se exigen determinados requisitos. Y son los siguientes:

De carácter *formal o procesal*: que los indicios estén plenamente acreditados, es decir, que la prueba de indicios se base en hechos y no meras sospechas, impresiones o apariencias, por muy vehementes, exacerbadas o conspicuas que ellas llegaren a parecer²⁰, y que el órgano judicial que la opere explice, mediante motivación expresa²¹ y no indirecta o tácita, las pruebas practicadas y los criterios racionales empleados en su valoración, exponiendo las «líneas generales»²² o «hitos principales»²³ del razonamiento manifiesto, o cuando menos implícito como completable o reconstruible (art. 899 LECr) en el marco del recurso de apelación, la vía casacional o de amparo²⁴, y a virtud del cual sea atendible y entendible el haberse satisfecho una actividad probatoria de cargo suficiente y razonable para desvirtuar la presunción de inocencia, en la que habiendo partido concretamente de indicios probados (hechos-base) llegó a for-

y 11 de septiembre de 1991, 10 de enero y 7 de julio 1992, 21 de enero, 28 de abril, 14 de mayo, 10 de junio y 23 de noviembre de 1993, o 20 de diciembre de 1995 entre otras varias.

¹⁹ Vid. también SSTC 303/93, 384/93, 62/94, 78/94, 93/94, 122/94, 206/94, 244/94, 283/94, 309/94, 116/95, 45/97, AATC 78/94, 122/94 y SSTS de 27 de mayo de 1988, 31.12.92, 18.6.93, 20.9.94, 4.5.95 y 6.11.95, entre otras.

²⁰ SSTS 20 de enero y 6 de abril de 1988. «Porque las sospechas muchas veces no aciertan con la verdad», se lee en la Partida IIIª, Tit. XVI, ley 8ª.

²¹ SSTC 174/85, 229/88, 197/89, 94/90, 124/90 y 78/94. También STS 17 de diciembre de 1985.

²² STC 174/85.

²³ ATS 2 de marzo de 1994.

²⁴ SSTS 15 de abril y 3 de mayo de 1989.

marse la firmeza de convicción de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito²⁵.

De carácter *material o sustantivo*: que no debe tratarse de un solo indicio (*indicium unus, iudicium nullus*²⁶), pues necesariamente han de ser múltiples²⁷, dependiendo de las circunstancias su cualificación y número²⁸, cifrando esa *pluralidad* en un mínimo de dos²⁹, graves y concluyentes³⁰, que se presenten concordantes en apuntar hacia una misma dirección, bien que pudiendo bastar, excepcionalmente, la *unicidad*, cuando ese único indicio revista una relevancia «de especial significación»³¹. Creo que el sentido atribuible a esa unicidad, siempre excepcional, admite dos posibles interpretaciones: que el indicio único se ofrezca con intrínseca capacidad para desarrollar, por vía periférica aunque no desconectada –v. gr., persistiendo la circunstancialidad (de *circum* y de *stare*)³² y proximidad que le son exigibles a toda concordancia– una inferencia presuntiva articulada en el concatenamiento o imbricación seriada y derivativamente acumulable de concausas desprendibles, del tipo «en cascada»³³, interrelacionadas a

²⁵ Vid. SSTC 21 de octubre de 1985, 17 de diciembre de 1985, 17 de diciembre de 1986, y RJC 150/87, 166/88, 229/88, 256/88, 107/89, 94/90, 111/90, 124/90, 138/91, 384/93, 206/94, 93/94, 206/94, 244/94, 283/94, 309/94, 116/95 y 45/97, además de AATC, 524/86, 244/87, 376/88, 683/88, 878/88, etc. Asimismo, entre otras varias, también las SSTS de 3 de abril, 17 de diciembre y 22 de noviembre de 1990, 31 de diciembre de 1992, 18 de mayo de 1993, 20 de septiembre de 1994, 4 de mayo de 1995 y 6 de noviembre de 1995, etc.

²⁶ Y ello, conforme también al brocardo *Cum quae singula infirma sunt, coniuncta vim veritatis assumunt*.

²⁷ SSTS de 21 de mayo de 1992, 10 de octubre de 1995, 13 de junio de 1996, 5 de junio de 1997, 25 de noviembre de 1998, 21 de enero, 2 y 6 de febrero de 1999, entre otras muchas. La exigencia de pluralidad se dirige a eliminar la equivocidad y eventual inducción a error que pudiera derivarse de contar con un sólo indicio (STC 111/190, y STS 31 de enero de 1990).

²⁸ STC de 14 de octubre de 1986 y STS de 23 de febrero de 1988.

²⁹ SSTS 1 de octubre de 1992 y 31 de enero de 1994.

³⁰ STS 20 de diciembre de 1986. Tal requisito se prescribía expresamente en el art. 12 de la Ley Provisional para la Reforma del Procedimiento Criminal de 18 de junio de 1870. Los arts. 192 comma 2º CPP y 2729 CCv italianos siguen reconociéndolo bajo fórmula de gravedad, precisión y concordancia; vid. Tiziana TREVISSON LUPACCHINI, «Giurisprudenza. *Misure Cautelari*. Con nota di...», en *Riv. ital. dir. proc. penale*, 2, 1995, en espc. pp. 311-314, y Silvia BATTAGLIO, «Indizio e prova indiziaria nel processo penale», en *Riv. ital. dir. proc. penale*, 2, 1995, en espc. pp. 404-436. La STC 133/95 lo acoge al objeto de «reducir al máximo el margen de indeterminación o error del juicio probabilístico en que [la prueba indiciaria] consiste». Su función entre nosotros es, pues, sobre todo persuasiva.

³¹ STS de 7 de julio de 1989.

³² SSTS 13, 21 y 24 de mayo y 13 de julio de 1996.

³³ Así la construcción presentada por la STS de 22 de noviembre de 1999, donde en realidad un único hecho meramente indiciario se *multiplica* por desglosamiento de su circunstancia en otros varios incidios coincidentes o confluentes. La idea de «inferencia en cascada» se localiza en J. H. WIGMORE, *The science of judicial proof, psychology, and general experience, and illustrated in judicial trials*, Little Brown, Boston, 1937³, p. 13, con empleo de expresiones como «catenated», «cascaded» o «hierarchical». Vid. asimismo David A. SCHUM-Anne W. MARTIN, «Formal and empi-

otros *indicios sobreentendidos* en su propio modo de ser³⁴, o que aquel indicio único conduzca a una inferencia presuntiva de carácter forzoso como articulada desde una ley científica en la que la conclusión causal no pueda separarse por ser excluyente de toda otra causalidad probable³⁵. Es requerido, además, que los hechos indiciarios se hallen recogidos en la misma causa y demostrados por prueba directa³⁶ (art. 1249 CCv) y en todo caso inequívocamente acreditados (*ex nihilo, nihil facit*)³⁷, y que entre ellos y su consecuencia exista una clara y lógica relación de causalidad³⁸, ya que sólo una inferencia lógica permitirá considerarlos como prueba de cargo. Y, finalmente, que el órgano judicial tenga en cuenta los llamados «contraindicios»³⁹.

En este sentido, cabe decir que los *contraindicios* presentan otra variante, no menos sugestiva, de la *dificultad* en los hechos justiciables. Su núcleo dificultoso reside, como en los indicios, en el proble-

tical research on cascaded inference in jurisprudence» (1982), en Reid HASTIE (ed.) *Inside the juror. The psychology of juror decision making*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994, pp. 136-174: «A cascaded inference task is composed of one or more reasoning stages interposed between evidence observable to the factfinder and the ultimate facts-in-issue» (pp. 136-137).

³⁴ Distinto es el problema de *la prueba de prueba* que Beccaria parece confundir. Beccaria cuestionaba, no obstante, esta vía inferencial para la obtención de la certeza moral como probabilidad sobre la certidumbre de un hecho: Hay un teorema general muy útil para calcular la certidumbre de un hecho, por ejemplo, la fuerza de los indicios de un delito. Cuando las pruebas del hecho son dependientes la una de la otra, esto es, cuando los indicios no son prueban sino entre sí mismos, cuanto mayores pruebas se traen tanto menos es la probabilidad de él, porque los accidentes que harían faltar las pruebas antecedentes hacen faltar las consiguientes. Cuando las pruebas de un hecho dependen todas igualmente de una sola, en número de ellas no aumenta no disminuye la probabilidad del hecho, porque todo se resuelve en el valor de aquella sola de quien dependen. Cuando las pruebas son independientes la una de la otra, esto es, cuando los indicios se prueban de otra parte, no de sí mismos, cuanto mayores pruebas se traen, tanto más crece la probabilidad de hecho, porque la falacia de un prueba no influye sobre la otra. Hablo de probabilidad en materia de delitos que para merecer pena deben ser ciertos. Esta, que parece paradójica, desaparecerá al que considere que rigurosamente la certeza moral no es más que una probabilidad, pero probabilidad tal que se llama certeza, porque todo hombre de buen sentido consiente en ello necesariamente por una costumbre nacida de la precisión de obrar, y anterior a toda especulación. La certeza que se requiere para asegurar a un hombre reo es, pues, aquella que determina a cualquiera en las operaciones más importantes de la vida», Cesare BECCARIA, *De los Delitos y de las penas*, trad. de J. A. de las Casas, Alianza, Madrid, 1982³, cap. 14, p. 48.

³⁵ Puede que tal vez se halle aquí, bien que no sin dificultad, el sentido de la excepción a la regla, para en efecto cumplirla antes que quebrarla, que *Las Partidas* (Partida IIIª, Tit. XVI, ley 12ª) exigían a la condena del acusado en el delito que le hubiere sido imputado en cuanto a venir acreditada mediante pruebas «Claras como la luz en que no venga ninguna duda», aunque se permitiera la basada en *señales* manifiestas (indicios manifiestos), «magüer non se averigüe por otras pruebas».

³⁶ SSTS 6 de marzo y 7 de julio de 1993.

³⁷ Vid. Juan Alberto BELLOC JULBE, «La prueba indiciaria», en VV.AA., *La Sentencia Penal*, CGPJ, Col. Cuadernos de Derecho Judicial, XIII, Madrid, 1992, pp. 71-73. También SSTS 20 de marzo de 1992 y 15 de marzo de 1992.

³⁸ STC 1 de diciembre de 1986.

³⁹ SSTS de 20 de enero y 3 de abril de 1990.

ma de su *valoración* en orden a la verificación de la proposición constitutiva del *thema probandum*. Ciertamente existen algunas guías jurisprudenciales orientativas; así, sobre la coartada fallida⁴⁰, nunca «irrelevante o intrascendente»⁴¹, entendiéndose que si bien el acusado en modo alguno ha de soportar la intolerable carga de probar su inocencia, sí puede sufrir no obstante las negativas consecuencias de llegar a demostrarse la inveracidad o falsedad de sus alegatos exculpatorios, pues, tal circunstancia, «*acaso sirva para corroborar ciertos indicios de culpabilidad*»⁴². Se trata de una concepción del contraindicio como *indicio ex abundante* o *supervacuo* con función corroborante. Me parece, sin embargo, que la específica entidad desprendible de su efectiva apreciación y el posible alcance probatorio que quepa otorgarle es bastante más compleja de lo que en un primer momento pudiera parecer. El señalar que «la versión de los hechos que proporcione el acusado, *cuando se le (sic.) enfrente con determinados indicios* suficientemente acreditados y significativos habrá de ser examinada cuidadosamente, toda vez que, *explicaciones no convincentes o contradictorias*, aunque por sí solas no sean suficientes para declarar culpable a quien las profiera, *si pueden ser un dato más a tener en cuenta en la indagación racional y rigurosa de los hechos conocidos y personas que en ellos han intervenido*»⁴³, no dispensa de plantear varias puntualizaciones, y son, a mi juicio:

1) Que los *contra-indicios*, en tanto que material fáctico-procesal objeto de razonamiento judicial pero, a diferencia de los *indicios*, carente de virtualidad probatoria —pues si no hacen prueba tampoco pueden contrarrestar, a pesar de su confundente *verbatim*, la circunstancial o indiciaria— poseen *prima facie* valor de versión *enfrentada* a la versión acusatoria, que es la obligada a probar en *contra* sea por vía directa o en concurso de indicios. Por consiguiente, deberíamos llamar contraindicio, *prima facie*, sólo a lo *introducido* por el imputado en su defensa o argumentado por su asistencia técnico-letrada y *de lo que* se sigan consecuencias diferentes a las propuestas por la acusación,

2) Que si la «inconvincencia» (séame permitido este libre atrevimiento verbal) del contraindicio, esto es «el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha»⁴⁴, no puede servir para considerarlo culpable, ello mismo habría de implicar que lo ya no referible como contraindicio o referible desde ahora como coartada fallida, aun si se acreditara su *inconsistencia o falsedad*⁴⁵, o

⁴⁰ Vid. sobre coartada fallida, entre otras, SSTS de 22 de junio de 1988, 19 de enero, 10 y 29 de marzo y 9 y 27 de junio de 1989, 8 de julio de 1991, 19 de febrero de 1993, 11 de marzo de 1994, etc.

⁴¹ STS 14 de octubre y 20 de diciembre de 1986 y 7 de febrero de 1987.

⁴² Vid. STS 22 de julio de 1987.

⁴³ Vid. SSTS, 4 de febrero y 22 de abril de 1987.

⁴⁴ STC 174/85.

⁴⁵ SSTS 22 de abril de 1987, y 27 de junio y 21 de diciembre de 1989.

no sea creíble según las enseñanzas de la común experiencia⁴⁶, tampoco deba pasar a convertirse, como de otro modo y según se ha visto lo entiende alguna jurisprudencia, en *indicio o fuente de prueba presuntiva*,

3) Que si lo denominado como conraindicio es propiamente un *datum* («el imputado (...) introduce en su defensa un dato nuevo en el proceso y tal dato se revela falso»⁴⁷), por tanto no un *indicium*, su impropiedad de tal y con ello la ausencia de cuanto a este le sería funcionalmente característico (indicio: del latín *inde dico*, «de allí digo»), habría de repeler también, incluso, el que «*acaso sirva para corroborar ciertos indicios de culpabilidad*»⁴⁸,

4) Que si por su naturaleza el conraindicio no se asimila al indicio, cuando aquél de resultado negativo (por contradicho) o resulte fallido (por inexistente), será difícil admitir sin salto lógico que pueda someterse metodológicamente –para valorar su relevancia y trascendencia– al régimen de la prueba indiciaria, como de contrario sostiene alguna jurisprudencia⁴⁹,

y 5) Que si se produce la acumulación⁵⁰ del conraindicio *negativo* o fallido a los medios de prueba de culpabilidad por vía presuntiva, o bien de hecho directamente se penaliza la conducta lícita de ejercicio del derecho a la no autoinculpación en el deber excusado de decir la verdad⁵¹ sobre la ocurrencia del hecho imputado, o sea, el que al acusado le quepa ofrecer un conraindicio falso, o simplemente inconsistente y hasta experiencialmente no creíble, o bien se la perjudica en comparación otro derecho ejercitable, cual es la conducta omisiva en la respuesta a todas o alguna de las preguntas que pudieren formularse⁵².

⁴⁶ SSTS 22 de abril y 22 de junio de 1988, 19 de enero y 10 de marzo de 1989.

⁴⁷ *Supra* nota 42. También STS 8 de marzo de 1994: «constituyendo la versión dada por el acusado un dato más.»

⁴⁸ *Supra* nota 41.

⁴⁹ SSTS 27 de junio y 21 de diciembre de 1989.

⁵⁰ STS 20 de octubre de 1993: «constituye un sumando de los elementos a tener en cuenta a los efectos de formar convicción.»

⁵¹ El derecho que el imputado tiene a mentir ha sido ampliamente reconocido por la jurisprudencia. *Vid.* STC 129/996: el juez está obligado a poner de manifiesto al sujeto el hecho punible que se le imputa, para que pueda exculparse de él, por cualquiera de las vías legales, y que en ese mismo sentido debe ilustrarle de sus derechos, sin que, por otra parte, tenga valor de declaración, como tal imputado, aquélla que se produce con anterioridad a la imputación, actuando como testigo, porque, cuando declara como tal, tiene obligación de decir la verdad y, en cambio, el acusado no sólo no tiene esa obligación, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, pues hasta ahí llega el derecho de defensa». Asimismo, SSTC 135/1989, 186/1990, 128, 152, 273 y 290/1993, 161/1999 y AATC 19 y 167/2000. También, SSTS de 9 de julio de 1998, 14 de mayo y 3, 11 y 17 de junio y 2 de julio de 1999 y 18 de febrero y 15 de marzo de 2000.

⁵² STS 8 de marzo de 1994: «puede hablar o guardar silencio, pero al igual que ocurre en otros sistemas procesales, lo que diga puede ser utilizado en su contra.»

De todo lo anterior, resta por último la cuestión de cómo operar el razonamiento judicial frente al contraindicio, a lo que cabría responder que si «su versión constituye un dato que el juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente»⁵³, es claro que no puede limitarse a transmitir, ya sea en la fijación histórica de la ocurrencia del hecho como «hecho probado» o en el cuerpo de su motivación (motivación fáctica), una mera y lineal información como parte integrante del total de pruebas practicadas mediante un formulario e incorrecto «no consta acreditado que...» (de todo punto muy distinto a un «consta no acreditado que...»), o una información elíptica a partir de juicios formulados con dicciones del tipo «valorando en conjunto la prueba practicada»⁵⁴, sino razón concreta y puntual de aquella *credulidad* o *incredulidad* conforme al régimen de control y valoración de las declaraciones contradictorias, más libre o menos formalizado que el indiciario, pero ineludiblemente apoyado en el rendimiento de otras pruebas resultantes en la causa, incluidas las alcanzadas con base en indicios.

Pero aparte de estas reflexiones, interesa en especial al razonamiento judicial en materia de indicios subrayar lo prescrito sobre ellos en términos de requisitos formales o procesales. Los *indicios*, como se ha señalado, han de estar *plenamente probados* –no puede tratarse de meras sospechas o conjeturas– siendo necesario que *el órgano judicial explicita y exponga el razonamiento* en virtud del cual, partiendo

⁵³ STC 174/85 fj. 6.

⁵⁴ En orden a la «valoración conjunta de la prueba» es importante señalar que si bien «cuando la prueba se ha valorado en su conjunto no cabe desarticularla y basarse en elementos aislados para obtener consecuencias partidistas contrarias a las del juzgador» (SSTS 10 de diciembre de 1983, 25 de abril de 1991, 18 de mayo de 1992, entre otras), e igualmente que, en efecto (así STS, 18 de marzo de 1994), «no hay precepto que exija una constatación pormenorizada o investigación o examen de cada una de las pruebas y hasta que de su análisis, se extraiga con convicción un resultado que puede ser fruto de la conjunción de dichos instrumentos probatorios, pues unos pueden coincidir e incluso contradecir», y asimismo que con dar «las razones y fundamentos que se estimen procedentes para el fallo final, se cumplen las reglas hermenéuticas necesarias para otorgar la tutela judicial efectiva que es constitucionalmente obligatoria en la actuación jurisdiccional (SSTS de 1 de diciembre de 1989, 29 de febrero de 1990, 18 de febrero de 1991 y 22 de septiembre de 1992)», es lo cierto también que las razones y fundamentos para excluir algún instrumento probatorio en cuestión han de ser expuestas por el juzgador. De ahí el que deba entenderse (STS 2 de marzo de 1994) que la idoneidad de una *valoración conjunta* no resulta en que los medios de prueba se valoren conjuntamente sino que, con concreta remisión a cada uno, se advierta que de ninguno de ellos por separado se desprende la evidencia directa, del resultado de la apreciación de todos ellos sí se implica la realidad fáctica en que se fundamente la certeza del hecho. Por lo demás, sólo desde esta perspectiva es comprensible la improsperabilidad de la impugnación basada en error de valoración de determinado medio de prueba en la realizada con carácter *conjunto*, pues «cuando la prueba se ha valorado en su conjunto no cabe desarticularla y basarse en elementos aislados para obtener consecuencias partidistas contrarias a las del juzgador» (SSTS 10 de diciembre de 1983, 25 de abril de 1991, o 18 de mayo de 1992, entre otras).

de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito. Se impele con ello al juzgador a una motivación expresa, a que «*exteriorice en la resolución su razonamiento sobre el necesario nexo causal existente entre tales hechos y la participación de una persona en el hecho punible*»⁵⁵, ya que *sólo una válida inferencia lógica* permite considerarlos como prueba de cargo. No ocurrirá así, por ejemplo, si la prueba directa es sustituida por la apreciación de *que una persona tuvo la ocasión de cometer un delito o estaba en posesión de medios aptos para su comisión (...)*. Por lo que este Tribunal (TC) ha declarado que ello entraña una presunción ilegítima y genera una inversión de la carga de la prueba que lesiona el derecho fundamental aquí considerado (derecho a la presunción de inocencia)⁵⁶. Para todavía añadir: a este Tribunal compete «*verificar la existencia de unos indicios plenamente probados [no simples sospechas o conjeturas] y la razonabilidad y coherencia del proceso de inferencia que ha de exteriorizarse en la resolución judicial para que pueda operar como auténtica prueba de cargo*»⁵⁷

Por tanto, siendo el estatuto de la prueba presuntiva de indicios subsidiario o supletorio a la prueba directa⁵⁸, se exige la *constatación clara de los indicios, la razonabilidad de la valoración de los mismos y la explicitación del iter razonador que conduce de ellos a la apreciación de que el procesado realizó el hecho punible*⁵⁹.

Pero intentemos concretar: lo específicamente requerido es la demostración de un «*enlace, preciso y directo, de acuerdo a las reglas de la lógica y la experiencia que puede llevar a la conclusión de que siendo cierto el indicio también lo es el hecho determinante de la responsabilidad*»⁶⁰. Y aún se precisa más: «*Y, en el caso de que estos hechos permitan varias versiones o interpretaciones alternativas*»⁶¹ u «*otras inferencias contrarias igualmente válidas epistemológicamente*»⁶², «*el Tribunal ha de tener en cuenta todas ellas y razonar por qué elige la que estime como conveniente*» debiendo incluir en su razonamiento «*el motivo o motivos por los que rechaza la versión que de ellos ha ofrecido el inculpado*»⁶³.

En consecuencia, la exteriorización del razonamiento jurídico se hace pues imprescindible como garantía del ajuste y control de la inferencia obtenida a las «reglas del criterio humano» (arts. 1252 y 1253

⁵⁵ SSTC 174/85, 94/90, 111/90 y 124/90.

⁵⁶ Vid. gr. STC 105/88.

⁵⁷ SSTC 175/85, 256/88 y 124/90.

⁵⁸ Entre otras, SSTS 4 de abril de 1984, 27 de noviembre de 1986, o 18 de marzo de 1989.

⁵⁹ SSTC 62/94 f. 4 78/94 f. 4, 107/89, 174/85, 175/85, 229/88, 124/90.

⁶⁰ Vid. SSTC 93/94 f.j 3, 174/98 y 107/89, ATC 78/94.

⁶¹ ATC 122/94, y STS 10 de junio de 1993.

⁶² SSTS 13, 21 y 24 de mayo y 13 de julio de 1996

⁶³ Vid. SSTC 174/85 fj. 6; 175/85 fj. 2; 229/88 fj. 2; 107/89 fj. 2; 94/90 fj. 5, y 384/93.

CCv), hablándose en este sentido «del rechazo de la incoherencia, de la irrazonabilidad, de la arbitrariedad y del capricho lógico personal y subjetivo, como límite y tope de la admisibilidad de la presunción como prueba»⁶⁴.

El TS⁶⁵ ha declarado igualmente que «la conexión lógica que exige la prueba de indicios sólo existe cuando no hay ninguna otra posibilidad alternativa que pudiera reputarse razonable y compatible con los hechos que se declaran probados».

Recapitulando: la llamada «prueba de indicios» es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de asociación lógica, científica, estadística o de mera experiencia. Con amplia cita de otras resoluciones⁶⁶, nuestra doctrina jurisprudencial relativa a la prueba de indicios concluye del siguiente modo: «este Tribunal (TC) tiene establecido que los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoya en que:

- a) la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados;
- b) los hechos constitutivos de delito deben *deducirse* –mejor se diría *abducirse*– de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria»⁶⁷.

De esta forma, la prueba indiciaria presenta por su racionalidad un *plus* crítico (*prueba crítica*), y por ende un estatuto de control y valoración más seguro⁶⁸ y objetivo que el operable sobre lo resultante como *prueba empírica* o sensible de un hecho (a través, por ejemplo, de la inmediata percepción del juez al practicar diligencias de constatación, caso de la «inspección ocular», el «reconocimiento judicial» o la «inspección personal») ⁶⁹ en la que sólo se solicita la manifestación puramente *descriptiva* de lo observado para conformar la hipótesis de la investigación sumarial (arts. 325 y ss LECr., y excepcionalmente durante de celebración del plenario art. 727 LECr.), o por lo resultante a través de la *prueba histórica* de un hecho (ofrecida por el tercero

⁶⁴ STC 169/86 fj. 2, y STS 18 de enero de 1995.

⁶⁵ STS de 17 de febrero de 1995.

⁶⁶ SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988, 107/1989, 384/1993, 206/1994.

⁶⁷ STC 24/1997, fj. 2, y ATC.147/1998.

⁶⁸ Vid. STS 21 de marzo de 1995.

⁶⁹ Vid. SSTS 2 de enero de 1984, 19 de octubre de 1987, 11 de mayo de 1988, 22 de mayo y 20 de septiembre de 1989, 27 de marzo de 1990, 26 de marzo y 24 de junio de 1991, 7 de mayo de 1993, 7 de diciembre de 1994, 1 de febrero de 1995, 16 de junio de 1997, 6 de febrero de 1988 y 11 de abril de 1998. Vid. también, Carmen ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil español*, Montecorvo, Madrid, 1987, y David BELTRÁN CATALÁ, «Breve reflexiones sobre la inspección ocular en el proceso penal», en *Actualidad Penal*, 1995, XXIX, pp. 411-418.

que la obtuvo *a sensu oritur*, caso de la prueba testifical⁷⁰ prestada por quien directamente vio, oyó, etc., o de la víctima⁷¹, o la declaración del coimputado⁷², o del controvertido testimonio de referencia⁷³)⁷⁴,

⁷⁰ Vid. en general, Aurelia María ROMERO COLONA, *Problemática de la prueba testifical en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 2001.

⁷¹ Aunque todo denunciante tiene por lo general interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina en forma categórica el valor de sus afirmaciones (STS 11 de mayo de 1994). En la ponderación de los testimonios la víctima, viene requiriendo la doctrina jurisprudencial como notas para su credibilidad como prueba de cargo (SSTS 5 de abril, 26 de mayo y 5 de junio de 1992, 26 de mayo de 1993, 1 de junio de 1994, 12 de febrero, 17 de abril y 13 de mayo de 1996): a) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones acusado-víctima que pongan de relieve un posible móvil espurio, de resentimiento, venganza o enemistad, capaz de enturbiar la sinceridad del testimonio, generando un estado de incertidumbre incompatible con la formación de una convicción inculpatória sobre bases firmes. Por tanto, prudente juicio sobre incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones; b) Verosimilitud del testimonio, que ha de estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que supone que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima. Exigencia que habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejen huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECr.); puesto que, como señala la STS de 12 de julio de 1996, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho; c) Persistencia en la incriminación que debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada, y expuesta sin ambigüedades o contradicciones. A partir de estos criterios ponderativos, la valoración corresponde al Tribunal de instancia que con las ventajas de la inmediación ve y oye directamente al testigo, percibiendo lo que dice y cómo lo dice, y tiene la posibilidad de valorar en su exacta dimensión sus gestos, palabras concretas y actitudes adoptadas por el declarante en sus afirmaciones ante el Tribunal, por lo que a su juicio valorativo y axiológico debe ser respetado íntegramente, incluida la faceta de la credibilidad del testigo. (STS 17 de noviembre de 1993).

⁷² Vid. SSTS 18 de noviembre de 1991, 6 de octubre y 11 de septiembre de 1992, 4 de mayo de 1993, 14 y 17 de septiembre de 1994, 23 de febrero de 1995 o 3 de diciembre de 1996, entre otras varias.

⁷³ La STC 217/1989 fj. 5 y STS 13 de mayo de 1996 destacan como núcleo de dificultad el establecer la veracidad y credibilidad. En la aplicación del artículo 649 párrafo 2 in fine LEC 1881 / artículo 370.3 LEC 2000 es clave la necesidad de que el testigo –directo o no– siempre exprese la razón de su dicho, y precise la fuente de la noticia y persona que se la hubiere comunicado si fuere de referencia (art. 710 LECr), considerando que este último en ningún caso puede sustituir al testigo directo. Asimismo, SSTS 21 de febrero de 1994, 25 de enero y 30 de mayo de 1995, 11 de abril, 13 de mayo, 12 de junio y 20 de septiembre de 1996, 10 de febrero, 15 y 16 de abril de 1997, y 30 de enero, 27 de febrero y 2 de abril de 1998, entre otras.

⁷⁴ Distinto es lo que ha sido presentado como «prueba sobre la prueba», o actividad de control corroborador o desvirtuante de la fiabilidad o eficacia probatoria de una determinada prueba ya practicada en la fase plenaria o de juicio oral y que propiamente no se dirige al hecho que en sí hubiera sido objeto de prueba o prueba directa del hecho, sino a la intrínseca credibilidad que a dicha prueba directa hubiere que concederse. Los mecanismos probatorios y posibilidades procesales que acerca de ella es posible poner en marcha inciden en especial sobre la actividad de la prueba testifical y la pericial. Así, en el primer caso, con arreglo a las facultades del artículo 638 LECrim. por examen de prueba sobre la prueba a las «preguntas generales de la Ley» contestadas por el testigo, o la prueba sobre la prueba de testigos de referencia

vinculada por principio a la subjetividad de la interna conciencia del juzgador (art. 741 LECr.), ajustable sólo a reglas de sana crítica (art. 659 LEC 1881/art. 376 LEC 2000) que no constan en precepto legal alguno pero cuya infracción ha de ser precisada, o de lo resultante en confesión (prueba de confesión), donde queda entregada a la inmediatez judicial estimar el *animus confitendi* o creatividad subjetiva del confesante y valorar el sentido y alcance de sus declaraciones, retractaciones y denegaciones⁷⁵.

para poner de manifiesto la posible contradicción entre lo que el testigo directo le hubiere narrado y lo que el mismo testigo directo contare por sí mismo ante el tribunal. En el caso de prueba pericial la prueba sobre la prueba se articularía desde lo previsto respecto a la actividad probatoria que tuviere lugar con ocasión del incidente de recusación de los peritos a fin de corroborar o desvirtuar la certeza de las alegaciones sobre los hechos que han sido objeto de la pericia, por tanto con demostración de que en el perito concurre la causa de recusación planteada (arts. 662 y 723 LECrim.). Sin apoyo legal específico, o sólo general a través del artículo 714 LECrim., constituiría prueba sobre la prueba la actividad probatoria dirigida hacia testigos y peritos que realizaren declaraciones en juicio oral contradictorias a las que efectuaron en instrucción indagando y haciendo manifiesta la causa a que obedezca la discrepancia o contradicción. También, y por extensión, revistiendo naturaleza jurisprudencial, representaría prueba sobre la prueba el control de los requisitos señalados respecto del testimonio de la víctima y la declaración del coimputado, *vid. infra* notas 99 y 100. Sobre el tema, con minucioso análisis, Fernando GASCÓN INCHAUSTI, *El control de la fiabilidad probatoria: «prueba sobre la prueba» en el proceso penal*, Eds. de la Revista General de Derecho, Valencia, 1999.

⁷⁵ Valoración de alcance y sentido extraordinariamente confundente, laberíntica. *Vid.* la construcción y régimen narrativo de la verdad en proceso presentado por José FERRATER MORA a partir de una conjunción alternativa de testimonio, retractación y denegación o negación de la retractación en *El juego de la verdad*, Destino, Barcelona, 1988. «La única verdad es que se dijeron muchas cosas que podían ser verdaderas y que podían también no serlo. Quien más, y más variadas, cosas dijo fue Jesús Gálvez [asimismo que «En este mismo instante (retractación) en que proclamo la verdad siento una especie de arrepentimiento de decirla», p. 200, y que «La verdad, Su Señoría, es un laberinto», p. 260]. Cosas sobre sí mismo y sobre los demás personajes del drama. Cosas sobre lo que estos personajes le dijeron —o dijo que dijeron—. De muchas de esas cosas se desdijo y luego se desdijo de haberse desdicho. No se sabe si, de haber seguido viviendo, habría continuado desdiciéndose de lo dicho al punto que, al final, ya nadie le habría hecho caso por suponer que nada diría sin luego desdecirse de ello. Por el momento se sabe sólo lo que dijo y de qué se desdijo antes de morir —de ser matado o de matarse a sí mismo—. Cada una de las cosas que dijo y de las que se desdijo es un candidato a la verdad» (pp. 268-269). «Lo malo es que cuando todo ha quedado aclarado, aún no se puede saber cuál es la verdad: si el testimonio, completo o modificado, o la retractación, completa o modificada, o la denegación, entera y cabal o con los cambios que le correspondan. Mejor sería dejar el asunto de lado (...). Pero no quisiera darles fin sin hablar, muy a la carrera, de un asunto no sólo interesante, sino acaso el único realmente decisivo en toda esta confusa historia: los motivos. ¿Qué motivos empujaron a cada uno a decidirse por tal o cual alternativa? Lo más natural es responder: depende de si aceptamos el testimonio de Jesús Gálvez, la retractación, o inclusive la denegación (de esta última)» (p. 273). «Pero no parece muy razonable afirmar a la vez que los motivos dependen de la verdad o falsedad de los testimonios y que son independientes de éstos. Más confusión aún. Es posible, pero no seguro, que las nieblas se despejaran un poco de poder saberse a ciencia cierta si la muerte de Gálvez había sido resultado de suicidio o de asesinato» (p. 274).

Como puntualización *in marginis* añadir todavía que no se entiende bien el porqué del distinto tipo de explicitación y forma que en uno u otro caso se exige al argumento fáctico, de base meramente descriptivista en la motivación de la prueba empírica judicial, y narrativa en la del testigo (o confesante), cuando en todos los casos se trata de prueba directa nacida de lo sensorial. Con relación a esto último conviene aún otra consideración, y es reiterar lo que, no sin razón, ha sido tenido como algo más que un preocupante síntoma: la invocación del principio de inmediación, y sobre todo cuando éste se presenta aparejado a una perversa interpretación del «libre convencimiento», transformándolo con demasiada frecuencia en «barrera para vetar el acceso al examen del curso valorativo del juez o tribunal» y en «paradójica garantía de discrecionalidad judicial incontrolada»⁷⁶; dejándolo así convertido en a modo de *remedio* de argumentación que abre a una amplia zona sombría, si no de oscurecimiento y opacidad, en la motivación.

Alcance del razonamiento judicial por concurso de hechos indiciarios

De todo lo anterior cabe entender que el modelo razonador propuesto en la valoración probatoria que emplea el concurso de hechos indiciarios se encuentra arreglado, como se ha visto, a un esquema inferencial, donde el juez «ha de realizar el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia y ello de modo *coherente, lógico y racional*, entendida la *racionalidad* por supuesto no como mero mecanismo o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes»; por lo que, *a sensu contrario*, se refería la necesidad de «rechazo de la incoherencia, de la irracionalidad, de la arbitrariedad y del capricho lógico»⁷⁷. En tal sentido se repele, en efecto, el *relato fáctico* de la parte que lo hubiera realizado «de modo irrazonable e inverosímil»⁷⁸. En cuanto a la forma del enlace *lógico* de la inferencia, es frecuente —e incorrecto⁷⁹— adscribirla a los cánones de la deductiva, cuando la propiamente utilizable habría de ser en todo caso inducti-

⁷⁶ Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en *Doxa*, 1992, 12, p. 127, también en VV.AA., *La Sentencia Penal*, CGPJ, Col. Cuadernos de Derecho Judicial, XIII, Madrid, 1992, pp. 115-159. Vid. asimismo, Juan IGARTUA SALAVERRÍA, «La Sala Segunda “ante González”: la valoración de los indicios en la instrucción», en *Jueces para la Democracia*, 28, 1997, pp. 63-64, calificando con acierto a la inmediación de «inefable».

⁷⁷ STC 169/1986 fj. 2 y 3.

⁷⁸ ATC 244/1987.

⁷⁹ José CALVO GONZÁLEZ, «Coherencia narrativa y razonamiento judicial» (1992), en ID., *Derecho y Narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 9, y *El Discurso de los hechos... Narrati-*

va⁸⁰ y mejor abductiva⁸¹, donde el indicio funcione como hecho inferidor dinámico (indicador o indicativo) y la presunción como precisa inferencia de enlace (consistencia lógica discursiva). Ahora bien, ¿qué hemos de considerar como enlace, además de racional y lógico, así mismo *coherente*?

Coherencia indiciaria como comprensión narrativa

El indicio es un *hecho desvanecido* (desperdigado, esparcido, suelto): un *hecho disipado*. Para la tentativa de comprensión de los indicios se ha de practicar un *escrutinio* (examen y averiguación exacta y diligente que se hace de una cosa para formar juicio sobre ella. Escrutinar: indagar, examinar cuidadosamente, explorar, averiguar) *de la disipación*. Es el balance dialéctico entre lo inmediato y lo distante, entre lo plano y lo profundo, entre lo distinto y lo junto, lo separado e igual, lo tenue y lo intenso, lo manifiesto y lo oculto; perquirir ese lugar donde la suave poética de proximidad en la lejanía hace surgir imágenes *desvaídas*.

La *visión* exploratoria de los indicios incriminatorios semeja de esta manera la *mirada* al contemplar una acuarela. Los indicios presentan vaguedad de contornos, como la que mecida por la transparencia y turbiedad de los colores diluidos en agua ofrecen las imágenes en la textura brumosa y *sfumatta* de una acuarela⁸²; bordes acuosos,

vismo en la interpretación operativa (1993), Tecnos, Madrid, 1992, p. 73. Vid. también Juan IGARTUA SALAVERRÍA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 56. Las incorrecciones lexicológicas recogidas en la jurisprudencia citada por estos textos, y todavía persistentes –v. gr., STC 200/1996: «razonamientos lógico-deductivos»– remontan hasta Leonardo PRIETO-CASTRO FERNÁNDEZ, «Los Hechos en Casación (Líneas generales)», Edit. Reus, Madrid, 1944 [separata de la RGLJ. Junio 1944, pp. 631-653], pp. 21-22, quien habla de «mecanismo de deducción indiciaria».

⁸⁰ Vid. Marina GASCÓN ABELLÁN, *Los Hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., pp. 107-108. En todo caso, una inteligente y divertida advertencia sobre las miserias del razonamiento inductivo, nos la ofrece STO (Sergio TOFANO), «Un juicio juicioso» (1920), en *Sin pies ni cabeza*, trad. de C. Palma, Siruela, Madrid, 1996, pp. 131-137.

⁸¹ Vid. José CALVO GONZÁLEZ, *El Discurso de los hechos.*, cit., pp. 56-65. También Rafael DE ASÍS ROIG, *Jueces y Normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995 pp. 137-143, y *Sobre el razonamiento judicial*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 23-31 y 36-43.

⁸² La plástica de los «indicios penales», o de su equivalente civil, las «presunciones» (vid. STC 169/86, fj. 2, y STS 18 de febrero 1991, y asimismo José CALVO GONZÁLEZ, *El Discurso de los hechos.*, cit., p. 74), con virtualidad probatoria es muy diferente a la sugerible para el «indicio» del artículo 384 LECr. en ocasión del dictado de auto de procesamiento. Así, comienza por llamar la atención que en dicho precepto baste sólo con detectar «algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona», es decir, que resulte suficiente con *un* indicio, no precisándose la advertencia de varios. En realidad, tal indicio ya venía significativamente calificado por la RO Circular de 5 de septiembre de 1906 como «hecho inductivo», a mi parecer jurídicamente revestible de *evidencia*. El juez instructor, tras la práctica de las oportunas dili-

perfiles disueltos por el agua. Y como frente a ella, también el observador de indicios habrá de detenerse ante ellos, y ganar el tiempo *mirándolos*.

Ver, y más, mirar, y ganar el tiempo, son tareas que sitúan el hacer del razonamiento judicial en un terreno que tolera el símil⁸³ con el historiador (*histor*). *Mirar* a través de y tras el antifaz de los indicios, y *Ganar el tiempo*; porque los indicios son la persistencia del pasado, en forma de reliquias, de ruinas, de ecos. Acudir allí donde la travesía temporal del discurso en continuo se encuentra interrumpida, se muestra lagunosa y por tanto precisa ser reensamblada, recompuesta, colmatada. Se trata, ante todo, de una *reconstrucción* histórica del tiempo. Para lograrlo sólo me parece posible valernos del *relato*: con el relato el pasado deja de ser inaccesible al rescate, al retorno. El tiempo, al igual que en todo relato, es también aquí el protagonista del decurso narrativo, de la historia sobre los indicios. Y la función tem-

gencias, en efecto *induce* (la RO de 13 de marzo de 1895 refirió la necesidad de «un razonamiento peculiar», lo que cabe interpretar como distinto del estándar deductivo), alrededor de un preciso acontecimiento o en torno a una conducta concreta, la presencia de un, diría, *fumus*, si no *tenebrae*, un humazo y falta de claridad, que hace *evidencia* racional de criminalidad contra determinada persona, siempre naturalmente por estimar que con arreglo al artículo 789.5 regla 1ª LECr. no debió acordar el sobreseimiento libre del artículo 637.2 (cuando el hecho no sea constitutivo de delito), o del artículo 637.1 y 3 (cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa, y cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores [figura esta última extinguida en el CP de 1995 como forma de participación delictiva]), o el sobreseimiento provisional contemplado por el artículo 641 en cualquiera de sus dos vertientes: cuando no resulta debidamente acreditada la perpetración del delito, o cuando resulte haberse cometido y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores [*ibidem supra*]. Ese indicio como *evidencia* se hace *señal* o *signo* de la racional existencia de un infracción penal en las dinámicas comisivas de resultado, *v. gr.* en las lesiones, a través del parte de esencia emitido por el facultativo al Juzgado (arts. 262 y 355 LECr.) donde se refleje el tratamiento médico o quirúrgico aplicado a las heridas, o en las agresiones sexuales con el reconocimiento físico y exploración ginecológica de la presunta víctima y la recogida de alguna *muestra* catalogable de *indicio* biológico o no biológico del posible agresor, o del lugar en que se hubiere cometido el hecho. *Vid.* sobre ello, Guillermo PORTERO LAZCANO, «Lesiones, malos tratos y violación», en *Medicina Legal*, CGPJ-Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, y Pablo J. PÉREZ JORGE, «La toma de muestras y la inspección ocular en los delitos sexuales», en VV.AA., *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, vol. II, pp. 61-91.

⁸³ Han polemizado en torno a la esa faceta/condición de juez-historiador Manuel ATIENZA, «Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez» y Perfecto. ANDRÉS IBÁÑEZ, «De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza», ambos en *Jueces para la Democracia*, 22, 2/1994, pp. 82-86 y 87-92 respect. Puede ser ilustrativo recoger, en antecedente, lo expuesto en la STS de 14 de octubre de 1986: «En el proceso penal la actividad probatoria constituye la fase más trascendental, ya que como se ha señalado por muy autorizada doctrina procesal, la función jurisdiccional se asemeja en tal área o ámbito a la historiografía, pues el juez, lo mismo que el historiador, está llamado a indagar sobre los hechos del pasado y averiguar su real existencia».

poral únicamente es percible en la *narración de los indicios*, en la historia como responsable de disponer hechos y protagonismos hacia la resolución continuada, consistente, y coherente. Así, el relato conforma una relación de tiempo histórico con el pasado de las acciones y sucesos, con las acciones y sucesos perdidos en el tiempo anterior. El relato sirve para reasumir y resurgir –asumir de nuevo y hacer surgir otra vez– el pasado desde una comprensión narrativa, pues ciertamente no se trata sólo narrar situaciones, sino de *contar historias*; es más, difícilmente pueden llegar a narrarse situaciones si no se las convierte en historias.

Esa relación de tiempo narrativo puede explicarse como narratividad *horizontal*, que no exige otras formalidades que las derivadas de la mítica⁸⁴ o composición del propio relato, del relato mismo, de la posibilidad de su gramática en la acción de contar y seguir contando (consistencia narrativa), y como narratividad *vertical*, en la que lo requerido adquiere una dimensión interrogativa y persuasiva que es pragmática; la que permite hacerse preguntas: qué historia contar, y por qué, y para qué, y cómo contarla (congruencia o coherencia narrativa). Por eso narrar con indicios ha de consistir, como en un relato de intriga, en emprender el movimiento, una *dinámica*, en torno a una elaboración y una búsqueda: la elaboración de la trama⁸⁵ como *historia* de principio, medio y fin⁸⁶, y la búsqueda de su inteligibilidad como comprensión de «el sentido».

Tomar en serio el «Relato de los Hechos»

Es, pues, sin duda en este horizonte (horizonte de relato), con todo ciertamente no inalcanzable, en el que las exigencias de engarce inferencial y explicitación como mostración y visibilidad referidas a la construcción de la prueba por concurso de indicios y a los mismos

⁸⁴ Aristóteles, *Poética*, 1450 a 5 y 15: «llamo aquí *mythos* («fábula» o «trama») a la composición (*synthesis o syntaxis*) de los hechos». Por mi parte, entiendo que en la *synthesis o syntaxis* de los hechos es posible distinguir la compositiva de una «fabula» y una «trama». Sobre ello, mi trabajo «Modelo narrativo del “juicio de hecho”: *inventio y ratiocinatio*», en *Libro Homenaje al Prof. Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá de Henares (en prensa).

⁸⁵ Componer la trama o intriga «es ya hacer surgir lo inteligible de lo accidental, lo universal de lo particular, lo necesario o lo verosímil de lo episódico». Paul ROCOEUR, *Tiempo y Narración, I, Configuración del tiempo en el relato de ficción* (1985), trad. de A. Neira, Siglo XXI, México, 1995, p. 96.

⁸⁶ «Con esto queremos decir que ninguna acción es un principio más que en una historia que ella misma inaugura; que ninguna acción es tampoco un medio más que si provoca en la historia narrada un cambio de suerte, un «nudo» a deshacer, una «peripecia» sorprendente, una sucesión de incidentes «lamentables» u «horrorosos»; por último, ninguna acción, considerada en sí misma, es un fin, sino en la medida en que, en la historia narrada, concluye el curso de la acción, deshace un nudo, compensa la peripecia mediante el reconocimiento, sella el destino del héroe mediante un último acontecimiento que aclara toda la acción y produce, en el oyente, la *kátharsis*

indicios como *hechos difíciles*, se hallan concretamente limitadas, como condición bastante y pienso que enteramente accesible, a la expresión del razonamiento «de tal manera que cualquier otro tribunal que intervenga con posterioridad pueda *comprender* el juicio formulado a través de los indicios»⁸⁷, donde se inscribe con novedad la recuperación de una sensibilidad intelectual dirigida a reasumir el interés por el papel, demasiado olvidado en programa de la tradición racionalista, correspondiente a la construcción de *narraciones*, de *relatos*, de *historias*; en suma, a la función clave de una *comprensión narrativa*, además de racional y lógica, en la presentación argumental de las pruebas.

Creo que el desarrollo de esta sensibilidad, que desde mi punto de vista entiendo como *Teoría y crítica narrativista del Derecho*, puede ofrecer valiosos resultados. En todo caso, es evidente que, junto a la marcada orientación que hoy preside la intelección de los hechos desde criterios de racionalidad y razonabilidad, esa sensibilidad forma parte integrante del centro medular y más actual de los intereses epistemológicos de la ciencia jurídica contemporánea en el cuadro de discusión sobre problemas de justificación, construcción y adjudicación (otorgación) jurídica de «*el sentido*».

de la compasión y del terror». Paul RICOEUR, «Narratividad, fenomenología y hermenéutica» (1986), trad. de G. Aranzueque, en *Cuaderno Gris* (Universidad Autónoma de Madrid), 2, 1997, p. 481 (Monográfico *Horizontes del relato. Lecturas y conversaciones con Paul Ricoeur*, ed. de Gabriel ARANZUEQUE).

⁸⁷ SSTC 175/1985, fj. 5, y 229/98 fj. 2.

Sobre la motivación de los hechos *

Por RAFAEL DE ASÍS ROIG

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. LA MOTIVACIÓN JURÍDICA.—2. LA MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS:
2.1. *La justificación interna.* 2.2. *La justificación externa.* 2.3. *El control del razonamiento fáctico:* 2.2.1. Los criterios de justificación;
2.2.2. Los criterios de corrección.

1. LA MOTIVACIÓN JURÍDICA

En este breve trabajo llevaré a cabo algunas consideraciones genéricas sobre la argumentación judicial centrada en los hechos. Para ello partiré de la diferenciación entre dos grandes tipos de razonamiento jurídico. Por un lado el que se centra en la determinación de hechos, por otro el que aborda el problema de la calificación jurídica de los hechos. Los primeros suelen ser denominados como argumentos fácticos y los segundos como argumentos normativos. Esta diferente denominación parece aceptar la idea de que los argumentos fácticos se desenvuelven sin intervención de normas. Sin embargo, como he señalado en otro lugar¹, esto no es así. Ambos argumentos utilizan enunciados normati-

* Agradezco a F. Javier Ansuátegui y María del Carmen Barranco sus comentarios y sugerencias. El presente trabajo ha contado con una ayuda del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid.

¹ *Vid. Sobre el razonamiento judicial*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.

vos si bien, en los fácticos, el problema principal presente en la utilización de las normas, esto es el de la interpretación, prácticamente no está presente. En todo caso, y a la vista de esto, tal vez sea mejor denominar a los argumentos normativos como argumentos de calificación jurídica.

Por otro lado, es importante ser consciente de que existe un tipo de argumento fáctico especial, el llamado argumento indiciario o por presunciones. Tradicionalmente la peculiaridad de este razonamiento suele situarse en su carácter probable o dicho de otra manera, suele pensarse que este tipo de razonamiento parte de unos datos ciertos y alcanza unas conclusiones probables, frente al resto de las decisiones sobre hechos. Esta distinción puede valer si de lo que se trata es de analizar, por ejemplo, como es la exposición de la motivación de una decisión judicial. Sin embargo, presenta ciertos problemas si lo que se está haciendo es, por ejemplo, examinar la justificación de esa decisión más allá de su exposición. Desde este punto de vista es posible afirmar que todo razonamiento fáctico es probable.

Durante cierto tiempo, los estudios sobre la argumentación jurídica coincidían en resaltar como su campo de análisis se proyectaba en los argumentos de calificación jurídica². Sin embargo, en la actualidad, la investigación del razonamiento jurídico sobre los hechos ha cobrado una singular importancia³.

Este tipo de investigaciones tiene que superar, entre otras, dos tipos de dificultades. La primera es el resultado de entender que las decisiones sobre los hechos se llevan a cabo en el ámbito de un discurso teórico con lo que su análisis no puede hacerse con las herramientas propias de las teorías de la argumentación, al desenvolverse estas en el ámbito del discurso práctico. La segunda es resultado del hecho de que este tipo de decisiones, escapan en muchas ocasiones del control jurídico y permanecen por este motivo ocultas en la «conciencia» de quien decide. Detrás de estas dificultades late la idea de que la decisión sobre hechos no es una decisión susceptible de análisis racional y, por tanto, ni puede ser justificada racionalmente ni puede ser controlada por el Derecho.

Sin embargo creo que se trata de dos dificultades que deben ser superadas. La diferenciación entre la motivación de los hechos y la motivación de la calificación jurídica no es equiparable sin más a la distinción entre hechos y normas. Los referentes para aceptar uno u otro argumento pueden ser distintos pero, en realidad, poseen un sentido genérico muy parecido. En principio es posible pensar que los hechos pueden ser verdaderos o falsos, mientras que las normas váli-

² Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., *La imaginación jurídica*, Madrid, Debate, 1992, p. 93.

³ Vid. por ejemplo, en España, desde perspectivas diferentes, IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994; Calvo, J., *Derecho y narración*, Barcelona, Ariel, 1996; GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

das o inválidas. No obstante, los hechos determinados en la decisión son hechos probables cuya virtualidad depende precisamente del grado de probabilidad. Ciertamente, su incursión en el ámbito de la sentencia altera ese carácter convirtiéndose en hechos ciertos al ser así determinados por una autoridad (siendo esto, por otro lado, uno de los rasgos que sirven para individualizar el razonamiento jurídico). Pero nótese que una cuestión similar ocurre con las normas. En efecto, señalé antes que su análisis se hacía en términos de validez. No obstante, conviene ser conscientes de que la idea de validez jurídica es una idea formal que descansa así en la decisión del órgano competente. Sólo de esta manera es posible dar cuenta de cómo, cuando en un caso hay varias interpretaciones en juego que toman como referencia la misma norma, prevalece la del juez, o de cómo cuando existen distintas opciones normativas a escoger prevalece igualmente la elección del juez.

En todo caso, tanto la decisión fáctica como la de calificación utilizan reglas y enunciados normativos que deben ser justificados. Eso sí, los mecanismos de justificación pueden ser distintos y de igual manera el esquema justificatorio. Sin embargo, como ya he señalado, existen grandes similitudes.

En efecto, tanto unos como otros, pueden ser reconstruidos mediante la apelación a una regla que dota de racionalidad a la decisión. En este sentido, su formalización puede hacerse precisamente acudiendo a esa regla y a sus componentes.

Así por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1.^a) de 26 de noviembre de 1997, que trata un caso de delito contra la salud pública, se declara como hecho probado que el procesado era consumidor habitual de heroína, a partir tanto de las declaraciones del imputado y de la policía, como de un parte médico. Es posible reconstruir este tramo de razonamiento partiendo de una serie de datos («las declaraciones del procesado y de la policía y el parte médico señalan que el procesado era consumidor habitual de heroína»), que sirven para alcanzar una conclusión («el procesado era consumidor habitual de heroína»). Por tanto, quien decide ha utilizado una regla que dice: «Si las declaraciones del procesado y de la policía y el parte médico señalan que el procesado era consumidor habitual de heroína, entonces el procesado era consumidor habitual de heroína».

Por su parte, la Sentencia de 17 de julio de 1995 de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 1.^a), relativa a un supuesto de homicidio lleva a cabo un razonamiento de calificación que parte igualmente de un dato («existen dudas fundadas y racionales sobre el modo, forma y desarrollo de los hechos»), y llega a una conclusión («procede su libre absolución»), mediante la utilización de una regla («si existen dudas fundadas y racionales sobre el modo, forma y desarrollo de los hechos, entonces procede su libre absolución»).

La diferencia entre estos dos tipos de decisiones está en la justificación de la regla. En ese sentido, la regla presente en las decisiones sobre hechos es normalmente, dejando a un lado a las normas que se refieren a los medios de prueba y aquellas que funcionan como evidencias jurídicas, una regla que no puede justificarse desde normas jurídicas. En efecto, en el ejemplo visto la regla podría ser justificada apelando a la razonabilidad o a la autoridad de los informes periciales. Por el contrario, la regla presente en las decisiones de calificación se justifica principalmente desde normas jurídicas. Si nos fijamos en el ejemplo propuesto, la regla se justificaría a partir del artículo 24 de la Constitución española.

En todo caso, y en relación con estas últimas, es importante advertir que no siempre ocurre así, ya que en ocasiones la justificación de esas reglas tiene su origen en valoraciones de polémica acogida en el sistema jurídico, en construcciones dogmáticas o jurisprudenciales o a partir de otros elementos.

Veamos dos ejemplos. El primero contenido en la Sentencia de 25 de abril de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 1.^a), en la que se aborda un supuesto de imprudencia temeraria con resultado muerte. Pues bien, en dicha sentencia, y una vez declarado probado que M ha causado la muerte a J de forma no querida, sin cautela, incumpliendo un deber objetivo de cuidado y sin precaución, concluye afirmando que M es autor de un delito de imprudencia temeraria del artículo 565 en relación con el 407 (del antiguo Código Penal español).

En este sentido, la regla utilizada sería: «Si M ha causado la muerte a J de forma no querida, sin cautela, incumpliendo un deber objetivo de cuidado y sin precaución, entonces M es autor de un delito de imprudencia temeraria del artículo 565 en relación con el 407» (del antiguo Código Penal).

Pues bien, la justificación de esta regla se lleva a cabo a través de la caracterización de la imprudencia temeraria llevada a cabo por el Tribunal Supremo que funciona así como elemento de autoridad (aunque ciertamente podría también en este caso operar como una norma más desde la atribución de carácter normativo a la jurisprudencia reiterada y uniforme de dicho órgano).

Un segundo ejemplo lo tomo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 94/93 de 22 de marzo que se pronuncia sobre un problema relativo a derechos de los extranjeros y más en concreto relativo a la libertad de circulación. Pues bien en dicha sentencia se afirma que, «si eres extranjero entonces vas a poder ser tratado de forma desigual en materia de este derecho a los españoles». La justificación de esta regla la lleva a cabo el Tribunal afirmando que: «La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE y STC 107/1984)».

Como vemos en este segundo ejemplo, el Tribunal lleva a cabo una valoración que, cuanto menos, puede resultar polémica, aunque en todo caso, cumple formalmente con la exigencia de presentarla como derivada del Ordenamiento jurídico. En resumidas cuentas, los criterios de justificación en la calificación asumen en ocasiones la idea de validez y se desenvuelven en un marco normativo en el que existen contenidos deseables y por tanto entra en juego no sólo cuál es la interpretación más deseable sino también cuál es el enunciado normativo más deseable.

2. LA MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS

En todo caso, el objeto de estas breves reflexiones no es el razonamiento de calificación sino el razonamiento fáctico. Señalé antes como su estudio choca con una dificultad derivada del escaso control de este tipo de decisiones. Pues bien, una exigencia de todo Estado de Derecho es la de establecer pautas de control de las mismas y su plasmación en la motivación de las sentencias.

Ciertamente, en este punto la distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación desempeña un importante papel. El estudio de la motivación fáctica puede hacerse desde esos dos ángulos. En estas páginas me referiré al contexto de justificación y, dentro de él, al examen de cómo es la justificación de los hechos tal y como ésta es expuesta con carácter general en la decisión judicial, si bien también propondré algunas exigencias de corrección.

2.1 La justificación interna

Conviene advertir que, obviamente, las decisiones fácticas aparecen como justificadas en las sentencias judiciales. Otro problema es el de si esta justificación es suficiente. En efecto, la simple lectura de la determinación de los hechos de una sentencia judicial, permite reconstruir el esqueleto básico de este tipo de decisiones o, lo que en terminología propia de la argumentación jurídica, podemos denominar como justificación interna⁴. No se trata de una cuestión sin importancia ya que a través de ella es posible averiguar las reglas que han servido a quien decide para establecer los hechos. Ahora bien, conviene advertir también que se trata de una motivación insuficiente ya que deja a un lado lo que tal vez sea, desde el punto de vista de la justificación, la cuestión más relevante, esto es, la justificación de la regla utilizada (la justificación externa).

⁴ Vid. WROBLEWSKI, J., *Sentido y hecho en el Derecho*, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 1989, p. 40.

Veamos tres ejemplos. El primero lo tomo del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1994 (RA 763). En él se afirma:

«Nos hallamos, pues, ante un acto típico de tráfico de estupefacientes consistente en el transporte de una cantidad de droga con destino a su transmisión entre terceras personas, *animus* este que se infiere a través de un razonamiento ajustado a las reglas de la lógica y las máximas de experiencia, de los siguientes hechos indiciarios plenamente acreditados: la propia tenencia de la droga..., su cantidad..., su grado de pureza..., la ocultación de la droga en el maletero del vehículo y, finalmente, la circunstancia de no ser ninguno de los acusados consumidor habitual de dicha sustancia.»

Siguiendo con la reconstrucción de los razonamientos llevada a cabo antes, es posible afirmar que en este caso, se han partido de unos datos («sujetos no consumidores habituales de droga transportan una determinada cantidad de ella, con un cierto grado de pureza, oculta en el maletero de un vehículo»), y se ha llegado a una conclusión («los sujetos transportan la droga con destino a su transmisión entre terceras personas»), mediante la utilización de una regla («si sujetos no consumidores habituales de droga transportan una determinada cantidad de ella, con un cierto grado de pureza, oculta en el maletero de un vehículo, entonces los sujetos transportan la droga con destino a su transmisión entre terceras personas»).

El segundo ejemplo lo tomo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya antes aludida y en la que se dice:

«Los médicos forenses se ratificaron en el informe de autopsia y manifestaron en el juicio oral que la causa de la muerte es la rotura cardíaca y que la herida se produce por el propio arpón.»

Pues bien, podemos reconstruir el argumento partiendo de unos datos («los médicos forenses se ratificaron en el informe de autopsia y manifestaron en el juicio oral que la causa de la muerte es la rotura cardíaca y que la herida se produce por el propio arpón»), que sirven a quien decide para adoptar una decisión («la causa de la muerte es la rotura cardíaca y que la herida se produce por el propio arpón»), justificada en la regla, «si los médicos forenses se ratificaron en el informe de autopsia y manifestaron en el juicio oral que la causa de la muerte es la rotura cardíaca y que la herida se produce por el propio arpón, entonces la causa de la muerte es la rotura cardíaca y que la herida se produce por el propio arpón».

El tercer ejemplo es tomado de M. Atienza⁵. A y B son dos personas (hombre y mujer respectivamente), que viven en un piso, en el

⁵ Vid. *Las razones en el Derecho*, Madrid, Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 37 y 38.

que, en un registro de la policía, es encontrada cierta cantidad de droga. El abogado de B sostiene que a pesar de vivir juntos, entre ellos sólo hay una relación de amistad y B no conocía de la presencia de la droga. Sin embargo, en la sentencia se considera como hecho probado que B conocía esta existencia. Como señala Atienza, de forma esquemática el argumento sería el siguiente⁶:

- Sólo había una cama deshecha en la casa.
- Eran las 6 de la mañana cuando ocurrió el registro.
- Toda la ropa y efectos personales de A y B estaban en la misma habitación en que se encontraba la cama.
- Meses después A se refiere a B como «mi mujer».
- Por tanto, en la época en que se efectuó el registro A y B mantenían relaciones íntimas (y, en consecuencia, B conocía la existencia de la droga).

Pues bien, la decisión («en la época en que se efectuó el registro A y B mantenían relaciones íntimas y, en consecuencia, B conocía la existencia de la droga»), a la vista de los datos de los que se parte («sólo había una cama deshecha en la casa, eran las 6 de la mañana cuando ocurrió el registro, toda la ropa y efectos personales de A y B estaban en la misma habitación en que se encontraba la cama y meses después A se refiere a B como «mi mujer»), estaría justificada en la regla, «si sólo había una cama deshecha en la casa, eran las 6 de la mañana cuando ocurrió el registro, toda la ropa y efectos personales de A y B estaban en la misma habitación en que se encontraba la cama y meses después A se refiere a B como «mi mujer», entonces en la época en que se efectuó el registro A y B mantenían relaciones íntimas (y, en consecuencia, B conocía la existencia de la droga)».

Es importante advertir que aunque para algunos los esquemas argumentativos anteriores se desenvuelvan en el ámbito de la lógica formal esto no es así necesariamente.

Por otro lado, se habrá advertido que de los tres ejemplos vistos, dos de ellos, el primero y el tercero, se desenvuelven en el ámbito del razonamiento indiciario. Tradicionalmente suele entenderse que este tipo de razonamiento es especial porque no puede ser considerado como un argumento deductivo (a pesar de que hay pronunciamientos judiciales que lo describen de esta forma). En realidad, el razonamiento indiciario es probable al igual que lo es todo razonamiento fáctico. Su especificidad radica, por un lado, en su mayor margen de subjetividad (cuestión que puede ser controvertida), y por otro, en la caracterización que ha hecho del mismo la doctrina y la jurisprudencia asumiendo lo anterior y exigiendo un mayor control en su realización. Pero en todo caso, su exposición puede hacerse desde los esquemas genéricos de todo razonamiento fáctico.

⁶ *Vid. op. cit.*, p. 38.

2.2 La justificación externa

Seguramente, el problema principal de los ejemplos anteriores, y que fue ya apuntado, es la ausencia de la justificación de la regla. Aunque también podría pensarse que otro de los problemas es la falta de explicitación de la regla que, como vemos, hemos tenido que reconstruir.

2.2.1 Los criterios de justificación

En todo caso, es posible apelar a cuatro tipos diferentes de criterios de justificación de las reglas utilizadas en las decisiones de carácter fáctico: el inductivo, el de la razonabilidad, el de la probabilidad y el de autoridad.

El criterio inductivo se apoya en el razonamiento inductivo. Se trata de un tipo de razonamiento enormemente polémico⁷ y en el que, por otro lado, es posible incluir algunos de los criterios a los que más adelanté aludiré. Ahora bien, las críticas más comunes se han dirigido a la forma de entender la conclusión de la inducción y no tanto a la existencia de un tipo de razonamiento inductivo. Es decir, el cuestionamiento de la inducción se produce desde su incapacidad para alcanzar conclusiones ciertas.

El razonamiento inductivo, tal y como aquí se expondrá de forma simple y partiendo de la representación que del mismo hace Ch. Peirce⁸, permite lograr conclusiones sólo probables y razonables. No obstante, como ya señalé antes, en el contexto jurídico, al ser adoptado por una autoridad puede ser alterado ese carácter. Y en todo caso, sirve para aumentar la fuerza de la regla utilizada. Como han señalado M. Cohen y E. Nagel, «si bien el razonamiento inductivo no demuestra –en el sentido estricto– una proposición universal, en cambio puede probar que de todas las hipótesis propuestas, ella es la que tiene mejores elementos a su favor»⁹.

El criterio inductivo de justificación de las reglas es apropiado como camino de apoyo a las máximas de la experiencia.

Veamos su formalización desde otro ejemplo de razonamiento fáctico. Este lo tomo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén

⁷ Vid. al respecto GRACÍA SUÁREZ, A., «Historia y justificación de la inducción», en BLACK, M., *Inducción y probabilidad*, Madrid, Cátedra, Madrid, pp. 11 ss.

⁸ Vid. PEIRCE, Ch., *Deducción, inducción e hipótesis*, trad. de J. MARTÍ RUIZ-WERNER, Buenos Aires, Aguilar-Argentina, 1970. Sobre las diferentes formas de entender el razonamiento inductivo vid. BUNGE, M., *La investigación científica*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 861 y 862.

⁹ COHEN, M. y Nagel, E., *Introducción a la lógica y al método científico*, T. II, trad. de N. A. MÍNGUEZ, Buenos Aires, Amorrortu, 1983, p. 110. Vid. también, PEIRCE, Ch. S., *op. cit.*, p. 63; COHEN, L. J., *The Probable and The Provable*, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 122 ss.

(Sección 1.^a) de 14 de marzo de 1996, en la que se trata también un delito contra la salud pública. Pues bien, uno de los tramos de razonamiento que aparecen expuestos llega a la conclusión de que el sujeto llevaba droga con intención de transmitir a terceros, partiendo de una serie de datos: el sujeto lleva una cantidad notoria de droga que ha adquirido realizando un largo viaje y que está oculta en su vehículo. Pues bien, es posible reconstruir la regla utilizada como sigue: «Si un sujeto lleva una cantidad notoria de droga que ha sido adquirida realizando un largo viaje y que está oculta en su vehículo entonces el sujeto lleva la droga con intención de transmitirla a terceros.»

Pues bien la forma de explicitar el criterio inductivo sería como sigue:

Caso: En un supuesto pasado, un sujeto lleva una cantidad notoria de droga que ha adquirido realizando un largo viaje y que está oculta en su vehículo.

Resultado: En ese supuesto, el sujeto lleva la droga con intención de transmitirla a terceros.

Caso: En otro supuesto pasado, un sujeto lleva una cantidad notoria de droga que ha adquirido realizando un largo viaje y que está oculta en su vehículo.

Resultado: En ese otro supuesto, el sujeto lleva la droga con intención de transmitirla a terceros.

Regla: «Si un sujeto lleva una cantidad notoria de droga que ha sido adquirida realizando un largo viaje y que está oculta en su vehículo, entonces el sujeto lleva la droga con intención de transmitirla a terceros.»

Un segundo criterio es el de la razonabilidad. A pesar de que bajo la esfera de la razonabilidad podría ser incluida prácticamente la totalidad de los criterios de justificación su sentido original se identifica con la llamada reducción al absurdo. Así en el ejemplo visto, consistiría en defender el enunciado normativo afirmando que otra conclusión es absurda.

Es decir, el proceso, sería el siguiente:

– Se afirma: «Si un sujeto lleva una cantidad notoria de droga que ha sido adquirida realizando un largo viaje y que está oculta en su vehículo entonces el sujeto lleva droga con intención de transmitirla a terceros».

– Se afirma: «Si un sujeto lleva una cantidad notoria de droga que ha sido adquirida realizando un largo viaje y que está oculta en su vehículo entonces el sujeto lleva droga sin intención de transmitirla a terceros».

– Se afirma que el enunciado anterior implica por ejemplo que el sujeto quería destruir la droga por considerarla perjudicial para la salud o que iba a entregarla a la policía por los mismos motivos.

– Se afirma que lo anterior es absurdo.

– Se confirma el enunciado primero.

Como se podrá observar lo relevante de este criterio está en el peso de las razones que justifican la consideración de lo absurdo y que necesariamente deberían explicitarse. Esto es, el por qué es absurdo pensar en que el sujeto llevaba la droga para destruirla o para entregarla a la policía. Lo que más adelante será denominado como criterios de corrección de primer nivel desempeñan en este punto un importante papel.

El criterio de la probabilidad justifica la regla mediante la medición de su probabilidad¹⁰. En el supuesto analizado este criterio de justificación examinaría la probabilidad objetiva existente de que, dados los hechos, se llegase a la conclusión expuesta en la regla. Aun siendo conscientes de las diferentes críticas que pueden ser vertidas hacia su utilización, no debe ser pasado por alto que se trata de procesos que vienen a apoyar en mayor medida una regla, por lo que su utilización sirve para mejorar y afianzar la argumentación.

Por último, el criterio de autoridad consiste en justificar la regla en la opinión de un experto o de un perito. Es decir, consistiría en justificar la regla afirmando que se trata de la consideración de un experto en comportamientos de tráfico de droga. El criterio de autoridad consiste, por tanto, en justificar la regla afirmando básicamente que se trata de un enunciado producido por un sujeto o un órgano dotado de la consideración de autoridad. Así, podrían entrar en este supuesto los informes de peritos, expertos, forenses, doctrina científica, normas de otros sistemas jurídicos y, también, decisiones judiciales (si bien estas podrían ser consideradas también en otros criterios de justificación). Precisamente, en el supuesto tomado como ejemplo, la Audiencia señala a la jurisprudencia del Tribunal Supremo como justificación de la regla empleada («se debe estimar que tal y como viene manteniendo el Tribunal Supremo...»). Al igual que ocurría con el resto de criterios las razones que sirven para considerar al sujeto o al órgano como autoridad deben hacerse explícitas. A ello aluden precisamente los criterios de corrección.

2.2.2 *Los criterios de corrección*

Junto a la exigencia de contar con criterios de justificación de las reglas, es posible también defender la existencia de una serie de criterios de corrección que se proyectan sobre la motivación de los hechos. Diferenciaré entre criterios de corrección de primer nivel y de segundo nivel. Los primeros se proyectan sobre las reglas justificadas a través de los criterios ya expuestos; los segundos sobre todos los criterios (ya sean de justificación o de corrección).

¹⁰ Vid. mi libro *Sobre el razonamiento judicial*, cit., pp. 130 ss. También GASCÓN ABELLÁN, M., *op. cit.*

De esta forma, los criterios de corrección de primer nivel señalan exigencias que deben ser tenidas en cuenta por las reglas utilizadas. Señalaré tres: atención al precedente, autoprecedente y aceptabilidad.

El criterio de atención al precedente expresa la exigencia de mantener las reglas anteriores o en su defecto, de justificar su cambio. Este criterio se deduce con meridiana claridad de la exigencia de tutela jurídica efectiva y más en concreto del principio de igualdad (tanto en su dimensión formal cuanto en su dimensión material) y del de seguridad jurídica o más en concreto del carácter predecible que debe poseer todo pronunciamiento jurídico al menos como exigencia ideal. Además la exigencia de racionalidad que acompaña la idea moderna de Derecho y los rasgos de un Estado de Derecho avalan este criterio ¹¹.

El criterio que denomino como de coherencia a futuro expresa la exigencia de adoptar reglas que se vayan a mantener en razonamientos posteriores que se desenvuelvan en idénticas o similares circunstancias. Se relaciona con una de las reglas fundamentales que presiden el discurso práctico general en la teoría de la argumentación de Robert Alexy y que es enunciada como sigue: «Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a a en todos los aspectos relevantes» ¹².

El criterio de la aceptabilidad expresa la exigencia de que la regla sea presumiblemente aceptada por los miembros de la comunidad jurídica a la que se dirige. Esto obliga a quien decide a situarse en la posición de aquellos a los que se dirige y a plantearse si estos aceptarían la decisión. Este criterio ha sido formulado por Aulus Aarnio vinculándolo al examen de las consecuencias de la decisión y proyectándolo en el ámbito de la dogmática jurídica, de la siguiente manera: «la dogmática jurídica debe intentar lograr aquellas interpretaciones jurídicas que pudieran contar con el apoyo de la mayoría en una comunidad jurídica que razona racionalmente» ¹³.

Los criterios de corrección de segundo nivel expresan exigencias sobre el uso tanto de los criterios de justificación como de los criterios de corrección de primer nivel. También haré referencia a tres: explicitación, saturación y no refutación.

El criterio de explicitación exige que quien decide haga públicas las reglas y los criterios (de justificación y de corrección) que sirven para

¹¹ Vid. al respecto ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 244 ss.

¹² ALEXY, R., *op. cit.*, p. 185.

¹³ AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, versión castellana de E. GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 286. Se trata así de un criterio relacionado con lo que MacCormick denomina como justificación en relación con el mundo real. Vid. MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pp. 129 ss.

motivar su decisión. Aunque parece un requisito obvio de la argumentación, hemos visto que no se satisface en el ámbito de la decisión judicial. Le corresponde a quien decide mostrar las reglas y los criterios y no dejar esta tarea a quien analiza la decisión ¹⁴.

El criterio de saturación alude a una de las exigencias de la teoría de la argumentación de Robert Alexy: el requisito de saturación. Para este autor se trata de la exigencia de poner de manifiesto todas las premisas utilizadas en un argumento ¹⁵. En todo caso, el requisito de saturación exige pues no sólo la utilización de estos criterios sino el que éstos sean manifestados en la motivación de la decisión.

El criterio de no refutación se relaciona con la exigencia que, en el ámbito de la motivación de las hipótesis, ha sido expuesta con ese nombre por Marina Gascón: «Decir que una hipótesis no ha sido refutada significa que las pruebas disponibles no se hallan en contradicción con ella. Por eso, justificar que la hipótesis no ha sido refutada supone, en definitiva, demostrar que no ha habido contrapuebas (de la hipótesis) o que las eventuales contrapuebas han sido destruidas» ¹⁶. Ahora bien, el sentido de esta exigencia en la obra de la profesora Gascón se proyecta sobre la regla de la decisión. El criterio de la no refutación, tal y como será aquí entendido, tiene que ver también con los criterios de justificación de la regla, o, dicho de otra manera con el peso o la credibilidad de estos criterios. Así, en este sentido, lo que exige este criterio es tener en cuenta los posibles datos que pueden llegar a desvirtuar los criterios de justificación. Por ejemplo, el que aquello que ha sido considerado como autoridad no lo sea. Este criterio tiene que ver con el llamado control de la fiabilidad probatoria, entendido como la actividad cuya finalidad consiste en dar cuenta de la eficacia probatoria de un medio de prueba ¹⁷.

2.3 El control del razonamiento fáctico

El análisis de los diferentes elementos del proceso de decisión en su vertiente fáctica conduce a afirmar que puede ser descrita de forma racional y por tanto, que es posible controlar, al menos en cierto grado, su exposición. Sin embargo, esta exigencia de motivación no está clara en el Ordenamiento y además cuenta con la oposición de numerosos autores. Incluso se ha llegado a afirmar que: «el tribunal debe abstenerse de recoger en su narración histórica la resultancia aislada de las pruebas practicadas... y, con mucho mayor motivo, el aná-

¹⁴ Vid. IGARTUA SALAVERRÍA, J., *op. cit.*, pp. 201 ss.

¹⁵ Vid. ALEXY, R., *op. cit.*, p. 236.

¹⁶ GASCÓN ABELLÁN, M., *op. cit.*, p. 220.

¹⁷ Vid. al respecto, GASCÓN INCHAUSTI, F., *El control de la fiabilidad probatoria: «Prueba sobre la prueba en el proceso penal»*, Valencia, Revista General de Derecho, 1999, p. 29.

lisis o valoración de las mismas, totalmente ocioso e innecesario dada la soberanía que la ley concede para dicha valoración y que debe permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores y en el secreto de las deliberaciones... el tribunal no puede ni debe dar explicaciones del por qué llegó a las conclusiones fácticas...»¹⁸.

No obstante, el carácter de probabilidad presente en las decisiones fácticas subraya la necesidad de su control al implicar un margen de incertidumbre y de valoración. No es de extrañar así que en alguna ocasión, el Tribunal Supremo se haya referido a la oportunidad de controlar en casación algunos de los elementos de este tipo de decisiones. Sirvan dos ejemplos. En la Sentencia de 19 de enero de 1988 (RA 383) se afirma: «La observancia de las reglas de la lógica y de los principios de la experiencia en el marco del criterio racional es, en principio, controlable en casación, pues dicho control se limita al razonamiento explícito o implícito de la Sentencia... La posibilidad de revisión casacional de la estructura lógica del razonamiento mediante el que el Tribunal de instancia deduce de la prueba practicada la autoría del acusado, no encuentra obstáculo alguno en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. No sólo porque de acuerdo con las premisas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se debe entender que ésta es la interpretación conforme a la Constitución de los artículos 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, sino también porque sólo de esa manera es posible mantener una adecuada diferencia entre libre convicción y arbitrariedad, impuesta por el Estado de Derecho»¹⁹. Por su parte, en la Sentencia de 15 de abril de 1989 (fj. 2.º, RA 3355), el Tribunal refiriéndose «a las deducciones e inducciones que el Tribunal puede realizar a partir de los hechos que ha percibido directamente en el juicio oral», ha afirmado: «Estas inferencias pueden ser controladas en la casación precisamente porque no dependen sustancialmente de la inmediación, sino de la corrección del razonamiento que se debe fundar en las reglas de la lógica, en los principios de la experiencia y, en su caso, en conocimientos científicos. Por tanto, en la medida en que el Tribunal de casación tiene completo acceso a ese razonamiento puede verificar en cada caso la corrección de las conclusiones»²⁰.

En definitiva el Tribunal Supremo ha afirmado que, la estimación

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1978, RA 417.

¹⁹ *Vid.* también las Sentencias de 23 de marzo de 1988, RA 2083; 29 de junio de 1988, RA 3355; 24 de septiembre de 1990, RA 7226; 8 de marzo de 1991, RA 1936.

²⁰ Y esto se acrecienta cuando se trata de prueba indiciaria o de presunciones. *Vid.* en este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1991, fj. 2.º, RA 4527, y de 30 de octubre de 1991, fj. 2.º, RA 7468. Así, parece que en ciertas decisiones se ha distinguido a efectos de control en casación entre lo que FERRAJOLI denomina juicio sobre el hecho y el juicio sobre el juicio (Para este autor «resulta claro que el juicio sobre la motivación forma un todo con el juicio de legalidad; y que el control, sobre la consistencia (no ya de las pruebas) sino del razonamiento probatorio, es todo uno con las garantías de legalidad». «I valori del doppio grado e della

en conciencia debe ajustarse «a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, fiel a los principios del conocimiento y de la ciencia, a las máximas de la experiencia, a las reglas de la sana crítica, que aboque en una historificación de los hechos en adecuado ensamblaje con un acervo de mayor o menor aptitud de datos acreditativos o reveladores que haya sido posible concentrar en el proceso» (Sentencia del Tribunal Supremo 4 de abril de 1989, fj. 4.º, RA 3014). Así, «valoración de la prueba en conciencia o íntima convicción del juzgador quiere decir sin duda, libertad de apreciación de la prueba, pero no prescindir de la misma ni de su análisis...» (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1991, fj. 5.º, RA 4537).

Ahora bien, este tipo de control, que como he señalado es controvertido, parece proyectarse única y exclusivamente en la justificación interna de la decisión fáctica. Sin embargo, no parece que deba restringirse el ámbito de la motivación y su control. Como ha señalado P. Andrés Ibáñez, la exigencia de motivación de toda actuación obligaría al juzgador a operar desde el principio con unos «parámetros de racionalidad expresa y de conciencia automática mucho más exigentes», ya que, «no es lo mismo resolver conforme a una corazonada, que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados»²¹.

nomofilachia», en *Democrazia e Diritto, Supplemento al n. 1*, 1992, pp. 34 ss.), destacando que este último puede ser controlable en casación.

²¹ Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en *Doxa*, núm. 12, 1992, pp. 290 y 291.

La sentencia judicial entre la recreación y la sustitución de los hechos

Por LAURA MIRAUT MARTÍN
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO: I. LA CIRCULARIDAD DE LA CUESTIÓN DE LOS HECHOS.—II. EL SIGNIFICADO DE LA FIJACIÓN DE LOS HECHOS EN EL PROCESO JUDICIAL.—III. LA PROBABILIDAD COMO CRITERIO DE VERDAD RELATIVA DE LOS HECHOS PROBADOS.

I. LA CIRCULARIDAD DE LA CUESTIÓN DE LOS HECHOS

La decisión jurídica es siempre una respuesta oficial a propósito de hechos. Se dirime en ella la concurrencia o la falta de concurrencia de los hechos, y en el primer caso se valora el sentido y las circunstancias en que éstos han concurrido. Pero en todo caso es en relación con los hechos, con su existencia o inexistencia, que se produce la sentencia. Los hechos son así, en palabras de Boukema, una especie de «prerrequisito» para la actuación del juez, puesto que «sin ellos no puede haber derecho»¹. Obviamente, el órgano judicial no tiene como misión atender a todos los hechos de la vida, sino precisamente a los hechos que aparecen descritos en los supuestos de hecho normativos. Esto es, los hechos a los que una disposición normativa o un conjunto de disposiciones normativas conectadas entre sí, le ligan una determinada consecuencia o efecto jurídico. Estos hechos adquieren así su carácter de propiamente hechos jurídicos².

¹ BOUKEMA, H. J. M., «Facts of Legal Reasoning», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1997, fasc. 1, p. 13.

² FALZEA, A., «Fatto giuridico», en Angelo Falzea, *Voci del teoria generale del diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1978 (anteriormente publicado en *Enciclopedia del diritto* Giuffrè Editore, Milano, 1967), p. 377, destaca entre las diversas acepciones

La sentencia representa en este sentido un tránsito desde el mundo de los hechos al del derecho, que tiene su punto culminante en la calificación jurídica de los hechos. Ésta constituye, en cierto modo, «el momento más exaltante del trabajo del juez»³, el momento en el que los hechos adquieren su significación jurídica plena como condición inexcusable para la determinación del contenido de la sentencia. Pero la calificación jurídica de los hechos presupone a su vez la determinación previa de cuáles han sido éstos y de cuáles han sido las circunstancias que han rodeado a su perpetración, lo que hace aun más condenable e inexplicable la «asimetría» entre la atención prestada en nuestros días por los científicos del derecho a las premisas normativas de la decisión jurídica y la que en general dedican a las premisas fácticas de la misma⁴. La determinación de los hechos, constituye así, al menos desde un punto de vista lógico, un «prius» con respecto a su calificación por parte del juez⁵. Es ésta la razón que explica la pervivencia en la cultura jurídica moderna de la distinción entre las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho. Distinción de trascendencia evidente en la configuración del sistema de recursos, al establecer determinadas barreras al cuestionamiento de los hechos que se dan por probados, e incluso en la determinación de los sujetos que han de ocuparse del análisis de las distintas cuestiones⁶.

Esta distinción, que a menudo es contemplada por la doctrina jurídica como «autoevidente»⁷, resulta, sin embargo, enormemente compleja y problemática⁸. Los planteamientos más realistas del funcionamiento del proceso judicial insisten en nuestros días en destacar la

de la expresión hecho jurídico que ésta y la que contrapone el hecho jurídico al acto jurídico son las acepciones dominantes en la teoría general del derecho. Conforme a la primera el hecho jurídico se presenta como «correlato de efecto» pudiendo definirse como «todo aquello a lo que una norma jurídica (una norma cualquiera del sistema positivo que se toma en consideración) le atribuye un efecto jurídico».

³ HALLEMANS, W., «Le juge devant la distinction du fait et du droit», en AA.VV. *Le Fait et le Droit. Etudes de Logique juridique*, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1961, p. 82.

⁴ MENDONCA, D., *Interpretación y aplicación del derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, Almería, 1997, p. 73. Esta asimetría no se da con igual intensidad, sin embargo, entre los operadores del derecho, los cuales, al estar involucrados directamente en la solución de las controversias jurídicas, toman mayor conciencia de la importancia que tiene la fijación de los hechos en el proceso judicial.

⁵ GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, 1999, p. 73.

⁶ FAIRÉN GUILLÉN, V., «De los hechos al derecho. Uno de los sofismas de la ley del jurado de 1995», en *Revista de Derecho Procesal*, 1997, núm. 2, p. 362: «La antigua y sobrepasada pretensión doctrinal y legislativa de separar la cuestión de hecho y la cuestión de derecho llega a su clímax si encomendamos la primera a una o varias personas y la segunda a otras diferentes».

⁷ BOUKEMA, H. J. M., «Facts of Legal Reasoning», cit., p. 5.

⁸ RUIZ MIGUEL, A., «Creación y aplicación en la decisión judicial», en *Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Época*, tomo I, 1984, pp. 10 ss.

«recíproca interrelación, simultánea e indisoluble» entre las distintas operaciones que realiza el juez con vistas a la determinación del contenido de la sentencia⁹. Se asume que tales operaciones se realizan «al unísono» sobre la base de la contemplación unitaria de los elementos fácticos y de los efectos jurídicos que provoca su determinación¹⁰. Y que ello produce la «inevitable contaminación teórica y normativa» de la fijación de los hechos en el proceso judicial¹¹.

Existe, en efecto, una circularidad evidente entre la acción de un juez obligado por un lado a seleccionar los hechos jurídicos relevantes, y, en definitiva, a construir el relato de los hechos en la sentencia, a la luz de las normas jurídicas, y por otro a elegir las normas aplicables al caso en cuestión a la luz de los propios hechos. Poco importa que se trate de un «círculo vicioso»¹² o «virtuoso»¹³ cuando la circularidad en el funcionamiento del proceso judicial resulta inevitable. Las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho se implican mutuamente entre sí hasta el punto de construirse siempre cada una de ellas en función de la otra. Son cuestiones interdependientes que no permiten un planteamiento autónomo y separado. Ello requiere asumir como condición necesaria para la determinación de los hechos jurídicamente relevantes una determinada consideración del ordena-

⁹ DE CASTRO CID, B., «Teoría del Derecho», en Antonio Fernández Galiano-Benito De Castro Cid, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Editorial Universitas, Madrid, 1994, p. 208.

¹⁰ SORIANO, R., *Compendio de Teoría General del Derecho*, 2.ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1993, p. 308.

¹¹ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 37.

¹² Es éste el planteamiento clásico que realiza LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2.ª ed., traducción española de Marcelino Rodríguez Molinero, Editorial Ariel, Barcelona, 1980, pp. 274-275, cuando, preguntándose si «¿no nos movemos, con ello, otra vez en un círculo vicioso?», describe el funcionamiento del proceso judicial de la siguiente manera: «Para poder enjuiciar jurídicamente el hecho tal como ha sucedido, el que enjuicia tiene que darle antes la forma de un enunciado, en el que recoja todo aquello (y sólo aquello) que puede ser relevante para el enjuiciamiento jurídico. Lo que es relevante para el enjuiciamiento jurídico se obtiene de las normas jurídicas posiblemente aplicables al hecho. El que enjuicia parte, por tanto, del hecho a él relatado, examina qué normas jurídicas le son posiblemente aplicables, completa después el hecho atendiendo a los supuestos de hecho de estas normas jurídicas, que él, por su parte, concretiza de nuevo, siempre que esas normas no posibiliten una clara subsunción, atendiendo a tales circunstancias tal como aquí se presentan. El hecho en cuanto enunciado recibe su formulación definitiva sólo atendiendo a las normas jurídicas según las cuáles ha de ser enjuiciado; pero éstas, a su vez, serán elegidas y, siempre que se requiera, concretizadas atendiendo al hecho enjuiciable».

¹³ Así, MARINELLI, V., «Attività, ermeneutica e contesto giudiziario», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2000, fasc. 2, p. 195, quien, con un planteamiento materialmente similar en sus líneas generales al de Karl Larenz, señala, sin embargo, que los juicios de derecho y los juicios de hecho que incorpora la sentencia judicial «más que en secuencia lineal, hay que representarlos en círculo (no vicioso, sino virtuoso)».

miento jurídico al menos en sus rasgos más generales o, por decirlo así, captar el hecho en clave de derecho ¹⁴.

II. EL SIGNIFICADO DE LA FIJACIÓN DE LOS HECHOS EN EL PROCESO JUDICIAL

La captación de los hechos incorporados a la sentencia no se puede limitar exclusivamente a precisar los elementos relevantes de unos acontecimientos supuestamente producidos. Ha de atender también, de manera primordial, a si tales hechos relevantes han acaecido efectivamente o no y a cuáles son las circunstancias en que han tenido lugar. Se presenta así ante el juez la necesidad de realizar un ejercicio de verificación que servirá de fundamento a la calificación jurídica, la cual, sin embargo, excede al juicio empírico asumiendo una vertiente propiamente normativa ¹⁵.

En la medida en que los hechos objeto de la controversia jurídica pertenecen al mundo natural y tienen, por así decirlo, una existencia objetiva, podría pensarse en una determinabilidad mayor en relación a ellos que en relación al contenido de significado de la norma jurídica, que es inexistente hasta el momento en que se produzca efectivamente la interpretación. Pero una cosa es pensar que los hechos existen en el mundo natural y otra pretender que su realización por parte de un determinado sujeto y las circunstancias que acompañan a su realización tengan que ser comprendidos uniformemente por parte de los distintos miembros de la organización judicial.

También en relación a la determinación de los hechos que habrán de considerarse como jurídicamente probados entran en juego una pluralidad de elementos de muy distinto tipo. Algunos de carácter

¹⁴ Eso no impide que la primera determinación de los hechos jurídicamente relevantes se haya podido realizar en función sólo de alguna o algunas normas que pudieran estar implicadas con ellos, descuidando la existencia de otro u otros ámbitos jurídicos afectados. Esa visión parcial de los hechos, correlativa a una consideración restringida y sectorial del ordenamiento jurídico, se puede, no obstante, corregir, y de hecho así se hace habitualmente, a lo largo del proceso judicial, modificando progresivamente el propio enunciado de los hechos a la vista de los distintos ámbitos jurídicos que pueden guardar relación con el caso. LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., p. 277, se refiere en este punto al hecho de que las normas jurídicas aplicables al caso dependen también, entre otros aspectos, del conocimiento por parte del juez «de nuevos y más estrictos complejos de normas, en cuya esfera de regulación incide de hecho o, a primera vista, puede incidir».

¹⁵ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 74: «la calificación jurídica, aunque se apoye en un juicio empírico, forma más bien parte de un juicio normativo interior: se puede verificar que el sujeto A realizó determinada conducta, pero, en sentido estricto, no se verifica, sino que se decide (autorizadamente) que esa conducta y sus circunstancias objetivas y subjetivas deben encuadrarse en un supuesto de hecho...».

objetivo, como la mayor o menor posibilidad de acceder al conocimiento o a la reproducción de los mismos, en atención a la existencia o inexistencia de testigos, de documentos que puedan concernir al caso, de huellas que delaten la presencia en el lugar del suceso de determinadas personas, etc. Otros de naturaleza subjetiva, referidos fundamentalmente al carácter y a las circunstancias personales del propio juez. Es por ello que se señala la dificultad de conocer de antemano, superando el escepticismo del observador imparcial en relación a la determinación de los hechos y del contenido normativo aplicable, el sentido que pueda tomar la decisión judicial. Esta dificultad resulta muchas veces mayor en el caso de la apreciación de los hechos porque su consideración como sucesos acaecidos, aun cuando guarda algún tipo de relación con la cultura jurídica dominante, no resulta en ocasiones tan condicionada por ella. La verificación de los hechos acaecidos presenta, sin embargo, matices distintos según el tipo de hecho de que se trata. Distinguimos a este propósito, siguiendo a Marina Gascón¹⁶, tres tipos de hechos comprendidos en los supuestos de hecho normativos: los hechos internos o psicológicos, los hechos cuya constatación implica un juicio de valor y los hechos externos.

En la historia de la ciencia jurídica se ha discutido mucho acerca de la posibilidad de hechos jurídicos de carácter interno. El problema del carácter necesariamente externo o no de los hechos jurídicos ha estado en ocasiones en la base de la distinción entre las reglas jurídicas y las reglas morales: el derecho se ocuparía en exclusiva, conforme a este tipo de doctrinas hoy claramente superadas, de los hechos externos, mientras que la moral tendría su ámbito material de actuación en los hechos internos, los que permanecen en la esfera íntima del sujeto. Hoy esta idea resulta absolutamente superada porque el derecho atiende y toma en consideración en muchas ocasiones a elementos, como la animadversión, el arrepentimiento, la premeditación, etcétera, que reflejan estados anímicos que sólo de manera muy indirecta pueden calificarse como hechos del mundo exterior. Son circunstancias que aunque normalmente no están tipificadas como contravenciones directas del ordenamiento jurídico, sin embargo contribuyen a modular la valoración que da el órgano judicial a los hechos que son objeto de controversia. El viejo aforismo jurídico de que «el pensamiento no delinque» cada vez se fundamenta más en la propia idea de la libertad de pensamiento que en la supuesta imposibilidad de que el derecho entre en la regulación de aspectos internos o psicológicos del sujeto. Por otro lado, se destaca también el sentido inevitablemente interno que tienen los comúnmente denominados actos externos¹⁷.

¹⁶ *Ibíd.*, pp. 75 ss.

¹⁷ ARA PINILLA, I., *Teoría del Derecho*, Taller Ediciones J. B., Madrid, 1996, p. 139: «No se puede hablar en sentido estricto de actos puramente externos, pues, con la circunstancial excepción de los actos reflejos, en todos ellos interviene un proceso interno, al menos el proceso de reflexión mental que lleva a la determinación de su realización.»

Lo cierto es, sin embargo, que los hechos internos presentan una dificultad adicional para su constatación, porque su conocimiento es siempre «un conocimiento indirecto a partir de otros hechos»¹⁸. De los hechos externos que se entiende que ponen de manifiesto el estado de ánimo en cuestión. Queremos con ello decir que si bien el conocimiento de los hechos internos encuentra un plus de dificultad, su constatación no puede prescindir del análisis de hechos externos, ni hacer oídos sordos a los problemas propios de este tipo de análisis.

Los hechos cuya constatación presupone un juicio de valor se caracterizan por incorporar conceptos jurídicos indeterminados que el juez ha de completar acudiendo a una determinada valoración. Un problema distinto es si esa valoración que debe dar el juez es la valoración común del grupo social, la valoración conforme a un determinado modelo moral elitista¹⁹, o su propia valoración personal. Lo importante es comprender que sólo a través del juicio de valor se puede conocer si el hecho ha tenido lugar. Los supuestos de hechos normativos son muchas veces supuestos valorativos hasta el punto de que se hace muy difícil en ocasiones en el lenguaje jurídico distinguir las expresiones descriptivas de las expresiones valorativas²⁰. Se analiza como cuestión de hecho si una propiedad está lo suficientemente rodeada de obstáculos en su acceso para ser considerada propiedad cerrada o si el comportamiento de un individuo reúne las condiciones suficientes para ser considerado degradante. Entonces, las cuestiones de hecho se convierten de manera inevitable en «problemas de evaluación»²¹. Evidentemente la constatación de este tipo de actos tiene una dificultad superior a la constatación de los actos externos: la dificultad que conlleva la valoración. Pero estos actos se manifiestan también de manera externa, como acontecimientos que se dan en el mundo exterior requiriendo también una verificación estrictamente fáctica: la observación de que se ha dado el hecho que constituye el objeto de valoración y de que se han dado también las condiciones o signos externos del concepto al que se atribuye la valoración en cuestión. La distinción entre las cuestiones de hechos primarios y cuestiones de hechos secundarios²² resulta así de la mayor utilidad para com-

¹⁸ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 78.

¹⁹ Así, por ejemplo, el caso de CARDOZO, B. N., *The Paradoxes of Legal Science*, Columbia University Press, New York, 1928, p. 37.

²⁰ WROBLEWSKI, J., «Los hechos en el derecho», en Jerzy Wroblewski, *Sentido y Hecho en el Derecho*, Servicio Editorial, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989 (originalmente publicado en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1973-2, pp. 161-178), p. 202.

²¹ BAYLES, M., «Principles for legal procedure», en *Law and Philosophy*, vol. 5, núm. 1, abril 1986, p. 40.

²² JACKSON, J., «Questions of fact and questions of law», en William Twining (edited by), *Facts in Law*, en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Beiheft Nr. 16, 1983, pp. 85-100, en especial, pp. 90-93.

prender el significado de unos hechos que se producen como tales en el mundo de la realidad sensible suscitando todos los problemas de constatación de los hechos externos además del problema adicional que supone su concreta valoración.

Los hechos externos en sentido estricto pueden también incorporar una remisión a una determinada norma del ordenamiento jurídico en los casos de los denominados hechos institucionales²³. En estos supuestos la constatación del hecho presupone la «previa calificación jurídica de hechos» recurriendo al conjunto del ordenamiento jurídico. No hay, sin embargo, valoración en sentido estricto porque la calificación jurídica no constituye una cuestión de grado que pueda el juez atribuir razonablemente en mayor o menor medida. A diferencia de lo que sucede con el comportamiento degradante o con la propiedad cerrada, que puede estar más o menos cerrada o ser más o menos degradante, los hechos institucionales no se valoran en más o en menos, sino en términos de si se dan o no se dan: se da o no la mayoría de edad legalmente establecida en una persona, se da o no en ella la condición de nacional del Estado de que se trate, etc.

Salta a la vista que en este tipo de hechos, tanto en los hechos externos en sentido estricto como en los hechos externos institucionales, su constatación plantea menores problemas al quedar, en principio, excluida la valoración o la indagación indirecta de la presencia de hechos internos o psicológicos²⁴. Pero es que tampoco en estos casos puede cerrarse el problema de la determinación de los hechos acaecidos porque ésta es una determinación de hechos pasados cuya realidad no puede en ningún caso fijarse desde una óptica instantánea. La verificación de los hechos se realiza a través de un proceso narrativo mediatizado por el sujeto que relata los hechos y por el mismo modo en que se efectúa la narración²⁵. La reconstrucción judicial de los hechos no puede escapar a la subjetividad no sólo del juez, sino de cada uno de los individuos que intervienen, ya como testigos, como peritos, como expertos, etc., en el proceso conducente a aclarar qué sucedió exactamente en un momento que, por no ser ya presente, no puede ser captado en toda su plenitud. Esto hace de la verdad procesal fáctica «un tipo particular de verdad histórica»²⁶ que sólo puede ser admitida en términos relativos y aproximados. Pero el reconocer el carácter relativo de la verdad procesal fáctica no puede justificar la renuncia a la utilización de criterios racionales a la hora de fijar

²³ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., pp. 75-76.

²⁴ *Ibíd.*, p. 76.

²⁵ CALVO GONZÁLEZ, J., «La verdad de la verdad judicial», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1999, fasc. 1, p. 30: «el mismo acto y el modo de narrar el relato de los hechos, de contar los hechos al narrarlos, también llegará a ser parte de la narración de los hechos».

²⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohíno, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 52.

los hechos en la sentencia. Al contrario, constituye la base sobre la que tales criterios han de ser propuestos²⁷.

¿Cómo explicar el sentido de la indagación racional de los hechos jurídicos asumiendo las limitaciones del juez a la hora de constatar y valorar su verdad, esto es, que tales son los hechos realmente sucedidos? En primer lugar, decir que al juez no le corresponde en principio fijar la verdad del hecho, sino sólo la prueba del hecho. Sólo le toca decidir el hecho jurídico a partir de la percepción limitada que proporcionan las reglas de la prueba²⁸, no a partir de la percepción general que le permita el uso de sus sentidos y de las diferentes técnicas de análisis empírico y conjetural que pueda utilizar. El hecho jurídico se presenta así no como un acontecimiento existente en el universo de la realidad, sino como «algo cuya existencia (real o hipotética) es asumido por el derecho a partir de una técnica específica»²⁹. No hay, por consiguiente, coincidencia necesaria entre la realidad física y la realidad jurídica. Ésta resulta siempre circunscrita por las reglas que rigen la práctica de la prueba y el funcionamiento del proceso judicial. Esto no quiere decir que no deba funcionar la idea de verdad de los hechos como un elemento operativo para la determinación jurídica de los mismos, como un «necesario ideal regulador», en definitiva, de la misma decisión³⁰. Ni que sea imposible llegar en el proceso judicial a una determinación de los hechos que se corresponda con la realidad, lo que por otro lado se entiende que «debe ser lo normal»³¹. Simplemente nos debe hacer conscientes del carácter limitado desde el punto de vista de la verificación de la verdad procesal, y de la necesidad de no «deificar acríticamente la verdad alcanzada»³².

Hay que tener en cuenta además el carácter instrumental que en el proceso judicial tiene la propia verdad de los hechos, que como tal

²⁷ Ibídem, p. 63: «el reconocimiento de la insuprimible pero siempre relativa y reducible incertidumbre de la verdad procesal es el presupuesto necesario para basar en él, en el plano teórico y práctico, criterios más racionales de comprobación y de control, además de unos hábitos de investigación más rigurosos y una mayor prudencia en el juicio.»

²⁸ Piénsese, por ejemplo, en las limitaciones de percepción que impone el sometimiento a las pruebas propuestas por las partes.

²⁹ FORIERS, P., «Introduction au droit de la preuve», en Chaïm Perelman et Paul Foriers (études publiées par), *La preuve en droit*, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 12.

³⁰ TARUFFO, M., «Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2001, fasc. 1, p. 21.

³¹ MONTERO AROCA, J., «Nociones generales sobre la prueba (Entre el mito y la realidad)», en Juan Montero Aroca (director), *La prueba*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 27: «Naturalmente nada impide que con los medios jurídicos de fijación de los hechos se llegue realmente a descubrir la verdad, lo que por otra parte debe ser lo normal; lo que se dice en esta concepción es que la actividad probatoria se conforma con fijar los hechos necesariamente cumpliendo unas reglas jurídicas.»

³² GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 121.

«no interesa en sí misma, sino en relación a las situaciones argumentativas»³³. Esto es, en relación a la solución de la controversia que ante el juez se presenta para ser resuelta con arreglo a los parámetros establecidos por el propio ordenamiento jurídico. Este carácter instrumental de la verdad de los hechos no explica por sí sólo las limitaciones que se pueden imponer a su búsqueda, pero sí ayuda a comprender que se anteponga en ocasiones la salvaguarda de otros valores jurídicos que podrían resultar lesionados si se pusieran en marcha todos los medios de que puede disponerse para la averiguación de la verdad. El juez se encuentra así, a menudo, con «barreras al hallazgo judicial de la verdad»³⁴, que sobre la base de la preservación de la integridad de otros bienes jurídicos dificulta la apreciación de los hechos acontecidos³⁵. Así sucede, por ejemplo, en la determinación de la ilicitud de las pruebas que puedan vulnerar la «posición preferente de los derechos fundamentales»³⁶.

En este sentido, y al margen de la información irregular que pueda obtenerse a través de procedimientos que puedan contravenir las limitaciones legales al respecto³⁷, no queda otra posibilidad que acudir al juicio de probabilidad para poder estimar hipótesis plausibles que se hagan merecedoras del título de hechos probados. La prueba de los hechos entendida como certeza de la realización de los mismos constituye una ilusión, pero la utilización de criterios de probabilidad puede proporcionarles una justificación real como hechos a enjuiciar en el proceso judicial.

III. LA PROBABILIDAD COMO CRITERIO DE VERDAD RELATIVA DE LOS HECHOS PROBADOS

Se ha discutido en la doctrina jurídica acerca del tipo de probabilidad que se da en relación a la prueba de los hechos. Ello nos obliga a detenernos aunque sea brevemente en el significado jurídico que adquiere la misma noción de probabilidad. La probabilidad se sitúa

³³ GIULIANI, A., «Le rôle du fait dans la controverse», en *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 39, 1995, p. 234.

³⁴ LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., p. 303.

³⁵ Como dice RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la ciencia del derecho*, Librería Cervantes, Salamanca, 1991, p. 208, «el hallazgo de la verdad, aunque es un fin muy importante para el derecho no es un fin único ni es siempre el fin primordial, pues en determinadas ocasiones ha de subordinarse a otros fines que el derecho considera superiores».

³⁶ PICO I JUNOY, J., «Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas», en *Justicia*, 1997, núms. 3-4, p. 884. Un consistente estudio jurisprudencial en DE URBANO CASTRILLO, E.-TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

³⁷ PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, p. 98: «No cabe excluir que la conciencia sobre la verdad de unos

entre las ideas de necesidad y de imposibilidad. Para que algo pueda ser calificado como probable es preciso que ese algo no tenga carácter necesario porque si así fuera no estaríamos ante el supuesto de que algo probablemente fuera a suceder, sino en el supuesto de que ese algo fuera a suceder con carácter inevitable, con absoluta seguridad. Al mismo tiempo, si no existiera la más mínima probabilidad de que el acontecimiento o el juicio que calificamos como probable pudiera tener lugar, la misma idea de probabilidad quedaría absolutamente excluida, no tendría ninguna posibilidad de existencia.

Ahora bien, entre las ideas de imposibilidad y de necesidad hay un campo muy amplio que no es ocupado en su totalidad por la idea de probabilidad. Por el hecho de no resultar un acontecimiento o un juicio imposibles ni necesarios no se convierten automáticamente en acontecimientos o en juicios probables. Sí se convierten, en cambio, en acontecimientos o en juicios posibles. En este sentido, puede decirse que lo probable anida en el ámbito de lo posible. El concepto de posibilidad es así un concepto más amplio que el de probabilidad es, en definitiva, el presupuesto para que pueda darse la misma idea de probabilidad. La probabilidad constituye, por consiguiente, una posibilidad cualificada, una posibilidad que requiere una condición adicional.

La consideración de la idea de probabilidad como posibilidad cualificada está ya presente en Aristóteles cuando señala que lo probable designa a «aquello que, en la mayor parte de los casos, acontece o no acontece, existe o no existe; por ejemplo, los hombres odian a aquellos que les envidian, aman a aquellos que les aman»³⁸. Así entendido, el concepto de probabilidad puede ser analizado en su aspecto gnoseológico o subjetivo, en el cual se entiende como probabilidad referida a juicios, y en su aspecto ontológico u objetivo, conforme al cual se entiende como probabilidad referida a acontecimientos³⁹.

En general ha sido la idea de probabilidad en su aspecto gnoseológico o probabilidad subjetiva la que ha predominado en la literatura filosófica a lo largo de la historia. Muy significativa es a este respecto la teoría de la probabilidad que expone John Locke en su *Ensayo sobre el entendimiento humano*. La probabilidad se sitúa allí como una especie de sustituto de la falta de conocimiento, lo que describe con estas palabras: «La mayoría de las proposiciones sobre las cuales pensamos, razonamos, disertamos, y hasta obramos, son tales que no

hechos se consolide con informaciones irregulares... Como es lógico, cualquier información que no provenga de los canales admitidos ha de ser omitida a la hora de redactar los resultados de los hechos probados, pero ello no significa que no ejerza alguna influencia sobre el juez».

³⁸ ARISTÓTELES, «Primeros analíticos», II, 29, 1, en *Lógica, II*, Nueva Biblioteca Filosófica, Madrid, 1931, p. 90.

³⁹ FERRATER MORA, J., *Diccionario de Filosofía*, Tomo 3, Alianza Editorial, Madrid, 1979, p. 2693.

podemos tener acerca de su verdad un conocimiento indubitable. Sin embargo algunas de ellas se acercan tanto a la certidumbre que no las ponemos en duda, sino que les concedemos nuestro asentimiento con la misma firmeza, y obramos sobre ese asentimiento con la misma resolución que si se tratase de proposiciones infaliblemente demostradas, y como si nuestro conocimiento acerca de ellas fuera perfecto y seguro»⁴⁰. En este sentido la probabilidad se presenta como una presunción, presumimos la veracidad de algo sin disponer de pruebas seguras que permitan garantizar el acierto de nuestro juicio sobre ellas⁴¹. El fundamento de dicha presunción se encuentra en la capacidad de inducción de nuestra mente que ofrece la apariencia del acuerdo que pueda darse entre dos ideas sin que existan pruebas irrefutables⁴², resultando así la existencia de dos elementos determinantes de la probabilidad como son la conformidad de una entidad con nuestra experiencia personal y el testimonio que nos ofrece la experiencia de los demás⁴³. Naturalmente reconoce John Locke que el carácter aparente o presunto de la noción de probabilidad se contrapone a la idea de conocimiento racional de las cosas, obligando a examinar con detenimiento y prudencia las razones que justifican la consideración de un juicio como probable antes de prestarle nuestro asentimiento reconociéndole toda nuestra credibilidad⁴⁴.

La concepción gnoseológica o subjetiva de la probabilidad ha sido sostenida en términos semejantes a como hemos visto que hace John Locke por muchos autores. Pero este hecho no ha provocado que caiga totalmente en el olvido la concepción ontológica que muchas veces se ha considerado implícita en la propia defensa de aquella. Todo ello ha llevado en ocasiones a sostener una concepción híbrida, intermedia entre la concepción gnoseológica y la ontológica de la probabilidad, que José Ferrater Mora describe diciendo que la probabilidad sería entonces «un grado mayor o menor de certidumbre sobre un

⁴⁰ LOCKE, K., *Ensayo sobre el entendimiento humano*, IV, 15, 2, traducción directa de Edmundo O'Gorman, Fondo de Cultura Económica, México, 1956, p. 658.

⁴¹ *Ibidem*, IV, 15, 3, p. 659: «La probabilidad es la verosimilitud de que una cosa sea verdadera; el término mismo denota una proposición para la cual existen argumentos o pruebas que la permiten pasar a ser recibida como verdadera. El trato que la mente otorga a esa clase de proposiciones se llama creencia, asentimiento u opinión, que consiste en la admisión de cualquier proposición como verdadera, en vista de argumentos o pruebas que logran persuadirnos de recibirla por verdadera, pero sin ofrecernos un conocimiento seguro de que lo sean».

⁴² *Ibidem*, IV, 15, 1, p. 657: «Así como la demostración es mostrar el acuerdo o el desacuerdo de dos ideas, por medio de la intervención de una o más pruebas que tienen entre sí una conexión constante, inmutable y visible, así la probabilidad no es sino la apariencia de un tal acuerdo o desacuerdo, por la intervención de pruebas cuya conexión no es constante e inmutable, o, por lo menos, que no se percibe que lo sea, pero que es o parece serlo así por lo regular, y basta para inducir a la mente a juzgar que la proposición es verdadera o falsa más bien que lo contrario».

⁴³ *Ibidem*, IV, 15, 4, p. 659.

⁴⁴ *Ibidem*, IV, 15, 5, pp. 659-660.

acontecimiento o un grupo de acontecimientos afectados por un índice de probabilidad»⁴⁵.

La cuestión es entonces decidir qué tipo de probabilidad es la que entra en juego cuando hablamos de los hechos probados como hechos probables. No cabe duda de que en estos casos es el juez quien determina los hechos realizando un ejercicio mental que inevitablemente supone un juicio sobre los hechos afectados por un índice de probabilidad. Ello supone, en cierto modo, un argumento en favor de la concepción mixta de la probabilidad. De hecho, es éste el modo tradicional de entender que actúa la probabilidad en relación al derecho. Ésta se ha presentado, en efecto, en relación a tres ámbitos jurídicos diferentes: como probabilidad en la determinación del derecho vigente, como probabilidad en la determinación de los supuestos de hecho jurídicamente relevantes y como probabilidad en la determinación de los hechos que se dan por jurídicamente ciertos.

En el primer caso encontramos, como ejemplo paradigmático, la concepción del derecho como predicción fundada en el cálculo de probabilidades de Benjamin Nathan Cardozo⁴⁶. Es una concepción que presupone un grado relativo de certidumbre sobre el modo en que probablemente actuarán los tribunales. Un buen ejemplo de la acción de la probabilidad en la determinación de los supuestos de hecho jurídicamente relevantes lo da la tipificación como delito de acciones que aun no lesionando directamente bienes jurídicos protegibles, provocan, sin embargo, la puesta en peligro de los mismos, entendiendo al peligro como la probabilidad de la realización de una lesión efectiva de los bienes jurídicos⁴⁷. Es una concepción que presupone un grado relativo de certidumbre sobre la probable lesión de la integridad de los bienes jurídicos. ¿Qué decir entonces en relación al tercer ámbito jurídico de actuación de la idea de probabilidad, que es la que más directamente nos interesa en este momento? Creemos que la solución va a ser semejante a la que se presenta en relación a los dos ámbitos aludidos. Un breve análisis de las posturas existentes a este respecto nos permitirá fundamentar nuestra afirmación.

La probabilidad en la determinación de los hechos que se dan por jurídicamente ciertos se ha entendido tanto como probabilidad subjetiva como probabilidad objetiva. La primera ha sido defendida entre otros por Luigi Ferrajoli. La segunda, recientemente, por Daniel Mendonca.

⁴⁵ FERRATER MORA, J., *Diccionario de Filosofía*, Tomo 3, cit., p. 2693.

⁴⁶ CARDOZO, B. N., *The Growth of the Law*, Fourth Printing (la primera edición de 1924), Yale University Press, New Haven, 1931, pp. 33 ss.

⁴⁷ Así SCHÜNEMANN, B., «Modernen Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», en *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, p. 794, cuando señala que el peligro es la «probabilidad de un daño», o HIRSCH, H. J., «Gefahr und Gefährlichkeit», en *Strafgerichtsbarkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, p. 548, al indicar que nos encontramos ante una actuación peligrosa «cuando a una acción le es inherente la probabilidad de dañar o perjudicar a un objeto».

Ferrajoli parte de la distinción entre probabilidad objetiva y probabilidad subjetiva como probabilidades referidas respectivamente «a la verdad en sentido objetivo» y a la «fiabilidad en sentido subjetivo»⁴⁸ asumiendo que «no existe ningún criterio formulable en vía general y abstracta, para establecer el grado objetivo de probabilidad de una hipótesis respecto de un tipo de prueba»⁴⁹. Todo ello le lleva a desdeñar por inviable la probabilidad objetiva, reconociendo, en cambio, la posibilidad de «una valoración subjetiva de la probabilidad (que) aunque no puede ser llevada a cabo abstractamente por la ley, puede en cambio ser realizada por el juez en relación con las pruebas y los indicios concretamente disponibles»⁵⁰. Esta tesis es rechazada por Daniel Mendonca entendiéndolo que el carácter probable de los hechos que se dan por probados no puede depender de la configuración personal del juez, debiendo resolverse la cuestión sobre la base de «consideraciones objetivas, no por inclinaciones subjetivas a aceptar o rechazar una conclusión», entendiéndose que los elementos de juicio aportados son los que objetivamente permiten concluir que en un porcentaje determinado y calculable de las ocasiones en que proponemos premisas verdaderas podemos obtener conclusiones igualmente ciertas⁵¹. Creemos que las dos tesis indicadas podrían superarse en la concepción mixta de la probabilidad, asumiendo que la determinación de los hechos que se dan por jurídicamente ciertos representa un determinado grado de certeza en relación a unos hechos, los hechos probados, afectados por un índice de probabilidad deducible en cierto modo de los elementos de juicio aportados.

El problema es que los elementos de juicio aportados tampoco permiten precisar con exactitud el grado de probabilidad de la verdad judicial. Éstos no proporcionan una solución automática, sino una solución que ha de pasar de manera inevitable por el tamiz de la subjetividad del juez. Podemos distinguir siguiendo a Wroblewski cuatro tipos de enunciados probatorios: los enunciados lingüísticos de los testigos y peritos, los enunciados documentales, los que reflejan las percepciones del juez y las inferencias lógicas que éste puede realizar a partir de los enunciados citados⁵². Es evidente que los testigos no pueden proporcionar una garantía absoluta de la certeza de los hechos que narran. Para empezar es posible que no digan la verdad y que aun diciéndola digan solamente su verdad particular, esto es, el modo en que ellos se representan lo que vieron, no el modo en que efectivamente sucedieron las cosas⁵³. Pero además hay que tener en cuenta que las aportaciones de los testigos han

⁴⁸ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 149.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 148.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 149.

⁵¹ MENDONCA, D., *Interpretación y aplicación del derecho*, cit., p. 84.

⁵² WROBLEWSKI, J., «El problema de la así llamada verdad judicial», en Jerzy Wroblewski, *Sentido y Hecho en el Derecho*, cit., p. 210.

⁵³ Entre los últimos análisis ROMERO COLOMA, A. M., *Problemática de la prueba testifical en el proceso penal*, Editorial Civitas, Madrid, 2000.

de ser interpretadas por el juez, que al prestar una mayor o menor credibilidad al testigo introduce necesariamente un elemento personal hasta cierto punto incontrolable⁵⁴. En este punto la propia decisión del juez de fundar su juicio en la probabilidad estadística de que los testigos que en cada caso actúen puedan reflejar la verdad constituye una apreciación valorativa presente necesariamente en el proceso judicial⁵⁵. Lo mismo se puede decir de las aportaciones de los peritos, que en realidad son sólo puntos de vista subjetivos, avalados ciertamente por una formación especial en la materia, pero que tampoco pueden garantizar la certeza absoluta de lo que exponen sus informes. Informes que además han de pasar también por el tamiz de la interpretación judicial. En cuanto a los enunciados documentales, éstos parecen en principio tener una mayor garantía de firmeza, por ser «preexistentes a la investigación»⁵⁶. Pero precisamente por ser documentos históricos, que se produjeron en el pasado, han de ser interpretados en su contexto, contexto que el juez no puede reproducir materialmente en el momento presente sin hacer una interpretación de nuevo personal y valorativa tanto de los enunciados documentales como del escenario concreto en el que se produjeron.

La percepción que el juez se realiza del caso no puede, desde luego, escapar a su juicio personal. Porque, como se ha dicho, cada percepción particular en realidad «oculta ya... una interpretación»⁵⁷. Pero es en relación a las inferencias lógicas de los enunciados citados donde se va a presentar el problema central de la determinación judicial de los hechos y del margen de certeza que ésta pueda tener⁵⁸. Está claro que el juez no puede prescindir de las reglas de la lógica en el proceso inferencial. El sistema de libre valoración de las pruebas fundado en la convicción íntima del juez, que hoy resulta generalmente admitido como el sistema probatorio más fecundo y garantista, «no es, sin embargo, libre en relación con las reglas de la lógica, entendiéndose por lógica la necesidad de respetar el principio de no-contradicción y la racionalidad de la decisión probatoria»⁵⁹. Esto le hace a la inferencia judicial «inmune» frente a cualquier decisión legislativa, porque ninguna norma jurídica puede evitar que las inferencias se desarrollen «siempre y sólo» conforme a las reglas que impone la lógica⁶⁰.

⁵⁴ A esta idea responde la caracterización que hacía FRANK, J., «Judicial fact finding and psychology», en *Ohio State Law Journal*, 1953, pp. 183 ss., del juez como testigo del testigo.

⁵⁵ PECZENIK, A., *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, The Netherlands, 1989, p. 26.

⁵⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 58.

⁵⁷ LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., p. 278.

⁵⁸ MENDONCA, D., *Interpretación y aplicación del derecho*, cit., p. 78, entiende en este punto «especialmente fructífera» la idea de Wroblewski de diferenciar en el informe probatorio las proposiciones lingüísticas y las proposiciones derivadas lógicamente.

⁵⁹ IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Márgenes y límites en la aplicación del derecho*, Librería Carmelo, Donostia, 1992, p. 83.

⁶⁰ RICCI, G. F., «Nuovi rilievi sul problema della specificità della prova giuridica», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2000, fasc. 4, p. 1160.

En todo caso, la probabilidad de los hechos asumidos como probados no depende exclusivamente de la fiabilidad de los elementos probatorios, porque éstos muchas veces se refieren más a circunstancias conectadas con los hechos que se pretenden probar que a los hechos considerados en sí mismos. Son las más de las veces pruebas de indicios y no pruebas directas de los hechos acaecidos. Esto hace que el juez a la hora de formular su representación de los hechos tenga que conjugar adecuadamente la fiabilidad de la prueba y la relevancia de los indicios⁶¹. El indicio, que en relación al hecho que se pretende probar se define precisamente como «una circunstancia cierta»⁶² requiere también la prueba de su verdad (por lo menos de su admisibilidad como verdad), lo mismo que los hechos que determina la sentencia judicial, porque van a ser precisamente los indicios el fundamento de la fijación de los hechos. Pero los indicios, lo mismo que las pruebas, son falibles, si bien pueden ser suficientes para formar la convicción íntima del juez.

El que un hecho se dé por probado, y que sea en consecuencia objeto de la correspondiente valoración normativa, no quiere decir, ni mucho menos, que ese hecho se haya producido efectivamente. Lo único que significa es que en relación a la producción de ese hecho se ha estimado la existencia de indicios suficientes, pero que no garantizan, desde luego, su verdad, pues como dice Luis Prieto, «la verdad jurídica no puede ser fijada por el tribunal al modo que el científico nos propone una verdad física o natural»⁶³. Ni siquiera la hipotética confesión por parte de un sujeto de la realización de un hecho al que el ordenamiento jurídico le imputa una sanción negativa es garantía suficiente de que tal hecho haya tenido efectivamente lugar. La experiencia demuestra a este respecto que la presunción de la voluntad de eludir la aplicación de las sanciones jurídicas negativas no es un elemento determinante de la verdad de ninguna actuación ni de la existencia de ningún hecho de relevancia jurídica. Los indicios y las pruebas constituyen, en definitiva, vías que el juez ha de seguir para la fijación de los hechos pero que no garantizan ni pueden garantizar la verdad de los mismos. Y es, como dice Luigi Ferrajoli «no existen, en rigor, pruebas suficientes»⁶⁴. Todo lo más pruebas e indicios que garantizan una mayor firmeza de la creencia del juez, una mayor convicción judicial.

⁶¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 132: «Puede haber pruebas fiables de indicios tenues o tal vez irrelevantes y pruebas increíbles o escasamente creíbles de indicios graves y relevantes.»

⁶² BELLAVISTA, G., «Indici», en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1971, p. 224, define en este punto al indicio como «una circunstancia cierta de la cual se puede extraer, por inducción lógica, una conclusión acerca de la subsistencia o insubsistencia de un hecho que se quiere probar».

⁶³ PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 97.

⁶⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 135.

Al inferir conclusiones de indicios más o menos probados que el juez considera suficientes para formar su convicción íntima, éste se ve obligado como vemos a utilizar reglas y técnicas ajenas a la ciencia del derecho en sentido estricto. Para empezar las reglas de la lógica que impone el propio mecanismo inferencial. Pero su convicción, para ser fundada, tendrá que basarse también en una cierta percepción de la realidad del mundo exterior. De la percepción que le da también su actualización en los conocimientos que tengan relación con los hechos probados y con la forma y las circunstancias en que los mismos se producen. El juez debe trascender a los conocimientos que le proporciona la ciencia del derecho en sentido estricto⁶⁵ y así abrirse al resto de los saberes que le pueden suministrar datos útiles en relación a la fijación de los hechos⁶⁶, superando la «habitual aversión de los juristas hacia las cuestiones que suponen adentrarse en saberes extrajurídicos»⁶⁷.

El juez deberá en este sentido fundar la relación de los hechos en los conocimientos asumibles científicamente en la cultura de lugar y tiempo en que actúa⁶⁸. Pero también en la capacidad de análisis y observación que, sin vulnerar los cauces establecidos por las reglas procesales, le da la consideración de los denominados hechos notorios y de las máximas de la experiencia⁶⁹. La idea de los hechos notorios alude a hechos cuyo conocimiento es accesible a la generalidad de los individuos sin necesidad de ningún tipo de habilidad

⁶⁵ RICCI, G. F., «Nuovi rilievi sul problema della specificità della prova giuridica», cit., p. 1162: «La ciencia jurídica es por sí sola completamente impotente para resolver el problema de una recta formación del libre convencimiento, a ello puede llegarse sólo si se emplean reglas y técnicas deducidas de ciencias extrajurídicas. Lo cual es posible sólo si se es consciente de que la prueba judicial tiene necesariamente una base prejurídica, al igual que cualquier otra actividad probatoria».

⁶⁶ CARDOZO, B. N., «Our Lady of the Common Law. Commencement Address at St. John's Law School», en Margaret E. Hall, Matthew Bender (edited by), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo. The Choice of Tycho Brahe*, Albany, San Francisco, New York, 1975, pp. 88 ss., expresa esta idea con la fórmula de la operatividad jurídica del concepto de continuidad del conocimiento. Véase en este punto nuestro trabajo *La teoría de la decisión jurídica de Benjamin Nathan Cardozo*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999, pp. 77 ss.

⁶⁷ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 173.

⁶⁸ Muy recientemente TARUFFO, M., «Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto», cit., p. 24, ha contrapuesto este tipo de conocimientos a la «junk science» que, sin embargo, entiende ampliamente difundida en los medios judiciales.

⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, J. C., «Observación sobre las llamadas pruebas atípicas», en *Revista de Derecho Procesal*, 1999 – 3, p. 540, considera a los hechos notorios y a las máximas de experiencia como «excepciones» a «la prohibición impuesta al juez de utilizar su ciencia privada en la solución de las cuestiones de hecho». Creemos, sin embargo, preferible no hablar de excepciones a la prohibición en estos casos, porque los hechos notorios y las reglas de experiencia no forman parte de la ciencia privada del juez, sino del patrimonio de conocimientos comunes al entorno social en el que se produce el enjuiciamiento. Sería, por tanto, preferible hablar de datos comúnmente conocidos y como tales perfectamente aplicables a la fijación de los hechos que de una aplicación excepcional de la ciencia privada del juez.

especial. Son hechos que es incluso posible que el juez no conozca con anterioridad al enjuiciamiento de los hechos (por ejemplo por haberse encontrado ausente y sin posibilidad de tener noticias de ello en el momento en el que se produjo un incendio o cualquier otra catástrofe en el lugar en el que ejerce su jurisdicción), pero con los que ha de contar para la elaboración de los fundamentos fácticos de su sentencia por constituir un elemento más de la cultura común al grupo social. Las máximas de experiencia tienen como elemento de coincidencia con los hechos notorios el establecer conocimientos comunes al conjunto de la sociedad sin necesidad de la utilización de medios especiales. Son en este sentido accesibles al juez «de la misma manera que a los otros miembros de la comunidad»⁷⁰. Se diferencian de ellos, sin embargo, en que no atienden a acontecimientos concretos sino a circunstancias de distinta índole que se producen de manera reiterada, aunque no necesariamente infalible, en los distintos ámbitos de la vida social.

El no ser necesariamente infalibles las máximas de experiencia es precisamente una de las razones que explican el menor grado de probabilidad que se alcanza con las inducciones judiciales en relación al propio de las leyes científicas⁷¹. El juez deberá en este punto expresar al máximo las posibilidades que le ofrece el proceso judicial para, salvaguardando los valores que reflejan las reglas procesales, reducir el margen de error y garantizar la racionalidad de su repuesta en el momento de la fijación de los hechos. A tal fin deberá esmerarse en respetar la coherencia narrativa de los hechos⁷², arbitrando las pruebas necesarias que permitan comprobar la compatibilidad de la hipótesis con todos los datos de que dispone la investigación, sin que ninguna contraprueba pueda desmentirla, asumiendo que mientras no se produzca la refutación de la contrahipótesis el principio de la duda a favor del reo funcionará como «norma de clausura» del sistema⁷³ garantizando la inocuidad de la solución jurídica.

El juez realiza una función investigadora de hechos y la realiza con los mismos objetivos de búsqueda de la verdad que son propios de las investigaciones científicas⁷⁴. Pero su función investigadora se mueve en el terreno móvil e inseguro de la inferencia en el que solo cabe hacer conjeturas de probabilidad. Se encuentra además enfrenta-

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 541.

⁷¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 146.

⁷² Sobre la coherencia narrativa véase MACCORMICK, N., «La congruenza nella giustificazione giuridica», traducción italiana de Paolo Comanducci, en Paolo Comanducci-Riccardo Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1987, pp. 243-263, especialmente pp. 255 ss.

⁷³ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 151.

⁷⁴ RICCI, G. F., «Nuovi rilievi sul problema della specificità della prova giuridica», cit., p. 1154: «En la prueba jurídica domina el objetivo de la investigación de la verdad de los hechos, ni más ni menos de lo que sucede con respecto a cualquier explicación de la actividad probatoria».

do a la necesidad de preservar otros valores jurídicos que se anteponen a la determinación de la verdad de los hechos, limitando así la posibilidad de alcanzarla de manera más plena. Pero se le exige igualmente que dicte su solución en un momento específico (la sentencia judicial) cumpliendo así la función social ineliminable de resolver las controversias jurídicas. Todo ello explica el carácter relativo de la fijación judicial de los hechos, pero no puede eximir al juez de la obligación de fundamentar en motivos racionales la concreta decisión que tome a este respecto. Y es que, como bien se ha dicho «la justicia de los hombres debe contentarse a menudo con probabilidades, con apariencias, pero cuando así lo hace debe dar razón de las mismas»⁷⁵.

No hay, en definitiva, contradicción entre las ideas de probabilidad y racionalidad⁷⁶, porque en este punto los esquemas de valoración racional «son necesariamente esquemas probabilísticos»⁷⁷. La imposibilidad de garantizar la verdad absoluta con respecto a los hechos fijados en la sentencia es perfectamente compatible con el objetivo judicial de alcanzar la «verdad» más probable y mejor fundamentada en los elementos que tiene el juez a su disposición.

⁷⁵ BATIFFOL, H., «Observations sur la preuve des faits», en Chaïm Perelman et Paul Foriers (études publiées par), *La preuve en droit*, cit., p. 314.

⁷⁶ GALAVOTTI, M. C., «Rationality and Probability», en Carla Faralli-Enrico Pattaro (edited by), *Reason in law*, vol. 3, Giuffrè Editore, Milano, 1988, pp. 79-86.

⁷⁷ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 161.

Problemas metodológicos en la prueba del dolo ¹

Por JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN

Universidad de León

1. Pretendo examinar en este trabajo las dificultades para hacer valer la definición usual de los elementos subjetivos que fundamentan la responsabilidad (en la que los mismos son concebidos como «hechos psíquicos») en el plano probatorio. Para abordar el problema por algún punto que nos resulte tangible, comencemos por plantearnos cómo encaramos habitualmente la valoración de estos dos «casos académicos», levemente diferentes entre sí:

CASO PRIMERO: El sujeto *A* dispara contra la cabeza del sujeto *V* (sobre la que hay una botella, a la que en principio debe dar), conociendo que existe una probabilidad del 40 por 100 de alcanzar a la cabeza y no a la botella. Sin embargo, *A* desearía no alcanzar a la cabeza de *V*, sino a la botella. Pese a ello, *A* alcanza a *V* y le mata. (*A* no quería matar a *V*, pero le mató.)

CASO SEGUNDO: El sujeto *B* dispara contra la cabeza del sujeto *V* (sobre la que hay una botella, a la que en principio se supone que debe dar), conociendo que existe una probabilidad del 40 por 100 de alcanzar a la cabeza y no a la botella. En realidad, *B* desearía alcanzar a la cabeza de *V* y no a la botella. Y, efectivamente, *B* alcanza a *V* y le mata. (*B* quería matar a *V*, y le mató.)

¹ Sobre este tema, presenté una primera ponencia en el III Seminario Interuniversitario de Derecho Penal, en la Universidad de Alcalá, el día 30 de junio de 2000, por lo que debo agradecer sus comentarios y observaciones a cuantos allí intervinieron. Más adelante, debo destacar especialmente a dos personas por sus aportaciones –acaso no dolosas– a la culminación de este trabajo: el Prof. Dr. García Amado, que leyó la versión inicial del mismo y me animó a concluirlo; y la Prof. Dra. Egido Fer-

La forma usual de explicar ambos casos (y de fundamentar, por ende, una valoración diferente de las dos acciones) es la que aparece en los respectivos paréntesis finales de los anteriores párrafos. En ambas explicaciones se parte, no obstante, de ciertos presupuestos teóricos, habitualmente implícitos (en tanto que parte de la llamada «psicología de sentido común» –*folk psychology*–: esto es, de las convicciones culturalmente dominantes acerca de la mente humana), pero que conviene explicitar. Al menos, de los siguientes²:

1.º Los estados mentales de *A* y de *B* difieren cuando ambos llevan a cabo sus acciones de disparar contra la cabeza de *V*. Pues en *A* existe el estado mental «*deseo no alcanzar a la cabeza de V, sino a la botella*»; mientras que en *B* existe el estado mental «*deseo alcanzar a la cabeza de V y no a la botella*».

2.º Tales estados mentales (o, al menos, algunos de ellos) son intencionales: esto es, no constituyen meras experiencias fenomenológicas (como lo sería, por ejemplo, una sensación: un dolor, la audición de un ruido)³, sino que poseen contenido semántico, están dotados de un significado⁴. Concretamente, dichos estados mentales pueden expresarse lingüísticamente como actitudes proposicionales⁵: a través de oraciones compuestas por un verbo psicológico (aquí: «*conocer*» y «*desear*») y una oración subordinada en función de complemento de aquél («*conocer que existe una probabilidad del 40 por 100 de alcanzar a la cabeza y no a la botella*»; «*desear no alcanzar a la cabeza de V, sino a la botella*»). La precisión es importante, pues se parte de que la función de tales estados mentales intencionales resulta determinada por ambos componentes de la actitud proposicional: por el verbo psicológico (no es igual conocer que la probabilidad de alcanzar a la cabeza es del 40 por 100 que simplemente desearlo), pero también por el contenido de la oración a la que el mismo se refiere (no es igual conocer que la probabilidad es del 40 por 100 o del 60 por 100). Por lo demás, el carácter intencional de los estados mentales permitiría el encadenamiento de los mismos al modo de las proposiciones, es decir, mediante inferencias lógicamente válidas: así, añadiendo complejidad a nuestros ejemplos, del conocimiento de que la probabilidad de alcanzar a la cabeza era del 40 por 100 (estado mental I) los sujetos podrían pasar al conocimiento de que la probabilidad de alcanzar a la botella era del 60 por 100 (estado mental II) y, de éste, al

nández que, precisamente por no ser jurista ni filósofa, me obligó a discutir este tema con alguien a quien sólo con razones atendibles podía convencer.

² GONZÁLEZ-CASTÁN, O. L., *La conciencia errante*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 47-73.

³ GARCÍA SUÁREZ, A., «*Qualia: propiedades fenomenológicas*», en BRONCANO, F.: *La mente humana*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 353 ss.

⁴ SEARLE, J. R., *Intencionalidad*, trad. Ujaldón Benítez, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 17-20.

⁵ GARCÍA SUÁREZ, A., *Modos de significar*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 278 ss.

de que existen bastantes más posibilidades de lo segundo que de lo primero (estado mental III); y, si introduyésemos nuevos conocimientos (por ejemplo, sobre reglas de cuidado), podrían continuar sucediéndose los estados mentales (por ejemplo: «conocer que disparar era imprudente», etc.).

3.º (El conjunto de) los estados mentales del sujeto son elementos de cadenas causales en las que los mismos intervienen junto con fenómenos físicos: movimientos corporales del poseedor de tales estados mentales y cualesquiera otros fenómenos físicos (movimientos corporales de otros seres humanos, otros eventos físicos)⁶. Quiere ello decir, de una parte, que los estados mentales son a veces efecto de causas físicas: el conocimiento de la probabilidad de alcanzar a la cabeza de *V* se deriva de las percepciones que *A* y *B* tienen sobre la situación (unidas a otros conocimientos que poseen: recuérdese el carácter intencional y dotado de contenido semántico del estado mental descrito como «conocer»), que a su vez tienen su causa en fenómenos físicos; a saber, el hecho de que la distancia entre *V* y el sujeto que dispara sea una determinada y no otra, el tamaño de la botella, la naturaleza del arma, etc. De otra parte, los estados mentales aparecen también como causas de fenómenos físicos: los conocimientos y deseos de *A* y de *B* son, entre otras, causas de sus acciones de (de sus movimientos corporales que llevan a) disparar contra la cabeza de *V*. De este modo, las modificaciones en el mundo físico darían lugar, eventualmente, a cambios en los estados mentales (un cambio en la posición de *V* ocasiona un cambio en las percepciones de *A* y de *B* y, consiguientemente, de su conocimiento acerca de la probabilidad de alcanzarle). Y viceversa, los cambios de estados mentales producirían efectos físicos (un cambio en el conocimiento de la probabilidad de alcanzar a *V* podría, eventualmente, modificar la acción de *A* o de *B* de disparar).

4.º Más concretamente, el conjunto de estados mentales del sujeto se integran, en el momento de actuar, en un elemento único (de naturaleza incierta, aunque, desde luego, también mental), la intención, que constituye la causa eficiente de los movimientos corporales humanos que definimos como acciones⁷. Así, en nuestro ejemplo, el conjunto de conocimientos y de deseos de *A* y de *B* se integran en un momento dado (el momento de actuar o breves instantes antes) en intenciones: en el caso de *A*, la intención es disparar contra la botella; en el caso de *B*, disparar contra la cabeza de *V*. Y precisamente por ello es posible explicar de manera diferente (desde el punto de vista psicológico) las conductas de *A* y de *B*. La intención (o, en terminología más clásica, el «acto de voluntad») se caracterizaría por ser un

⁶ LIZ, M., «Causalidad y contenido mental», en BRONCANO, F.: *op. cit.*, pp. 207-212.

⁷ ANSCOMBE, G. E. M., *Intención*, trad. Stellino, Barcelona, Paidós/ Universidad Autónoma de Barcelona, 1991, pp. 59-70.

estado mental de carácter intencional (semántico)⁸ y con potencialidad causal respecto de los fenómenos físicos.

5.º En última instancia, no obstante, es preciso, pese a todo, diferenciar entre el aspecto externo de una acción (su relevancia causal en el mundo físico) y su aspecto interno, psicológico (los estados mentales del sujeto que dan lugar a la misma). Pues, en efecto, una de las formas principales de clasificar las acciones (en concreto, en atención al grado en el que le son atribuibles verdaderamente al sujeto)⁹ consiste en determinar la relación entre éste y aquél. Así, deberían considerarse acciones «voluntarias» aquellas que son causadas por el conjunto de los estados mentales del sujeto en el momento de actuar: en este sentido, tanto la acción de *A* como la de *B* serían voluntarias. Por el contrario, sólo serían acciones «intencionadas» aquellas en las que existe una especial «congruencia» –algo incierta en sus contornos– entre el significado del conjunto de estados mentales del sujeto en el momento de actuar y los efectos causales físicos de los movimientos corporales causados por aquellos. En este sentido, sólo la acción de *B* podría ser calificada como una «muerte intencionada», no así la acción de *A*.

2. Es sobre esta base teórica sobre la que se construyen los sistemas de imputación de responsabilidad. Así, entre otros, el sistema de la teoría del delito imperante –con diversos matices– en el Derecho

⁸ De hecho, por tratarse también de un estado mental expresable como actitud proposicional («querer...»), podrían construirse igualmente cadenas de inferencias lógicas entre proposiciones de dicha naturaleza: así, de la intención de disparar contra la cabeza de *V* se deriva –si la acción de disparar se lleva a cabo de determinada forma– la intención de matar a *V*. Debe observarse, sin embargo, que existe una diferencia significativa en relación con el caso de los conocimientos y de los deseos: a saber, que aquí la conclusión es siempre analítica, basada en el significado de la premisa «*B* tiene la intención de disparar –de una determinada forma– contra la cabeza de *V*», lo que no tiene por qué ocurrir necesariamente en los otros casos. En efecto, en las inferencias entre conocimientos reseñadas más arriba puede haberlas analíticas (de «conocer que existe un 40 por 100 de probabilidades de alcanzar a *V*» se pasa analíticamente a «conocer que existe un 60 por 100 de probabilidades de no alcanzarle (alcanzar a la botella)»), pero también puede haberlas no analíticas (para «conocer que la acción de disparar es imprudente» es necesario introducir nuevas premisas: la de «conocer que disparar cuando hay un 40 por 100 de probabilidades de alcanzar a una persona es una acción imprudente»).

⁹ Por lo tanto, subyace también la convicción de que es posible distinguir entre el sujeto y lo que el sujeto hace; pero también entre el sujeto y lo que el sujeto quiere, sabe, desea, etc. La cuestión es, desde el punto de vista científico, cuando menos discutible, puesto que parecería que el «yo» no existe como ente individualizable, sino como otra construcción cognitiva: DENNETT, D. C.: *Contenido y conciencia*, trad. Lebrón, Barcelona, Gedisa, 1996; *Brainstorms*, Cambridge, MIT Press, 1978; *Consciousness explained*, Nueva York, Little Brown, 1991; *Tipos de mentes*, trad. Páez de la Cadena, Madrid, Debate, 2000; FIERRO, A.: «El ámbito de personalidad en Psicología», en el mismo (comp.): *Manual de Psicología de la personalidad*, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 19-20, 29-40. No obstante, no nos interesa ahora ahondar en ella, puesto que, de una parte, la creencia en esa distinción se corresponde con las convicciones socialmente predominantes y, sobre todo, porque la ley no exige probar precisamente dicho extremo.

Penal moderno. En efecto, en el mismo se gradúa (y, en ocasiones, se fundamenta) la responsabilidad a partir de los estados mentales del sujeto actuante. En concreto, se afirma que los conocimientos y la intención de dicho sujeto resultan relevantes para la valoración¹⁰. Y que no lo son, sin embargo (salvo excepciones), sus deseos o motivos¹¹. Y se exige, para la valoración más negativa desde el punto de vista de la «parte subjetiva de la tipicidad penal» (la calificación de la conducta como dolosa), que exista una especial «congruencia»¹² entre conducta externa y estados mentales del sujeto: es decir, que dicho conjunto de estados mentales constituya una causa de los movimientos corporales del sujeto. De manera que, cuando dicha congruencia no se da, se considera que existen circunstancias con un efecto atenuatorio, que se hacen valer a través de las reglas del error de tipo (art. 14.1 del Código Penal).

De esta manera, puede decirse que la «parte subjetiva de la tipicidad penal» se construye, en la moderna teoría del delito, sobre la base de dos ideas centrales: congruencia y causalidad. Por lo que respecta a esta última, se entiende que sólo la intención constituye una causa eficiente de movimientos corporales, de acciones¹³. No así los conocimientos, ni tampoco los deseos. Así, desde el punto de vista del tipo subjetivo, la acción se valora en atención al contenido de la intención con la que fue realizada. En este sentido, cobra relevancia la idea de congruencia. En efecto, para que la acción sea valorada como máximamente antijurídica (dolosa) hace falta que el contenido de la intención se corresponda aproximadamente con la descripción de la acción realizada. Y, además, que dicha intención resulte coherente con los conocimientos que posee el sujeto. Y que dichos conocimientos sean coherentes entre sí. De lo contrario, entrarán en juego atenuaciones en la valoración: a través de las reglas del error (conocimientos que no se corresponden –por exceso o por defecto– con la intención, conocimientos incoherentes, conocimientos insuficientes); y, en el caso límite, mediante la exclusión de la «imputación personal» (de la acción al sujeto), por entenderse ausente un sujeto digno de tal nombre, que posea un mínimo de coherencia en sus conocimientos e intenciones¹⁴.

¹⁰ Vid. por todos, JAKOBS, G., «Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos», trad. Suárez González, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 127 ss.

¹¹ ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 3.^a ed., Múnich, Beck, 1997, p. 367.

¹² La expresión es de MAURACH, R., *Tratado de Derecho Penal*, trad. Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962, pp. 272-275.

¹³ De hecho, incluso quienes critican las «concepciones volitivas» del dolo argumentan habitualmente a partir de la idea de que el conocimiento de que la acción va a generar cierto grado de probabilidad de producción del resultado equivale ya prácticamente a la intención de causarlo: vid., por todos, GIMBERNAT ORDEIG, É., «Acerca del dolo eventual», en *Estudios de Derecho Penal*, 3.^a ed., Madrid, Tecnos, 1990, pp. 244-260.

¹⁴ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed., Barcelona, 1998, pp. 539 ss.

3. Muchas cuestiones podrían suscitarse en relación con esta construcción acabada de resumir. Nos interesan ahora, no obstante, únicamente las consecuencias que la misma posee en materia probatoria. Pues, en efecto, si lo anterior es correcto, entonces habría que concluir a ese respecto al menos lo siguiente:

1.º Los datos que se valoran en la parte subjetiva del tipo penal son conjuntos de estados mentales. Y, por consiguiente, hechos (eventos), que tienen lugar en la mente del sujeto actuante en un momento dado: en principio, el de actuar o el inmediatamente anterior.

2.º Dadas las reglas del proceso penal, en tanto que hechos, dichos datos –estados mentales– han de ser probados: es decir, debe establecerse mediante un método racional suficientemente satisfactorio la correspondencia entre las proposiciones que se contengan en la sentencia penal acerca de los mismos (y que pretenden describirlos) y la realidad; o sea, la mente del sujeto en el momento de actuar. No serían, pues, datos cuya existencia resultase susceptible de ser afirmada únicamente a partir de argumentaciones –interpretaciones semánticas y/o inferencias lógicas– acerca de las normas jurídicas o de otro tipo de reglas (lo que, en un sentido amplio, se suelen denominar elementos «normativos» o «valorativos»). O, en otras palabras, sólo mediante argumentaciones basadas en conocimientos empíricos (complementados, como siempre, por inferencias lógicas) podrá establecerse dicha correspondencia y dicha prueba.

3.º Al tratarse de estados mentales, la prueba se debería llevar a cabo mediante un método que tenga en cuenta este hecho. Así pues, los datos empíricos sobre los que se apoye la prueba deben resultar relevantes: esto es, deben ser informativos en relación con el conjunto de los estados mentales del sujeto en el momento de actuar. Ello podría ocurrir, en principio, en dos supuestos distintos. Primero, cuando existan leyes que permitan inferir directamente estados mentales a partir de dichos datos empíricos (ejemplo: conexión entre la respuesta verbal a una pregunta y la presencia del contenido de esa respuesta en la mente –memoria de trabajo– del hablante)¹⁵. Y, segundo, cuando existan leyes que permitan inferir a partir de ellos otros datos y, a su vez (con más o menos pasos intermedios), de estos los correspondientes estados mentales (ejemplo: de ciertas respuestas en un experimento se deduce que en el sujeto experimental la realización de una tarea interfiere en su memoria de trabajo con otras y de ahí se infiere una cierta configuración de la misma)¹⁶.

4.º Por otra parte, los estados mentales relevantes –conocimientos, intención– serían todos ellos de naturaleza intencional, semánti-

¹⁵ Cfr. BELINCHÓN, M./ IGOA, J. M./ RIVIÉRE, A., *Psicología del lenguaje. Investigación y teoría*, 4.ª ed., Madrid, Trotta, 1998, pp. 533 ss.; GRZIB, G./ BRIALES, C., *Psicología general*, 2.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, pp. 581 ss.

¹⁶ RUIZ-VARGAS, J. M. *et al.* y *Psicología de la memoria*, Madrid, Alianza Editorial, 1991 (reimpr. 1994), pp. 198-200; GRZIB/ BRIALES *op. cit.*, pp. 522-529.

camente marcados. Ello obligaría, consiguientemente, a determinar no sólo la existencia de los estados mentales, sino también la coherencia entre los mismos. Y, por ende, a determinar también el contenido de cada uno: la oración que tendría por objeto el verbo psicológico («conocer», «querer») correspondiente. Puesto que, evidentemente, ya hemos visto que la naturaleza de un estado mental dependería también de significado de tal oración-objeto: sería necesario determinar qué se conoce y qué se quiere, no bastando sólo con saber que se conoce y que se quiere.

5.º Habría que probar, además, la relación (causal) entre el conjunto de los estados mentales del sujeto –concretamente, el conjunto de sus conocimientos e intenciones– y los movimientos corporales que lleva a cabo, puesto que ello es esencial para caracterizar estos últimos como «voluntarios» y como «intencionados».

4. Pues bien, mi tesis será que, en el estado actual de las ciencias de la conducta, no es posible cumplir con todos los requisitos en materia probatoria que se acaban de enumerar, si se quiere respetar el nivel de garantías que resulta deseable¹⁷. Ello, que puede parecer menos relevante en casos como los que iniciaban este trabajo, relativamente sencillos, cobra toda su trascendencia en otras muchas ocasiones –como alguna que veremos más adelante– en las que la valoración del «aspecto subjetivo» de la conducta resulta esencial. Lo que nos obligará a plantearnos las alternativas existentes al modelo acabado de exponer.

A mi entender, son cuatro las dificultades que vuelven poco plausibles las hipótesis en materia probatoria de las que parte el modelo psicologista vulgar. La primera, epistemológica, es el empleo de un lenguaje pretendidamente explicativo (de estados mentales) poco riguroso, en el que se entremezclan indistintamente términos dotados de referencia empírica con otros que no la poseen. La segunda y la tercera dificultades son de carácter ontológico: de una parte, la dificultad para establecer una distinción nítida entre aspectos físicos y aspectos no físicos de los estados mentales, así como para dotar de un contenido concreto y atendible a la «causalidad de lo mental»; de otra, las dificultades para articular una concepción coherente de la inten-

¹⁷ Puesto que, obviamente, siempre podría solventarse la dificultad (y veremos que, de hecho, se suele hacer así) mediante una reducción en la cantidad y calidad de las afirmaciones acerca del psiquismo del autor, o en la cantidad y calidad de los datos empíricamente contrastables en los que tales afirmaciones –y, por ende, la subsunción del caso– se sustentan. Precisamente por ello, es posible graduar el garantismo de una cierta concepción de la prueba: cuantos más hechos y más datos empíricos –y de mayor enjundia– se exijan para la subsunción, tanto más garantista será la concepción en cuestión (cfr. FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón*, trad. Andrés Ibáñez/ Ruiz Miguel/ Bayón Mohino/ Terradillos Basoco/ Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 3.ª ed., 1998, pp. 36-38, 67-70, 150-152, 610-611). Y aquí, claro está, se apuesta por una concepción que sea lo más garantista posible. Lo que significa que hay que explorar cuáles son dichas posibilidades (y cuáles las imposibilidades), para elegir la óptima.

cionalidad de (ciertos) estados mentales y un método adecuado para analizarlos. Finalmente, la última dificultad reviste naturaleza epistemológica y metodológica y estriba en la práctica imposibilidad de utilizar los métodos aceptables en las ciencias de la conducta para establecer aquellos hechos mentales –supuesto que lo sean– que interesan en un proceso judicial.

5. Si entramos ahora a examinar más en detalle las objeciones expuestas, el punto de partida tiene que ser el análisis de la problemática de la naturaleza de los fenómenos mentales y de las explicaciones psicológicas. En este sentido, la polémica parece inacabable, por cuanto están implicadas en ella demasiadas presuposiciones filosóficas y metodológicas como para se pueda alcanzar algún consenso. No obstante, pese a ello creo que podemos hallar alguna base común ampliamente mayoritaria (y, en mi opinión, convincente) entre los teóricos de la Psicología y de la ciencia cognitiva, que acogería al menos las siguientes tesis:

1.^a Todos los estados mentales se corresponden con eventos físicos. Concretamente, en el caso de los seres humanos, con eventos neuronales¹⁸. Esta tesis se opone a la tesis dualista¹⁹ según la cual los estados mentales son eventos completamente separados de los eventos físicos. Así pues, no podría haber ningún estado mental que no posea una base física correlativa.

2.^a Sin embargo, no existe una correlación rígida (necesaria) entre eventos mentales y eventos físicos. Es decir, un mismo estado mental puede corresponderse con eventos físicos (neuronales) diferentes. Aunque no con cualquiera: pues la correlación entre evento mental y su base física es contingente, regida por leyes empíricas. En el caso del ser humano, dicha correlación depende significativamente, de una parte, de la configuración física de nuestra especie (de la configuración del sistema nervioso, especialmente del cerebro), que dota de aptitud funcional a ciertos órganos o áreas de los mismos –del cerebro, señaladamente– para dar lugar a fenómenos físicos idóneos como base de un determinado estado mental: así, sólo ciertas áreas del cerebro están relacionadas con el razonamiento verbal o con el espacial²⁰. De otra parte, depende también de la ontogénesis, esto es, del proceso de formación y desarrollo físico de cada individuo²¹: así, sólo indivi-

¹⁸ DAVIDSON, D., «La mente material», en *Ensayos sobre acciones y sucesos*, trad. Hansberg/Robles/Valdés, Barcelona, Crítica, 1995, pp. 309 ss.

¹⁹ Representada paradigmáticamente por DESCARTES, R., *Meditaciones metafísicas*, 1641, Meditación Sexta (Peña, V. (ed.), Madrid, Alfaguara, 1977, pp. 61 ss., esp. pp. 71-75).

²⁰ DEL ABRIL ALONSO, A./AMBROSIO FLORES, E./DE BLAS CALLEJA, M. R./CAMINERO GÓMEZ, A. A./DE PABLO GONZÁLEZ, J. M./SANDOVAL VALDEMORO, E., *Fundamentos biológicos de la conducta*, Madrid, Sanz y Torres, 1999, pp. 381 ss.

²¹ Cfr. DEL ABRIL ALONSO/AMBROSIO FLORES/DE BLAS CALLEJA/CAMINERO GÓMEZ/DE PABLO GONZÁLEZ/SANDOVAL VALDEMORO, *op. cit.*, pp. 533 ss.

duos con ciertas aptitudes sensoriales pueden percibir determinados datos. En todo caso, lo más relevante de la tesis es que no es posible establecer leyes psicofísicas que conecten rígidamente eventos físicos con eventos mentales: un mismo evento mental (un acto de recuperación de información almacenada en la memoria a largo plazo, por ejemplo) puede tener lugar en estados neuronales diferentes (del mismo modo que, por ejemplo, una misma percepción puede producirse a partir de sensaciones distintas)²².

3.^a Las explicaciones psicológicas son explicaciones de carácter funcional²³: es decir, los eventos mentales se explican (cuando ello se hace en su correspondiente nivel —el psicológico— y no en el más bajo de los fenómenos neuronales) indicando la función que cumplen tanto en la filogénesis (proceso de formación y desarrollo de la especie) como en la ontogénesis. Podemos definir la función de un estado mental como aquello que el mismo causa si, además, el estado mental existe precisamente porque, a lo largo de la historia evolutiva (por selección natural o por aprendizaje), viene causando tal cosa²⁴: así, por ejemplo, si se afirma que las emociones tienen la función de apreciar y afrontar su ambiente se quiere decir que son las emociones las que, *ceteris paribus*, ocasionan las reacciones inmediatas ante cambios ambientales, y que existen precisamente para ello.

4.^a Así pues, es preciso postular la existencia de eventos mentales para poder explicar causalmente la conducta a un nivel más complejo que el de las reacciones corporales²⁵. Pues, en sí mismos, los fenómenos neuronales sólo pueden explicar causalmente dichas reacciones corporales. Pero para poder explicar causalmente otros aspectos de la conducta no basta con referirse a dichos fenómenos neurona-

²² PUTNAM, H., «The nature of mental states», en *Mind, language and reality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, pp. 429 ss.; FODOR, J. A./ BLOCK, N., «What psychological states are not», en FODOR, J. A.: *Representations*, Brighton, Harvester Press, 1981, pp. 79 ss.; FODOR, *op. cit.*, pp. 127 ss. Se oponen a esta imposibilidad de reducir lo mental a lo neurofisiológico los defensores del denominado «materialismo eliminativo»: *vid.* CHURCHLAND, P. M., *Scientific realism and the plasticity of mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979; *A neurocomputational perspective: the nature of mind and the structure of science*, Cambridge, MIT Press, 1990; *The engine of reason, the seat of the soul*, Cambridge, MIT Press, 1996; CHURCHLAND, P. M., *Neurophilosophy: toward a unified science of mind/brain*, Cambridge, MIT Press, 1986. En cualquier caso, esta opinión resulta netamente minoritaria, existiendo además, en mi opinión, razones bastantes de orden empírico y filosófico como para rechazarla.

²³ PUTNAM, H., «Minds and machines», en *op. cit.*, pp. 362 ss.; *op. cit.*, pp. 429 ss. (cfr., sin embargo, *Sentido, sinsentido y los sentidos*, trad. Goethe, Barcelona, Paidós, 1994; *Representación y realidad*, trad. Ventureira, Barcelona, Gedisa, 2000); LEWIS, D., «Psychophysical and theoretical identification», en *Papers in Metaphysics and Epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 248 ss.

²⁴ MILLIKAN, R., *Language, thought and other biological categories*, Cambridge, MIT Press, 1984.

²⁵ FODOR, J. A., *La explicación psicológica*, trad. García Albea, Madrid, Cátedra, 2.^a ed., 1991.

les. Actividades muy relevantes propias de la conducta humana no pueden explicarse causalmente de manera satisfactoria sólo en términos neurológicos: en general, la explicación de todas aquellas actividades que la Etología humana y la Antropología nos indican que son propias del hombre (alimentarse, reproducirse, protegerse,... pero también hablar, utilizar instrumentos, etc.) exigen el recurso a conceptos tales como percepción, memoria, emoción, aprendizaje, etc. No es posible, pues, la reducción de la Psicología a Neurología, salvo al precio de perder significativamente en potencia explicativa.

5.^a Naturalmente, esto no significa que quepa utilizar sin ninguna restricción la categoría de evento mental. Primero, porque, como ya se indicó, no cabe admitir estados mentales humanos sin un fenómeno físico neuronal correlativo. Pero, además, porque también las concepciones mentalistas –esto es, no conductistas– de la Psicología aceptan el principio de parsimonia ontológica («navaja de Occam»): de acuerdo con el mismo, tampoco en la explicación psicológica deben emplearse más conceptos –aquí, acerca de eventos mentales– de los que sean estrictamente (es decir: funcionalmente) necesarios. En este sentido, veremos que la Psicología moderna prescinde de algunas categorías de la «psicología filosófica» tradicional y de la «psicología del sentido común».

A partir de los presupuestos que se acaban de indicar, habría que concluir que una concepción coherentemente psicologista de la prueba de elementos «subjetivos» debería apoyarse necesariamente (pero también únicamente) en las dos clases de proposiciones descriptivas a las que se acaba de hacer alusión: primero, descripciones de fenómenos neuronales; y segundo, descripciones de los eventos mentales correlativos –eventualmente– con los mismos.

6. Lo cierto, sin embargo, es que, si analizamos el lenguaje de la prueba de elementos subjetivos en el modelo psicologista vulgar (que es el habitualmente empleado por los tribunales), podremos comprobar que el mismo no se adecua a este requerimiento. Como más arriba se indicó, los elementos subjetivos que la doctrina y la jurisprudencia manejan –e intentan probar– usualmente son tres: conocimientos, intención (o voluntad) y deseos. Ya en una primera observación, resulta obvio que la aparición de estas tres categorías en un caso concreto no puede ser expresada mediante un lenguaje que se limite únicamente al nivel de los eventos neuronales. Es decir, ninguno de los tres términos puede ser definido de manera satisfactoria utilizando únicamente términos propios de la Neurofisiología. En efecto, si intentamos ahora precisar algo más, podemos hablar de eventos neuronales (o de términos neurofisiológicos que, se supone, designan aquellos) para referirnos a los cambios en los estados de las células del sistema nervioso (neuronas o glías), cambios que tienen lugar en dos casos: primero, cuando la propia célula cambia su morfología, su fisiología o su ubicación; y segundo (lo que nos interesaría más a nosotros), cuan-

do se comunican entre sí o con células de otro tipo mediante transmisiones sinápticas²⁶. Pues bien, lo cierto es que no parece posible reducir las definiciones de los términos de conocimiento, intención y deseos a meras descripciones de ninguno de estos eventos. Más concretamente: es indudable que detrás de cualquiera de dichos «fenómenos» se suelen hallar procesos de transmisión sináptica entre neuronas, o entre estas y las células de otros órganos del cuerpo; pero no resulta posible en absoluto establecer una correlación entre los unos y los otros. Además, el carácter intencional que, como se ha indicado, la concepción de los conocimientos, intenciones y deseos posee, imposibilita también dicha reducción. En este sentido, probar conocimientos, intenciones o deseos no es ni puede ser (tan sólo) probar ciertos estados neuronales, porque el lenguaje en el que están expresados aquellos (y sus contenidos proposicionales) no es el lenguaje de la descripción de estos.

La alternativa parece ser, evidentemente, la de concebir los términos que designan conocimientos, intenciones y deseos como propios del lenguaje, no de la Neurofisiología, sino de la Psicología: esto es, no como términos referentes a eventos neuronales, sino referentes a los eventos mentales que en ellos se sustentan. Efectivamente, ésta fue la pretensión de la «psicología filosófica» tradicional (de la que procede la categorización)²⁷; y tal es también la pretensión —aun cuando menos autoconsciente— en la «psicología de sentido común», que se apoya, más o menos, en aquella. De acuerdo con estas pretensiones, existirían eventos mentales (concebidos en los términos funcionales antes expuestos) correspondientes a las proposiciones que designan conocimientos, deseos e intenciones. Es decir: en condiciones ideales (sinceridad y accesibilidad a la verificación empírica), podría comprobarse que a cada preferencia del tipo «*A sabe (en el momento T) que existe una probabilidad del 40 por 100 de alcanzar a la cabeza y no a la botella*» le correspondería, en ese mismo momento *T* de referencia, un evento en la mente de *A* (que él expresaría como: «*Sé que existe una probabilidad del 40 por 100 de alcanzar a la cabeza y no a la botella.*»)

Esta asunción resulta, sin embargo, problemática desde varios puntos de vista. Para empezar, y en lo que ahora nos interesa, ocurre que el lenguaje de la prueba de elementos subjetivos usualmente empleado en Derecho contraviene significativamente el principio de parsimonia ontológica antes evocado. En efecto, la Psicología actual no

²⁶ DEL ABRIL ALONSO/ AMBROSIO FLORES/ DE BLAS CALLEJA/ CAMINERO GÓMEZ/ DE PABLO GONZÁLEZ/ SANDOVAL VALEMORO, *op. cit.*, pp. 533 ss., 569 ss.

²⁷ El origen de esta concepción parece estar en ARISTÓTELES: *Acerca del alma*, 429a, 10 ss., 432a, 15 ss. (CALVO MARTÍNEZ (ed.), Madrid, Gredos, 1978 (reimpr. 1994), pp. 230 ss., 243 ss.). Y su expresión canónica en SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Suma de Teología*, 1, quaest. 79, 82, 85 (tomo I, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 3ª ed., 1998, pp. 721 ss., 746 ss., 773 ss.).

parece necesitar de categorías tales como conocimientos, deseos e intenciones para explicar en términos funcionales la conducta humana. En otras palabras, tales categorías resultan superfluas para la explicación psicológica. Por el contrario, la misma puede construirse convincentemente (al menos, todo lo convincentemente que las evidentes limitaciones epistemológicas de la Psicología actual permiten) mediante los términos que designan, más precisamente, el procesamiento de información en la memoria, las emociones y los procesos de motivación de conductas.

Veámoslo resumidamente (lo único que aquí es posible y necesario). Aquello que pretendemos designar usualmente con el término «conocimiento», en tanto que fenómeno presuntamente mental, es concebido por la Psicología actual como un conjunto de fenómenos de procesamiento de información a dos niveles. Así, por una parte, se distingue entre memoria sensorial, memoria de trabajo y memoria a largo plazo²⁸. Y se investigan y determinan los procesos de adquisición y almacenamiento de la información, de su retención y de su recuperación desde el punto de vista de la capacidad de adquisición y almacenamiento, de los métodos de codificación para el mejor almacenamiento y recuperación, del decaimiento y fenómenos de interferencia²⁹. Y, finalmente, se pretende establecer la estructura de la memoria a largo plazo (declarativa y no declarativa, explícita e implícita) y de la memoria de trabajo (con varios posibles subsistemas especializados)³⁰. Por otra parte, se examinan los procesos por los que la información procesada se combina y se recombina, concibiéndolos en términos computacionales³¹. Son claves, pues, las ideas de información y de computación.

En otro orden de cosas, lo que usualmente designamos como «intención» y «deseo» ha de concebirse más bien, en el plano de la explicación psicológica, desde dos puntos de vista: desde la perspectiva de las emociones a que ciertos fenómenos, intrínsecos o extrínsecos, dan lugar (cuando uno quiere o desea algo es que manifiesta ciertas emociones ante ello)³²; y desde la perspectiva de la motivación de conductas. En este sentido, la Psicología de la motivación pone de manifiesto, de una parte, que la fuerza de la motivación de conductas

²⁸ ATKINSON, R. C./ SCHIFFRIN, R. M., «Memoria humana: una propuesta sobre el sistema y sus procesos de control», en SEBASTIÁN, M. V. (comp.): *Lecturas de Psicología de la memoria*, Madrid, Alianza Editorial, 1983 (reimpr. 1991), pp. 23 ss.; RUIZ-VARGAS, J. M. *et alt.*, *op. cit.*, pp. 58-68.

²⁹ RUIZ VARGAS, *et alt.*, *op. cit.*, pp. 151 ss.; GRZIB/ BRIALES, *op. cit.*, pp. 507 ss.

³⁰ GRZIB/ BRIALES, *op. cit.*, pp. 496-506, 531 ss.; RUIZ-VARGAS, J. M., «La organización neurocognitiva de la memoria», *Anthropos*, 189-190, 2000, pp. 73 ss.

³¹ GONZÁLEZ LABRA, M. J., *Introducción a la Psicología del pensamiento*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 45 ss.

³² Por otra parte, esto ya ha sido puesto de manifiesto en la doctrina penal más atenta: *vid.* por ejemplo, KINDHÄUSER, U. K., «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 96, 1984, pp. 22-24.

depende del valor de la meta (motivo), valor condicionado por instintos³³, el aprendizaje³⁴ y el mapa cognitivo que maneja el sujeto³⁵, multiplicado por el valor de expectativa de lograrlo. Y, por ello, se destaca, de otra parte, la interrelación de la motivación con el procesamiento de información en la memoria (en la que se plasma el aprendizaje y el mapa cognitivo del sujeto) y con las emociones (que contribuyen a modular el valor de la meta)³⁶.

Naturalmente, todas estas cuestiones requieren de una mayor profundización, para la que no es éste el lugar adecuado (ni seguramente soy yo el competente para hacerla). Lo que nos interesa, no obstante, de todo ello a nuestros efectos es que en Psicología los términos «conocimiento», «intención» y «deseo» de la «psicología de sentido común» pueden y deben ser traducidos a términos tales como –sin ánimo de exhaustividad– información, codificación, retención, recuperación en la memoria de trabajo, computación, emoción, estrés, motivos, metas, expectativas, mapas y esquemas cognitivos, condicionamiento, etc. Y deben ser traducidos por dos razones. Primero, porque estos términos –los términos psicológicos– resultan pertinentes y suficientes desde el punto de vista de la explicación funcional de la conducta y además, debido a su mayor aptitud para discriminar, más informativos. Y segundo, porque para las proposiciones que los incluyen existen (en mayor o menor medida, según los casos) métodos de falsación empírica, lo que los vuelve idóneos para formar parte de un lenguaje científico.

Si esto es así, entonces hemos de concluir que tampoco es cierto que los términos que designan en Derecho –y en la «psicología de sentido común»– elementos subjetivos se refieran a eventos mentales³⁷. O, más exactamente: se refieren a eventos mentales, pero de manera vaga (pues no determinan con claridad la extensión a la que se refieren: «intención» se refiere a un amplio e indeterminado elenco de emociones y motivos distintos ante un cierto hecho o conducta) y

³³ FERNÁNDEZ-ABASCAL, E. G., *Psicología general, II. Motivación y emoción*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, pp. 68-71, 86-109; GRZIB/BRIALES, *op. cit.*, pp. 221-228.

³⁴ DOMJAN, M./BURKHARD, B., *Principios de aprendizaje y conducta*, trad. Belmonte Martínez, Madrid, Debate, 1990 (reimpr. 1999); GRZIB/ BRIALES, *op. cit.*, pp. 228 ss.

³⁵ Sobre los conceptos de sujeto, de mapa y de esquema cognitivo, básicos en la concepción cognitivista de la Psicología, *vid.* DE VEGA, M., *Introducción a la Psicología cognitiva*, Madrid, Alianza Editorial, 1984 (reimpr. 1994), pp. 247 ss., 389 ss.; MORENO-JIMÉNEZ, B./ PEÑACOBÁ PUENTE, C., «El sujeto cognitivo», en FIERRO, A. (comp.), *op. cit.*, pp. 87 ss.

³⁶ FERNÁNDEZ-ABASCAL, E. G., *op. cit.*, 64-68, 71-77; GRZIB/ BRIALES, *op. cit.*, pp. 322 ss.; GUTIÉRREZ CALVO, M., «Emoción y memoria», *Anthropos*, 189-190, 2000, pp. 203 ss.

³⁷ La crítica a los argumentos a favor de tal concepción basados en el uso del lenguaje ordinario aparecen en FODOR, J. A./ CHIHARA, C., «Operationalism and ordinary language», en FODOR, J. A., *Representations, cit.*, pp. 35 ss.

ambigua (pues frecuentemente poseen varios sentidos –intensiones– diferentes: «conocimiento» puede significar información recuperada o información almacenada, pero no recuperada). Y, precisamente por ello, una concepción coherentemente psicologista de la prueba de tales elementos debería prescindir, al menos a efectos probatorios, de dichos términos, substituyéndolos por los términos psicológicos correspondientes. Puesto que, en el mejor de los casos, lo único que podría comprobarse mediante métodos científicos –los de la Psicología– es la correspondencia entre las proposiciones –descripciones psicológicas– que incluyen estos términos y la realidad –estados mentales–.

7. El segundo punto decisivo para una crítica del modelo psicologista vulgar reside, en mi opinión, en las dificultades con las que el mismo se encuentra para dotar de coherencia a su concepción de la «causalidad de lo mental». O, más en general, para interrelacionar adecuadamente el plano de los estados mentales intencionales con el plano de los fenómenos neuronales subyacentes a los mismos. Cuestión esta que, sin duda, constituye un elemento esencial para cualquier método satisfactorio de prueba de los elementos subjetivos, por cuanto determinará qué es lo que hay que probar en cada caso –un estado mental o un fenómeno físico– y, por ende, qué método científico es el relevante.

En este sentido, y aunque, como luego se advertirá, existen todavía importantes puntos oscuros sujetos a discusión, el núcleo central de la cuestión puede ser esclarecido desde lo que se ha dado en llamar «enfoque computacional». En efecto, bien sea como mera metáfora o bien como representación fiel del funcionamiento del sistema cognitivo humano (y aquí estriba, precisamente, uno de los temas discutidos), parece cierto que la descripción de los fenómenos cibernéticos (fenómenos de comunicación y control en máquinas)³⁸ permite construir un modelo –al menos, en sus líneas generales– descriptivo de la relación entre estados mentales y fenómenos físicos (fenómenos neuronales y otras reacciones corporales)³⁹. Y ello, porque los fenómenos cibernéticos presentan una interesante analogía con el funcionamiento del sistema cognitivo humano, al compatibilizar también operaciones puramente físicas (el nivel del *hardware*) con implicaciones de las mismas en términos de información⁴⁰.

Desde este punto de vista, hemos visto ya que el enfoque computacional tiende a concebir la mente humana como una unidad funcional (funcional por razones biológicas y con un origen evolutivo) en la que un substrato físico –básicamente, ciertas zonas del cerebro– llevan a cabo operaciones de procesamiento de información. Un sistema

³⁸ WIENER, N., *Cibernética*, trad. Martín, Barcelona, Tusquets, 2.ª ed., 1998, p. 35.

³⁹ Cfr. FODOR, J. A., *Representations*, cit., pp. 225 ss.

⁴⁰ PYLYSHYN, Z. W., *Computación y conocimiento*, trad. Fernández González, Madrid, Debate, 1988, pp. 79 ss.

(computacional, cognitivo) de esta naturaleza necesita disponer de varios elementos⁴¹.

– En primer lugar, debe poseer algún mecanismo (físico) que permita comunicar el sistema cognitivo/computacional con el entorno: son estos los llamados mecanismos de transducción, de entrada (de lo físico a lo simbólico)⁴² y de salida (de lo simbólico a lo físico)⁴³. Así, el ordenador necesita de interfaces (teclado, escáner, impresora), la mente humana necesita de sensaciones y percepciones y de conexiones con los músculos con finalidad motora.

– En segundo lugar, deberá tener también un soporte físico para las operaciones simbólicas: el *hardware* en el ordenador, las específicas áreas cerebrales en el caso de la mente humana. Naturalmente, dicho soporte tiene que revestir determinadas características específicas.

– En tercer lugar, los transductores de entrada convierten estímulos físicos en símbolos. Ello, naturalmente, viene posibilitado y se plasma concretamente en el soporte físico⁴⁴. Así, tanto en los ordenadores como en la mente humana un estímulo externo (la palabra tecleada, en el ordenador, las letras leídas por el ojo) se convierten en estímulos eléctricos (de distinta naturaleza en uno y otro caso).

– La cuestión clave, no obstante, es el hecho de que dichos estímulos, también físicos, puedan ser interpretados semánticamente: en la retina, la luz se convierte en estímulos eléctricos; pero dichos estímulos eléctricos no son arbitrarios, sino que responden a un código.

– Más precisamente, los estímulos eléctricos causados por la visión no son arbitrarios, en primer lugar, porque se atienen a ciertas reglas combinatorias. Así, la codificación de informaciones tales como luz y oscuridad, color, orientación y movimiento, frecuencia espacial, textura, profundidad o forma se realiza mediante ciertas combinaciones de los estímulos (básicamente, combinación de estímulos de ciertas células y ausencia de estímulo en otras)⁴⁵. Es decir, mediante la disposición de los estímulos dentro de ciertas estructuras⁴⁶.

⁴¹ Vid. ANDERSON, *The architecture of cognition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983; FODOR, J. A., *La modularidad de la mente*, trad. Igoa, Madrid, Morata, 1986.

⁴² Sobre el concepto amplio de símbolo que se emplea en ciencia cognitiva (no ligado necesariamente a realizaciones materiales directas), vid. BELINCHÓN/ IGOA/ RIVIERE, *op. cit.*, pp. 234-235.

⁴³ PYLYSHYN, Z. W., *op. cit.*, pp. 195 ss.

⁴⁴ PYLYSHYN, Z. W., *op. cit.*, pp. 204-223.

⁴⁵ CARLSON, N. R., *Fisiología de la conducta*, trad. Morgado Bernal/ Coll Andreu/ Martín Nicolovius/ Portell Cortés/ Segura Torres, Barcelona, Ariel, 2.ª ed., 1996 (reimpr. 1998), pp. 164-170.

⁴⁶ ECO, U., *Tratado de Semiótica general*, trad. Manzano, Barcelona, Lumen, 5.ª ed., 1995, pp. 67-70. En términos de teoría de la información (aún puramente sintácticos), un mensaje es una sucesión de señales de un repertorio –los estímulos eléctricos de nuestro caso– que son emitidas a través de un canal y que proporcionan una cierta cantidad de información (en proporción inversa a la probabilidad de que aparezca en el mensaje cada señal del repertorio): SHANNON, C. E./ WEAVER, W.: *The mathematical*

– Pero, en segundo lugar, tales estímulos no son meros eventos físicos, sino que poseen significado: es decir, la información procesada no es meramente física, sino simbólica. Lo que quiere decir que parece que deben existir reglas (de un código) que permiten pasar del plano de la expresión –estímulos– al plano del contenido, formulable (aunque no necesariamente formulado)⁴⁷ en expresiones del lenguaje verbal: esto es, reglas semánticas. De esta manera, los estímulos neuronales no conforman meras estructuras sintácticas, sino que constituyen representaciones⁴⁸.

– Ello permite, claro está, que puedan producirse operaciones simbólicas (semióticas y, por ende, también lingüísticas y lógicas, en su caso) entre dichas representaciones. Así operan la percepción, la memoria, el pensamiento y el lenguaje: en cada caso, procesando información considerada de manera simbólica (conforme a reglas semióticas, por lo tanto)⁴⁹.

– Desde el punto de vista causal, no obstante, debe advertirse que lo que produce efectos en el mundo físico no son los estados psicoló-

theory of communication, Urbana/Chicago, University of Illinois Press, 1998, pp. 48-57. La cuestión tiene su importancia a nuestros efectos, puesto que es evidente que, tanto por razones neurofisiológicas como por la naturaleza de la información procesada, los canales en los que tiene lugar esta transmisión de información distan mucho de ser ideales: al contrario, abundan en ruido. Lo que, como apuntaré luego, hace que, incluso en los casos no patológicos, el procesamiento de información resulte frecuentemente defectuoso, ocasionando indebidos sesgos cognitivos, que deberían ser tomados también en consideración en un modelo psicologista coherente.

⁴⁷ La cuestión de si existe o no un «lenguaje del pensamiento» (esto es, si la información procesada en la mente humana lo está en forma lingüísticamente articulada) resulta polémica: frente a las «concepciones sintácticas» (ejemplo paradigmático: FODOR, J. A., *El lenguaje del pensamiento*, trad. Fernández Zulaica, Madrid, Alianza Editorial, 1984) que postulan la existencia de tal lenguaje, las concepciones conexionistas defienden, por el contrario, un modelo en el que la codificación de los contenidos mentales tiene lugar mediante la activación –y desactivación– de unidades interconectadas en una red neural (cfr. CLARK, *Microcognition*, Cambridge, MIT Press, 1989). Desde luego, el tema no es baladí, aunque, desde el momento en que ninguna de las dos versiones posee actualmente suficientes evidencias en su favor, podemos eludirlo. Especialmente, porque puede que no afecte al núcleo de nuestro problema, que es más bien el de la delimitación (y prueba) entre lo físico y lo psíquico, cualquiera que sea la forma en la que lo psíquico posea realización física (ésta es la tesis de FODOR, J. A./PYLYSHYN, Z. W., «Connectionism and cognitive architecture», *Cognition*, 28, 1988, pp. 3 ss.; FODOR, J. A./MCLAUGHLIN, B., «Connectionism and the problem of systematicity: why Smolensky's solution doesn't work», en FODOR, J. A., *In critical condition*, Cambridge/Londres, Bradford Books/MIT Press, 1998, pp. 91 ss., aun cuando muchas opiniones no estarían de acuerdo con ellos).

⁴⁸ PYLYSHYN, Z. W., «La naturaleza simbólica de las representaciones mentales», en SEBASTIÁN (comp.), *op. cit.*, pp. 367 ss.; *Computación, cit.*, pp. 54 ss.

⁴⁹ DRETSKE, F. I., *Conocimiento e información*, trad. Vicedo/ Guilla/ Pizarro, Barcelona, Salvat, 1987; FODOR, J. A., *A theory of content and other essays*, Cambridge/Londres, Bradford Books/MIT Press, 1992 (reimpr. 1994), pp. 51 ss.; *Psico-semántica*, trad. González-Castán, Madrid, Tecnos, 1994; *El olmo y el experto*, trad. Galmarini, Barcelona, Paidós, 1997; *Conceptos*, trad. Skidelsky, Barcelona, Gedisa, 1999.

gicos (descripciones funcionales, no lo olvidemos) que se acaban de mencionar⁵⁰. Al contrario, únicamente los estados físicos (neurona-les) correspondientes a (algunos de) los pasos de tales operaciones simbólicas poseen relevancia causal⁵¹. En un ejemplo sencillo: no es la conceptualización, ni la formulación mental lo que produce efectos lingüísticamente relevantes (por ejemplo, comunicativos), sino únicamente la articulación (fonética) de la proferencia verbal tiene tales efectos. Lo que significa que para la eficacia causal es siempre necesaria la presencia de transductores (aquí, de salida).

– En definitiva, pues, los estados mentales no son sino estados físicos (del sistema nervioso) descritos funcionalmente. Y los estados mentales intencionales son algunos de tales estados físicos: a saber, aquellos cuya descripción funcional –como estados mentales– admite interpretación semántica (atribución significado). Y que, por ello, permiten la realización de operaciones semióticas.

Debe observarse, sin embargo, que del carácter intencional de ciertos estados mentales (de su naturaleza semióticamente relevante), y de la consiguiente posibilidad de que los mismos puedan participar también en operaciones conforme a reglas semánticas, no puede deducirse necesariamente que tales operaciones tengan lugar. De hecho, ello es palmario: son innumerables los casos en los que la retención de una cierta información por parte de un sujeto en su memoria a largo plazo no es acompañada por su recuperación en la memoria de trabajo («*me olvidé*», «*no me di cuenta*»,...); o en los que las operaciones lógico-lingüísticas potencialmente posibles no tienen lugar efectivamente (un sujeto puede saber que esta tarde va a llover y saber también que va a salir a la calle sin paraguas, sin concluir por ello necesariamente que se va a mojar).

Por otra parte, tampoco puede asumirse que las operaciones semióticas que se producen en el plano mental sigan adecuadamente las reglas y los métodos de las semánticas que pretenden explicar el significado en los lenguajes intersubjetivamente válidos⁵². De hecho, parece que esto no es así en absoluto. En efecto, parece comprobado que en fenómenos tales como la percepción, el pensamiento y el len-

⁵⁰ Vid. KIM, J., *Supervenience and mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993. Se habla, así, de que los estados mentales se hallan en una relación de sobreveniencia –no de causalidad– con los fenómenos físicos (movimientos corporales) a que «dan lugar»: se entiende que un conjunto de propiedades (aquí, mentales) sobreviene a otro (aquí, de propiedades físicas) si y sólo si, necesariamente, para un evento la presencia de una propiedad de este conjunto conlleva la presencia de una propiedad de aquél, y viceversa. Así, allí donde los estados mentales parecen causar fenómenos físicos, serían los fenómenos físicos (neurona-les) subyacentes a aquellos los que tendrían la auténtica potencialidad causal.

⁵¹ Que es, en definitiva, lo que ocurre también con los ordenadores: PYLYSHYN, Z. W., *Computación*, cit., pp. 65-73.

⁵² FODOR, J. A., *Representations*, cit., pp. 201-203; *The mind doesn't work that way*, Cambridge/London, Bradford Books/MIT Press, 2000.

guaje la forma por la que el ser humano llega habitualmente a procesar la información se separa significativamente de dichas reglas y métodos. A lo que hay que añadir, además, otros dos elementos que aumentan la distancia entre ambos campos: primero, los conocidos sesgos cognitivos que, en diversas actividades, dan lugar a deformaciones en el contenido de la información procesada; y segundo, la innegable existencia, en la mente humana, de información no verbalizable (por ejemplo, en la memoria no declarativa), que se atiene necesariamente a reglas semióticas de diferente naturaleza.

8. A la luz de la exposición que se acaba de realizar, se pueden comprender las dificultades que un modelo psicologista coherente debería afrontar para poder probar suficientemente los elementos subjetivos (más exactamente, como hemos visto, la referencia de aquellos términos designativos de estados mentales a los que las imprecisas expresiones de la «psicología de sentido común» puedan traducirse). A este respecto, consideraremos a continuación el caso siguiente, más realista que los que abrían el trabajo:

CASO TERCERO: Vicente L. R., invitado a abandonar una fiesta a la que no había sido invitado, *sacó una mano armada con un cuchillo de cocina y dio una puñalada en el hemitórax a S., marchándose del lugar. Como consecuencia de todo ello el señor S. F. sufrió lesiones consistentes en herida en hipocondrio derecho que penetra en cavidad torácica derecha, afectando la pleura, produciendo un hemitórax derecho inicial y un derrame pleural derecho diferido, y para su curación además de una primera asistencia facultativa precisó tratamiento médico o quirúrgico y estuvo durante 40 días incapacitado para sus ocupaciones habituales y habiéndole quedado como secuelas: cicatriz lineal de 2,5 centímetros de longitud, localizada en la zona medial del tercio inferior del hemitórax derecho y 2 cicatrices redondeadas de unos 2 centímetros de diámetro, localizadas en la cara lateral de hemitórax derecho*⁵³.

En este supuesto se planteó un problema absolutamente habitual en la práctica cotidiana de nuestros tribunales penales, cual es el de la determinación del *objeto del dolo* del delincuente: a saber, el problema de si Vicente L. R. obraba con dolo de homicidio, o más bien con mero dolo de lesionar. Más en general, el problema surge normalmente cuando una acción crea un peligro relevante para dos bienes jurídicos distintos, pero sin que exista seguridad de la lesión respecto de ninguno de ellos (siendo, en el caso límite, ambos resultados lesivos igual de probables); o, más en general todavía, cuando la probabilidad de dos resultados de una acción —cualesquiera que estos sean— es idéntica: relevante, pero no segura. Puesto que en tales supuestos, resultando subsumible la conducta, desde el punto de vista objetivo, en dos

⁵³ STS 29-3-1999 (A. 2372). El texto en cursiva es cita literal de los hechos probados de la sentencia.

tipos penales diferentes (o siendo la alternativa entre la subsunción y la declaración de atipicidad), la subsunción efectiva depende del dolo del sujeto (definido a veces como «conocer y querer» –en diversas formulaciones– y otras como mero conocimiento).

Pues bien, en un caso como éste el tribunal, si hubiera partido coherentemente de un modelo psicologista de prueba de los elementos subjetivos, debería haber establecido conforme a métodos científicamente aceptables varios extremos. Al menos, de una parte, el contenido informacional de la memoria de Vicente L. R., distinguiendo además entre la información almacenada en su memoria a largo plazo y aquella retenida en la memoria de trabajo: ¿había almacenado información suficiente relativa a la trayectoria del cuchillo, su velocidad, etcétera? ¿y acerca de su longitud?... E igualmente, las posibles operaciones cognitivas llevadas a cabo con dicha información: ¿concluyó efectivamente que con una cuchillada de tal índole podía matar a S. F.? Finalmente, también debería haber determinado el contenido de las emociones de Vicente L. R. ante la eventualidad de matar a S. F. y ante la eventualidad de simplemente lesionarle: ¿le agradaba o desagradaba alguna de ambas perspectivas?

El problema, claro está, estriba en que la determinación de dichos estados mentales resulta problemática en general (y lo es más aún, como veremos, en el contexto real del proceso judicial). Así:

1.º Si, como se ha indicado, no es posible construir leyes psicofísicas, que establezcan correspondencias rígidas entre estados mentales y eventos neuronales, entonces tampoco lo es la determinación de los estados mentales correspondientes a cada clase de evento neuronal⁵⁴. Quiere ello decir que puede establecerse, sí, la existencia de actividad nerviosa, así como ciertas características –fisiológicas– de la misma. Pero no su correlación con una determinada clase de estados mentales: es posible establecer que a ciertos estados mentales le corresponden determinados eventos neuronales, pero no la inferencia inversa⁵⁵. Y mucho menos determinar el contenido intencional de un estado mental a partir de su base neurofisiológica.

2.º En segundo lugar, si pasamos al plano propiamente psicológico, las leyes explicativas de la Psicología permiten establecer regularidades (en general, meramente probabilísticas), conectando ciertas formas de conducta con estados mentales (ejemplo: del porcentaje de recuerdos –información almacenada en la memoria a largo plazo, recuperada y ver-

⁵⁴ Se excluye, pues, una reducción –de lo mental a lo físico– de las que se ha denominado *type-type* (la posibilidad de reducir clases enteras de estados mentales a clases coextensivas de eventos físicos): DAVIDSON, D., «Sucesos mentales», en *op. cit.*, pp. 273-282.

⁵⁵ CARLSON, N. R., *op. cit.*, pp. 367 ss., 492 ss.: se pueden relacionar ciertas alteraciones en el comportamiento neuronal con fenómenos de aprendizaje (procesamiento de información) y de reacciones emocionales. No obstante, dicha correspondencia no es en absoluto unívoca.

balizada— y del tiempo de reacción se infiere la existencia de un determinado número, mayor o menor, de claves de recuperación de la información almacenada)⁵⁶. No obstante, dichas leyes ofrecen dos dificultades desde el punto de vista probatorio. La primera se deriva de su naturaleza inductiva: como es sabido, una ley científica apoyada en una base meramente inductiva resulta siempre falible, puesto que siempre puede haber un caso aún desconocido que la vuelva falsa⁵⁷. En cualquier caso, entiendo que no es ésta una objeción de peso a nuestros efectos, puesto que no puede exigirse más en un proceso judicial de lo que se exige en la ciencia (debiendo solucionarse, en su caso, los eventuales problemas de aplicación que pudieran surgir mediante una regulación adecuada del juicio de revisión de las sentencias firmes). Pero la segunda dificultad es más relevante: ocurre, en efecto, que una ley apoyada en la inducción explica tan sólo *una clase* de fenómenos; no, sin embargo, un individuo de dicha clase⁵⁸. Para el caso que nos ocupa, esto significa que, aun cuando puedan establecerse conexiones entre formas de comportamiento y estados mentales, de ello no se infiere necesariamente que en un caso concreto tal conexión exista. Volviendo a nuestro ejemplo: aun cuando sea cierto en general que un mayor grado de recuerdo y un menor tiempo de reacción en la recuperación y verbalización de información indican una determinada forma de almacenamiento de dicha información, ello no es siempre necesariamente así. Por ejemplo, no lo es si tienen lugar fenómenos de interferencia, dificultades específicas de verbalización, etc. Esto (que en la formulación de las leyes científicas se salva mediante la inclusión de cláusulas *ceteris paribus*) hace que, para un caso particular, la explicación psicológica apoyada en leyes resulte insuficiente si no es capaz de excluir la presencia de eventos mentales concomitantes.

Las dificultades acabadas de exponer hacen que cualquier afirmación sobre la existencia y características de los estados mentales de un sujeto resulte ser, en el mejor de los casos (esto es, en una situación experimental), un mero caso de razonamiento abductivo o hipotético. Es decir, constituye únicamente la formulación de una hipótesis explicativa de un hecho —una conducta— que resulta compatible con las leyes explicativas aceptadas en Psicología. Pero, a falta de comprobaciones ulteriores, no garantiza la verdad de dicha hipótesis en el caso concreto⁵⁹.

⁵⁶ Cfr. GRZIB/ BRIALES, *op. cit.*, pp. 510-511.

⁵⁷ Vid. por todos, POPPER, K. R., *La lógica de la investigación científica*, trad. Sánchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1962 (reimpr. 1980), pp. 27-30.

⁵⁸ POPPER, *op. cit.*, pp. 66-68.

⁵⁹ Vid. PEIRCE, C. S., *Deducción, inducción e hipótesis*, trad. Martí Ruiz-Werner, Buenos Aires, Aguilar, 1970, pp. 65 ss.; HANSON, N. R., *Observación y explicación: guía de la filosofía de la ciencia. Patrones de descubrimiento*, trad. García Camarero/ Montesinos, Madrid, Alianza Editorial, 1977, pp. 51-58, 137 ss.; POPPER, K. R.: *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, trad. Míguez, Buenos Aires, Paidós, 2.^a ed., 1979, pp. 58-68; ECO, U./ SEBEOK, T. A. (eds.): *El signo de los tres*, Barcelona, Lumen, 1989; TARUFFO, M.: *La prova dei fatti giuridici*, Milán, Giuffré, 1992, pp. 217 ss., 416-421; BONORINO, P. R., «Sobre la abduc-

3.º Todo lo anterior es aún más cierto si pasamos de la cuestión de la prueba de la existencia de estados mentales a la prueba acerca de su contenido, en el caso de los que poseen naturaleza intencional. De hecho, aquí nos hallamos con un problema adicional: a saber, con la plausible imposibilidad de traducción –a no ser por la vía empirista, no semántica, al modo de Quine⁶⁰, que no es propiamente una traducción– del «lenguaje del pensamiento» (más precisamente: del código o códigos en los que se procesa la información en la mente humana) al lenguaje verbal. Pues, efectivamente, los estudios en Psicología cognitiva indican que es probable que la codificación simbólica en la mente humana se rija por patrones distintos a los de la semántica de los lenguajes intersubjetivos⁶¹. Y, si esto es así, entonces pasar de dichas codificaciones a enunciados que expresen actitudes proposicionales («sé que...», «quiero...») sería doblemente dificultoso: primero, como ya vimos más arriba, por la ambigüedad y vaguedad de tales enunciados en comparación con los propios del lenguaje científico de la Psicología; y segundo, por la propia dificultad de convertir en proposiciones del lenguaje verbal lo que el sujeto «sabe» o «quiere». Por lo demás, esta dificultad no es puramente teórica: sabido es que frecuentemente las personas «saben» o «quieren» cosas con distintos grado de certeza, precisión, firmeza, etc. Y ello debería hacerse valer en un modelo psicologista coherente de prueba de los elementos subjetivos, lo que resulta casi imposible si se pretenden, al tiempo, preservar las garantías probatorias.

4.º Para acabar, y por las mismas razones que se acaban de señalar, hay que recordar que no es posible dar por supuesto (sino que, al contrario, habría que comprobarlo en cada caso, enfrentándose a los obstáculos enumerados) que la información procesada simbólicamente en la mente humana sea tratada siempre en la misma de modo lógico y semánticamente adecuado (en la lógica y en la semántica propia de los lenguajes intersubjetivos): es decir, que no siempre los sujetos extraen siquiera las consecuencias analíticamente verdaderas de la información que poseen. Por ello, argumentaciones acerca de lo que el sujeto «debía saber» o «tenía que desear» están, en relación con los estados mentales de los seres humanos (es decir, en un modelo psicologista coherente), fuera de lugar.

A mi entender, los cuatro problemas expuestos son de tal calibre que impedirían, incluso en condiciones experimentales ideales, determinar con suficiente seguridad los contenidos informacionales de la memoria y las emociones del sujeto encausado en nuestro caso tercero, Vicente L. R. De hecho, la Psicología, cuando opera como ciencia

ción», *Doxa*, 14, 1993, pp. 207 ss.; GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 101-115.

⁶⁰ QUINE, W. V. O., *Word and object*, Cambridge, MIT Press, 1960 (reimpr. 1999), pp. 26 ss.

⁶¹ Piénsese solamente en lo que ocurre con la codificación de los significados propios del lenguaje verbal: BELINCHÓN/ IGOA/ RIVIÉRE, *op. cit.*, pp. 370-385.

y no como técnica (esto es, fuera de la Psicología aplicada, donde los problemas son otros), se mueve más bien en el terreno de las generalizaciones antes que en el de la explicación de fenómenos individuales (lo cual, obviamente, no excluye la potencialidad explicativa de tales generalizaciones, aunque con un carácter puramente hipotético).

9. Pero ocurre que, como es notorio, la prueba de elementos subjetivos en el proceso judicial no ocurre en condiciones ideales para la investigación científica (de la Psicología). Antes al contrario, las condiciones de la prueba en el proceso resultan ser, en comparación con ésta, muy peculiares. Y ello, básicamente por tres razones. En primer lugar, porque los hechos probados de la sentencia judicial revisten la naturaleza de un relato histórico, es decir, constituyen un relato de hechos pasados. En segundo lugar, este carácter histórico de la verdad fáctica del proceso, entre otras consecuencias, obliga a distinguir entre hechos que han de ser probados y hechos que prueban aquellos: entre «hechos» –del pasado– y «pruebas» –accesibles en el presente– de los mismos. Lo que, lógicamente, implica que habrá que establecer correlaciones satisfactorias entre unos y otros, tanto en términos de relevancia (las pruebas son signos de los hechos y no de otra cosa: interpretando el significado de las pruebas podemos hallar el significado de los hechos) como de fiabilidad (el significado de las pruebas se corresponde con el significado de los hechos: si el enunciado que expresa el significado de las pruebas es verdadera, lo es el que expresa el significado de los hechos). Es decir, que en el proceso, y a diferencia de lo que ocurre en la investigación científica, el juez de los hechos no observa un experimento percibiendo directamente los hechos, sino que reconstruye la historia a partir de indicios aún perceptibles. Finalmente, el juez de los hechos no se limita a recoger dichos indicios, sino que frecuentemente los crea⁶².

Si ahora tomamos en consideración estas peculiaridades para el caso de la prueba de elementos subjetivos, nos encontraremos con que incluso aquello que, a la luz de la Psicología es en principio empíricamente comprobable, no lo es, sin embargo, en el marco del proceso judicial. En efecto, ninguno de los métodos aceptados en Psicología resulta aplicable de manera generalizada en dicho marco. Desde luego, no lo son el método correlacional (correlacionar variables cuantitativas) ni el experimental⁶³: este último, por definición, puesto que los hechos que interesan tuvieron lugar en el pasado; y tampoco el método correlacional, dado que la medición de variables relevantes en la conducta del sujeto en el momento de actuar no será, por regla general, posible. Por lo que se refiere al método observacional, no cabe descartarlo en algún caso. Pero, de hecho, no será frecuente que la conducta del sujeto encausado en el momento de delinquir pueda

⁶² Sobre todo ello, cfr. FERRAJOLI, L. *op. cit.*, pp. 51-54.

⁶³ GRZIB/ BRIALES, *op. cit.*, pp. 53-56.

ser observada directamente por el juez o por un perito que le asesore. E, incluso cuando ello resulte posible, rara vez podrá observarse precisamente aquella variable o variables que podrían resultar relevantes (por ejemplo, las expresiones faciales, reveladoras de emociones, o las expresiones verbales, o la capacidad de reacción, reveladoras de la presencia de información en la memoria). Y más raramente aún podrán observarse de manera suficientemente sistemática como para poder reunir los necesarios requisitos de fiabilidad y de validez⁶⁴.

En definitiva, pues, el núcleo de la cuestión estriba en que los métodos empleados en Psicología se dirigen a constatar directamente los hechos (estados mentales), mediante percepción directa cuando ello es posible y, en la mayoría de los casos, mediante datos empíricos interpretados a la luz de leyes explicativas. Pero, por el contrario, no permiten realizar válidamente inferencias sobre dichos hechos —dichos estados mentales— una vez que los mismos han desaparecido (y, además, casi siempre bastante tiempo después) a partir de «pruebas» recogidas (azarosamente: entre las disponibles) o creadas (también azarosamente: entre las posibles). De esta manera, incluso aquello que la Psicología nos podría decir en principio, se revela incapaz de hacerlo en el contexto del proceso.

10. Acabaré resumiendo los resultados de la investigación y presentando algunas reflexiones acerca de las alternativas existentes. Hemos visto que los sistemas de atribución de responsabilidad —tanto los jurídicos como otros— suelen apoyarse, entre otros factores, también en la concurrencia de elementos subjetivos, a la hora de graduar y/o establecer dicha responsabilidad. Y que, desde el punto de vista probatorio, en esta concepción se suele dar por supuesto (aunque, en realidad, no exista una conexión necesaria entre el aspecto sustantivo y el probatorio) que aquellos elementos subjetivos que la ley, la moral, etc. consideran relevantes existen efectivamente como hechos —psíquicos, mentales— en la mente del sujeto de la responsabilidad. De hecho, se presupone que la mente opera como la causa eficiente de (casi todos) los movimientos corporales humanos (el «fantasma —mente— que maneja la máquina —cuerpo—») ⁶⁵. Hemos visto también, sin embargo, que los términos que designan dichos elementos subjetivos resultan ser excesivamente vagos y ambiguos, por lo que no pueden formar parte del lenguaje científico de la Psicología. En cuarto lugar, comprobamos que, incluso si intentamos acudir a las categorías de este lenguaje (y al método científico que lo sustenta), se presentan dificultades insalvables para extraer conclusiones científicamente fundadas acerca de los estados mentales de un sujeto en un momento concreto. Finalmente, se comprobó que a estas dificultades hay que añadir aquellas que se derivan, no de la propia Psicología, sino de las características de la prueba en el proceso judicial, que hacen imposible la aplicación de los métodos de

⁶⁴ Cfr. LEÓN, O. G./ MONTERO, I., *Diseño de investigaciones*, 2.^a ed., Madrid, McGraw-Hill, 1999, pp. 32-61.

⁶⁵ RYLE, G., *The concept of mind*, 1949 (reimpr. Londres, Penguin, 1990), pp. 13-17.

aquella. De resultas de todo ello, hay que concluir que resulta inviable un modelo psicologista coherente para la prueba de elementos subjetivos: esto es, uno que no renuncie a las garantías probatorias, a constatar de modo máximamente racional –vale decir, científico– la presencia empírica de los estados mentales en el sujeto de la responsabilidad⁶⁶.

Ante esta situación, procede presentar sumariamente las alternativas existentes para la prueba de elementos subjetivos (dejando a un lado la pura y simple negación del problema, recurriendo –falazmente– a la «libre valoración de la prueba» como argumento de autoridad)⁶⁷. Presentadas en toda su pureza, tales alternativas son las siguientes:

– Una primera alternativa es, precisamente, aquella que cuenta con mayor predicamento en la práctica: se trata de una derivación en el plano probatorio del modelo psicologista vulgar, de acuerdo con la cual el juez de los hechos debería razonar la presencia en el sujeto encausado de determinados elementos subjetivos (concebidos como «hechos psíquicos») a partir de los «indicios» proporcionados por la conducta perceptible –«externa»– del mismo, conforme a argumentos de «sentido común»⁶⁸. Razonamiento que, como hemos visto, no constituye una demostración de la existencia de dichos hechos⁶⁹.

⁶⁶ En el mismo sentido, KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Frankfurt/Berlín/Berna/Nueva York/Paris/Viena, Peter Lang, 1993, pp. 30-32; RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, J. M. Bosch, 1999, pp. 225-232, 257-258, 272 (aun cuando, a mi entender, las razones que aporta no son aún bastantes para mantener su afirmación). Por lo dicho, y contra lo que opina GIMBERNAT ORDEIG, E., «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, pp. 426-428, me parece que el problema de fondo se mantiene también en una definición del concepto de dolo que se refiera solamente a los «conocimientos».

⁶⁷ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «La relación de causalidad entre la adulteración del producto y los resultados lesivos: aspectos sustantivos y procesales», en PAREDES CASTAÑÓN, J. M./ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 61-75, con ulteriores referencias; FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pp. 136-141; RAGUÉS O VALLÈS, *op. cit.*, 261-271.

⁶⁸ Intentan desarrollar más rigurosamente esta línea, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, pp. 404 ss.; DíEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los elementos subjetivos del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 319 ss.; FRISCH, W., «Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung», en GEPPERT, K. V./ DEHMICKE, D. (eds.): *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Berlin, Walter de Gruyter, 1990, pp. 554 ss.; HASSEMER, W.: «Los elementos característicos del dolo», trad. Díaz Pita, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, pp. 924-931; GRACIA MARTÍN, L., «Del homicidio y sus formas», en DíEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L. (coords.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 66-72; LAURENZO COPELLO, P., *Dolo y conocimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 124-151.

⁶⁹ En este mismo sentido crítico, HRUSCHKA, J., «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», en GÖSSEL, K. H./ KAUFFMANN, H. (eds.): *Strafverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für Theodor Klainknecht*, Múnich, Beck, 1985, p. 200; FREUND, G: *Normative Probleme der «Tatsachenfeststellung»*, Heidelberg, C. F. Müller, 1987, pp. 17-19, 22-23.

Ejemplo claro de esta tendencia es la misma STS de nuestro caso tercero (representativa, además, de la doctrina jurisprudencial predominante). Afirma: «(...) si bien ciertamente el ánimo o intención de matar, elemento o base subjetiva del homicidio, parricidio o asesinato, puede ser un hecho (...) casi siempre –a falta de prueba directa– hay que deducirlo de prueba indirecta o indiciaria, mediante juicios axiológicos o inferencias sustentados en los datos que a la luz de los criterios lógicos muestran significación subjetiva (...) salvo supuestos excepcionales, (...) la intención homicida sólo puede obtenerse por inferencia de los datos y circunstancias que constan en el relato histórico, reveladores del ánimo homicida.

Por la jurisprudencia (...) se han establecido como signos externos de la voluntad de matar, entre otros, y como más significativos: a) los antecedentes de hecho y las relaciones entre el autor y la víctima; b) la clase de arma utilizada; c) la zona o zonas del cuerpo a que se dirige la agresión; d) el número de golpes inferidos, las manifestaciones del culpable; e) palabras que acompañaron a la agresión y su actividad anterior y posterior al hecho; f) las condiciones de lugar y tiempo y circunstancias conexas o con comitentes con la acción; g) la causa o motivación de la misma, y h) la entidad y gravedad de las heridas causadas. Entre los criterios enumerados –que no integran una lista cerrada– ostentan un valor de primer grado, según la doctrina de esta Sala, la naturaleza del arma empleada, la zona anatómica atacada y el potencial resultado letal de las lesiones infligidas.

Con arreglo a la jurisprudencia expuesta, se estiman correctas las inferencias hechas por el Tribunal de instancia para llegar a la conclusión de que el acusado no actuó en la ocasión de autos con dolo directo de matar. Los datos apreciados por la Audiencia de falta de penetración del arma, no incisión de la misma en órgano vital y asestamiento de una sola cuchillada, revelan que el propósito era sólo de herir. La poca profundidad de la herida demuestra que no se dirigió el cuchillo con fuerza contra el cuerpo de la víctima, y la zona corporal afectada fue la pleura derecha, sin llegar a ser herido el pulmón».

Se comprenderá que, efectivamente, la inferencia del tribunal en este caso (y, en general, la de cualquiera que parta de tales presupuestos teóricos) no es sino un razonamiento intuitivo, basado en generalizaciones «de sentido común» (esto es: acerca de «lo que suele ocurrir»), que no en realidad puede pretender ningún género de fundamentación cognoscitiva aceptable. De hecho, es perfectamente posible que, a la luz de los mismos indicios objetivos que el tribunal consideró relevantes en este caso para negar la existencia de dolo de homicidio, se pudiese demostrar que, pese a todo, sí que existía tal dolo (o sea: sí existía la conciencia de la peligrosidad de la acción y el deseo de producir la muerte): por ejemplo, en el caso de un homicida técnicamente inepto.

– La segunda alternativa consiste en imponer por vía normativa criterios de prueba de los elementos subjetivos, resistentes (no derro-

tables) ante las constataciones empíricas⁷⁰. Se volvería con ello –aunque tan sólo en este ámbito– a algo semejante al sistema de prueba tasada (aunque, ahora, no legalmente, sino a través de criterios jurisprudenciales), con las dificultades que el mismo conlleva⁷¹.

– La tercera alternativa parece ser construir un conjunto de criterios de determinación procesal de los elementos subjetivos que se apoye en los resultados de la Sociología (procesos de interacción social) y de la Psicología de la atribución⁷². En este caso, el objetivo no sería ya constatar la presencia empírica de estados mentales, sino de aquellos indicios (perceptibles) que dan lugar, en los procesos cotidianos de interacción, a la atribución de conocimientos, intenciones, etc.

La decisión acerca de cuál de estas alternativas (o qué combinación de las mismas) debe acogerse en el proceso judicial –o en cada clase de proceso judicial– depende fundamentalmente de dos factores: primero, de la potencialidad real de cada una de dichas técnicas para alcanzar resultados considerados justos; y segundo, de consideraciones valorativas, acerca de las funciones, garantías y límites de la actividad probatoria en el proceso. Cuestiones estas que ya no pueden ser consideradas en este trabajo. En cualquier caso, observaré, para acabar, que cualquiera de las tres alternativas presentadas parte, expresa o tácitamente, de una asunción: la de que puede atribuirse responsabilidad por la concurrencia de elementos subjetivos sin prueba real de los estados mentales del sujeto enjuiciado en el momento de actuar (en algunas de ellas, incluso cuando existan evidencias acerca de los mismos). Lo que, desde luego, resulta harto discutible en términos de legitimidad, al menos en tanto no se modifique, en el plano sustantivo, la definición (o la interpretación) de los elementos subjetivos fundadores de la responsabilidad.

En este sentido, un programa de investigación pertinente y todavía pendiente, que desarrolle las inquietudes que subyacen a este trabajo, pasaría por dos líneas:

– Primero, por una exploración de las potencialidades reales de modelos probatorios alternativos al modelo psicologista puro (que nunca se ha aplicado realmente) y también al modelo psicologista vulgar (carente de dosis mínimas de racionalidad y, por ello, insatis-

⁷⁰ En esta línea –aunque con diversas matizaciones– se mueven autores como KRAUSS, D., «Der psychologischen Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht», en *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Carl Heymann, 1978, pp. 21-28; FREUND, *op. cit.*, pp. 56 ss.; PUPPE, L., «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 103, 1991, pp. 14 ss.; JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, trad. Cuello Contreras/ Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2ª ed., 1997, pp. 375-377; RAGUÉS O VALLÈS, *op. cit.*, pp. 275 ss.

⁷¹ FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pp. 133-136.

⁷² KINDHÄUSER, V. K., *op. cit.*, pp. 1 ss.; HRUSCHKA, J., *op. cit.*, pp. 201-202; SCHILD, W.: «Der strafrechtliche Vorsatz zwischen psychischem Sachverhalt und normativem Konstrukt», en JAKOB, R./ USTERI, M./ WEIMAR, R. (eds.): *Psyche-Recht-Gesellschaft*, Múnich, Beck, 1995, pp. 134-136.

factorio en términos de garantías). En concreto, sugiero que el mayor interés explicativo, a la vez que la mayor legitimidad (o, lo que tal vez sea lo mismo, menor ilegitimidad posible), reside en buscar una combinación de las aportaciones de la Psicología –en el nivel de las leyes explicativas generales– con métodos de atribución de base interaccionista en el nivel de las explicaciones de conductas concretas.

– En segundo lugar, por una reflexión en el plano sustantivo, tendente a redefinir los elementos subjetivos que fundamentan la responsabilidad en unos términos tales que permitan acudir a medios probatorios más acordes con los conocimientos científicos. Es decir, que los haga más viables en términos procesales sin tener que pagar por ello un precio excesivo en términos de garantías probatorias.

La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria

Por LORENZO PEÑA GONZALO y TXETXU AUSÍN DÍEZ *

SUMARIO: 0. CONSIDERACIONES INTRODUCTIVAS.—1. LAS REGLAS DE PRESUNCIÓN COMO REGLAS DE INFERENCIA INDUCTIVA.—2. LAS INFERENCIAS PRESUNCIONALES NO SON ASUNTO DE DECISIÓN NI RAZONAMIENTOS PRÁCTICOS.—3. ¿SON LAS REGLAS DE PRESUNCIÓN MERAS PAUTAS PRUDENCIALES?—4. EL ESTABLECIMIENTO NORMATIVO DE REGLAS DE PRESUNCIÓN COMO FRUTO DE LA EXPERIENCIA SOCIAL: REGLAS DE PRESUNCIÓN Y MERAS REGLAS DE CONSTITUCIÓN DE SITUACIONES JURÍDICAS.—5. RELACIÓN ENTRE SUPUESTOS DE HECHO Y SITUACIONES JURÍDICAS: LO PROPIO Y CARACTERÍSTICO DE LAS REGLAS DE PRESUNCIÓN DENTRO DEL CAMPO DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES.—6. REGLAS DE PRESUNCIÓN Y CARGA DE LA PRUEBA.—7. EL CARÁCTER VINCULANTE DE UNA REGLA DE PRESUNCIÓN LEGAL ¿CONLLEVA LA OBLIGATORIEDAD DE ACTOS DE ENTENDIMIENTO O DE CREENCIA?—8. CONCLUSIÓN.

0. CONSIDERACIONES INTRODUCTIVAS

Las presunciones en el Derecho no son sino un caso particular del razonamiento presuntivo en general. Como cualquier otra inferencia, una presunción lleva de un cúmulo de premisas, ya probadas o al menos admitidas, a una conclusión, que es el hecho presunto¹.

* Este coautor disfruta de una beca post-doctoral del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco (2000-2002).

¹ El artículo 1349 del Código Civil francés dice claramente que las presunciones son consecuencias que se extraen de un hecho conocido a un hecho desconocido; o sea inferencias, razonamientos.

Lo característico de las presunciones es que con ellas obtenemos ciertas conclusiones a partir de una determinada información fáctica y a falta de otros datos, con la posibilidad de que modifiquemos esa conclusión si nueva información nos es proporcionada.

En el ámbito jurídico se distingue entre las presunciones legales, que son inferencias que la Ley obliga a hacer al juez, y las judiciales (de las cuales no nos ocuparemos apenas en este artículo), que son aquellas que la ley le permite hacer. Ahora bien, las presunciones judiciales son inferencias efectuadas «según las reglas del criterio humano» (art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o sea inferencias inductivas o deductivas cualesquiera siempre que se ajusten a reglas de la sana crítica, e.d. de la lógica. El juez tiene prohibido inferir vulnerando esas reglas y, con relación a las presunciones legalmente vinculantes, tiene prohibido abstenerse de extraer inferencialmente las conclusiones que la ley manda sacar de las premisas de la regla de inferencia presuncional.

En cualquier caso, las presunciones en general se fundamentan principalmente –aunque no exclusivamente– en un juicio de probabilidad o normalidad, fruto de la experiencia, sobre el enlace entre un hecho cierto (el hecho indicio o base) y un hecho que se toma como cierto (el hecho presunto). Este nexo o enlace se entiende como la conexión reiterada, repetitiva y constante de unos hechos respecto de otros distintos; es decir, el devenir de los hechos refleja una tendencia constante a la repetición de unos mismos fenómenos. Sin embargo, no debe confundirse esta vinculación con relaciones de causalidad, pues éstas son inexorables, mientras que en las presunciones precisamente el nexo puede desvirtuarse o romperse por las excepciones. O lo que es lo mismo, el litigante perjudicado por la presunción podrá practicar prueba en contrario. (Este rasgo propio del razonamiento presuntivo no se da en las denominadas presunciones *iuris et de iure*, a las que nos referiremos más adelante. En cambio, las denominadas presunciones *iuris tantum* están sometidas a reserva de que se demuestre lo contrario, esto es, de que se pruebe que, pese a ocurrir el hecho base, no se ha producido el hecho presunto.) En definitiva, la característica común que comparten las inferencias presuntivas, tanto en el Derecho como en el razonamiento común, es su derrotabilidad (*defeasibility*); es decir, que la presunción puede ser destruida o anulada, rasgo que se expresa habitualmente con locuciones como «salvo», «a no ser que», «hasta que», etc.².

² El fundamento de esta pauta de inferencia ha sido extensamente estudiado por los psicólogos cognitivos y por los investigadores en inteligencia artificial, que han desarrollado métodos y formalismos lógicos no clásicos para intentar representar este tipo de inferencias (lógicas del cambio de creencias, lógica por defecto, lógicas modales no-monotónicas, circunscripción, etc.). A este respecto, v. LUKASIEWICZ, W. *Non-Monotonic Reasoning. Formalizations of Commonsense Reasoning*. New York: Ellis Horwood, 1990; BREWKA, G. *Nonmonotonic Reasoning. Logical Foundations of Commonsense*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1991.

Según lo hemos dicho ya, la ley impone el uso obligatorio de ciertas reglas de inferencia, tales que, de la presencia de ciertas premisas, más la ausencia de otras, el juez habrá de extraer ciertas conclusiones (los hechos presuntos). ¿Qué tipo de regla de inferencia es ésta? Según lo argumentaremos en detalle más abajo, se trata de una inferencia inductiva, entendiendo «inducción» en un sentido lato en el que son inducciones todas las inferencias no deductivas; o sea cualesquiera inferencias en las que la conclusión se extrae de la presencia, o previa admisión, de las premisas más algo más adicional, que puede ser el cumplimiento de ciertas condiciones –p.ej. la no admisión, en el acervo de creencias del inferidor, de determinados asertos.

Que haya que invocar esas condiciones adicionales no significa que se transformen en ulteriores premisas, porque la relación doxástica o epistémica de quien queda habilitado a hacer la inferencia no tiene por qué ser la misma con respecto a las premisas y con respecto a esas otras condiciones; en muchos casos, con respecto a las condiciones basta con que se realicen, sin necesidad de tener conciencia de que se realizan. (Así la inferencia presuntiva vale siempre que no esté dada una admisión de hechos impeditivos o extintivos, sin necesidad de postular la necesidad de que se refleje cognoscitivamente que no está dada esa admisión.) No obstante, en cualquier caso, hay que reconocer lo inquietante que resulta pensar que el ordenamiento imponga una obligación de razonar de un modo u otro, aunque sea al juez; una obligación de pensar así o asá.

1. LAS REGLAS DE PRESUNCIÓN COMO REGLAS DE INFERENCIA INDUCTIVA

Las presunciones son inferencias, y más concretamente inferencias teóricas; no son –como lo han sostenido diversos autores– asunto de decisión, ni siquiera razonamientos prácticos, sino razonamientos teóricos que llevan de premisas, que se afirman verdaderas (se dan por verdaderas, se asumen) a conclusiones cuya verdad viene afirmada precisamente en virtud de la presunción.

Que las presunciones sean asunto de decisión es una tesis que creemos errónea, mas comprendiendo bien por qué se ha sostenido. Lo que desean alegar los autores, como Ullman-Margalit³, que avanzan

³ ULLMANN-MARGALIT, E., «On Presumption», *The Journal of Philosophy*, LXXX/3 (March 1983), pp. 143-63. Aunque ese artículo es uno de nuestros principales blancos de crítica a lo largo del presente trabajo, y aunque nuestras opiniones divergen de las de la autora en casi todo, el artículo –escrito hace casi cuatro lustros– conserva un enorme interés; recomendamos vivamente su lectura. De hecho hemos comprobado con agrado cómo es tomado por otros estudiosos también como punto de vista de referencia y en cierto modo de partida.

semejante tesis, es que el paso de las premisas (los hechos asumidos, los fundamentos de la presunción) a la conclusión presuntiva es algo que no viene impuesto estrictamente por reglas de la lógica, ni de la deductiva ni siquiera de la inductiva, ya que, si fuera cuestión de meramente aplicar reglas lógicas, no habría ninguna necesidad de invocar una pauta legal o judicial de presunción.

Si se ha probado o asumido que el conductor obró de mala fe o sufrió una distracción y él confiesa (teniéndose como probatoria esa confesión) que de ningún modo sufrió distracción, la conclusión, por aplicación de la regla lógica de silogismo disyuntivo, es que obró de mala fe. No hace falta presunción alguna, ni nadie hablaría ahí de presunción. No se presume, sino que se prueba la conclusión (que obró de mala fe) a partir de las dos premisas aceptadas (y, en ese medida, dadas por probadas): (1ª) que, o bien actuó con mala fe o bien sufrió distracción, y (2ª) que no sufrió distracción alguna (en absoluto).

No diríamos, en un caso tal, que se ha presumido, a partir de los hechos probados o admitidos, que el conductor obró de mala fe. Eso no es una presunción, sino una prueba lógica, a partir de premisas empíricamente dadas.

Si es diáfana la diferencia entre una presunción y una inferencia deductiva, no está tan clara, en cambio, la que se dé entre una presunción y una inferencia inductiva. En teoría del conocimiento y en epistemología se ha usado la palabra «inducción» con diversos sentidos, siendo acaso la más tradicional de las acepciones la que concibe una inducción como un razonamiento que va de lo particular a lo general (que, en los manuales escolares tradicionales de lógica, se contraponía a la deducción que dizque iría de lo general a lo particular; naturalmente, aquí damos por unánimemente aceptada la superación de ese esquema).

Sin embargo, es dudoso que sea satisfactoria esa caracterización de la inducción. Lo que parece caracterizarla es justamente que hace falta la concurrencia de ciertas condiciones, no expresadas en las premisas, para que a partir de éstas valga una inferencia inductiva —para que el paso inferencial de tales premisas a tal conclusión sea válido, aceptable, admisible o correcto (según los cánones de una lógica inductiva apropiada— que desde luego sólo es lógica en un sentido lato, ya que, en sentido estricto, lógica es únicamente la deductiva).

Así, una inducción vulgar que efectuamos a diario nos lleva de la constatación de que el día X el tren de las 8 llega con 2 minutos de retraso, el día X+1 el tren llega con 2 minutos de retraso, y así sucesivamente para un número *n* de premisas inductivas, a la conclusión de que siempre llega ese tren con 2 minutos de retraso.

No hay sofisma alguno en tal inferencia, aunque su corrección depende de la presencia o ausencia de condiciones que no se expresan en las *n* premisas inductivas: ausencia de evidencia opuesta o con-

traejemplos, indicios de regularidad en el comportamiento de los maquinistas o del servicio ferroviario, fracasos previos de tales expectativas en casos similares y relevantemente vinculados (no lo estarían los que se refieran a un servicio ferroviario extranjero o de otra compañía, a menos que hubiera datos para pensar que se da un estilo o modo de proceder común, etc.).

La diferencia entre lo que las premisas inductivas han de registrar y esas otras consideraciones o esos datos no registrados en las premisas estriba en que la actitud cognoscitiva del sujeto no ha de ser la misma.

Diremos normalmente que un sujeto está justificado, en virtud de una lógica de las inferencias inductivas, a concluir, a partir de ene premisas así que el tren de las 8 llega siempre con retraso, siempre que, aunque él no sea consciente de ello, no se den contraejemplos o no haya evidencia opuesta, no concurren circunstancias que hagan irrelevante ese cúmulo de premisas para la conclusión (circunstancias como podría ser el que no se dé ninguna organización cotidiana del servicio, que actúe, cual lo hacen los seres humanos, según patrones de costumbre o hábito, sino que cada día cambia la organización de arriba abajo y así sólo la pura coincidencia ha hecho que en esos días registrados se haya dado ese retraso de 2 minutos).

La inducción científica se apoya en controles y protocolos más estrictos, en cánones metodológicamente más depurados, pero sigue ajustándose, a grandes rasgos, a ese mismo patrón: lo que justifica a un científico a sacar una conclusión inductiva de un cúmulo de premisas es que, además de que estén dadas esas premisas, y él lo sepa, estén ausentes factores que deshagan, derroten o socaven la base de la inducción.

Requírese del científico, para que su labor sea metodológicamente correcta, científica, racional, que conozca las premisas y que no crea que se den esos factores de socavación del lazo inferencial-inductivo. La depuración metodológico-científica podrá exigir más que eso. Podrá exigir no sólo que el estudioso en cuestión no crea que se den tales factores que contrarresten o socaven la inducción, sino que siga sin creerlo después de haber indagado activamente si se dan o no. El no haberlos hallado es ya un elemento de racionalidad a favor de la inducción, tanto mayor cuanto más grande ha sido la busca y cuanto menos motivos independientes hay para sospechar que se dan tales factores.

Sin embargo, la mayor parte de los razonamientos inductivos no nos vienen legalmente impuestos por ninguna regla de presunciones, sino que el ordenamiento jurídico se limita a dictar que el juez razonará, en la dirección de la labor probatoria, según los cánones del sano juicio, o sea según pautas sanas no sólo de inferencia deductiva sino también inductiva. Es bien sabido que, si ya hay discrepancias entre los especialistas (muchas más de las que cree el lego, incluyendo entre esos legos al legislador) en lo tocante a cuáles son las reglas correctas

de válida inferencia deductiva, mucho más difuminado, maleable y sujeto a criterios metodológicos dispares en el campo de las reglas de la inferencia inductiva.

Sin caer, en absoluto, en el anarquismo metodológico de Feysabend –para quien, en suma, no existe ningún cúmulo universal de reglas correctas de razonamiento o de proceder racional–, sí podemos reconocer que las pautas o los cánones del sano razonamiento inductivo son asunto muy problemático, y que su determinación va variando según las ideas metodológicas de la época, las exigencias del rigor, el contexto de aplicación, ciertos descubrimientos sobre la posible presencia de factores que antes no se podían sospechar siquiera, parámetros diferentes, modos nuevos de medición, disponibilidad de instrumentos técnicos, criterios de relevancia, etc.

En suma, si un lógico puede, sensatamente, ofrecer un manual de reglas de la lógica deductiva (al menos de las reglas básicas, porque incluso en ese campo el Teorema de Gödel seguramente significa que no cabe ofrecer un sistema completo –o sea recursivamente axiomatizable– de las reglas correctas para el razonamiento lógico-matemático), en cambio sería a todas luces desafortunada cualquier pretensión de ofrecer un manual exhaustivo de las reglas de válida inferencia inductiva.

Pues bien, lo que sostenemos –según lo anunciamos ya en el apartado introductorio– es que las presunciones son inferencias inductivas que, ante lo abierto, problemático e indeterminado del manual de reglas de inferencia inductiva válidas, los sistemas legislativos han decidido imponer a los jueces (cuando se trata de presunciones legales; las judiciales son las que el legislador les permite a los jueces establecer, sin imponérselas obligatoriamente).

¿Cuáles son los motivos que nos llevan a adoptar una regla de inferencia inductiva? Son diversos y variables, desde luego. Pero en general exigimos que sean razonables, o si no la inducción será irracional. A menudo consideramos razonable, ante la falta de evidencia en sentido opuesto, concluir, inductivamente, que las cosas han sucedido así o asá. La mayoría de nuestras inferencias comunes –también las jurídicas– se hace sin poseer todos los datos, toda la información, todas las condiciones fácticas que pudieran ser relevantes en una determinada situación (normativa) –ausencia de omnisciencia. Consiguientemente, razonamos bajo el supuesto de la ausencia de otra información y, por tanto, el conjunto de plausibles consecuencias no crece invariablemente (monotónicamente) con el incremento de la información. Es decir, nuestra presunción puede ser derrotada, anulada o cancelada (probada en contrario).

En lo que respecta al razonamiento en general, la adopción de tales pautas de inferencia viene justificada por un criterio pragmático de economía informativa o simplicidad, en el sentido de que las presunciones proporcionan un conocimiento específico de lo que se espera que ocurra con ciertas propiedades de ciertos individuos en ciertos

dominios; es decir, con cierta noción de «normalidad»⁴. Más concretamente en el Derecho, se dice que las presunciones vienen justificadas por la necesidad de facilitar, en atención al fin de la Justicia, la prueba de los hechos constitutivos de un proceso (finalidad aliviadora o *Erleichterung*). En consecuencia, se espera que si una presunción está bien elegida, la mayoría de las inferencias será correcta.

Ahora bien, esa racionalidad o razonabilidad no tiene que coincidir forzosamente con el grado de probabilidad en abstracto de que, dadas las constataciones que se tengan, y a falta de evidencia opuesta, las cosas sucedan así. El grado de probabilidad es sin duda un factor importantísimo, mas no es el único relevante. La mejor inferencia inductiva no es la que, en las circunstancias del caso, nos brinda el mayor grado de probabilidad, sino la que se ajusta a un modo de proceder que es el que tiene tendencia a conducir a conclusiones más probables.

Así, en un caso concreto puede suceder que haya muchas probabilidades de que conduzca a un resultado erróneo la aplicación de una pauta metodológicamente aceptada, en el medio especializado, para determinar un hecho, pero aun así lo prudente y razonable, según los cánones vigentes en ese medio especializado, sea seguir esas pautas, aunque en ese caso haya motivos para pensar que otro proceder podría arrojar un resultado más plausible o verosímil.

Supongamos que está en discusión la autoría de un cuadro hallado en un desván de un palacio sevillano, y que –aunque el arte o la técnica del peritaje crítico-artístico no es ciencia exacta ni siquiera ciencia– los criterios comúnmente aceptados entre los expertos llevan a la conclusión de que el cuadro es de Murillo, mas el buen ojo de un experto particularmente cualificado y prestigioso que, hasta ahora, no se ha equivocado nunca en tales casos, dice que no es así. Será metodológicamente razonable y prudente atenerse al criterio mayoritario, aunque en esas circunstancias nuestro presentimiento nos diría, seguramente, que ese experto disidente puede muy bien llevar razón, siendo incluso más probable lo que él sostiene.

(Podríamos aquí tomar una referencia de las discusiones de la doctrina filosófico-moral tardo-escolástica distinguiendo la opinión *tutior*, más segura o más a salvo, de la *probabilior*. La opinión del disidente es, en esas circunstancias, más probable, pero también más arriesgada, porque adoptarla significa dejar de adherirnos al canon de

⁴ Precisamente, en las investigaciones sobre inteligencia artificial, el modelo para el razonamiento no-monotónico o derrotable son aquellas situaciones que se apartan de la regla general, de lo habitual o lo normal. De ahí que lo que subyace al concepto de inferencia derrotable –formulado en términos de modelos de «normalidad»– es que una proposición *b* puede ser inferida de otra *a* si y sólo si *b* es verdadera en todo mundo que es mínimamente atípico (preferible) de entre aquellos que satisfacen *a* (MAKINSON, D., «Five Faces of Minimality», *Studia Logica*, 52 (1993), p. 344).

los criterios comúnmente aceptados entre esos especialistas, sin que haya otro motivo independiente para hacerlo.)

Las buenas inferencias inductivas son, pues, las que vienen avaladas por reglas más probables, no las que conduzcan a conclusiones más probables. Cuando vienen avaladas por reglas más probables son conclusiones más seguras, aunque sean, en el caso concreto, menos probables.

2. LAS INFERENCIAS PRESUNCIONALES NO SON ASUNTO DE DECISIÓN NI RAZONAMIENTOS PRÁCTICOS

Retomando el ejemplo evocado al final del apartado anterior, lo primero que hay que señalar es que lo que está en tela de juicio no es cuestión de decisión. No se trata de decidir si el cuadro es o no de Murillo. No tiene sentido decidir eso. Uno puede decidir decir que lo es o que no lo es, mas no puede decidir que lo sea o no lo sea. Lo que se debate no es asunto de decisión, sino de opinión, de creencia, de afirmación y negación.

En segundo lugar, hay que decir que, no sólo no es asunto de decisión, sino que ni siquiera estamos en presencia de un debate que determine la aceptación o el rechazo de una premisa de un razonamiento práctico. Y es que, además de que de momento lo que está debatiéndose no es una cuestión práctica, como la de qué rótulo se va a poner al cuadro en un museo o en qué sala del mismo se va a colocar, sino cuestiones de conocimiento, de creencia, la cuestión de si el cuadro es o no de Bartolomé Murillo.

Ya se plantearán esos problemas luego; y, claro, en función de la respuesta a la pregunta teórica vendrán las cuestiones prácticas: qué hacer con el cuadro, cuánto dinero dar por él, qué trato jurídico dar al hallador del cuadro o a sus ocultadores, cómo reelaborar los libros de historia del arte, las colecciones de diapositivas etc. Mas que la afirmación, o la negación, de la autoría de Murillo respecto de ese cuadro sirva de premisa para muchos razonamientos prácticos no hace de esa cuestión, en sí, una cuestión práctica, que no lo es.

Las presunciones establecen determinadas creencias o estados epistémicos que luego pueden ser modificados ante nuevos datos o informaciones. Ya hemos apuntado que es precisamente el razonamiento teórico el que proporciona el trasfondo fáctico requerido para la toma de decisiones y la acción y es concretamente en ese contexto de la argumentación probatoria, de la configuración de los elementos fácticos de un proceso, donde intervienen de forma definitiva las presunciones jurídicas. Esta conexión directa entre el razonamiento presuntivo y la dinámica del cambio de creencias ha estado muy clara para los investigadores lógicos y los estudiosos de la inteligencia artificial, de modo que la lógica no-monotónica, las reglas por defecto y

los modelos formales para el cambio de creencias no son sino diferentes maneras de representar un mismo patrón inferencial: el razonamiento derrotable; es decir, la inferencia provisoria y retractable (presunciones), en la medida en que la introducción de nuevos conocimientos puede alterar la situación⁵. Por tanto, una de las características de este razonamiento es que las inferencias basadas sobre información más completa acerca de una determinada situación toman precedencia sobre las inferencias basadas sobre información menos específica, al estilo de una versión cualitativa del silogismo estadístico. Igual que modificamos nuestro conjunto de creencias cuando nueva información contradictoria con lo anterior nos es proporcionada, del mismo modo una presunción (jurídica) puede ser destruida mediante prueba en contrario o datos que la desmientan o contradigan.

Creemos que desfiguran y oscurecen el problema los autores que, a este respecto, invocan que lo involucrado en las presunciones serían actos de aceptación o rechazo, no de creencia y que por consiguiente serían actos de voluntad, no de conocimiento u opinión. Creemos que eso viene de una grave confusión, y que es fuente de ulterior confusión. La confusión originaria o radical es que, en los asuntos en que caben opciones alternativas ninguna de las cuales se impone absolutamente, lo que cabe hacer es elegir, y esa elección es un acto de voluntad. La confusión resultante es que la adopción de reglas presuntivas es como la adopción de unas reglas de conducción o de unas recetas —en suma cuestión de conveniencia, no de verdad—.

Ambas confusiones han de disiparse. La confusión originaria, porque, a tenor de ella, casi todas las cuestiones teóricamente importantes y destacadas pasarían a ser cuestiones prácticas. Hoy sabemos que existe una subdeterminación de las teorías científicas por la evidencia empírica disponible, de suerte que la opción entre dos teorías científicas alternativas no viene impuesta de manera absoluta por los datos sensoriales y por la lógica.

Sin embargo, la alternativa entre dos teorías es, de suyo, una alternativa teórica. Es práctica, y asunto de decisión, para cada uno la cuestión de decir si cree o no, y hasta tal vez sea práctica y de decisión la de decirse a sí mismo, en su fuero interno, que las cosas son así. Mas creer que lo son no es cuestión de decisión.

A falta de evidencia a favor o en contra, es verosímil que obremos pascalianamente actuando, en un *wishful thinking*, como si fuera verdadera la alternativa que más nos guste, o la que choque menos nuestras opiniones preformadas. Mas qué hagamos o dejemos de hacer, o de decir, o de decirnos, es un asunto diferente del que se está planteando de qué teoría científica, de las alternativas compatibles con la evidencia empírica disponibles, es verdadera.

⁵ Véase MAKINSON, D., *op.cit.*, pp. 340-344.

Tal vez haya que decir, también en un asunto así, que es *tutior*, más seguro, atenerse a la vía del *wishful thinking* de preferir la teoría más bonita, la que responda mejor a nuestros ideales valorativo-rationales, la que ofrezca la mejor explicación o la que provoque un menor cambio de nuestra visión del mundo. Podría alegarse justamente que ese modo de escoger es el que de hecho se ha seguido más y que el resultado parece haber sido positivo para nuestra adaptación a la realidad.

Sea así o no, no es el tema de este artículo. Lo que sí es un tema que en este momento nos incumbe es que cuando se trata de abrazar (o, menos pomposamente, adoptar) una creencia, un punto de vista, puede presentarse lo que se está haciendo como una elección, pero no es una elección decisional o práctica, sino una alternativa entre creer y no creer, o entre creer tal cosa o tal otra.

Si así queda disipada la confusión originaria, merece un comentario aparte la confusión resultante, a saber la de que la adopción de unas u otras reglas de presunción es una opción práctica igual que la de un recetario médico o culinario, un código de conducción o cualquier otro cúmulo de decisiones prácticas similares. No es así. Puede, desde luego, adoptarse un código de conducta verbal, y prescribirse que se dirán tales cosas y tales otras no se dirán. Y es verdad que a veces las reglas de presunción tienen una vertiente de regulación de la conducta verbal, obligando a los jueces a decir tales cosas y a no decir tales otras cosas.

Sin embargo, en ese sentido cualesquiera reglas metodológicamente admitidas en una comunidad, como pueden serlo las reglas del sano criterio científico, son reglas de conducta (que regulan al menos el comportamiento verbal, lo que se dice o deja de decirse, lo que se escribe o no se escribe, lo que se publica o no se publica, y así en última instancia lo que se subvenciona y lo que no se subvenciona).

Sin embargo, de suyo lo que, antes de regularse la conducta verbal de tales o cuales agentes, se está planteando es una cuestión de qué ha de tomarse como verdadero y como probado; y eso tanto en las cuestiones de la teoría científica cuanto en las de la prueba judicial. Las presunciones no se relacionan directamente con el fallo, sino con el veredicto, con lo que se declara verdad probada según ciertos cánones de prueba, uno de los cuales es la inferencia de presunciones.

Las presunciones no son –según lo vimos más arriba– sino ciertas inferencias inductivas que el legislador ha impuesto en virtud de la consideración de que es sana la regla de atenerse a esas pautas de inferencia inductiva (presuntiva), aunque en casos particulares pueda haber motivos especiales para sospechar que lo más plausible, o verosímil, o probable, sea algo que no venga impuesto por la pauta inferencial presuntiva.

Lo sano o seguro de atenerse a la pauta o regla de inferencia presuntiva no estriba en que siempre, caso por caso, sea más probable la verdad del resultado que arroje esa pauta, sino en que, de manera general, esas pautas son más seguras y, por serlo ellas, es más seguro atenerse a lo que tales pautas determinen como verdadero. No se trata

—como erróneamente lo estiman los autores que conciben las reglas de presunción como reglas de decisión prudenciales o pragmáticas— de que el resultado de una regla de presunción sea elegido, frente a las alternativas, por una opción valorativa, ética, o por una mayor conveniencia práctica.

Sin duda las cuestiones de preferencia valorativa y de conveniencia son aquí relevantes, como lo son en todas las cuestiones teóricas. Ya hemos aludido más arriba al recurso al *wishful thinking* o procedimientos similares (inferencia a la mejor explicación), que precisamente —según lo hemos sugerido— podría recibir un aval puramente teórico, inductivo.

Al margen ya de esa cuestión tan general está el dato de que muy a menudo *queremos creer* esto o aquello, y eso incluso en las ciencias más abstractas. Un físico, puesto ante ciertos resultados experimentales o cierto razonamiento paradójico, quiere creer que las cosas son o no son así o asá. Y tiene razones, teóricas y prácticas, para esas preferencias; p.ej. un principio de economía, el deseo de tener que introducir los menos cambios posibles en sus teorías previamente adoptadas, o su enseñanza, etc. Mas el problema básico que se debate es una cuestión de verdad o falsedad, no de acción.

Igual que pasa en el mundo del científico, en el de la prueba judicial las inferencias se reputan por sus merecimientos para conducir a la verdad, y la opción por unas pautas de inferencia presuntiva se hace porque la experiencia pasada lleva a la conclusión de que esa regla es más segura, más sana, o sea más susceptible de llevar a la verdad.

3. ¿SON LAS REGLAS DE PRESUNCIÓN MERAS PAUTAS PRUDENCIALES?

Todo lo dicho al final del apartado anterior puede empañarse con la consideración de que lo sano o seguro de una regla de inferencia presuntiva estriba sólo en que es mejor equivocarse por un lado que por el contrario, y que por lo tanto lo que está en juego es la adopción o no de tales pautas o reglas por sus virtualidades, no de conocimiento, sino de decisión.

Aunque fuera así, eso no quitaría a las reglas de inferencia presuntiva su significado de reglas de inferencia y por tanto reglas que llevan de la afirmación de premisas a la afirmación de una conclusión; reglas teóricas, no prácticas (aunque, de ser correcto el alegato ahora considerado, dependería de un motivo práctico, en última instancia, la opción de un criterio u otro para adoptar reglas de presunción).

Pero es que, además, no es así. Hay casos, como el de la presunción de inocencia (expresión confundente e inapropiada, según veremos), que pueden hacer creer que sí es así, porque la razón por la cual el legislador impone una regla de presunción, como la de inocencia, es la

gravedad de las consecuencias prácticas de no adoptar esa regla, sino adoptar acaso una de sentido opuesto, una presunción de culpabilidad.

Así se dirá que no es que en general sea más probable que el acusado sea inocente que culpable, pudiendo muy bien suceder que la gran mayoría de los acusados sean culpables. Lo que pasa –continuaría el alegato– es que es, prácticamente, mucho peor equivocarse condenando a un inocente que absolviendo a un culpable.

Lo que respondemos a eso es lo siguiente.

En primer lugar, aunque así fuera en ese caso especialmente delicado y espinoso, eso no otorgaría a las reglas de presunción en general un carácter de opciones volitivamente libres determinadas sólo por motivos de preferencia valorativa y no por consideraciones de verdad y de verosimilitud.

Justamente podría suceder que en esa área tan especial del derecho como lo es el derecho penal imperase una ficción, en virtud de una pretensión garantista; como ficciones, desde luego, imperan en muchos campos de nuestras relaciones con los demás, a menudo para no transformar la convivencia en un vaso de acíbar. Queremos creer que nuestros familiares, vecinos, compañeros de trabajo etc. son gente digna, honrada y sin tacha, para no amargarnos y mirarlos a los ojos sin considerarnos hipócritas.

Mas también es verdad que, si esa opción, esa creencia que queremos abrazar y que nos abrigue, se estrella una y otra vez contra el muro de una realidad hostil y decepcionante, tarde o temprano tendremos que salir de ese sopor, de ese dulce autoengaño, porque los amargos sinsabores que de él se seguirán acabarán siendo mucho más ácidos e intragables.

En suma, de ser cierto que, en este caso especial, o en otros similares, la regla de presunción no se basa en un principio de mayor probabilidad, cabría responder que lo que sucede es que existe una ficción jurídica, la ficción de inocencia o inculpabilidad, en virtud de la cual la sociedad cree, quiere creer, que sus miembros no han actuado ni actúan dolosa ni negligentemente. Una ficción de «todos somos buenos» justamente mientras no se demuestre lo contrario.

Pero, además –y esto es lo decisivo–, es que no hacer falta ni siquiera esa reconstrucción, la de una ficción de verdad, porque lo único que ocurre en este caso es, sencillamente, que la culpabilidad no se ha probado. No por ello se ha probado la inocencia. La presunción de inocencia no es tal, en rigor⁶.

⁶ Sobre la presunción de inocencia *vid.* PRADEL, J., *Droit pénal comparé*, Paris: Dalloz, 1995, pp. 380 ss. PRADEL examina minuciosa y profundamente el significado de tal presunta presunción, recogida textualmente en el Convenio europeo de derechos humanos de 1950 y en el Pacto internacional de los derechos civiles y políticos de 1966. En Inglaterra no está jurídicamente afirmada tal presunción, mas sí lo equivalente, que es la carga de la acusación de probar, no sólo el elemento material del hecho incriminado, sino también el elemento moral, dolo o negligencia.

Lo que pasa es que nadie puede ser condenado ni sufrir de la sociedad un trato que implique condena o sea perjudicial sin que se haya demostrado su culpabilidad⁷. La presunción de inocencia es, sencillamente, una no-presunción de culpabilidad. A nadie se le pueden restringir sus derechos sin prueba de su culpabilidad. Ahí empieza y termina todo este asunto.

La presunción de inocencia no es, pues, tal, sino que es el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo y el derecho a no ser juzgado más de una vez por los mismos hechos. Sería más correcto decir que la culpabilidad no se presume⁸.

En otros casos en los que puede parecer que la adopción legal de una determinada regla de presunciones se basa exclusivamente en el deseo

⁷ Como lo señala Pradel –*op. cit.* en la n. anterior–, la presunción considerada se traduce en que la acusación tenga que probar también la concurrencia de elementos negativos, p.ej. la falta de consentimiento en relaciones sexuales. Sin embargo, resulta ya dudoso que incumba a la acusación probar que no concurrían causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho), ni eximentes por inimputabilidad o inculpabilidad (miedo invencible, error obstativo, anomalía psíquica transitoria) ni siquiera atenuantes cualificados como el estado de arrebato u obcecación ni excusas absolutorias.

⁸ Sin duda, probado el hecho típico (incluyendo en él el elemento moral, dolo o imprudencia), cesa lo que excesivamente se denomina «presunción de inocencia», al menos en parte. Muy probablemente cabe decir que el hecho típico se presume anti-jurídico y, en imputables, culpable. E incluso la carga acusatoria de prueba del elemento subjetivo del crimen parece menor. Si se prueba que Lucas clavó un puñal en el pecho de Juan causando su muerte, resulta algo dudoso que el fiscal o la acusación tengan que probar también el dolo y que Lucas pueda ser absuelto sin más sólo porque no se haya probado que obró con dolo o negligencia. En cualquier caso, el sentir común no sería el mismo con relación al elemento material y al moral. ¿No hay más bien una presunción de que los humanos adultos normales saben lo que hacen, y de que obran voluntariamente? Ni siquiera está claro que haya de probarse siempre el nexo causal; v. Pradel, *op. cit.*, p. 384. En el ejemplo considerado, si falleció Juan a poco de que Lucas le clavara el puñal, parece que ha de haber una presunción de vínculo causal –aunque, desde luego, en abstracto podría haber sido por otra causa, debiendo entonces hablarse de una tentativa de homicidio. Las teorías de la presunción que estamos criticando en este artículo –y que hacen de la presunción asunto de decisión y no de verdad– difícilmente pueden dar cuenta de ese complicado entramado de presunciones y contrapresunciones. Sobre ese enrevesado entrelazo de presunciones, v. también JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Principios de derecho penal, La ley y el delito*, Buenos Aires: Ed. Sudamericana, 1990 (3ª, de 1958), p. 297. Cuando se invoca legítima defensa, ¿hay que probar que la agresión sufrida era ilegítima y que no había venido precedida de provocación suficiente? ¿O la agresión se presume ilegítima y no provocada? Sea como fuere, lo que se presume se presume como verdadero, como un hecho real o existente, no como una ficción útil ni como una decisión conveniente. Las reglas de la presunción en el proceso penal vienen dadas sólo por dos cánones: el máximo respeto a los derechos y la máxima busca de la verdad, según la experiencia humana. Nótese que el entrelazo presuncional referente a los espinosos problemas de la legítima defensa (ilicitud de la agresión provocada por otro acto ilícito y así sucesivamente) rige no sólo en derecho interno sino también, claro, en derecho internacional público. V. NGUYEN QUOC DINH, *Droit international public* (ed. Patrick Daillier & Alain Pellet), Paris: LGDJ (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence), 1994, p. 747.

de que las cosas sean de un modo u otro, no en la verosimilitud o probabilidad de que haya pasado una cosa u otra, de nuevo hay que señalar que a menudo lo que ocurre es algo parecido a lo que acabamos de ver.

Así la presunción de buena fe en el poseedor o en el firmante de un contrato. Trátase de que quien actúa de mala fe será condenado a ciertas consecuencias jurídicas de sus acciones. No es condena penal, pero es condena. Y cada uno tiene derecho a no ser condenado a ninguna consecuencia jurídica por hechos no probados. Así que, mientras no se pruebe que obró de mala fe el poseedor, tiene derecho a que el fin de su posesión no conlleve otras consecuencias jurídicas que las que conllevaría para un poseedor de buena fe en las mismas condiciones. Lo mismo cabe decir para el contratista cuyo contrato viene anulado o extinguido por alguna de las causas legalmente establecidas.

Es obvio que el ordenamiento jurídico trata de manera diferente al contratista que contrató de buena fe y al que lo hizo de mala fe, estableciendo unas consecuencias jurídicas más gravosas para el último. Y la sociedad ha decidido que cada miembro de la misma tiene derecho al trato más favorable compatible con lo que fehacientemente se sabe acerca de él; o sea, a ser tratado como alguien que ha actuado de buena fe. De suerte que el juez que acuda a la presunción de buena fe para determinar los hechos probados no tiene en rigor que proceder a inferencia alguna. Bástale con señalar que no se ha probado la mala fe y que la ley obliga al juez a absolver a cada parte de las consecuencias jurídicas gravosas que se derivarían de la mala fe, salvo cuando ésta última se haya probado.

De nuevo en este caso la denominación jurídica puede ser confunde, y más que hablarse de una presunción de buena fe habría tal vez que sentar el simple principio de que la mala fe no puede presumirse, sino que ha de probarse, y que nadie ha de soportar consecuencias jurídicas gravosas de lo que no se ha probado (en este caso la mala fe).

Hay casos más dudosos. Así, la ley establece que se presume que los cónyuges viven juntos. O sea, en caso de que falten pruebas en un sentido o en otro, se declara inferencialmente probado, por vía de presunciones, que los cónyuges vivían juntos. Posiblemente estemos aquí ante más de lo mismo. El vivir separados tiene unas consecuencias jurídicas que serán gravosas para una de las partes, la cual tiene derecho a no soportar esas consecuencias jurídicas mientras no se pruebe el hecho antecedente de la separación. Fuera de que interese a una de las partes, tiene escaso sentido, legal o judicialmente, esa presunción.

Mas, aunque, por consiguiente, puede que aquí estemos simplemente ante un caso más del principio general de que cada uno tiene derecho a no soportar consecuencias jurídicas de hechos no probados, y nada más, también cabe pensar que en este caso estamos ante una genuina regla de presunción, a saber: la que fuerza al juez a declarar probado, por vía presuntiva, que los cónyuges vivían juntos, mientras no haya evidencia en sentido opuesto, oportunamente aducida en el juicio.

De ser así, naturalmente puede aducirse a favor de nuestra interpretación cognitivista de las reglas de presunción que, si bien en casos especiales y particulares, puede ser más verosímil que los cónyuges hayan estado viviendo separados (y puede que muchos dijéramos que nuestro sexto sentido, o presentimiento, o una corazonada, o un no sé qué, nos hace creer que no vivían juntos –y hasta a lo mejor da en el clavo esa intuición), el hecho es que la regla de presunción legal es *tutior* porque en general sucede así: los cónyuges suelen vivir juntos (y tienen razones para vivir juntos, no ya las sentimentales, sino múltiples razones prácticas también); y, en aquellos casos, minoritarios, en que no viven juntos, es casi seguro que hay datos objetivos que así lo patenten y manifiesten (facturas, alquileres, declaraciones de vecinos u otros testigos), ya que es muy difícil vivir como un fantasma. El que quiera beneficiarse de una separación fáctica preexistente tiene que demostrarla, porque lo que alega no tiene, en principio, verosimilitud.

Insistamos en que lo revestido de mayor probabilidad es la regla, no el caso particular y concreto, en el que, por circunstancias equis, puede suceder que sea más probable, pese a la falta de pruebas, que hayan vivido separados. La mayor seguridad de la presunción estriba en que la regla suele arrojar resultados más fiables que una regla opuesta o discrepante.

Claro que esa consideración de mayor probabilidad de la regla inferencial en cuestión se compagina bien, en este asunto, con el principio jurídico evocado –el derecho a no sufrir consecuencias jurídicas de hechos no probados. Y es que la parte que se ve perjudicada, en sus pretensiones, por la presunción de convivencia será la que pretenda un cambio, una alteración de la situación jurídica; y existe un principio de mantenimiento de las situaciones jurídicas cuando no se haya probado que hay razones para modificarlas; si se quiere, es un derecho a la permanencia, un derecho de cada uno a que las cosas sigan igual (un corolario de la seguridad jurídica), mientras no haya razones jurídicamente determinantes de una modificación⁹.

⁹ Según ya lo hemos dicho varias veces, las reglas de presunciones son reglas de inferencia jurídicamente vinculantes que llevan, del reconocimiento de la existencia de los hechos representados por las premisas del razonamiento presuncional, a la existencia del hecho representado por la conclusión. Es indiferente para la estructura inferencial que unos u otros de tales hechos sean *meros hechos* o que unos u otros de ellos sean situaciones jurídicas, e.d. que se expresen adecuadamente con oraciones que comporten –de manera esencial o incercenable– un operador deóntico de licitud o de prohibición. No cabe duda de que muchísimas de las presunciones jurídicamente establecidas involucran precisamente situaciones jurídicas, entre otras la de licitud de la conducta, que no es sino una versión fuerte del principio de permisión de que lo no prohibido está permitido: mientras no se pruebe lo contrario, cualquier conducta se presume lícita, permitida. (V. TERRÉ, F. *Introduction générale au droit*, Paris: Dalloz, 1996, p. 435: aplícase esa presunción, con mayor grado de vigencia o fuerza vinculante, a los actos o situaciones que, no sólo existen, sino que han venido existiendo, que han venido durando; al paso que las alteraciones o innovaciones, que

4. EL ESTABLECIMIENTO NORMATIVO DE REGLAS DE PRESUNCIÓN COMO FRUTO DE LA EXPERIENCIA SOCIAL: REGLAS DE PRESUNCIÓN Y MERAS REGLAS DE CONSTITUCIÓN DE SITUACIONES JURÍDICAS

Más claro todavía está el carácter veritativo, cognoscitivo de las presunciones legalmente establecidas cuando examinamos otros ejemplos, como el de la presunción de muerte en los casos legalmente establecidos para la declaración de fallecimiento. Aunque es verdad que las recientes modificaciones legislativas se han debido a razones pragmáticas —rebajando considerablemente el umbral de probabilidad que se reconocía en el derecho tradicional—, éste último, por lo menos, ciertamente no admitía la presunción de muerte sino en casos en los que sería perfectamente razonable inferir inductivamente esa defunción.

Que sea razonable no significa que sea infalible. Y por eso ha habido casos, relatados en la novela y en los manuales jurídicos, de personas cuyo fallecimiento se ha declarado legalmente pero que vivían y han reaparecido después. Y hasta puede, de nuevo, que haya casos particulares y concretos en los que, por algún motivo, y a pesar de respetarse la regla de presunción que impone la declaración del fallecimiento, podamos juzgar muy verosímil la pervivencia del presunto fallecido. Una vez más hay que recalcar que se trata de una probabilidad de la regla, la cual tiene más probabilidad de conducir a la verdad, a más verdades, que una regla divergente u opuesta.

En el derecho canónico, p.ej., aunque se presuma la defunción, el valor de esa presunción es restringido en sus efectos jurídicos, de suerte que el matrimonio contraído por el presunto viudo tendrá una validez condicional, al paso que en el derecho civil surge al respecto un agudo problema que ha debatido la doctrina y en el que no cabe ahora entrar. Lo que parece seguirse es que en el derecho canónico las presunciones, o algunas de ellas, no tienen el valor de reglas conducentes a una afirmación, sino de reglas que suspenden una negación. No se prueba, por la vía de la regla de presunción, que la persona que desea contraer segundas nupcias está viuda, sino que, interinamente, deja de ser invocable el impedimento de ligamen, o se suspende el juicio.

irrumper en esa duración, no gozan del mismo grado de presunción de licitud.) También hay reglas de presunción para la interpretación de los pactos, convenios, contratos, sea en el ordenamiento jurídico interno sea en el derecho internacional. Justamente porque —en palabras de Leibniz— la acción se presume lícita, el convenio también, y por ende se presume que vale la interpretación que lo haga conforme con el ordenamiento. De nuevo hay que decir que, si bien esas presunciones valen porque conviene que valgan en virtud de favorecer las expectativas razonables y garantizar la confianza legítima y la seguridad jurídica, dejaría de suscribirse su validez si reiteradamente se probara que van contra la verdad. De ser así ya no podría seguir aplicándose una regla presuncional de interpretación, sino que tendríamos reglas autoritativas de modificación del sentido de los convenios.

Teniendo en cuenta que el derecho canónico jugó un papel decisivo y determinante en la evolución jurídica de nuestra sociedad, podemos tal vez ver en esa concepción una particular manera de entender las reglas de presunciones, que posiblemente estaría menos en discrepancia con las tesis que estamos criticando en este artículo¹⁰. Sin embargo, aun en el caso del derecho canónico en su conjunto, creemos que es más sensato entender que, cuando se adopta una regla de presunciones, es por la mayor probabilidad de la regla o sea porque en general es más probable que por la vía de esa regla se desemboque en asertos verdaderos que por la vía de otra regla discrepante u opuesta.

Incluso las modificaciones legislativas que en parte han sacrificado la certeza a la conveniencia hay que comprender que respetan un cierto umbral de probabilidad (aunque menor que el de antes), ya que en los casos previstos por la ley para aplicarse la regla de presunción de fallecimiento es razonable suponer que éste se ha dado. Y sería razonable suponerlo aun sin tal regla legal, por los principios de la sana razón o del sano juicio, o sea por una inferencia inductiva que la mayor parte de la gente consideraría atinada y prudente.

Lo que pasa es que, de faltar la regla legal, aunque el juez estaría de todos modos obligado legalmente a dar por probados los hechos que se deduzcan de otros hechos también probados en virtud de las reglas de la lógica y del sano juicio (o sea las reglas de inferencia comúnmente admitidas), se entraría en un áspero debate en casos así acerca de qué reglas de inferencia valen, porque evidentemente habrá personas o partes interesadas en que no se declare el fallecimiento (p.ej. los aseguradores).

Para poner coto a esa discusión, en aras de la anteriormente mencionada «función aliviadora» del proceso, el legislador impone una determinada regla de inferencia presuntiva. Mas no la impone —cual alegarían las personas cuyos pareceres estamos aquí discutiendo— en virtud de consideraciones fundamentalmente pragmáticas, valorativas, éticas o prácticas (como podría pensarse que sucedería en este

¹⁰ No deja de ser curioso que, con la enorme importancia doctrinal que en la dogmática canónica ha tenido siempre la teoría de las presunciones, éstas sean tratadas tan escuetamente en el Código de Derecho Canónico. El de 1917, promulgado por el Papa Benedicto XV, dedica al tema un breve capítulo, cc. 1825 a 1828 —aunque, claro está, en muy diversos lugares del Código se establece un amplio cúmulo de reglas de presunción. Así el c. 1015§2 obliga al juez a presumir consumado el matrimonio si los cónyuges han cohabitado después de casarse. Menos plausible juzgamos el parecer del sector doctrinal para el cual esa regla de presunción ha de interpretarse de modo que se presuma la consumación siempre que «los cónyuges, después de casados, hayan estado a solas breves momentos, los precisos para tener el coito» (v. la edición de ese Código en la BAC, Madrid, 1947, p. 375, donde se comenta el canon citado). Sin duda esa regla es rechazable porque es inverosímil que se ajuste a la verdad y que sea una regla probable. La mera conveniencia práctica de adoptarla o de fingir la verdad de la conclusión presuntiva no puede servir para defender ese punto de vista, que posiblemente haya podido sustentarse, en otro tiempo, en la conducta usual, pero que hoy no podría justificarse.

asunto, donde se presumiría la muerte para favorecer a la parte más menesterosa de protección jurídica, las familias de las víctimas).

Una regla así no podría mantenerse si, contra viento y marea, desafiara a la probabilidad y a la verosimilitud. Si prevalece y se consagra la regla de presunción de fallecimiento, en determinados casos, es porque en efecto en casos así resulta, con mucho, más probable y más frecuente que se haya producido esa defunción, no simplemente porque convenga que así se crea a la parte más débil.

También se ha dicho que las presunciones establecidas por el derecho civil responden más a conveniencia que a la verdad, p.ej. la presunción de que el hijo nacido durante el matrimonio ha sido engendrado por el marido y no por otro varón.

Aquí de nuevo podemos dar dos lecturas de la regla de presunción legal. Una es sencillamente que no se presume nada, sino que cada uno tiene derecho a no soportar consecuencias jurídicas de hechos no probados; de suerte que el hijo nacido durante el matrimonio tiene derecho a no ser privado del ejercicio de sus derechos filiales frente al marido de su madre mientras no se pruebe que él no es su padre. En esta lectura, lo que se llama una «presunción» no lo sería en estricto rigor; se trataría de un caso más de la regla de no presumirse hechos que vayan en perjuicio de la persona que disfruta de una situación jurídica.

Sin embargo, cabe perfectamente otra lectura, que vea en esto una auténtica presunción y que se basa, una vez más, no en que las circunstancias específicas de cada caso en particular hagan forzosamente más plausible o verosímil esa concepción matrimonial, sino en que la regla es más segura porque conduce a más verdades que otra regla discrepante u opuesta. No puede ser sólo la conveniencia de proteger a la familia, o al niño, lo que impone esa regla, ni podría socialmente mantenerse tal regla en desmedro de la verdad.

Aun así, hay que decir que esa base veritativa o cognitiva de la regla ahora considerada puede que esté evolucionando con el cambio de costumbres. Solía ser cierto que los hijos concebidos durante el matrimonio eran engendrados por el marido. Pero hoy día el que sea así o no pierde importancia a ojos vista, y eso nos lleva a una tercera lectura de la regla ahora considerada.

La conciencia social contemporánea (a diferencia de la de siglos pasados) distingue la filiación legal de la natural. Nuestras instituciones de derecho civil oscilan un tanto entre ese distingo –hoy socialmente vigente– y la confusión de las dos filiaciones. Desde el punto de vista del distingo, en rigor no se presume nada, sino que se fija la filiación legal, que se otorga cuando el niño nace pasados 6 meses desde el casamiento (salvo en ciertos supuestos en los que el presunto padre tiene que aportar elementos que deshagan esa presunción).

Y es que socialmente la pareja que se casa, a sabiendas del embarazo de la mujer (haya resultado éste de inseminación artificial o de una relación sexual con el novio o con cualquier otro varón) asume la co-paternidad legal sin preocuparse de la genética (la cual hoy día se

devalúa y descompone en factores, al diferenciarse la maternidad uterina de la gamética; y más en supuestos ya fácilmente imaginables de combinación gamética o ingeniería genética).

El derecho civil en algunos casos impone una separación de la filiación legal y de la natural (p.ej. en casos de concepción incestuosa, o cuando brinda a la parturienta la posibilidad de anular registralmente el alumbramiento). Pero en general acude a la ficción jurídica de identificar ambas filiaciones; de ahí una serie de reglas de presunción. Esas reglas, desde la perspectiva de la conciencia socio-familiar más actual, podrían verse, no como reglas de determinación de verdad, ni por ende como presunciones, sino como reglas jurídicas que establecen ciertas situaciones jurídicas en determinados supuestos¹¹.

La regla que nos ocupa confiere al hijo la condición jurídica de filiación legal respecto del marido de la madre, salvo justamente que se acrediten otros hechos impeditivos. Tales hechos tienen que existir y además probarse para que no se establezca legalmente la filiación.

5. RELACIÓN ENTRE SUPUESTOS DE HECHO Y SITUACIONES JURÍDICAS; LO PROPIO Y CARACTERÍSTICO DE LAS REGLAS DE PRESUNCIÓN DENTRO DEL CAMPO DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES

Todo lo examinado al final del apartado precedente nos lleva a abordar una cuestión muy importante, a saber: cómo se relacionan los supuestos de hecho con las situaciones jurídicas en virtud de las normas. La lógica jurídica que hemos elaborado y propuesto en otros trabajos contiene el principio de opción vinculante, a saber: que, en la medida en que una alternativa sea obligatoria y que no se realice en absoluto uno de los entre disyuntos de tal alternativa, es obligatorio el otro disyunto. Corolario de ese principio es la regla de las consecuencias jurídicas, a saber: que, siendo obligatorio que, si sucede tal cosa, A, suceda también tal otra, B, cabe inferir de A la obligatoriedad de B¹².

Aunque parezca mentira, ese principio es desconocido por las lógicas deónticas estándar, las cuales tienen que optar entre formular toda obligación condicional con el operador deóntico prefijado (alcance

¹¹ Sobre estas cuestiones nos parece hallar una convergencia entre nuestro enfoque y el de Josep AGUILÓ REGLÁ en su «Nota sobre “Presunciones” de Daniel Mendonça», *Doxa* 22 (1999), pp. 649-660. Creemos encontrar varios puntos de convergencia entre nuestros planteamientos y los de Josep Aguiló, aunque también algunos desacuerdos. En lo tocante a la cuestión ahora ventilada, nos parece encontrar en la p. 659 del citado artículo una clara toma de posición a favor del mismo distingo por el que estamos abogando aquí, a saber: la diferenciación entre paternidad natural y paternidad jurídica. Permitímonos imaginar una evolución de las instituciones de derecho civil que lleve el distingo mucho más lejos y autorice la extinción de la paternidad legal por causa justificada.

¹² AUSÍN, T. y PEÑA, L., «La deducción normativa», *Doxa*, 23 (2000).

amplio), en la forma «Es obligatorio que, si A, B» y formular toda obligación condicional con el operador deóntico desplazado a la sola apódosis (alcance estrecho), o sea: «Si A, es obligatorio que B».

Ahora bien, la segunda alternativa de esa enfadosa opción presenta el inconveniente de que el legislador no estará dictando, al proferir eso, ningún precepto, sino que estará profiriendo un enunciado cuya apódosis será un precepto. Además, dado que «Si A, entonces B» equivale a la disyunción entre B y la negación fuerte de A, al presentar el mandato del legislador con contenido condicional como un enunciado con prótasis asertiva y apódosis preceptiva se desconoce que un modo de cumplir el mandato es abstenerse por completo de que se realice la prótasis.

Así, si el legislador manda que quien cause daño a otro ha de resarcirlo, está mandando a cada uno no causar en absoluto daño a otro o resarcirlo; y hay dos modos de cumplir ese mandato: el uno, absteniéndose completamente de causar daño; el otro, resarcido. El que se está absteniendo de causar daño está cumpliendo el imperativo legal, cosa que desconoce la concepción que estamos criticando según la cual el mandato legal sólo establece la obligación condicional de resarcir, y eso para el caso de que se haya causado daño.

Por otro lado, si se opta por representar el precepto condicional como uno en el cual el operador deóntico tiene alcance amplio, la lógica deóntica estándar impide extraer consecuencias jurídicas de un imperativo tal más el supuesto de hecho representable por la prótasis (hecho jurídico –en la terminología común en el derecho, e.d. un hecho que, dado como supuesto de hecho, acarrea consecuencia jurídicas).

Si lo obligatorio es que, si se causa daño, se resarza a la víctima, entonces la lógica deóntica estándar impide, de ese imperativo más el supuesto de que Andrés ha causado un daño a Luis, sacar la conclusión de que Andrés ha de indemnizar a Luis. Lo malo de tal planteamiento es que, con arreglo a él, la lógica no sirve para nada o el derecho no sirve para nada.

Pues bien, una regla legal de presunciones impone, dados unos supuestos de hecho, que son concretamente las pruebas de las bases o premisas de la presunción, extraer como consecuencia la conclusión de que tal cosa sucede o ha sucedido. Así, es obligatorio que, si se prueba que se ha producido un naufragio y que han pasado tales plazos y no se prueba, pese a intentarlo (anuncios, proclamas) que siga viviendo la persona que se sospecha ha muerto en ese naufragio (porque se tienen indicios suficientemente razonables para tal sospecha), entonces se concluya que esa persona ha fallecido (en el naufragio). (Los detalles pueden variar y la formulación perfeccionarse, pero el fondo es ése u otro similar.)

De esa obligación condicional, más el supuesto de hecho de que se pruebe el naufragio y de que no haya señales de vida del presunto fallecido, se sigue la obligación del juez de declarar la defunción. O sea, la estructura de ese procedimiento es: «Es obligatorio que, si A [se ha

dado y se prueba el naufragio] y B [a pesar de los anuncios publicados no se han recibido noticias de la persona que se sospecha falleció en el naufragio], entonces C [se declara su defunción].» De ahí se sigue que, dados A y B, es obligatorio que C (que se declare la defunción).

En eso la regla de presunción funciona igual que cualquier regla jurídica, ni más ni menos. Lo peculiar de esta regla es que es una regla de prueba. Obliga al juez a dar por probado un hecho cuando, habiéndose probado otro (o una conyunción de varios), no hay prueba de la negación de la conclusión (tal vez más bien quepa hablar aquí, no de la simple o mera negación, sino de la negación fuerte, de su total falta de verdad o realidad).

Por eso es fácil confundir terminológicamente las reglas de presunción con reglas de establecimiento de consecuencias jurídicas, que a menudo reciben la denominación de «presunciones» y algunas de las cuales hemos ido examinando en este artículo (como la regla que determina la filiación legal respecto del marido de la madre, que puede entenderse como un precepto de que se establezca tal situación jurídica de filiación en ese supuesto).

Cualquier precepto legal que, a un supuesto de hecho, encadene una consecuencia jurídica puede verse como una regla de presunción, e incluso de presunción *iuris tantum* –si la conexión entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica se deshace en presencia de otros supuestos o de una prueba de los mismos¹³. En el caso de las escasísimas presunciones *iuris et de iure*, o irrefragables (cuya existencia ha sido cuestionada incluso en la jurisprudencia jurídico-internacional, y de las cuales es difícilísimo encontrar ejemplos, si es que los hay), dígase que lo que recibe esa mala denominación es, en rigor, simplemente la obligación legal de que, dados ciertos supuestos de hecho, se constituya una determinada situación jurídica, cualesquiera que sean las demás circunstancias que concurren o dejen de concurrir¹⁴.

¹³ Tal es el caso de las lógicas deónticas derrotables que analizan los deberes condicionados como una suerte de deberes *prima facie* (en la línea de W. D. Ross) y que, en consecuencia, establecen restricciones para la aplicación del *modus ponens* –inspirándose en la «lógica por defecto» desarrollada para la inteligencia artificial. V. JONES, A. J. I., y PÖRN, I. «On the logic of deontic conditionals», en *Proceedings of the First International Workshop on Deontic Logic in Computer Science (DEON'91)*. Amsterdam: Vrije Universiteit, 1991, pp. 232-247.

¹⁴ En el derecho francés las presunciones *iuris et de iure* se llaman «irrefragables» y, según lo dice la doctrina, vienen presentadas confusamente por el artículo 1350 del CC. Para TERRÉ, F. *op. cit.*, p. 445, en rigor las presunciones irrefragables no son presunciones sino mandatos legislativos de que ciertos supuestos de hecho acarreen ciertas consecuencias jurídicas. Así la autoridad de cosa juzgada sólo significa que, por ministerio de la ley, las decisiones judiciales firmes son inatacables, o sea adquieren el mismo efecto que las verdades, mas no por ello su naturaleza. La ley no puede hacer verdad lo que no es verdad, ni lo pretende. Por su parte, AGUILÓ REGLÁ, *op. cit.*, pp. 657 ss., concluye que las presunciones *iuris et de iure* constituyen un elemento legal similar a las ficciones jurídicas y que, por tanto, poco tienen que ver con los hechos naturales y el ámbito de la verdad fáctica y más con el entorno de los resultados institucionales y de la imputación de consecuencias jurídicas.

Puede verse como una regla de presunción (de presunción *iuris tantum*) la que determina que quien, habiendo cursado tales disciplinas y pasado tales exámenes, sustente, con éxito, y en sesión pública, una tesis ante un jurado académico *ad hoc*, sea doctor. Puede verse como una presunción, en efecto, porque basta con probar los supuestos –salvo que surja evidencia de hechos invalidantes– para que se tenga por probada la conclusión, o sea que el interesado es doctor.

Y lo mismo cabe decir de cualquier otro precepto condicional, como el que determina que el candidato a una elección que obtenga más votos y presente juramento adecuado sea el titular del cargo. De nuevo basta probar los antecedentes (la candidatura, la votación, la prestación de juramento) para que quede automáticamente probada la consecuencia jurídica.

Lo único que es peculiar y propio de las presunciones –pero sólo de las presunciones propiamente dichas– es que en ellas la consecuencia jurídica es sólo la declaración judicial de que está probado tal hecho. Ese hecho puede ser, a su vez, una situación jurídica, mas ni tiene por qué serlo ni en general lo será. Normalmente es un hecho no-jurídico (sólo será un «hecho jurídico» en el sentido que se usa esa locución en textos de derecho en los que, como lo dijimos más arriba, se llaman así los hechos [no jurídicos de suyo] con consecuencias jurídicas).

Morir no es un acto jurídico, ni desde luego es obligatorio haber muerto cuando se cumplen los supuestos de hecho de la presunción legal de fallecimiento. Lo único obligatorio en ese caso (y por eso es una genuina presunción, en el sentido auténtico) es que el juez declare el fallecimiento; que lo dé por probado –probado en virtud de la regla de presunción (aunque, de no existir ésta, seguramente podría declararse también probado por las reglas corrientes y prudentes del razonamiento inductivo).

Ciertamente una regla es regla de presunción sólo en tanto en cuanto impone al juez una obligación condicional de dar por probado algo en presencia antecedente de la prueba de otro algo y en ausencia de la prueba de hechos impeditivos o extintivos¹⁵. Mas, cuando está

¹⁵ Hay muchas reglas de presunción en derecho público internacional que determinan a la vez prescripciones al juez internacional y permisos o derechos de actuación para los sujetos de ese derecho –en primerísimo lugar, los estados. Así está la regla del *estoppel*, tomada del derecho anglosajón. En palabras del Prof. Guggenheim, «l'estoppel est une exception d'irrecevabilité opposable à toute allégation qui, bien que peut-être conforme à la réalité des faits, n'en est pas moins inadmissible parce que contraire à une attitude antérieurement adoptée par la partie qui l'avance», *Traité de droit international public* (Ginebra: Librairie de l'Université, 1953 y 1954), t. II, 1. 158. V. También Nguyen Quoc Dinh, *op. cit.*, p. 850: para que se aplique la regla del *estoppel*, la parte que reclama ha de haberse visto llevada, por la previa aceptación de un principio jurídico-internacional por la parte demandada, a modificar su posición o línea de conducta en detrimento propio. En cuestiones tan complejas siempre cabe la duda de si estamos ante reglas procesales de inferencia presuncional o ante reglas que determinan la existencia de consecuencias jurídicas de ciertos supuestos de hecho. El distingo es, desde luego, pertinente, mas en la práctica puede resultar muy difícil.

vigente una regla de presunción (que, como tal, únicamente obliga al juez), se deriva una regla para los justiciables, a saber la de actuar de cierta manera sin violar el derecho. Así, una presunción legal establece que el poseedor de un bien en dos momentos se presume haberlo poseído todo el tiempo intermedio, salvo justamente que se prueben hechos impeditivos u obstativos.

La prescripción adquisitiva depende del transcurso de un plazo, y a veces el interesado puede probar la posesión en diversos momentos de ese plazo mas no puede probar, porque es casi imposible, que tal posesión ha sido continuada. En ese caso es al que se oponga a la prescripción a quien incumbe probar hechos obstativos o impeditivos, p.ej. que el oponente ocupó personalmente los lugares durante tal período temporal comprendido en ese plazo.

Muchas veces en derecho tenemos un entrecruzamiento de tales presunciones: se presume A, dado B, a menos que C; pero C se presume, dado D, a menos que E; y así sucesivamente; el que quiera beneficiarse de la presunción de A tendrá que probar que faltó D, o sobre que concurrió E, porque, si no, se presume C, que deshace la presunción de A.

Pero en todos esos casos pasa lo mismo. Las reglas de presunción son reglas que mandan al juez dar ciertos hechos por probados en tales casos y situaciones; pero, derivativamente, son también reglas que confieren a los justiciables ciertos derechos y deberes. Son reglas que establecen situaciones jurídicas anteriores a la declaración judicial, pero que se derivan precisamente de que, llegado el caso, el juez habrá de hacer esa declaración¹⁶.

6. REGLAS DE PRESUNCIÓN Y CARGA DE LA PRUEBA

Existe un nexo especial entre reglas de presunción y carga de la prueba; referímonos al que viene dado por la prescripción legal de no-presunción. ¿Por qué en ciertos casos ha sentado precisamente el legislador el precepto de que no se presuma esto o aquello? ¿Qué sentido tiene ese precepto de no-presunción? ¿Qué derechos o deberes crea? Si la regla de presunción es –según lo sostenemos en este

¹⁶ Así, p.ej., y volviendo al derecho público internacional, si existiera –como lo quiso creer, un poco demasiado optimistamente, el maestro George Scelle– una presunción a favor de la ratificación de tratados internacionales firmados (pero aún no ratificados) por los estados, entonces esa presunción no sólo podría hacerse valer ante un tribunal de justicia internacional, sino que daría a los demás signatarios unos derechos de actuar en la confianza de tal ratificación. Ése fue el tenor de las alegaciones de Dinamarca y Holanda en la famosa cuestión de la plataforma del mar del Norte, pero el TIJ rechazó el alegato, y desde entonces la jurisprudencia y la doctrina han abandonado la idea de la existencia de esa presunción. V. Nguyen Quoc Dinh, *op. cit.*, pp. 141-2.

artículo— una regla que, primariamente, crea una obligación para el juez de proceder según una determinada regla de inferencia inductiva (legislativamente consagrada, e.d. que recibe el espaldarazo del legislador y pasa a ser de aplicación judicial expresamente obligatoria por mandamiento de la ley), entonces una regla de no-presunción podría ser, simplemente, la licitud para el juez de no proceder según una regla inductiva que estableciera tal conclusión presuncional. Mas de hecho los textos legales que establecen reglas de no-presunción son susceptibles de una lectura mucho más fuerte, a saber: como prohibiciones al juez de aplicar reglas de presunción legislativamente repudiadas aunque podrían tener, de suyo, aquiescencia de una parte de la doctrina o de la opinión¹⁷.

Llegamos así a la cuestión de si se da un distingo entre verdaderas presunciones y lo que algunos procesalistas llaman «verdades interinas». El distingo es muy socorrido —y sumamente usual en la doctrina—; mas, a la luz de nuestras precedentes consideraciones, creemos que carece de base. Repútanse generalmente pseudopresunciones, meras *verdades interinas*, aquellas en las que la parte beneficiaria de la presunción no tiene que probar nada, porque sencillamente no habría nada que probar.

P.ej., puesto que se presume la buena fe del poseedor, no se trata de una regla de inferencia que lleve de unas premisas que tengan que probarse a una conclusión (el hecho presunto). Así es corriente (aunque al parecer no unánime) establecer el distingo en virtud de la distribución de la carga de la prueba. En las verdaderas presunciones, a una de las partes, la beneficiaria de la presunción, incumbe la carga de

¹⁷ El Código de Derecho Canónico de 1917, en el c. 16'2, establece: «Ignorantia vel error circa legem aut poenam aut circa factum proprium aut circa factum alienum notorium generatim non praesumitur; circa factum alienum non notorium praesumitur, donec contrarium probetur». Ahí está el gran tema de hasta qué punto ha de presumirse el conocimiento o el desconocimiento de la ley —tema en el que tantas consideraciones fructíferas aportó Joaquín Costa. El sentido del precepto (que el Código civil francés recoge como «Nul n'est censé ignorer la loi») lo que hace directamente es crear obligaciones y prohibiciones procesales para el juez, aunque indirectamente cree derechos y obligaciones para los justiciables. Desde luego existe una obligación de conocer el derecho, dígame lo que se dijere, pero no es una obligación absoluta y por encima de todo, porque a nadie puede exigírsele que renuncie a su vida y sus quehaceres y dedique todo su tiempo a esa tarea. Lo que sí existe, de manera más concreta y específica, son obligaciones del juez de acudir a ciertas reglas de presunción en unos casos y, para otros casos, de no acudir a otras reglas de presunción. Así no podrá aplicarse una regla de presunción que, de una premisa normal y corriente, lleve a la conclusión presuncional de que un justiciable desconoce la normativa vigente. ¿Por qué esa prohibición? Porque esa ignorancia transgrede la ley y nadie debe beneficiarse de un acto ilícito, por muy verdadero que sea, salvo cuando expresamente se le autorice a ello. A menudo será difícil a alguien probar que desconocía la ley sin dar lugar a una vehemente sospecha de mala fe. Hay que tener en cuenta que generalmente el desconocimiento de la ley que se debate no gira en torno a grandes complicaciones o preceptos enrevesados.

probar los hechos fundadores de la conclusión presuntiva; no así en las pseudopresunciones.

Mas ¿por qué no hay que demostrar los hechos en que se fundamenta la presunción? En este caso ¿por qué no tiene que probarse la posesión? Posiblemente la respuesta sería que el mero hecho de la posesión es uno en el que coinciden ambos litigantes. Según eso, habría pseudopresunción cuando no haya conflicto de opiniones entre los litigantes acerca de los hechos fundadores de la presunción (o sea las premisas de la regla inferencial de presunción).

Mas no cabe duda de que cualquier presunción se basa en algo, en algún supuesto de hecho. Si no, trataríase de una inferencia cuya conclusión presuntiva sería obtenible de cualquier premisa (igual que el que 2 y 2 sean 4 se infiere de cualesquiera premisas, tengan algo que ver o no). Podemos llamar «vacua» a una inferencia de A a partir de cualesquiera premisas, sean las que fueren, o de ninguna.

Las verdades de la lógica y las de la matemática son verdades que pueden establecerse en inferencias vacuas. Y podría haber en derecho presunciones inferencialmente vacuas, como la de que el rey Muhammad VI desciende del Profeta, que puede considerarse tan obvio que no requiere prueba alguna y que un juez marroquí habrá de dar, sea a partir de otras premisas o de ninguna, como hecho probado. O la realidad del holocausto y hasta los detalles numéricos, que un justiciable alemán ha de respetar como verdad histórica, piense lo que piense, y que un juez tiene obligación de presentar en sus antecedentes de hecho como un hecho más, pudiendo inferirlo de otros o de nada.

Exceptuando casos así, aberrantes, las presunciones legales no son vacuas, sino que claramente determinan obligaciones judiciales de llegar inferencialmente a una determinada conclusión a partir de ciertas premisas. Es exactamente igual la estructura de todas esas reglas de presunción, a salvo de las diferencias y particularidades en virtud de las cuales unas de tales inferencias parten de unos hechos –los fundamentos de la presunción– ásperamente disputados por los litigantes, al paso que, en el otro extremo, se da acuerdo entre las partes al respecto, con miles de situaciones intermedias en las que hay acuerdo parcial y también –diversamente dosificado– parcial desacuerdo.

En rigor es irrelevante para la estructura inferencial de la regla de presunción el que se dé acuerdo o desacuerdo entre las partes con relación a tales o cuales premisas de la regla de presunción de que se trate.

Cae por su propio peso que tenderá a darse más desacuerdo cuanto más favorezcan a una sola de las partes tales hechos y cuanto menos obvios o palmarios sean. Así, si se disputa sobre la existencia de una servidumbre consuetudinaria de paso, habrá más tendencia a que lo niegue la parte que tenga interés en su no existencia en tanto en cuan-

to ese perjuicio sea mayor y en tanto en cuanto haya menos datos objetivos, irrefragables, que acrediten su existencia¹⁸.

En un sistema jurídico en el que valga la norma de que la servidumbre consuetudinaria de paso se presume válida o legítima, la parte interesada en que no se reconozca o no se consolide tal servidumbre adoptará una u otra estrategia procesal en función de un cúmulo de circunstancias, como es obvio. Puede cuestionar la existencia de la servidumbre, puede aducir hechos extintivos o impeditivos (p.ej. haber pagado ya a quienes venían disfrutando la servidumbre una indemnización mutuamente acordada para la terminación de la misma; o existir un viejo compromiso –que conste documentalmente o por testigos– de cese de la servidumbre al cabo de cierto tiempo; o la ilicitud de la posesión de los que reclaman el ejercicio del derecho consuetudinario de servidumbre; etc.).

Si estuviéramos dispuestos a mantener el distingo entre presunciones *fetén* y pseudopresunciones (verdades interinamente admitidas), nos veríamos ante graves perplejidades delante de problemas como ése, donde oscila la situación jurídica de las premisas de la inferencia presuncional –oscila entre ser tal que incumba a una parte la carga de su prueba o no le incumba porque sea un hecho obvio o acerca del cual haya acuerdo entre las partes.

Sea como fuere, el asunto de las cargas procesales de prueba ha de ser una cuestión al margen de la estructura probatorio-inferencial de la presunción y de la naturaleza de la regla que imponga tales inferencias presuncionales.

7. EL CARÁCTER VINCULANTE DE UNA REGLA DE PRESUNCIÓN LEGAL ¿CONLLEVA LA OBLIGATORIEDAD DE ACTOS DE ENTENDIMIENTO O DE CREENCIA?

Tal vez el rasgo más chocante de las reglas presuncionales es que imponen al juez una obligación aparentemente doxástica, la de creer ciertas cosas –a saber: la verdad de las conclusiones extraíbles de las oportunas premisas o fundamentos de la inferencia presuncional– en

¹⁸ Nótese la diferencia entre que incumba a la parte que lo alegue la carga de la prueba del hecho representado por la premisa del razonamiento presuncional y que le incumba la carga de la prueba de lo que, si no le incumbiera, sería conclusión de otra regla de inferencia presuncional. Así, p.ej., cuando se dice que el carácter oneroso, no gratuito, de una prestación se presume, y que incumbe a quien lo niegue la carga de la prueba, lo que quiere decirse es que, como en general en las relaciones contractuales, las prestaciones son onerosas, quien desee beneficiarse de una cláusula, en sí improbable (aunque desde luego no imposible) de gratuidad, no puede hacerlo sin suministrar una prueba. Y es que, de no, se estaría condenando a la parte a soportar una gratuidad (consecuencia jurídica) de un supuesto de hecho no probado (a saber: que haya dado contractualmente su aquiescencia a tal gratuidad). *Vid.* TERRÉ, F., *op. cit.*, p. 435.

ciertos supuestos de hecho (concretamente, en el supuesto de que se haya dado o producido prueba de esas respectivas premisas, prueba que puede consistir en lo obvio e incuestionable de la misma o en la común admisión de las partes)¹⁹.

Hay algo inquietante, efectivamente, en que exista una obligación de creer verdaderos, reales, ciertos hechos. La razón de que eso sea chocante o inquietante es que, en principio, nos sentimos inclinados a pensar que sólo son obligatorios actos de voluntad, actos que estén bajo el dominio o señorío de nuestro querer. Ese principio que excluiría del campo de lo obligatorio y de lo prohibido cualesquiera hechos o actos involuntarios podemos llamarlo «principio de voluntariedad deóntica».

No queremos comprometernos a aceptar el principio de voluntariedad deóntica, ni creemos que haya motivos muy fuertes para abrazarlo, aparte de que pueda parecer «intuitivo». Desde luego, ese principio ha de ser rechazado por todos los adeptos de las lógicas deónticas estándar, las cuales acarrearán la consecuencia de que lo imposible es ilícito, e.d. antijurídico, prohibido. Aun siendo, como somos, adversarios de la lógica deóntica estándar (y estimando, como estimamos y hemos defendido, que lo imposible es lícito), no por ello estamos comprometidos a abrazar el principio de voluntariedad deóntica. Éste, desde luego, implica la falsedad de la lógica deóntica estándar, mas la falsedad de la lógica deóntica estándar no implica la verdad del principio de voluntariedad deóntica. Puede haber razones válidas para que el ordenamiento jurídico repunte antijurídicos ciertos hechos, aunque sean de suyo hechos naturales que suceden, o pueden suceder, sin intervención voluntaria del hombre; y que sobreañada una norma que prohíba causar resultados prohibidos (que en rigor es una regla válida de lógica jurídica correcta, a nuestro juicio —el principio del efecto ilícito), con lo que habrá prohibido, indirectamente, cualesquiera actos voluntarios que causen esos resultados prohibidos. Lo prohibido viene marcado como un desvalor o antivalor jurídico,

¹⁹ Para evitar ese resultado de que un precepto legal esté creando una obligación jurídica de creer algo se ha formulado la concepción de las presunciones como reglas, no de creencia, sino de aceptación. Tal es la propuesta de Daniel Mendonça, en su artículo «Presunciones» (*Doxa* 21/1 [1998], pp. 83-98), esp. p. 84. Para Mendonça la obligación de presumir no es una obligación de creer nada, sino de adoptar un estado mental *sui generis*, el de aceptación, que no sería ni epistémico ni doxástico, sino instrumental y dependiente del contexto; vide *ibid.* pp. 85-7, p. 96. Básase en las nociones de aceptación desarrolladas por algunos teóricos del conocimiento, como Lehrer y Cohen. Lo malo de tal propuesta —aparte de la enorme oscuridad que rodea a esa noción de aceptación— es que abre una peligrosísima compuerta. Queremos que, si una regla presuncional viene sistemáticamente desmentida o desafiada por la experiencia —como podía serlo la vieja presunción de posmoriencia del varón, del hijo o del más joven en caso de muerte de varios en un mismo suceso—, se abrogue la obligación de seguir esa regla, por no ser una regla de verdad. No creemos que resuelvan estas dificultades ni el instrumentalismo o ficcionalismo del *como si* ni el invento de un estado mental voluntario de aceptación. Al juez no le está permitido decir que acepta la conclusión de la regla presuncional aunque cree saber que tal conclusión es falsa.

graduable (hay grados más altos y más bajos de antijuridicidad o ilicitud), rebotando esa antijuridicidad en la de las acciones voluntarias que causen efectos prohibidos.

Sea así o no, no es, sin embargo, menester acordarlo en el contexto de la presente discusión. Porque lo que estamos ahora debatiendo es si actos de creencia u opinión pueden ser objeto de mandato o prohibición legal. No pueden serlo si se acepta el principio de voluntariedad deóntica, mas el rechazo de ese principio (rechazo que nos parece más probable y que en todo caso queremos dejar abierto) no conlleva, en cambio, alguna consecuencia acerca de si pueden ser objeto de mandato o prohibición actos de creencia.

Señalemos que las reglas de presunción no son las únicas que parecen imponer el juez un imperativo de creencia bajo determinados supuestos de hecho. La ley manda al juez aplicar las reglas de la sana crítica (o las reglas de la lógica, o las reglas del sano razonamiento humano, o las reglas de la razón: los códigos varían sus formulaciones, mas el fondo siempre es igual o muy similar). Lo que pasa es que hay un grande margen de que disfruta el juez para saber cuáles sean las reglas correctas o válidas de la lógica (o del sano razonamiento, o del sano juicio, o de la sana crítica). Lo que desde luego tiene prohibido el juez es admitir hechos probados, A, B, C, ..., J, admitir que es una correcta regla de inferencia lógica la que lleva de las premisas A, B, C, ..., J a la conclusión K, y no declarar hecho probado K (si «K» es una declaración pertinente para el caso, porque desde luego hay muchas conclusiones lógicamente válidas que son impertinentes en ese contexto; p.ej., si se ha probado que el acusado compró un arma blanca la víspera del crimen, no es pertinente la conclusión –lógicamente correcta– de que compró un arma blanca o un plumero).

En el caso particular de las reglas presuncionales, lo que parece añadirse es la obligación del juez de dar por buena la regla. Cuando la ley no especifica qué reglas son las de la buena lógica, todavía puede un juez argüir que él es adepto de una lógica intuicionista en la que no valga el principio de tercio excluso, de suerte que no tiene por qué suponer que el hecho sucedió o no sucedió; o puede argüir que él es relevantista y no acepta la regla del silogismo disyuntivo, para ninguna negación (como buen relevantista no admitirá más que una sola negación)²⁰. Ciertamente es dudoso que hayan existido nunca jueces con tan peregrinas ocurrencias; un oscurantista podrá celebrar que no

²⁰ Menos extravagantemente, el juez puede verse atenazado por un escrúpulo lógico ante un sencillo sorites. Pruébese que Pablo era pobre tal día (p.ej. al nacer) y que, en virtud de un legado, cada día alguien le impone –en una cartilla de ahorros a su favor– un euro. También se admite (como hecho notorio que no requiere prueba) que una diferencia de un euro no hace a dos personas la una rica y la otra pobre, sino que, dándose sólo tal diferencia, o ambas lo son o ninguna lo es. Concluiríamos –según las reglas de la sana crítica– que Pablo sigue siendo pobre al cumplir 50 años, con una fortuna de más de 18.000 euros. ¿Cómo bloquear la inferencia? (La conclusión puede tener claras repercusiones en una prueba judicial, al efecto p.ej. de eximir de ciertas cargas a alguien si es

se dé más estudio de lógica en las carreras de derecho, para por lo menos evitar aberraciones o extravagancias así.

Por otro lado, puede pensarse que el legislador, sin imponer ninguna lógica en particular, sí considera que hay una cierta panoplia de reglas de inferencia lógicas que son las que, en esos contextos, han de aplicarse, sin por ello comprometerse a favor o en contra de ninguna escuela doctrinal lógico-filosófica.

Sea como fuere, el hecho es que, en cualquier caso, el juez está obligado a inferir con lógica, con la sana crítica, y desde luego tiene prohibido admitir la validez lógica de reglas cuya aplicación sea contextualmente pertinente y, sin embargo, abstenerse de aplicarlas en la redacción de los considerandos de su sentencia.

Por ello, la regla presuncional no añade una obligación de pensar de una manera y no de otra que no se esté dando ya con relación a otras reglas de inferencia. Lo único que añade al respecto es la precisión o concreción de que la regla sea tal. Y justamente ése es el motivo que lleva al legislador a imponer ciertas reglas presuncionales, en vez de limitarse a establecer la obligación genérica de razonar según las reglas del sano entendimiento y del sano raciocinio (incluidas las reglas razonables de inferencia inductiva). Hay reglas de inducción cuyo respeto ha venido singularizado por la conciencia social y son las que el legislador abraza e impone a título de reglas de presunción.

Ahora bien, en rigor ni las reglas presuncionales ni, de manera más general, la vinculación de las reglas inferenciales correctas imponen al juez una obligación de creer. Impóñenle tan sólo una obligación de decir. Y el decir es un acto de habla (de habla escrita cuando las sentencias han de redactarse por escrito). Un acto de habla normalmente es voluntario (exceptuadas, si las hay, las proclaciones meramente reflejas e incontrolables o las provocadas por hipnosis o por una fuerza irresistible que mueva la mano del juez sobre el papel, hipótesis todas que podemos tranquilamente dejar al margen de nuestras presentes consideraciones).

En efecto, la única obligación legal pertinente que tiene el juez es la de redactar la sentencia en unos términos, declarando probadas las conclusiones pertinentes que, de premisas que se hayan probado, se sigan según reglas lógicas comúnmente admitidas —y que él mismo admita, en todo caso— o según reglas presuncionales legalmente vinculantes. Su obligación empieza en declararlo así.

Tiene también la obligación de pronunciar un fallo en consonancia con los hechos probados. ¿En qué consiste esa consonancia? Si se declara probada la culpabilidad del acusado, habrá de ser condenado a la pena correspondiente. Si se declara probado, en un proceso civil, el daño y el carácter doloso o negligente de su causación, el causante habrá de venir

pobre.) Las respuestas varían según a qué lógico se consulte (a qué experto o perito en lógica). No resulta nada extraño pensar que el juez rehusará atenerse a la lógica clásica o aristotélica y preferirá razonar según los cánones de una lógica gradualista.

condenado a un resarcimiento a tenor de la ley. Si se declara probada una filiación en los supuestos en que la ley así lo establezca, el progenitor habrá de ser condenado a asumir las responsabilidades correspondientes. Si se declara probado que la asamblea de socios de tal asociación se desarrolló en flagrante y grave violación de los estatutos, habrá de pronunciarse la anulación de las resoluciones de dicha asamblea. Etc. En general, la consonancia estriba es que, si la ley establece que el juez tiene la obligación de, si se prueba que A, fallar que B, entonces cuando se haya probado que A el juez tendrá la obligación de fallar que B. (De nuevo hay que alertar de que tan sencillísima regla de razonamiento jurídico es inválida según la lógica deóntica estándar.)

O sea, la obligación del juez es una obligación de efectuar ciertos actos de expresión; no es una obligación de pensar de una manera determinada. En general, la libertad de expresión tiene, desde luego, una serie de límites. Hay muchos actos de expresión prohibidos y hay actos de expresión obligatorios, bajo ciertos supuestos de hecho. El ordenamiento jurídico ni obliga a pensar de un modo ni tampoco a no pensar de otro. Pero sí obliga a ciertos actos externos. El juez puede no inferir así; mas ha de obrar como si infiriese así, le guste o no. Ha de decir que infiere así.

¿Cabe la objeción de conciencia del juez?

Una persona puede legalmente no ser juez. Lo que no puede legalmente es ser juez, haber dirigido un juicio en el que se haya probado tales hechos pertinentes de los que se sigan lógica o presuncionalmente (e.d. según reglas de inferencia presuncional legalmente vinculantes) tales conclusiones y abstenerse, así y todo, de declarar probados esos hechos o esas conclusiones. Si incurre en tal abstención, está conculcando su obligación de juez.

Tiene varias alternativas. Una de ellas es renunciar a su cargo (la renuncia habrá de hacerse en las condiciones legalmente prescritas y no extemporáneamente). Puede, creyendo que las reglas en cuestión son correctas, pronunciar con veracidad y sinceridad la sentencia, declarando en ella hechos probados lo que la ley le manda en esos supuestos. O puede –sin creer en su fuero interno en la corrección de tales reglas, y sólo porque la ley lo manda– aplicarlas, pronunciando una sentencia insincera, declarando, sin veracidad, que se ha probado algo que él, para sus adentros, juzga no-probado.

Imaginemos un juez cuya visión schopenhaueriana del ser humano es de tal pesimismo que le repugne la regla de presumir la buena fe salvo prueba de lo contrario. Él, salvo prueba de lo contrario, infiere la mala fe. Sin embargo, el ordenamiento jurídico lo fuerza a declarar la buena fe en muchos casos, aunque él está íntimamente convencido de que son declaraciones falsas y de que es falaz la inferencia presuntiva que conduce a tan erróneas conclusiones. ¿Qué le queda? En general –como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional– no existe un derecho a la objeción de conciencia, a vivir y actuar según el dictamen de la propia conciencia desobedeciendo los mandatos y las prohibiciones del ordena-

miento jurídico. El juez puede verse en una situación como la de Sócrates en el Critón: sólo le quedan las dos salidas de la hipocresía o de la renuncia. La ley no le impone ninguna obligación de creer que algo es verdad, sino le impone una obligación de decir que es verdad.

8. CONCLUSIÓN

Creemos haber analizado suficientemente una serie de cuestiones importantes acerca de la naturaleza de la prueba de presunciones.

La prueba de presunciones es una prueba; una prueba que resulta obligatoria para el juez en virtud de la prohibición legal de no aplicar determinadas reglas de inferencia inductiva especialmente recogidas por el ordenamiento, a partir de la experiencia y la conciencia social, y catalogadas como reglas de presunción legal.

Esas reglas de inferencia inductiva legalmente vinculantes están muy próximas a reglas jurídicas que determinan la constitución de situaciones jurídicas bajo ciertos supuestos de hecho. Tal proximidad viene dada por dos motivos. El primero es que, si bien la regla de presunciones legal es una obligación para el juez de proceder de una manera determinada en la conducción de la prueba y en la redacción de la sentencia, indirectamente crea también derechos y obligaciones para los justiciables. Y el segundo es que la conclusión que ha de reputarse «hecho presunto», a partir de las premisas admitidas, en virtud de una regla de presunción puede ser (aunque no suele ser en los más casos) una situación jurídica, y entonces puede a veces resultar muy problemático saber si la regla crea la situación jurídica o meramente obliga al juez a declararla preexistente.

La proximidad (y hasta confundibilidad) entre reglas de presunción y reglas de constitución obligatoria de situaciones jurídicas se acentúa todavía más en el caso de las presunciones *iuris et de iure*, que en rigor, y de manera general, cabe reputar como no-presunciones. Nuestro panorama de las presunciones viene así simplificado al descartar tales presunciones supuestamente irrefragables. También lo hemos simplificado al eliminar otras dicotomías al uso, la que dizque opondría las verdaderas presunciones, que conllevarían para una de las partes procesales la carga de probar las premisas de la inferencia presuncional, de las meras verdades interinas o presunciones exentas de ese fardo probatorio.

Despejado así el panorama y aclarada la naturaleza inferencial (inductiva) de la presunción, hemos llegado al hueso más duro de roer, la cuestión de si las reglas de presunción –y las normas legales que obligan al juez a llevar a cabo la prueba y la redacción de la sentencia según los cánones de la lógica– imponen una inquietante obligación legal de pensar o de creer. Creemos haber mostrado que no, aunque sí imponen una obligación de decir.

II

ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Hombres y ciudadanos

Por JUAN JESÚS AGUIRRE DE LA HOZ

Universidad de Valencia

La ciudadanía, que durante décadas fue un término poco problemático y casi desterrado del vocabulario político, ha venido en nuestro presente a constituir un mito, siempre en trance de autorrealización, y la sede privilegiada de un debate en el que convergen parte de las discusiones que hoy dan cuenta de los modos de entender lo político, y no sólo lo político, sino que la ciudadanía ha concitado el interés de sociólogos, antropólogos, juristas y filósofos. De aquella posición marginal ha venido a constituirse en el núcleo de múltiples intereses, ha sido analizada desde perspectivas metodológicas y disciplinares muy distintas y, en definitiva, ha suscitado vivas polémicas a través de las cuales se ha delatado el alto grado de malestar y problematicidad constitutiva de nuestra realidad actual, de modo que el debate que gira en torno a la ciudadanía ha venido a instaurarse en un acicate crítico que ha puesto en cuestión los cimientos de nuestros sistemas sociales e institucionales, ha inducido la reconsideración de la legitimidad de nuestras formas de Estado e incluso sus propios fundamentos normativos.

El interés actualmente volcado sobre la noción de ciudadanía, el desvelamiento de su problematicidad, la convergencia de perspectivas de análisis tan diversos, sugiere una primera reflexión, aquella que debiera explicar este interés, el por qué la ciudadanía ha venido a convertirse en un prisma donde todo pareciera reflejarse, una especie de aleph. En efecto, la ciudadanía constituye una noción que se erige en un epicentro, un lugar privilegiado que se relaciona, cuando no es el mismo soporte, con otras nociones básicas para nuestras concepciones políticas, jurídicas o sociales: pluralismo político, multiculturalismo, democracia radical, contrato social, ingreso ciudadano, etc.

Resulta ponderada la explicación según la cual el interés despertado por la noción de ciudadanía se justificaría, en el plano teórico, como una consecuencia del propio proceso de la argumentación política, el cual habría venido a incidir en aspectos medulares de la filosofía política de los años setenta y ochenta, ya que dicha noción integraría tanto «las exigencias de justicia como de pertenencia comunitaria», cuestiones que han centrado el debate de comunitaristas y liberales, al concitar esta noción tanto la problemática que gravita en torno a los derechos individuales como respecto de la de vínculo que une a esos individuos a una comunidad particular ¹.

Dentro de la tradición liberal, uno de sus más insignes representantes, John Rawls, propone una noción de ciudadanía asentada constitucionalmente, en la cual el elemento definitorio sería la idea de justicia, la cual se sustentaría en sus elementos integrantes: la libertad y la igualdad. Se trata de una idea de justicia en la que los bienes primarios deberían ser distribuidos igualitariamente entre todos los ciudadanos, de modo que en el seno de la ciudadanía cada persona, individualmente considerada, pudiera concebir, revisar y perseguir racionalmente su genuina definición del bien. Los comunitaristas, por su parte, objetan a este planteamiento la ausencia de alguna noción de bien común, así como la imprevisión respecto de los posibles vínculos comunitarios a partir de los cuales pudiera constituirse el sujeto colectivo capaz de controlar y administrar el espacio público-político. Si lo que se pretende es alumbrar una nueva noción de la ciudadanía que sea la expresión de una concepción democrática radical y plural, tal y como ha propuesto por ejemplo Chantal Mouffe ², se debería superar tanto la noción ciudadana de la tradición liberal como la del comunitarismo, pero sin renunciar enteramente a ciertos contenidos y concepciones de ambas tradiciones. Se debería, sobre todo, renunciar a un debate, no siempre hecho de auténtico diálogo, que pudiera resultar estéril e incluso lastrar una noción de la ciudadanía que pudiera ser la respuesta a los retos de la condición moderna.

En efecto, toda pretensión de redefinir la ciudadanía que exprese la superación de este debate no puede prescindir de los logros fundamentales que provienen de la tradición democrática-liberal, en particular lo referido a la defensa del pluralismo, el respeto por la libertad individual, la comprensión de un estatismo laico, cuestiones todas ellas que requieren una separación y diferenciación entre el ámbito público y el privado, entre la política y la moral. Como concluye Mouffe, no parece ni concebible ni deseable una articulación de la ciudadanía y de la política, en un sentido moderno, que estuviera cen-

¹ KYMLICKA, W., y NORMAN, W., «El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía», *La Política*, núm. 3, octubre 1997, p. 5.

² MOUFFE, CH., *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Barcelona, Paidós, 1999.

trada exclusivamente en una idea sustancial de bien común, como tampoco exclusivamente sobre el presupuesto básico de la libertad de los individuos, de modo que una noción ciudadana constituida sobre un espacio público que atiende prioritariamente el bien común, no tiene por que renunciar a la libertad individual³.

Sin embargo, todo parece indicar cómo en los medios académicos e intelectuales, fundamentalmente como consecuencia de las distorsiones y cambios profundos que está provocando el proceso de mundialización, la ciudadanía empieza a contemplarse desde otras perspectivas, lo que implica un desplazamiento desde la centralidad del debate comunitarismo-liberalismo hacia «el problema de la integración normativa de las sociedades complejas, el pluralismo y el multiculturalismo»⁴, como tentativas más realistas que puedan dar respuesta al acuciante problema de la redefinición de la ciudadanía en un mundo en el que se están produciendo cambios tan radicales.

Otro punto de vista, que daría cuenta del creciente interés conceptual y práctico de la idea de ciudadanía, es aquel que afirmaría las dos funciones básicas de la política moderna: las *provisiones* (mercancías de todo género) y los *derechos*. Si la década de los ochenta supuso un importante incremento de las provisiones (sobre todo debido al impresionante incremento de la productividad empresarial), por el contrario esa década representó un grave peligro en lo referido a los logros jurídicos propios de los Estados del bienestar, lo que se hizo patente, entre otras manifestaciones, por medio de la creciente depauperación de las garantías jurídicas de los ciudadanos, cuando no de un claro recorte de los derechos mismos, en particular los de carácter social cuando afectaban a determinadas capas de las poblaciones. En ese caso el renacer del interés por la ciudadanía debería ser entendido como una estrategia tendente a reponer los derechos, particularmente los de carácter social, que habrían sido gravemente erosionados como consecuencia de una generalización de las prácticas económicas liberales. Desde esta perspectiva, la ciudadanía es entendida como una tentativa de devolver a la política la función de aunar provisiones y derechos, lo cual supone llamar la atención sobre la pérdida de la función arbitral del Estado (en su función distributiva, particularmente) y de su repliegue en favor de los intereses económico-financieros transnacionales, situaciones que han intensificado las demandas ciudadanas dirigidas a hacer valer los derechos humanos de carácter económico.

En definitiva, el interés por la cuestión de la ciudadanía procedería de la convergencia del proceso moderno de la argumentación política exacerbado por los cambios, con frecuencia, drásticos y dramáticos en el ámbito social y político. En efecto, no puede dejarse de tener en

³ MOUFFE, CH., *op. cit.*, p. 91.

⁴ VALLESPÍN, F., «Desafíos y limitaciones de la teoría política», *El País* 5 de mayo de 2001.

cuenta que la ciudadanía como concepto capital de nuestros sistemas jurídico-políticos y como baluarte en el que se asientan muchas de nuestras prácticas sociales, se ha visto afectada por las circunstancias cambiantes que la han cuestionado y afectado de modo profundo, hasta el punto de que se insiste en la redefinición de la noción que habíamos manejado hasta este momento, una redefinición que parece querer ir más lejos de lo que hasta ahora eran meras diferencias en su comprensión, expresadas, como he expuesto antes, por medio de debates y enfrentamientos intelectuales, con frecuencia sin repercusiones en la modificación de la realidad. Así pues, este interés debe relacionarse con el hecho de que siendo la ciudadanía antes un proceso que una noción consolidada de modo irreversible, no debe extrañarnos que habiendo cambiado aquellas circunstancias que dieron estabilidad a la noción, repercutan sobre ella poniéndola en cuestión, de modo que el más intenso problema que soporta la idea de ciudadanía se relaciona con el hecho de que el molde jurídico-político que la define ya no es capaz de contener e integrar las nuevas situaciones, las nuevas demandas y en definitiva se delata su insuficiencia para contener y expresar buena parte de las pretensiones democráticas actuales. En cualquier caso, algo parece contener la cuestión de la ciudadanía que delata debilidades argumentativas, promesas incumplidas, contradicciones insostenibles, como si la cuestión misma representara el talón de Aquiles de nuestros sistemas de convivencia.

La ambigüedad del término ciudadanía y sus múltiples enfoques interpretativos pueden aconsejar una revisión histórica que ayude a comprender su significado como proceso de conformación, antes que como noción sustantiva o esencialista. Lo cierto es que, con frecuencia, las descripciones históricas, bien intencionadas en cuanto a que contribuyen a una comprensión de la ciudadanía como proceso histórico, cuyo conocimiento ayuda de modo decisivo a entender su problemática actual, pero en ocasiones, esas descripciones históricas del proceso constitutivo y evolutivo de la ciudadanía silencian todo lo referido a los sujetos que sufren o promueven los cambios de concepción, los intereses puestos en juego o los componentes ideológicos que auspician o pretenden legitimar determinadas tomas de postura, lo que de ser de otro modo ahuyentaría el fantasma de los porque sí, las tentaciones naturalistas o cualquier forma de determinismo, por los que los procesos constitutivos de la ciudadanía pudieran ser interpretados como el resultado de mandatos divinos, determinismo social o algo que acontece sin la participación decisiva de los hombres: la ciudadanía es un proceso humanamente inducido, lo que ha expresado muy bien Monereo, cuando entiende que, «los derechos de ciudadanía aparecen siempre como el producto de un proceso diacrónico de lucha e integración»⁵.

⁵ MONEREO, J. L., *op. cit.*, p. 170.

Por otra parte, a la hora de realizar una consideración histórica de la ciudadanía convendría retomar la noción foucouthiana de *genealogía*, es decir, un entendimiento de lo histórico como proceso que contiene discontinuidades, regresiones, rupturas, un modo de concebir también el presente no sólo como el resultado de un proceso, sino que la ciudadanía sería portadora de una herencia siempre a punto de actualizarse, como se abre una herida que se creía ya cicatrizada. Algunas formas de regresión, la actualización de episodios pasados (la exclusión anidó siempre en la ciudadanía), el recrudecimiento de tránsitos aparentemente superados, todo esto nos ayuda a comprender que nuestro presente, que el presente de la ciudadanía, contiene su historia tanto como la incertidumbre de su porvenir. En fin, cuando se propone genealógicamente hacer historia del presente, se trataría de «reactivar la carga del pasado que está presente en el presente»⁶. Eh ahí la ciudadanía como proceso titubeante, a veces reversible, tornadizo, inseguro o incierto. Tal vez la razón de estos vaivenes sean explicables por el hecho elemental de que la ciudadanía como noción y como realidad práctica no goza de tanta autonomía como pudiera pensarse, ni sus logros pueden nunca considerarse definitivos, pues a la postre la noción, adosada al poder político, corre con frecuencia su suerte al ser moldeada por sus conveniencias, siendo la ciudadanía en esos casos, un instrumento que delata intensas deficiencias democráticas. En este sentido, la mejor ciudadanía debería controlar y determinar las acciones del poder político, desde el aval y legitimidad que obtiene a través del reconocimiento de un determinado estatuto jurídico, la peor ciudadanía es aquella que es mero instrumento del poder⁷. Es indudable la relación existente entre la noción de ciudadanía y la de soberanía, que por razón de espacio no puedo desarrollar aquí.

Son las grandes tradiciones jurídicas, políticas y religiosas las que conforman en tiempos premodernos concepciones ya significativas para nosotros. Algunas de ellas pervivirán de formas más o menos larvadas, otras nos ofrecen la posibilidad de establecer el contraste entre lo que la ciudadanía fue y lo que hoy es o pretenden ser, elementos constitutivos de la noción primigenia de ciudadanía, constituida por factores que en estas tradiciones aparecen fusionados, indiferenciados y se presenta como una realidad profundamente influida, por no decir confundida, con nociones de carácter religioso⁸. Desde el punto de vista de Ricard Zapata-Barrero, de entre estas tradiciones cabe resaltar⁹: en primer lugar, la tradición clásica griega, en la cual sobresale el componente participativo del ciudadano en los asuntos

⁶ CASTEL, R., «Presente y genealogía del presente. Pensar el cambio de una forma evolucionista», *Archipiélago* núm. 47, p. 71.

⁷ CAPELLA, J. R., *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Trotta, 1993.

⁸ MORENO, L., *Ciudadanos precarios*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 33.

⁹ ZAPATA-BARRERO, R., «Los contextos históricos de la noción de ciudadanía: inclusión y exclusión en perspectiva», *Revista Anthropos*, núm. 191, 2001, pp. 23 ss.

públicos, según una distinción bastante estricta entre el ámbito público y el ámbito privado¹⁰; en segundo lugar, la tradición romano-cristiana, iniciadora de una concepción ciudadana que pone cierto énfasis en el recelo y la desconfianza respecto del poder, lo que expresa mediante su actitud reivindicativa en procura de una ampliación de los derechos y garantías de los que tienen esa condición¹¹; y por último, la tradición hebraica que haría hincapié en la actitud leal del ciudadano para su comunidad, compromiso que puede llegar hasta el autosacrificio.

El Renacimiento y la emergencia de los primeros Estados modernos viene concurrir con el descubrimiento de Aristóteles y la interpretación y sistematización de su Política por parte de Bodino, lo que abre un nuevo modo de entender la ciudadanía, en la cual el ciudadano, reputado libre, no es a la postre más que un ser humano sometido a un soberano¹².

Desde la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 (la ciudadanía siempre ha conservando un halo revolucionario), que corresponde con la aspiración igualitaria en la conformación del espacio público, a los campos de concentración de la Alemania nazi, hay la distancia que media entre la ilusión ilustrada que declara el carácter universal de la ciudadanía que iguala a todos los hombres, hasta esa aberración estatal que hizo del ciudadano, y no ciudadanos, mero combustible de una gran hoguera exterminadora.

La ilustración crea las bases teóricas y prácticas de la conformación del Estado liberal de Derecho que permitirán que la noción de ciudadanía sufra una ampliación progresiva de los derechos inherentes a ese estatus o condición, hasta abarcar progresivamente derechos de naturaleza civil, política y económica.

La Ilustración representará un gran vuelco en la conceptualización de la ciudadanía, una concepción ya moderna y de la que parte de modo directo nuestro modo actual de concebirla y de dónde nacen, también, sus ambigüedades y contradicciones, particularmente por la ambición de su planteamiento y la imposibilidad de su realización por

¹⁰ ARENDT, H., *La condición humana*, Barcelona, Seix Barral, 1974, pp. 46 ss. Como ha señalado muy precisamente Celso Lafer, «Lo que Hanna Arendt establece es que el proceso de afirmación de los derechos humanos en cuanto invención para la convivencia colectiva exige un espacio público... Sólo se tiene pleno acceso a ese espacio por medio de la ciudadanía. Por esta razón para Hanna Arendt el primer derecho humano, del cual derivan todos los demás, es el derecho a tener derechos que la experiencia totalitaria mostró que *sólo es posible exigir a través del pleno acceso al orden jurídico que sólo la ciudadanía ofrece*» (subrayado mío), LA FER, C., *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hanna Arendt*, México, Fondo de Cultura Económico, 1994, pp. 188-189.

¹¹ Como ha señalado Massimo LA TORRE, «El advenimiento del cristianismo exaspera el universalismo de la civitas romana», LA TORRE, M., *Ciudadanía, democracia europea e «ideología italiana»*. Para la crítica del realismo político, *Res Pública* núm. 2, p. 140.

¹² LA TORRE, M., art. cit., p. 144.

parte de los agentes políticos con poder en el ámbito público, es decir, los gestores políticos de los logros revolucionarios¹³. El ciudadano no será ya el súbdito sino el titular del poder legislativo: La teoría democrática será, de ahora en adelante, una teoría de la política como esfera de los ciudadanos y la revolución francesa un movimiento de ciudadanos y ciudadanas¹⁴. Las concepciones universalistas que nacen de la Ilustración, y que afectan a la propia ciudadanía, llevan a Max Weber a preguntarse, «¿Qué clase de concatenación de circunstancias han determinado que solo en occidente se hayan producido ciertos fenómenos culturales, que, al menos como solemos representárnoslos, parecen marcar una dirección evolutiva de universal alcance y validez?»¹⁵ En lo que respecta a la ciudadanía, la Ilustración concibe un modelo político inclusivo respecto de toda diferencia entre los hombres en el seno de un orden político y social universalista.

En esa tradición universalista ocupa un lugar relevante el cosmopolitismo universal concebido por Kant, lo supone una concepción histórica mundial que contuviera un telos en el que convergerían todas las fuerzas civilizatorias en la configuración de un solo estado mundial, pero incluso para el propio Kant esa unidad moral del género humano no produciría una unidad en el orden político¹⁶. Una actualización del cosmopolitismo moral es el representado por Giorgio Agamben, el cual nos presenta un universalismo sin paliativos, que pretende tomar en serio el carácter genérico del hombre, su irrenunciable dignidad, a la par que desconfía y no espera demasiado de las mediaciones políticas¹⁷. Para Agamben nuestra vida, imperceptiblemente, transcurre en un estado de excepción, en donde la condición de refugiado «representa, en el orden jurídico del Estado-nación, un elemento tan inquietante, sobre todo, porque al romper la identidad entre hombre y ciudadano, entre nacimiento y nacionalidad, pone en

¹³ Como dice Samir Amin, «hay que recordar que el pensamiento ilustrado y su producto *par excellence*, la Revolución francesa, no lograron su objetivo universalista. El sistema capitalista que fue conformándose y expandiéndose paralelamente no lo precisaba, Amin S., *El capitalismo en la era de la globalización*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 102.

¹⁴ LA TORRE, M., art. cit., pp. 148-149.

¹⁵ La cuestión no deja de despertar interés, para luego abocar a la perplejidad cuando se pregunta, como ha hecho Dipesh Chakrabarty: «¿Qué les permitió a los sabios europeos modernos llegar a tal clarividencia acerca de sociedades sobre las cuales carecían de conocimientos empíricos? ¿Por qué no podemos nosotros, tampoco en este caso, mantener una mirada recíproca?». Para Chakrabarty no resulta sencillo entender como: «Desde hace varias generaciones, los filósofos y pensadores que han conformado la naturaleza de la historia social han producido teorías que abarcan la humanidad entera. Como muy bien sabemos, sus afirmaciones se han desarrollado en relativa, y a veces absoluta, ignorancia de la mayor parte del género humano, a saber, de todos aquellos que viven en culturas no occidentales», en Chakrabarty D., *La postcolonialidad y el artificio de la historia: ¿Quién habla en nombre del pasado «indio»?*, *Historia social*, núm. 39, 2001, p. 89.

¹⁶ VILLACAÑAS, J. L., «Cosmopolitismo», *Res Pública*, núm. 4, 1999.

¹⁷ VILLACAÑAS, J. L., «Cosmopolitismo», *Res Pública*, núm. 4, 1999.

crisis la ficción originaria de la soberanía»¹⁸, de modo que si se quiere evitar un retorno a la experiencia de los campos de exterminio, es necesario que los Estados-nación pongan en entredicho la trinidad constituida por el Estado, la nación y el territorio sobre los que pretende fundamentarse.

Sin embargo, nuestra historia más reciente supone la crisis del universalismo occidental como ideología de la inclusión y un retroceso respecto de aquellos planteamientos radicales: «Es la receta o la fórmula de la inclusión la que ya no funciona»¹⁹. Es la fórmula universalista y prepotente la que ha resultado ser conflictiva, o si se quiere más difícilmente realizable, de modo que en las condiciones de nuestra modernidad, particularmente en lo que se refiere a los desafíos del multiculturalismo, la ciudadanía típicamente moderna, es decir, estatal, no parece que pueda conseguir resolver los problemas de convivencia política entre comunidades culturalmente diferentes²⁰.

Lo cierto es, como ha señalado Ferrajoli, que los revolucionarios de 1789 no pudieron ni imaginar ni prever que los hombres y mujeres procedentes del tercer mundo pudieran llegar a Europa para hacer valer los derechos contenidos en el texto constitucional. Los revolucionarios de 1789 identificaban persona y ciudadano y aun cuando tal identificación pudo ser un exceso retórico de la revolución, lo cierto es que esa concepción ha marcado un punto de referencia irrenunciable, aun cuando hoy pueda parecerse utópico. Por contraste la ciudadanía imperante en las democracias occidentales representa el último privilegio de un *status*, el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo premoderno²¹.

Actualmente la ciudadanía plena puede entenderse como configurada de modo dual, ya que puede considerarse desde un punto de vista *formal*, como la condición por medio de la cual es posible ser miembro de una comunidad o bien desde un punto de vista *sustancial*, que referiría las atribuciones de derechos reconocidos y amparados por el Estado²². En este último supuesto es ya clásica la comprensión jurídica de la ciudadanía plena integrada por los derechos políticos, los derechos civiles y los derechos sociales. La ciudadanía otorga a quien la posee una identidad política, es decir, conforma la identidad de los

¹⁸ AGAMBEN, G., *Medios sin fin. Notas sobre la política*, Valencia, Pre-Textos, 2000 p. 26.

¹⁹ DONATI, P., «El desafío del universalismo en una sociedad multicultural», *Revista Internacional de Sociología* núm. 17, mayo-agosto 1997, p. 13.

²⁰ DONATI, P., art. cit., p. 12. Este diagnóstico pesimista está contrarrestado por su propuesta, que consistiría en la por él denominada «movilización por una sociedad relacional», DONATI, P., art. cit., p. 36.

²¹ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 117. En efecto, como ha señalado Javier De Lucas, «ya no puede presentarse como “natural” por más tiempo la barrera que excluye», DE LUCAS J., *Encrucijadas de la ciudadanía*, en Golvano F., *Encrucijadas Mediterráneas. Viajes y Errares*, Valencia, Diputación de Valencia, 2000, p. 74.

²² MONEREO, J. L., *op. cit.*, p. 170.

individuos en el espacio público al que pertenecen²³. Hablar de ciudadanos implica hacerlo respecto del modo en que los sujetos individuales se insertan en una colectividad organizada políticamente, así como el modo en que esos individuos se relacionan entre sí. Esta forma de abordar la noción de la ciudadanía moderna implica, como ha señalado Ricard Zapata-Barrero, su relación con una formalización de alguna clase de teoría del consenso, lo que supone que el ciudadano está inserto en la esfera pública, de forma tal que la ciudadanía sería aquella posición alcanzada por los individuos de una comunidad política de acuerdo con la normatividad estatal prescrita para tal situación, siendo el Estado el que respalda la misma, mediante la atribución a determinados individuos de derechos y obligaciones establecidos por él: «El ciudadano es, pues, la percepción estatal de la persona²⁴». La ciudadanía constituye así una adscripción de derechos y obligaciones a aquel que es miembro de una unidad social, unidad social que se concreta en el Estado-nación. Estos dos componentes definen, en lo esencial, la noción de ciudadanía, por una parte, es esta pertenencia lo que hace que determinados individuos sean ciudadanos de un Estado u otro, lo que permite entender la adscripción ciudadana como instrumento estatal de inclusión o exclusión, por otra parte, el contenido de la ciudadanía está conformado por una serie de derechos y obligaciones, como veremos más adelante.

Respecto del primer componente habría que señalar cómo, en el caso de Europa, la ciudadanía se confunde a menudo con la nacionalidad, con lo que la primera tarea podría consistir en la separación entre la dimensión formal (pertenencia nacional) de la ciudadanía y su dimensión sustancial (atribución de derechos y obligaciones), para crear el cauce de una real y abierta ciudadanía europea.

Por otra parte, después de la segunda guerra mundial la problemática que suscitaba la ciudadanía, como han señalado Kymlicka W. y Norman W., se centró en la naturaleza jurídica del vínculo ciudadano, es decir, tanto sobre contenido de los derechos inherentes a la condición ciudadana como a la clase de actuación estatal exigida para colmar dichos derechos. Desde tal punto de vista resulta imprescindible hacer referencia a la aportación efectuada por T. H. Marshall, cuyo planteamiento al respecto constituye un punto de referencia obligado por cuanto supone una actualización de la noción de ciudadanía en el contexto del Estado del bienestar.

Las conferencias celebradas en Cambridge en 1949 a cargo de Thomas Henry Marshall, más tarde convertidas en texto bajo el título «Ciudadanía y clases sociales», constituyen, como he dicho, un inevitable punto de referencia respecto de una noción actualizada de la ciudadanía que toma ya en consideración muchos de los problemas que hoy nos afectan y que pretende dar respuesta a cuál es el contenido y natu-

²³ THIEBAUT, C., *Vindicación del ciudadano*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 24.

²⁴ ZAPATA-BARRERO, R., art. cit., p. 7.

raleza de la ciudadanía en un contexto de implantación, con mayor o menor intensidad, del Estado del bienestar. La tesis central de Marshall, como se sabe, se sustenta en la afirmación de que «la tendencia actual hacia la igualdad social» constituye «la última fase de una evolución de la ciudadanía que ha conocido un progreso ininterrumpido desde hace doscientos cincuenta años»²⁵. El contenido de la noción de ciudadanía manejado por Marshall estaría compuesta por los tres siguientes elementos: a) el elemento civil, que «se compone de los derechos necesarios para la libertad individual: libertad de la persona, de expresión, de pensamiento y religión, derecho a la propiedad y a establecer contratos válidos y derecho a la justicia»; b) el elemento político, entendido como «el derecho a participar en el ejercicio del poder político como miembro de un cuerpo investido de autoridad política, o como elector de sus miembros, y c) un elemento social, que abarcaría «todo el espectro, desde el derecho a la seguridad y un mínimo de bienestar económico al compartir plenamente la herencia social y vivir la vida de un ser civilizado conforme a los estándares predominantes en la sociedad»²⁶. Estos tres elementos que para Marshall instauran la ciudadanía plena se habrían ido realizando a lo largo de los tres últimos siglos, de manera que los derechos civiles se habrían formalizado en el siglo XVIII, los derechos políticos en el siglo XIX y los derechos sociales en el siglo XX, en el cual culmina la reunificación de todos ellos, lo que habría determinado la institución del estatus pleno de la ciudadanía moderna. La culminación de dicho proceso debe entenderse no tanto como una acumulación de caracteres sino, más bien, como la integración e interdependencia entre ellos.

Esta postura optimista, juzgada por algunos críticos como un poco ingenua, viene a pesar de todo a plantear la cuestión clave de la consideración actual de ciudadanía, lo que desde el punto de vista de Marshall supone la superación de una noción anterior, basada en la discriminación y el privilegio, para instaurar el logro histórico de la igualdad ciudadana. La repercusión que tal proceso supone consiste en que la igualdad es así la genuina expresión de la identidad ciudadana, la cual consistiría en un derecho que ya no depende de la posición jurídica de los individuos y de su consideración diferenciada en función de sus diferentes niveles de renta, sino que es el estatus ciudadano el que confiere a esa condición una posición independiente respecto del mercado, es decir, la situación jurídica de todos los ciudadanos es idéntica, con lo que se rompe con la tradición anterior en que la asignación de derechos y su ejercicio había gravitado sobre la posición relativa de cada cual en función de su situación económica. No se trata tanto de la consecución de una igualdad absoluta entre los individuos como una tendencia al equilibrio entre «los elementos

²⁵ MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 22.

²⁶ MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, T., *op. cit.*, pp. 22-23.

colectivos y los individuales de los derechos sociales», lo que comporta la asunción de un compromiso estatal, es decir, de una obligación «hacia la sociedad en su conjunto», consecuencia derivada de la legitimidad del estatus de ciudadano²⁷.

La cuestión clave respecto de esta definición de ciudadanía consiste en que estando inicialmente asociada a una noción universalista su aplicación dentro del contexto del Estado del bienestar debe realizarse en el marco de una economía de mercado. Se produce así una tensión que llega a ser mera contradicción entre una propuesta de ciudadanía universalista que deviene en utópica al tener que ser realizada en el contexto de un mecanismo económico que genera desigualdad y por tanto imposibilita su cumplimiento. El problema consistiría entonces en como armonizar la propuesta igualitaria de la ciudadanía universalista y a la par promover su realización en el seno de un dispositivo que produce diferencias entre los individuos que la integran.

Desde esta perspectiva conviene insistir en el hecho de que mientras que en la mayor parte de las democracias occidentales la noción de ciudadanía incorpora los derechos civiles y políticos, no existe unanimidad respecto de si la noción debe incorporar también los derechos sociales. La respuesta remite a la intensa controversia suscitada respecto de esta cuestión, de modo que, simplificada, nos encontramos con dos posturas claramente diferenciadas: a) La ciudadanía como elemento esencial de los regímenes democráticos comporta la atribución a los individuos que participan de esta condición tanto de derechos civiles como políticos y sociales, y b) los derechos inherentes a la condición de ciudadano son los derechos civiles y los políticos, siendo los llamados derechos sociales de una categoría distinta y no asociados necesariamente a la condición ciudadana.

En todo caso, mientras que las democracias occidentales han problematizado escasamente el significado de los derechos políticos y civiles, los sociales han sido origen de buena parte de las controversias en torno a los cuales se está produciendo el debate político actual.

Desde este punto de vista, el problema de la ciudadanía vendría a consistir en su duplicidad constitutiva, es decir, la paradoja consistente en la convivencia de dos lógicas antagónicas que provendrían de la escisión entre política y economía, paralela a la distinción entre lo público y lo privado. De modo más general, la cuestión así planteada remite a la relación siempre problemática entre libertad e igualdad. Hablar de la ciudadanía plena supondría el cuestionamiento del modo en que se ha entendido la democracia en los últimos siglos y en definitiva la consideración crítica tanto de la racionalidad política como de la económica, pero sobre todo el modo en que interactúan ambas racionalidades²⁸. En la medida en que la tesis de Marshall propone

²⁷ DE FELICE, F., «El Welfare State: cuestiones a debatir y una hipótesis interpretativa», *Debats*, núm. 11, marzo 1985, p. 59.

²⁸ DE FELICE, F., art. cit.

unos derechos sociales que pretenden corregir la desigualdad provocada por el mercado capitalista, no parece evitable problematizar una noción regida por dos principios contrapuestos: la igualdad y la desigualdad. La tendencia igualitaria de la que habla Marshall viene a identificar al Estado del bienestar, pero comporta inevitablemente un equilibrio inestable: una situación de conflicto²⁹. Este conflicto implica la actualización de aquel que es inherente al contrato social, entendido como fundamento de la racionalidad política moderna, contrato realizado entre los ciudadanos y las instancias estatales institucionalizadas.

Tal contrato, como ha señalado Santos³⁰, encierra una tensión dialéctica, la que se produce entre la regulación y la emancipación social, entre la inclusión y la exclusión ciudadana, tensión puesta en juego y mantenida por la polarización entre los intereses particulares y la persecución social del bien común, de manera que el propio contrato social alberga los componentes de la diatriba entre liberales y comunitaristas a la que me refería más arriba. Así pues, es constitutiva de la lógica contractual un mecanismo inherente a ella que consiste en aquel procedimiento que dota al sistema de la capacidad de determinar quienes están incluidos en él y quienes están fuera del mismo: son ciudadanos aquel conjunto de individuos que gozan plenamente de los derechos que les otorga la pertenencia a un Estado territorialmente fundado.

Tal vez la consecuencia más importante del propio mecanismo de inclusión/exclusión es el hecho de que ha venido a constituir un criterio fundamental en la legitimación del propio sistema jurídico-político de los Estados, de modo que podemos afirmar que la contractualización asentada sobre el mecanismo inclusión/exclusión y su consecuente racionalidad activa tropiezan permanentemente con la tensión que proviene de su lógica legitimadora³¹.

Por otra parte, la funcionalidad del pacto entre capital y trabajo, entre economía y política, que se llevó a cabo después de la segunda posguerra europea procuró los resultados buscados en cuanto que se había hecho operativa sobre una noción de pacto no reduccionista ya que comprendía tanto la inversión y acumulación de capitales, el reparto de la riqueza nacional bajo ciertos criterios de equidad, así como la promoción de la conciencia cívica nacional, produciendo por estos procedimientos una tendencia intensa a la integración social de la ciudadanía³².

Sin embargo, el proceso generalizado del auge de la ideología liberal habría desequilibrado la frágil armonía en que se asentaba este pacto, más, si como parece observarse hoy, los procesos de exclusión

²⁹ ZAPATA-BARRERO, R., art. cit., pp. 38-39.

³⁰ SANTOS B. DE S., *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*, Madrid, Sequitur, 1999.

³¹ SANTOS, B. DE S., *op. cit.* p. 3.

³² TOURAINE, A., «El reinado de los banqueros», *El País*, 16-2-1996.

son tendencialmente dominantes sobre los de inclusión³³. La capacidad integradora de los Estados democráticos después de las dramáticas experiencias de la depresión de 1929, los fascismo y la segunda guerra mundial que alumbró el Estado del bienestar, supuso la vinculación entre ciudadanía y la titularidad de los derechos civiles, políticos y sociales. Esa modalidad estatal, hoy en retroceso, estaría invirtiendo lo que fue su tendencia integradora, es decir, se estaría intensificando la tendencia excluyente, bien en el sentido de restringir la entrada en la condición ciudadana, bien se estaría vaciando de contenido la noción de ciudadanía misma, pero por los dos medios estarían proliferando e incrementándose nuevos estados de naturaleza, como afirma Santos³⁴.

Creo que para comprender la clase de involución que hoy se está produciendo respecto de los derechos ciudadanos y en particular respecto de los derechos sociales habría que hacer una reconsideración crítica del tiempo de auge y esplendor del Estado del bienestar. Me refiero al hecho de que con frecuencia una mirada retrospectiva respecto de ese tiempo benigno contiene un casi inevitable toque de idealismo que vela algunas cuestiones que de ser consideradas no nos parecerían que emergen enteramente de nuevo.

Lo bien cierto es que en los tiempos de esplendor del Estado del bienestar nunca dejó de existir una minoría de ciudadanos pobres, a pesar de lo cual antes de la crisis de los años setenta se pretendía que la cuestión social era constitutiva de una etapa histórica que había concluido. Eso implicó ignorar las críticas que los nuevos movimientos sociales de los sesenta que hicieron respecto del «autoritarismo represivo-asistencial, a sus variadas formas de reproducir la desigualdad, a sus mecanismos para integrar a los ciudadanos a través del consumo y a su consagración de papeles diferenciados y desiguales para géneros y grupos étnicos»³⁵. Lo cierto es que ni la cuestión social dejó nunca de tener vigencia ni parece que la historia esté en trance de concluir por el cumplimiento de todas sus aspiraciones.

El término exclusión ha venido justamente a ilustrar el hecho de que en las sociedades democráticas que llegaron a realizar alguna clase de Estado del bienestar, la condición ciudadana no fue nunca aquella situación por la cual todos los ciudadanos gozaran de los derechos civiles, políticos y sociales en plenitud, como tampoco parece

³³ SANTOS B. DE S., *op. cit.*, p. 15. La globalización, como la más ambiciosa y reciente empresa liberal no estaría sino incrementando los procesos de exclusión, lo cual no deja de ser paradójico, como señala Javier de Lucas: «El escándalo es aun mayor si pensamos en la contradicción que pone de manifiesto la actual orientación del proceso de globalización pues, al mismo tiempo que insiste en la visión de una comunidad mundial comunicada e interdependiente, multiplica a los excluidos de esos beneficios», De Lucas J., *Encrucijadas de la ciudadanía*, art. cit., p. 74.

³⁴ SANTOS B. DE S., *op. cit.*, p. 19.

³⁵ PAN-MONTOJO, J., «Pobreza, exclusión y desigualdad», *Revista de Occidente*, núm. 215, abril, 1999, pp. 5 ss.

que haya imperado en esas situaciones una noción universalista de la ciudadanía. La existencia de pobreza en estas sociedades impide ser ni optimistas ni ciegos y en ellas los pobres estaban, evidentemente, fuera de la comunidad político-social, bien por que el trabajo no llegaba a ser estable, bien por que los sistemas de seguridad eran para ellos insuficientes, bien por que la escasa educación los desvinculaba de toda forma de participación política, por elemental que fuera, de modo que en estas sociedades democráticas la pobreza y la ciudadanía plena aparecen, en cierto sentido, como contradictorias³⁶.

Las recetas keynesianas adoptadas por los Estados occidentales tras la derrota del fascismo en la Segunda Guerra Mundial se convirtieron en un hito histórico al proponerse una conciliación entre las demandas de crecimiento y acumulación del capital, a la vez que se daba de forma organizada e institucionalizada respuesta a la llamada cuestión social. Estos sistemas, mientras pudieron llevar a cabo estas políticas, fueron capaces de obtener simultáneamente diversas ventajas: a) satisficieron la exigencia capitalista de la reproducción y la acumulación de capital; b) al satisfacer parte de las demandas sociales de las clases menesterosas redujeron las tensiones que habían provocado y podían provocar situaciones de conflicto social, facilitando la gobernabilidad del conflicto de base, y c) el propio sistema se vio favorecido por la situación como propulsor y gestor de las políticas del bienestar, con lo que obtuvo una relegitimación de su propia posición, incrementado así adhesiones, frecuentemente clientelares.

La crítica a la ortodoxia de posguerra, representada por la concepción marshaliana que entiende que la plenitud de la condición ciudadana solo es realizable en el seno del Estado de bienestar liberal-democrático, Estado que asume la función de favorecer el que cada miembro de la sociedad sea capaz de participar y disfrutar de una vida en común, viene a poner de manifiesto algunas de las insuficiencias de una concepción de la ciudadanía, que por parte de algunos se entiende como restrictiva, estrecha e insuficiente³⁷.

La crisis económica de los años setenta y la caída del muro de Berlín enmarcan cambios profundos que vienen a cuestionar la concepción ciudadana propia del auge y plenitud de los Estados del bienestar. Como han sintetizado muy bien Kymlicka W. y Norman W., la ortodoxia de posguerra se ve cuestionada, fundamentalmente en dos frentes: el primero de ellos delata la pasividad ciudadana como una forma imperfecta de ciudadanía que crearía las condiciones para su progresiva restricción, es más, esta crítica supone que la pasividad niega la condición ciudadana. La propuesta consistirá en encontrar cauces para

³⁶ PAN-MONTOJO, J., *op. cit.*, p. 8.

³⁷ Para KYMLICKA, W. Y NORMAN W., «Esta concepción viene a denominarse ciudadanía "pasiva" o "privada" dado su énfasis en los derechos puramente pasivos y en la ausencia de toda obligación ciudadana de participar en la vida pública», Kymlicka W. y Norman W., *art. cit.*

esa participación, que se concibe como elemento esencial de la constitución ciudadana plena; la segunda de las críticas proviene de la escasa consideración que hasta el momento se habría otorgado al creciente pluralismo cultural y social constitutivo de las sociedades modernas³⁸.

En efecto, entre estos cambios que alteran los presupuestos de la ciudadanía que hemos denominado ortodoxa, tiene especial relevancia el auge de una economía capitalista internacionalizada que viene a cuestionar los sistemas estatales de protección social, con la consecuente deslegitimación del poder político que en buena medida es sustituido por una creciente autonomía de los poderes económicos no estatales.

Estos cambios de los que hablo ponen de manifiesto hasta que punto las políticas del Estado del bienestar estaban eminentemente orientadas a la regulación de la pobreza en aras del mantenimiento de la paz social, de modo que el objetivo del Welfare, no habría consistido tanto en proporcionar ayuda a los necesitados de ella como el de mantener a sus destinatarios dependientes, siendo en este caso esa ayuda un instrumento del control social³⁹. En estos rasgos ha visto el profesor Santos una de las tendencias que identifican nuestra sociedad actual, que él denomina *la emergencia del fascismo societal*⁴⁰.

Esta tendencia no deviene tanto en un régimen político como en un régimen social, el cual presenta una curiosa, paradójica y trascendente peculiaridad, aquella que consiste en que el fascismo societal no precisa el sacrificio de la democracia ante las crecientes exigencias del capitalismo internacionalizado, sino que por el contrario la fomenta ya que esta democracia devaluada promueve espontáneamente los intereses del capital.

Ante la incapacidad de la realización de la fórmula de la ciudadanía plena e inclusiva el cuerpo social parece que antes se atrinchera que persigue la reforma a ultranza, con lo que las actitudes sociales parecen estar tomado otros derroteros. Entre ellos merece especial atención el *temor* creciente entre las clases medias y las clases trabajadoras estables de verse desbordados por la tropa de los excluidos, melancólicos de la ley y orden que frene el caos que los desheredados pudieran imponer. El peligro que acompañó al Estado moderno en buena parte de su recorrido histórico fue la revolución, con la superación de la guerra fría y exorcizado el peligro comunista el enemigo se ha vuelto interior⁴¹. La búsqueda de la seguridad parece haberse vuel-

³⁸ KYMLICKA, W. Y NORMAN, W., art. cit.

³⁹ DENEUVE, S. Y REEVES, CH., El modelo americano. Reflexiones sobre los mecanismos de control social, *Archipiélago* núm. 21, 1995.

⁴⁰ SANTOS B. DE S., *op. cit.*, p. 22.

⁴¹ Debería decir, más bien interior/externo, pues el enemigo internalizado hace referencia tanto a los ciudadanos excluidos como a los inmigrantes no incluíbles, pero en definitiva el temor de los que están en el interior de una *fortaleza sitiada*. Por otra parte, como con acierto ha reseñado Bauman, «Cada tipo de orden social produce los fantasmas que lo amenazan. Pero cada sociedad genera esas visiones a su propia medida: a la medida del tipo de orden que lucha por alcanzar. En conjunto, esas

to dominante y entre sus instrumentos podemos delatar el proceso de segmentación social, las variadas formas de apartheid, la acentuación de los instrumentos de exclusión, la penalización y el recurso carcelario como tratamiento de ciertas formas de criminalidad o las deportaciones⁴². Se renueva de este modo el problema de la fractura social que derivaría sobre todo del hecho de que en el seno de las sociedades organizadas estatalmente se estarían constituyendo dos fracciones claramente diferenciadas, incluidos y excluidos, entre las cuales impera una relación presidida por el temor, el recelo u el odio. Cuando los miembros de una diada sienten miedo los unos de los otros, con facilidad se convierten en enemigos mutuos y como ya sabemos la dialéctica amigo/enemigo engendra el racismo, la gran metafísica del siglo XX como la denominara Michel Foucault, con lo que a lo largo del siglo XX hemos transitado, no de modo imperceptible precisamente, de la lucha de clases a la lucha de etnias⁴³. De este modo la dicotomía incluido-excluido no sólo marca dos posiciones de hecho, corrobora sobre todo, dos modos de percepción mutua. En esta situación, como ha señalado pesimistamente Castel, hace que el debate hoy se plantee entre los partidarios del retorno de las sociedades estatales y los defensores de la utopía igualitaria. El contrato social como viejo fundamento de la sociedad política ha hecho crisis y de ello da también cuenta cómo el capitalismo avanzado ha propiciado la crisis del modelo liberal clásico del Estado de Derecho⁴⁴.

En efecto, lo que se produce en una situación tal es una incapacidad, bien voluntaria, bien procedente de la propia naturaleza de las instituciones estatales-liberales, por parte del Estado de dar respuestas a las nuevas demandas sociales de la ciudadanía, exigencias a la que los Estados se someten formalmente desde su reflejo en los textos constitucionales, pero esos derechos al carecer de las garantías que

visiones tienden a ser fiel reflejo de la sociedad que las genera; cuando son amenazantes, sobre todo, suelen ser autorretratos de la misma sociedad pero precedido por un signo negativo. Dicho en términos psicoanalíticos: las amenazas son proyecciones de la ambivalencia interna de la sociedad con respecto a sus propios modos y medios, con respecto a la forma en que la sociedad vive y se perpetúa. Una sociedad insegura de su supervivencia desarrolla la mentalidad de una fortaleza sitiada», en Bauman Z., *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 114.

⁴² Me parece que es bastante revelador el modo en que se ha privilegiado un entendimiento de la expresión *seguridad ciudadana* para hacer referencia a la cobertura del riesgo que supone la delincuencia para personas y bienes, cuando sería más comprensivo un significado que hiciera mención genérica a toda situación de cobertura que procura ampliamente la seguridad (en todo sentido) a todos los ciudadanos: seguridad, pues, de los ciudadanos respecto de sus empleos, respecto de sus ingresos, respecto de la atención sanitaria, respecto de un desarrollo sostenible o en lo referido al respeto y conservación del medio ambiente, por citar sólo algunos de los derechos ciudadanos que deberían, sin duda, estar incluidos en una noción racional y más justamente comprensiva de la expresión *seguridad ciudadana*.

⁴³ NOVELLA, J., «Racismo, ética y modernidad», *Leviatán* núms. 53/54, 1993.

⁴⁴ FERRAJOLI, L., «Estado Social y Estado de Derecho», *Política del Diritto*, a XIII, núm. 1, marzo 1982, Trad. Del italiano de Alexei Julio y Gerardo Pisarello.

los harían enteramente eficaces quedan en meras proclamaciones. ¿Pero acaso el Estado no sufrirá de este modo una mengua preocupante de su legitimación ante los propios ciudadanos?

Ciertamente que sí, pero como ha señalado Ferrajoli, esto no compromete la estabilidad del sistema, que sigue consolidado gracias dos procesos, uno, el que resulta del grado de satisfacción ciudadana respecto de las demandas sociales parcialmente resueltas, otro, el debido a la particular integración de las instituciones representativas y de los aparatos partidistas⁴⁵.

La concepción y práctica estatal de una ciudadanía progresivamente excluyente, como ha señalado De Lucas, es identificable a través de la nueva normativa que regula la nacionalidad, el tratamiento de la inmigración, la regulación de la situación de refugiado o asilado en los países de la Unión Europea, lo que permite reconocer una estrategia que se caracteriza por su funcionalidad respecto del sistema social, jurídico y político, en primer lugar, «por que desempeñan una tarea importante en la estrategia de relegitimación necesaria en un contexto de desmantelamiento del Estado social», pero también por su contribución a la consolidación del sistema económico que por este medio obtendría una casi ilimitada demanda laboral sin apenas exigencias salariales⁴⁶. El estado keynesiano como fundamento y organización de una forma de entender el Estado social, viene a presentar, más allá de las apariencias, un modalidad estatal funcional al Estado, tanto como instrumento desactivador del conflicto social como propiciador de los intereses económicos del capitalismo, aun cuando el desarrollo de políticas de bienestar social representó una clara ventaja histórica para las clases desfavorecidas.

Por otra parte, el Estado social de derecho no llegó a fraguar como una teoría coherente, sistemática y suficientemente desarrollada como para regular las complejidades sociales que la modernidad trajo consigo⁴⁷, y aunque se había dejado un amplio margen de operatividad al Estado en la gestión de sus compromisos políticos de naturaleza

⁴⁵ FERRAJOLI, L., art. cit.

⁴⁶ DE LUCAS, J., Contra el racismo institucional, en Álvarez-Uría F., G. Santesmases A. y Mugerza J. (Compiladores), *Neoliberalismo vs. Democracia*, Madrid, La Piqueta, 1998, pp. 330-332.

⁴⁷ Es importante tomar en consideración las consecuencias que para lo que estamos tratando tiene la cuestión del *incremento de la complejidad social*, para resaltar lo cual sigo el punto de vista de Norbert Lechner, que considero muy realista y perspicaz. Para Lechner, la nueva complejidad social conlleva dos consecuencias de gran trascendencia. La primera hace referencia al hecho de que «mina los principios universales y las creencias colectivas que servían de anclaje a las identidades colectivas»; la segunda, implica el incremento de la «heterogeneidad estructural» (consecuencia de la proliferación de las racionalidades, de los sistemas lógicos que rigen de manera separada una multiplicidad de parcelas de la realidad, lo que también ha tratado Santos) y que supone, «el cuestionamiento del Estado y de la política como instancias generales de representación y coordinación de la sociedad», LECHNER N., «¿Por qué la política ya no es lo que fue?», *Leviatán* núm. 63, p. 65.

social, se percibe el grado de arbitrariedad estatal por las escasas garantías con que se dotan a los derechos sociales declarados y constitucionalmente reconocidos. Desde este punto de vista parece que en los compromisos constitucionales de los Estados modernos existían muchas promesas y pocas responsabilidades, lo que podría ser explicado por el hecho de que el Estado social, a diferencia del Estado liberal, no cuenta ni con una teoría jurídica ni tampoco política, lo que se traduciría en una deficiencia esencial tanto institucional como en el terreno de las garantías⁴⁸. El predominio que la razón económica instaura en los modos de la gestión pública no hace sino profundizar la arbitrariedad de ese poder público respecto de los compromisos jurídicos adquiridos constitucionalmente, priorizando la gobernabilidad y desactivación del conflicto social antes que el cumplimiento de las obligaciones constitucionales en materia social. La mundialización habría venido a ahondar en esta tendencia, por lo que es hoy prioritario encontrar los cauces que puedan articular la dimensión económica y la ciudadana, incluyendo en este esfuerzo el hallazgo de fórmulas que posibiliten un desarrollo equilibrado a escala planetaria⁴⁹.

Las dificultades de fondo, que son consecuencia de los procesos de mundialización, consisten fundamentalmente en el grado de autonomía que está alcanzando el sistema económico respecto del sistema político, lo que ha propiciado que la gestión económica mundializada esté siendo gestionada por un reducido número de grupos de poder económico. En esta situación la ciudadanía está siendo instrumentalizada en favor de la racionalidad imperante, de modo que, parafraseando a De Lucas, los Estados occidentales en lugar de hacer una política ciudadana, están haciendo política con la ciudadanía⁵⁰. No obstante, en buena medida se sigue pensando y actuando como si nada de esto estuviera sucediendo, o estándolo, no tuviera las repercusiones que aquí meramente se insinúan. Así, se sigue creyendo en el sistema político «como si siguiera siendo el bastión de poder supremo que un día fue. Al igual que se sigue razonando sobre el sistema económico como si se ocupara de producir riqueza, cuando de hecho se ocupa de facilitar su adquisición y concentración como vehículos de poder»⁵¹. Esta escisión entre la realidad y sus apariencias y la situación en que quedan los recursos políticos como consecuencia de todo ello no permite ser optimista respecto de la recomposición de la ciudadanía como sujeto del control y cambio político inducido desde sus intereses profundos y generales⁵².

⁴⁸ FERRAJOLI, L., art. cit.

⁴⁹ Ver AMIN, S., *op. cit.*, particularmente el Capítulo 5, ¿Cuáles son las condiciones para relanzar el desarrollo del sur?, pp. 115 ss.

⁵⁰ DE LUCAS, J., *Encrucijadas Mediterráneas. Viajes y Errares, op. cit.*, p. 81.

⁵¹ NAREDO, J. M., «Globalización económica y pensamiento único: perspectivas», en ALCINA J. y CALÉS M. (edt), *Hacia una ideología para el siglo XXI. Ante la crisis civilizatoria de nuestro tiempo*, Madrid, Akal, 2000, p. 371.

⁵² Como ha señalado Touraine, «Esta capacidad de lo político de organizarlo todo, ha disminuido a causa del capitalismo, por el aumento de los intercambios

«La jaula de hierro de la ciudadanía en la modernidad», como ha señalado De Lucas, supone salvar el obstáculo de las diferencias mediante «la construcción de un espacio público *governable*, estable y que tiene como precio la institucionalización (aun más, el incremento) de la exclusión, como coste “natural”, justificado»⁵³. Parte de esa justificación provendría, como reseña el propio De Lucas, en una difusión de la idea de que la ampliación de la ciudadanía se llevaría a cabo necesariamente mediante la disminución de sus contenidos, lo que en modo alguno podría constatarse a partir de nuestra propia experiencia histórica. Por otra parte, la ampliación del estatuto de ciudadanía, comprensivo de las garantías propias del Estado liberal, del bienestar y social, no parece realizable sobre la base de un proyecto globalizador sustentado sobre la competencia, la exclusión y la desigualdad⁵⁴. En estas circunstancias, si se descarta la sumisión a los hechos o la obediencia a las consignas de los *mass media*, una estrategia racional y de futuro sólo parece que pueda consistir en «tratar de encontrar un nuevo modelo de ciudadanía»⁵⁵, lo que implica un replanteamiento de lo político o al menos no olvidar su fundamento moderno, es decir, que la voluntad popular encarnada en la ciudadanía es el auténtico sujeto político. Replanteamiento que debería asumir un entendimiento de la ciudadanía que se identificase con los principios políticos de la democracia pluralista y un sentido de la política que afirme la libertad y la igualdad para todos⁵⁶.

Unas consideraciones como las que preceden llevan a una oscilación que bascula entre el optimismo y el pesimismo. La esperanza puede ser entendida como una manifestación espontánea del optimismo, pero también puede proceder de la necesidad que se tiene de ella cuando todo sugiere decepción y desconfianza. Sea como fuere constituye un *principio de esperanza* entender que la presente situación de conflicto obligará a encontrar soluciones y bueno sería, como ha señalado Lechner, y dicho con la prudencia que él reclama, que consideremos ésta: «existen condiciones favorables (no sé si necesarias y suficientes) para “ciudadanizar” la política desplazando su eje del ámbito estatal al ciudadano». Al fin y al cabo ¿no es esto la democracia? En todo caso, sí es la esperanza.

comerciales, por el cambio tecnológico, por algunos aspectos de esta famosa globalización», Touraine A., El fin de la cultura instrumental, *Quaderns de la Mediterrània* núm. 1, 2000.

⁵³ DE LUCAS, J., *op. cit.*, p. 75.

⁵⁴ DE LUCAS, J., *op. cit.*, p. 74.

⁵⁵ DE LUCAS, J., *op. cit.*, p. 78.

⁵⁶ MOUFFE, CH., *op. cit.*, p. 120.

Valores y sentimientos: Un enfoque freudoemotivista

Por CARLOS ALARCÓN CABRERA

Universidad de Huelva

El presente artículo aborda la cuestión del emotivismo ético y axiológico. En primer lugar haré referencia a las tesis del filósofo pragmático americano John Dewey y a las del positivismo lógico del Círculo de Viena, que, aunque sin desarrollarlas, anticiparon algunas de las ideas emotivistas posteriores, y que han sido frecuentemente infravaloradas en los estudios sobre el tema; en segundo lugar aludiré a la posición de Charles Stevenson, el autor que con más frecuencia se identifica con el emotivismo, procurando destacar lo inexacto e incluso inadecuado de tal identificación; en tercer lugar analizaré la perspectiva de Alfred Ayer en *Lenguaje, verdad y lógica* (1936), obra en la que en mi opinión se explican y defienden con mayor solidez las tesis emotivistas, y a su influencia en Alf Ross; y en cuarto lugar trataré de esbozar una reformulación de las tesis emotivistas a través de la noción freudiana de «superego», útil en mi opinión para complementar la perspectiva metapsicológica que es presupuesta –aunque en escasas ocasiones explicitada y desarrollada– por las teorías emotivistas.

1. El emotivismo puede definirse como la interpretación de las expresiones éticas y valorativas en términos de emociones, de sentimientos, y por consiguiente como ajenas a procesos racionales. No cabe duda de que, así entendido, son numerosas las doctrinas que a lo largo de la historia de la filosofía se han acercado a él, pero en la presente nota me centraré en la corriente teórica que surge en los años treinta en el entorno filosófico anglosajón en momentos en los que ejercían un relativo dominio la teoría referencial del significado y el realismo intuicionista axiológico.

En efecto, en los años siguientes al final de la primera guerra mundial la mayoría de las discusiones filosóficas giran alrededor del *Tractatus logico-philosophicus* de Wittgenstein, el cual se dirige a desarrollar una filosofía del lenguaje basada en la *proposición* como figura o modelo representativo de la realidad, la cual es conocida en tanto que se comprendan los signos proposicionales. Exceptuando la última parte del *Tractatus*, en la que se afirmará que la ética trasciende al lenguaje y es por consiguiente inexpresable¹, todo el resto del libro asume la perspectiva semántica de que el análisis lingüístico debe centrarse en las relaciones entre las expresiones de un lenguaje y sus *referencias* o estados de hecho a los que se refieren. Estas relaciones referenciales se reflejan en la representabilidad de los hechos mediante el lenguaje y en la atribución de sentido al propio lenguaje, lo que le asegura su correspondencia con el mundo externo². En este contexto la teoría referencial del significado es aceptada generalmente. Los signos lingüísticos significan aquello a lo que se refieren, y del mismo modo que objetos como las casas, los coches o las mesas son el significado de los términos «casa», «coche» o «mesa», también propiedades naturales como la blancura o la agudeza musical son el significado de los términos «blanco» o «agudo».

El lenguaje cumple así una función cognoscitiva consistente en la simbolización de la referencia del signo al objeto o estado de cosas correspondiente. Oponiéndose al idealismo, Moore destacó que esta relación cognoscitiva no se debe entender como relación interna de pertenencia del objeto a la conciencia, sino como relación externa que no modifica la naturaleza de las entidades significadas ni afecta a las propiedades o cualidades de los signos, y así hay que entender su afirmación de que *somos intuitivamente conscientes de la noción de lo bueno* como atribución a la ética de la misión de analizar las proposiciones lingüísticas que se pueden hacer sobre las cualidades de las cosas denotadas por el término *bueno*. De forma análoga a como el término «blanco» significa la propiedad natural de la blancura, que percibimos con nuestro sentido visual, y a como el término «agudo» significa la propiedad natural de la «agudeza», que percibimos con nuestro sentido auditivo, también el término «bueno» significa la propiedad de la bondad, pero esta propiedad no

¹ Vid. *infra* ep. 3.2.

² Ludwig WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, 1921. Véanse especialmente las proposiciones 3.1 ss., claramente herederas de la teoría del significado de Russell, teoría basada en los siguientes dos principios: *a*) el lenguaje es un conjunto de proposiciones, cuyos *constituyentes* son símbolos significativos de los *constituyentes* de los hechos a partir de los cuales afirmamos la verdad o falsedad de las proposiciones (verdad como correspondencia), *b*) la comprensión del significado de los símbolos requiere un conocimiento directo de los hechos (Bertrand Russell, *The principles of Mathematics* (1903), 1950, en donde la ontología idealista de Russell no sólo incluye las entidades lógicas y matemáticas, sino también las semánticas).

es natural, no se percibe sensorialmente sino extrasensorialmente, *intuitivamente*³.

Frente al *semanticismo* de la teoría referencial del significado y frente al *realismo intuitivista*, el emotivismo surge destacando una segunda función del lenguaje, más importante aún que la función cognoscitiva, consistente en la expresión de los sentimientos e intenciones conscientes e inconscientes de quienes formulan enunciados lingüísticos. Esta fuerza o valencia pragmática del lenguaje domina sobre su dimensión semántica, que incluso queda dirigida por ella.

1.1 Usualmente, las tesis del emotivismo axiológico se personalizan en Alfred Ayer y en Charles Stevenson, en particular en sus respectivos libros *Lenguaje, verdad y lógica* (1936) y *Ética y lenguaje* (1944), aunque a mi juicio las tesis que mantiene Stevenson no son emotivistas, ni siquiera eclécticas, tal como él parece pretender, sino que oscilan ambivalentemente e incluso anárquicamente entre el conductismo y el intelectualismo, entre el irracionalismo y el racionalismo.

Sin embargo, en los cincuenta años anteriores a los libros de Ayer y Stevenson varios filósofos esbozaron algunas de las ideas emotivistas. En concreto, me referiré en este primer epígrafe al pragmatista John Dewey y a los positivistas lógicos del Círculo de Viena Moritz Schlick y Rudolf Carnap.

Antes de que acabara el siglo XIX, el filósofo americano John Dewey mantuvo, en su ensayo *The Study of Ethics. A Syllabus* (1894), que los juicios de valor tienen un origen impulsivo, proceden de impulsos («impulses»). Los valores morales consisten en la expresión o materialización de impulsos, cuyos contenidos se plasman en ideales, objetivando así *a posteriori* lo que *a priori* es subjetivo. Dewey consideraba su teoría como un «idealismo pragmático», opuesto al idealismo abstracto según el cual los impulsos, y la acción en general, se dirigen hacia los ideales, pero se agotan con la presencia de éstos⁴.

³ George MOORE, *Principia Ethica*, 1903 (trad. cast.: *Principia Ethica*, 1959). Cfr. W. D. ROSS, *The Right and the Good*, 1930 (trad. cast., 1994); Prichard, H. A., *Moral Obligation: Essays and Lectures*, 1949.

⁴ JOHN DEWEY, *The Study of Ethics. A Syllabus* (1894), 1971, p. 262. Posteriormente Dewey modifica algunas de sus tesis en: *Ethics* (1908), 1978. En la base de las tesis de Dewey está el concepto de *emoción* de William James (*Psychology* (1892), 1985, pp. 240 ss.). A su vez, James se remonta a Stuart Mill, quien ya había definido los sentimientos morales como sentimientos de complacencia o aversión que surgen cuando comparamos acciones propias o ajenas con nuestros estándares de corrección o incorrección, y que suelen encubrir nuestro deseo de que el comportamiento ajeno se adecue a nuestros intereses (*Utilitarianism* (1861), 1969). Como sentimiento moral, la justicia es para Mill un claro caso de confusión entre los sentimientos subjetivos y la realidad objetiva: «But though it is one thing to believe that we have natural feelings of justice, and another to acknowledge them as an ultimate criterion of conduct, these two opinions are very closely connected in point of fact. Mankind are always predisposed to believe that any subjective feeling, not otherwise accounted for, is a revelation of some objective reality» (ibid, p. 240). Ante tal confusión es necesario centrarse en si la realidad objetiva a la que se pretende hacer corresponder

La ética pragmatista de Dewey partía de la idea de que todo juicio moral es en sí mismo un acto moral, un acto moral lingüístico que representa una actitud no sólo teórica, sino también práctica. No se sitúa fuera de aquello a lo que se refiere, sino que constituye una parte de su desarrollo, hasta el punto de que la conducta moral es diferente después de la enunciación del juicio moral, y precisamente a causa de tal enunciación⁵.

Cuando se enjuicia una conducta en relación con las condiciones objetivas de la acción, se hace *ética social*, afirma Dewey, pero lo más relevante desde el punto de vista de la teoría ética no es el análisis de la conducta en relación con las condiciones de la acción, sino en relación con el agente, razón por la cual Dewey tratará de construir una ética no *social*, sino *psicológica*. Esta ética psicológica gira alrededor del concepto de impulso, porque Dewey sostiene que toda conducta es en un primer momento impulsiva en el sentido de que no tiende conscientemente a un fin. Cada impulso estimula la aparición de nuevos impulsos externos y de nuevas experiencias que representan reacciones ante el impulso primario, que queda así modificado. Este tipo de reacción, a la que Dewey denomina «mediación del impulso», es para él la base psicológica de la conducta moral⁶.

con el sentimiento de justicia «requiere algún tipo de revelación», para lo que habrá que analizar si se trata de un sentimiento *sui generis*, similar al producido por nuestros sentidos, o un sentimiento derivado de otros productos de nuestras percepciones sensoriales: «It is practically important to consider whether the feeling itself, of justice and injustice, is *sui generis* like our sensations of colour and taste, or a derivative feeling (...). If, in everything which men are accustomed to characterize as just or unjust, someone common attribute or collection of attributes would be present, we may judge whether this particular attribute or combination of attributes would be capable of gathering round it a sentiment of that peculiar character and intensity by virtue of the general laws of our emotional constitution» (ibid, p. 241). Mill llega a afirmar que el sentimiento de justicia es simplemente la moralización de un sentimiento natural de resentimiento: «it is simply the natural feeling of resentment, moralized by being made co-extensive with the demands of social good (...). That idea no longer presents itself as a stumbling-block to the utilitarian ethics» [ibid, p. 259; como apoyo de sus tesis *protoemotivistas* Mill cita la obra de Alexander Bain *The Emotions and the Will* (1859), de la que destaca su capítulo sobre *The Ethical Emotions, or the Moral Sense*. Cfr. asimismo los conceptos de *simpatía* y *respuesta simpática* de Adam Smith en: *Theory of Moral Sentiments* (1759), 1948 (trad. cast.: *Teoría de los sentimientos morales*, 1978)].

⁵ John DEWEY, *The Study of Ethics. A Syllabus* (1894), 1971, pp. 223-225.

⁶ John DEWEY, *The Study of Ethics. A Syllabus* (1894), 1971, pp. 234-236. Dewey es especialmente crítico con Kant, a quien achaca no percibir la fragilidad e incoherencias de su racionalismo ético, así como la importante función que cumplen los impulsos: «Cuando Kant transforma el sentimiento negativo de humillación ante la ley moral en sentimiento positivo de respeto y reverencia ante ella, está simplemente atribuyendo algún tipo de capacidad moral positiva a los impulsos. Aceptar que el sentimiento sea originado por la razón no evita la dificultad, sino que más bien la agrava. Si la ley moral puede transformarse en sí misma en sentimiento; si la razón puede llegar a ser un impulso, entonces el sentimiento y el impulso no pueden ser tan depravados como Kant los definía» (ibid, pp. 326-327).

La *reacción ante el impulso* provoca que el impulso pase a tener un significado y quede idealizado, pero ello no debe, a juicio de Dewey, empujarnos a caer en la *falacia ética* consistente en separar el impulso de las experiencias inducidas, como si éstas fueran simples consecuencias externas que se siguen de un acto, porque para Dewey las consecuencias de un acto moral son también en sí mismas actos morales y nunca meros actos físicos, y la conciencia moral coincide con la conciencia de cada acto: «es el acto materializado en su pleno significado»⁷. Igualmente, los conflictos entre valores morales dependen de las *mediaciones de los impulsos*, ya que éstas cumplen dos funciones psicológicas contradictorias: idealizan los impulsos dándoles valores y significados, y a la vez los controlan y dirigen. A partir de esta oposición Dewey define conceptos éticos como el de la *bondad*, la *rectitud*, la *satisfacción*, la *normatividad* o la *obligación*, esta última resultante de la modificación de impulsos primarios ante experiencias de respuesta⁸.

1.2 A principios de los años treinta algunos filósofos del Círculo de Viena se interesaron también, a pesar de su óptica lógico-positivista, por los problemas éticos, sugiriendo claras perspectivas emotivistas. Es sobre todo el caso de Moritz Schlick y Rudolf Carnap⁹.

En su libro de 1930 *Fragen der Ethik* (publicado como *Problems of Ethics* en la edición inglesa de 1939), Schlick partía de que la ética tenía como objeto de estudio la moralidad, lo moralmente valioso, lo que sirve de norma de la conducta humana; en una palabra, el *bien*. Y respecto a este objeto la ética sólo podía *conocerlo*, no podía *producirlo* ni tampoco decidir las entidades que caían bajo su concepto:

«¿A qué objeto, a qué campo de estudio se refieren los problemas de la ética? Dicho objeto tiene muchos nombres, y los usamos en la vida diaria con tanta frecuencia que podría pensarse que sabemos exactamente lo que queremos designar con ellos: los problemas éticos conciernen a la “moralidad”, o lo que es moralmente “valioso”, a lo que sirve de guía de conducta o “norma” de la conducta humana, a lo que “es exigido” de nosotros o, finalmente y para decirlo con la palabra más antigua y sencilla, al “bien”. ¿Qué hace la ética con ese objeto? Conocerlo. (...) Puesto que la ética es teoría y conocimiento, no tiene la tarea de producir el bien, ni en el sentido de darle realidad en el actuar humano, ni en el sentido de que tenga que estipular o decretar lo que esté “bien”»¹⁰.

⁷ John DEWEY, *The Study of Ethics. A Syllabus* (1894), 1971, pp. 293-294.

⁸ John DEWEY, *The Study of Ethics. A Syllabus* (1894), 1971, pp. 238-239.

⁹ Fuera del Círculo de Viena no debe olvidarse a C. K. OGDEN y I. A. RICHARDS: *The Meaning of Meaning*, 1923.

¹⁰ Moritz SCHLICK, *Fragen der Ethik*, 1930 (trad. cast. parcial: *¿Qué pretende la ética?*, 1965, pp. 251-252).

En tanto que establecen las condiciones que deben cumplir las conductas humanas para ser consideradas como *buenas*, las normas constituyen únicamente la constatación de hechos. Lo relevante es para Schlick analizar las causas reales que nos hacen valorar, que nos hacen decidir lo que consideramos bueno y lo que consideramos malo, y este análisis no es distinto del análisis de nuestras buenas y malas acciones¹¹. Nuestros actos lingüísticos enunciativos de proposiciones éticas, valorativas o prescriptivas son sólo un reducido subgrupo dentro del amplio ámbito de nuestro comportamiento, de tal modo que nuestra moral es valorada por nuestro comportamiento global, en el que nuestras opiniones sólo ocupan una pequeña parcela. La ética debe dejar de cuestionarse los motivos que nos empujan a establecer normas morales para cuestionarse los motivos de nuestra conducta general, para ofrecer explicaciones causales de la conducta moral, por lo que no es sino una parte de la psicología empírica:

«El conocimiento de lo bueno no concierne a las normas sino que se refiere a la causa; no concierne a la justificación, sino a la explicación de los juicios morales. (...) Concierne a los fundamentos reales, a las verdaderas causas y motivos que nos llevan a distinguir entre el bien y el mal y originan los actos específicos de valoración y no sólo las valoraciones, sino también las acciones, porque éstas siguen a aquéllas. (...) El problema que debemos situar en el centro de la ética es un problema puramente psicológico»¹².

En su artículo *La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje*, publicado en 1932 en *Erkenntnis*, y en su libro *Filosofía y sintaxis lógica*, de 1935, Carnap afirmó por su parte que las proposiciones no empíricas no describen relaciones objetivas, sino que meramente expresan actitudes emotivas. Como la metafísica, y también como el arte, la ética surge de la necesidad antropológica de expresarse emotivamente como respuesta ante la realidad que percibimos. Frente a ella, solemos actuar más inconsciente que conscientemente con nuestras acciones y con nuestras palabras, gestos u otros tipos de manifestaciones lingüísticas más o menos simbólicas. Y en ocasiones sentimos también la necesidad de expresarnos artísticamente, metafísicamente o éticamente. Pero entonces no describimos situaciones objetivas, ni siquiera racionalizamos forzosamente, sino que nos limitamos a expresar emociones, sentimientos, sensaciones, lo mismo cuando valoramos que cuando pintamos, componemos o rezamos¹³.

¹¹ Moritz SCHLICK, *Fragen der Ethik*, 1930 (trad. cast. parcial: *¿Qué pretende la ética?*, 1965, p. 259).

¹² Moritz SCHLICK, *Fragen der Ethik*, 1930 (trad. cast. parcial: *¿Qué pretende la ética?*, 1965, pp. 265-266).

¹³ Rudolf CARNAP, *Philosophy and Logical Syntax*, 1935 (trad. cast.: *Filosofía y sintaxis lógica*, 1963, pp. 14 ss.); *Überwindung der Metaphysik durch Logische*

2. Como comenzaba diciendo, las tesis de Stevenson no se pueden calificar a mi juicio de emotivistas, sino, en todo caso, de ambivalentes o, en sus propias palabras, de duales: un análisis que pretenda ofrecer un panorama global de la ética debe estar para Stevenson atento a reconocer la igual importancia de dos factores, a los que él denomina las creencias («beliefs») y las actitudes («attitudes»), respectivamente correspondientes a la racionalidad y la emotividad. El problema central de todo análisis ético, llega a afirmar Stevenson, es el de detallar cómo se relacionan las creencias y las actitudes:

«Cuando las cuestiones éticas se vuelven controvertidas, suponen un desacuerdo que es de naturaleza dual. Es casi inevitable que haya desacuerdo en la creencia, y este hecho exige una atención cuidadosa. Pero también hay desacuerdo en la actitud. Todo análisis que pretenda ofrecer un panorama completo de la ética dando cuenta de lo que realmente ocurre debe tener la precaución de reconocer ambos factores, evitando enfatizar la importancia de uno en detrimento de la del otro. Sólo por este medio pueden ponerse de manifiesto las variadas funciones de los términos éticos, aclarándose además en qué se distinguen los métodos de la ética de las ciencias naturales. Sólo por este medio podemos desarrollar una tarea adecuada. Porque el problema central de todo análisis ético —casi

Analyse der Sprache, 1932 (trad. cast.: *La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje*, 1965, pp. 84-86). En la primera de las obras citadas Carnap defiende además con claridad la equivalencia pragmática entre los enunciados normativos y los enunciados valorativos, más allá de sus diferencias puramente sintácticas: «Simplemente hay una diferencia de formulación si nosotros establecemos una norma o un juicio valorativo. Una norma o regla tiene una forma imperativa, por ejemplo “¡No mates!”. El juicio valorativo correspondiente sería “Matar es malo”. Esta diferencia de formulación en la práctica ha llegado a ser muy importante, especialmente en el desarrollo del pensamiento filosófico. La regla “no mates” tiene gramaticalmente la forma imperativa y por lo tanto no puede ser considerada como una aseveración. Pero el enunciado valorativo “matar es malo”, aunque como la regla es simplemente expresión de un determinado deseo, tiene la forma gramatical de una oración declarativa. Esta forma ha conducido engañosamente a muchos filósofos a pensar que un enunciado valorativo es realmente un enunciado afirmativo y debe ser o verdadero o falso. Por lo tanto, aportan razones para sus propios enunciados valorativos y tratan de invalidar los de sus oponentes. Pero en realidad un enunciado valorativo no es sino una orden con una forma gramatical engañosa. Puede tener efectos sobre las acciones de los hombres y estos efectos pueden estar en concordancia con nuestro deseos o no; pero no por ello será verdadero o falso. No afirma nada que pueda, ni ser probado, ni probado en contrario» (trad. cast., p. 15). Ha de recordarse en relación con las implicaciones y presuposiciones entre los enunciados prescriptivos y los enunciados valorativos que la dependencia kantiana de la noción de *bien* respecto a la noción de *deber* es invertida por Moore: sólo la determinación del concepto de *bien* capacita para determinar el concepto de deber (George Moore, *Principia Ethica*, 1903). Posteriormente, Hare desarrollará su conocida tesis *prescriptivista* reinterpretando los enunciados valorativos como enunciados prescriptivos e infravalorando la influencia en ellos de la emotividad en tanto que mero *síntoma* del juicio de valor (Richard Hare, *The Language of Morals*, 1952).

podría decirse *el problema*— es mostrar en detalle cómo se relacionan las creencias y las actitudes»¹⁴.

A partir de aquí las referencias de Stevenson al psicologismo ético, tan claramente expresado por Schlick, son siempre oscuras, imprecisas y vacilantes. Señala que el acuerdo y desacuerdo en la actitud son los elementos más característicos de la ética, pero para demostrarlo se limita a citar una serie de ejemplos del tipo de: «cuando alguien reitera lo bueno que es y que siempre cumple su deber sospecharemos que defiende un secreto complejo de inferioridad tratando de conseguir nuestra aprobación para fortalecer su autoestima.» En base a ellos concluye contradictoriamente que raramente las controversias éticas se deben a desacuerdos de *actitudes*, y que no se debe olvidar la importancia de las *creencias* en la ética como guía de las actitudes, aunque, inversamente, sea necesario recalcar la parcialidad de las perspectivas de la ética normativa que se centran exclusivamente en los acuerdos o desacuerdos respecto a creencias¹⁵.

Las definiciones modelo de la ética suelen responder para Stevenson a uno de estos tres modelos: a) *esto es malo*, que significa «desapruebo esto; desaprúebalo tú también»; b) *debes hacer esto*, que significa «desapruebo que dejes esto sin hacer; desaprúebalo tú también», c) *esto es bueno*, que significa «apruebo esto; apruébalo tú también». Ahora bien, sorprendentemente, el propio Stevenson parece autoprevenirse de estas definiciones resaltando que deben utilizarse con extremo cuidado porque enfatizan el aspecto de la *actitud* ignorando el aspecto de la *creencia*, más relevante que el primero por conectar la ética con el razonamiento y la investigación:

«Si bien la teoría tradicional pierde de vista, a menudo, las actitudes, no debemos cometer el error opuesto, dejando de lado las creencias debido a nuestro interés en aquéllas. Este último error, que daría la impresión de que la ética nada tiene que ver con el razonamiento y la investigación, sería aun más serio que el primero»¹⁶.

Si nos centramos en el tercero de los esquemas, al que se podrían reconducir los dos restantes, «esto es bueno» significa la conjunción de la proposición descriptiva «apruebo esto» y la proposición prescriptiva «aprúebalo tú también». Como enunciado de contenido psicológico, la verdad o falsedad de la proposición descriptiva «apruebo esto» se habrá de comprobar empíricamente, pero no podrá ocurrir lo

¹⁴ Charles STEVENSON, *Ethics and Language*, 1944 (trad. cast.: *Ética y lenguaje*, 1971, p. 23). Cfr. Charles STEVENSON, *The Emotive Meaning of Ethical Terms*, 1937; *The Emotive Conception of Ethics and its Cognitive Implications*, 1950.

¹⁵ Charles STEVENSON, *Ethics and Language*, 1944 (trad. cast.: *Ética y lenguaje*, 1971, pp. 27-29).

¹⁶ Charles STEVENSON, *Ethics and Language*, 1944 (trad. cast.: *Ética y lenguaje*, 1971, pp. 32-33).

mismo con «aprúebalo tú también» en tanto que proposición prescriptiva, salvo que encontremos un tipo de prueba distinto de la verificación empírica específicamente utilizable para las prescripciones:

«Parecería pues que los juicios éticos sólo están sujetos a una prueba parcial. Es posible probar *esto es bueno* en tanto incluye el significado de su primera parte, pero carece de sentido plantearse la posibilidad de probarlo respecto de la segunda. (...) Así *parecen ser las cosas*. Pero solamente porque hemos supuesto que una prueba en el campo de la ética debe ser igual a una prueba en el campo de la ciencia. No hemos considerado la posibilidad de que los juicios éticos puedan estar sujetos a un tipo distinto de prueba»¹⁷.

Y esta posibilidad es real, porque para Stevenson la *razón* que motiva la enunciación del enunciado prescriptivo «sirve de apoyo», «fundamenta» el imperativo, lo «funda mediante una referencia concreta a los hechos». La razón que sirve de apoyo a un imperativo es la expresión de *creencias*, de la racionalidad del ordenante:

«Queda por ver si en la ética puede haber algún sustituto para las pruebas, algún tipo de justificación o de razonamiento aunque sea diferente de las pruebas que se emplean en la ciencia. (...) La carencia de pruebas en sentido estricto privaría a la ética de la *fundamentación racional* o de la *validez intersubjetiva* que se exige de modo vehemente. (...) El problema no es difícil. Frente a un imperativo, podemos preguntar “Por qué?”, y esta pregunta pretende recibir como respuesta una razón. Por ejemplo, si se nos dice que cerremos la puerta y preguntamos “por qué?”, se nos pueden dar razones como “hay corriente de aire” o “el ruido nos distrae”. (...) Tales razones *sirven de apoyo* al imperativo, lo “fundamentan” o “fundan mediante una referencia concreta a los hechos”. Son análogas a las pruebas en cuanto disipan las dudas que pueden impedir que se acepte el imperativo»¹⁸.

Se trata de nuevo de una conclusión que parece contradecir las tesis emotivistas que tradicionalmente se atribuyen a Stevenson, quien disecciona la proposición ética de modo similar a como algunos años después lo hiciera Richard Hare¹⁹. La relación entre *actitud* y emotividad ética se traduce para Stevenson en la consideración del *signifi-*

¹⁷ Charles STEVENSON, *Ethics and Language*, 1944 (trad. cast.: *Ética y lenguaje*, 1971, p. 36).

¹⁸ Charles STEVENSON, *Ethics and Language*, 1944 (trad. cast.: *Ética y lenguaje*, 1971, pp. 36-37).

¹⁹ Recuérdese la distinción de Hare entre *frástico* y *neústico* como intento de superar el dilema de Jorgensen. Hare defendió que las normas, a pesar de no ser ni verdaderas ni falsas, pueden formar parte de deducciones lógicas al presentar un factor descriptivo, el *frástico*, definible como el elemento compuesto del conjunto de expresiones que describen una acción que —a diferencia de las proposiciones ordinarias— no es pensada como real, sino como forma de conducta. En toda norma coexistiría el factor estrictamente imperativo o *neústico* con el frástico, que podría aislarse

cado emotivo de las palabras como *aptitud* que poseen para expresar actitudes, y no meramente describir estados de cosas, al «emplearse en situaciones de tipo emotivo», con lo que aparenta mezclar la dimensión semántica con la pragmática. El *significado emotivo* del lenguaje se manifiesta en las interjecciones, en los poemas, en la alabanza, en el ruego, pero también, a un nivel de lenguaje gestual o simbólico, pueden manifestarse en la risa, el llanto, el suspiro, etc. Estos hechos son síntomas directos de los sentimientos o emociones correspondientes, y a su vez provocan nuevos sentimientos o emociones en el propio sujeto y en los demás. Cuando el lenguaje se emplea con intenciones morales, expresa también emociones, acompañadas del deseo de persuasión perlocucionaria al auditorio²⁰.

3. A diferencia de Stevenson, Alfred Ayer sí expuso y defendió con rotundidad las tesis emotivistas en su libro *Lenguaje, verdad y lógica*, en cuyo prólogo ya reconoció remontarse al empirismo de Hume reformulado por Russell y el primer Wittgenstein desde la óptica del atomismo lógico. En particular, en contra del posterior revisionismo kantiano, Ayer acogió fielmente la distinción de Hume entre las «relations of ideas» y las «matters of facts».

3.1 En su *Investigación sobre el conocimiento humano*, Hume hablaba de las «relations of ideas» y las «matters of facts» como las dos únicas especies de objetos del conocimiento humano. Las *relaciones de ideas* hacían referencia a las matemáticas, en concreto a la geometría, el álgebra y la aritmética, cuyas proposiciones son ciertas *intuitivamente, demostrativamente*. Como afirmaba Hume, proposiciones del tipo de «El cuadrado de la hipotenusa es igual al cuadrado de los dos catetos», que expresan la relación entre dos *figuras*, los catetos y la hipotenusa, «se descubren mediante una mera operación del pensamiento», independientemente de que los triángulos existan o no en alguna parte del universo:

«De la primera clase son las ciencias de la geometría, el álgebra y la aritmética, cuyas afirmaciones son ciertas intuitivamente o demostrativamente. Que el cuadrado de la hipotenusa es igual al cuadrado de los dos catetos es una proposición que expresa una relación entre tales figuras. Que tres veces cinco es igual a la mitad de treinta expresa una relación entre tales números. Proposiciones de esta clase se descubren por la mera operación del pensamiento, sin dependencia de lo que exista en alguna parte del universo»²¹.

del primero y formar parte de inferencias lógicas junto a los frásticos de otras normas (Richard Hare, *The Language of Morals*, 1952, pp. 32 ss.). La tesis de Hare ha sido también seguida y desarrollada por Scarpelli (Uberto Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, 1985, pp. 104 ss.).

²⁰ Charles STEVENSON, *Ethics and Language*, 1944 (trad. cast.: *Ética y lenguaje*, 19, pp. 42-46).

²¹ David HUME, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, 1758 (trad. cast.: *Investigación sobre el conocimiento humano*, 1996, p. 37).

Por su parte, las *cuestiones de hecho* son verdaderas para Hume de una forma «algo menos evidente» que las «relaciones de ideas» porque pueden coexistir con las correspondientes proposiciones contradictorias, dado que en ambos casos se pueden concebir por la mente humana con la misma facilidad:

«La evidencia de la verdad de las *cuestiones de hecho*, aunque grande, no es de la misma naturaleza que la de las *relaciones de ideas*. Lo contrario de cada cuestión de hecho es posible porque no puede nunca implicar una contradicción, y es concebido por la mente con la misma facilidad y distinción que si fuera conforme a la realidad. Que el sol no saldrá mañana es una proposición no menos inteligible y que no implica más contradicción que afirmar que sí saldrá»²².

3.2 Ajenas al *tono* general del *Tractatus logico-philosophicus*, sus últimas proposiciones anticipan la posición de Wittgenstein sobre la ética. En ellas afirma que lo que está más allá de lo físico es inexpressible; no se puede expresar lingüísticamente, sino sólo mostrar: «Sentimos que aun cuando todas las *posibles* cuestiones científicas hayan recibido respuesta, nuestros problemas vitales todavía no se han rozado en lo más mínimo. Por supuesto que entonces ya no queda pregunta alguna; y esto es precisamente la respuesta» (prop. 6.52). «Lo inexpressible, ciertamente, existe. Se muestra, es lo místico» (prop. 6.522).

En su *Conferencia de Ética* (1929) Wittgenstein es más explícito cuando afirma que la ética no es nada que podamos pensar²³ porque nuestro lenguaje sólo puede contener y transmitir significado y sentido naturales, mientras que la ética es «sobrenatural». No hay para Wittgenstein ningún estado de cosas que describa el bien absoluto, y que hubiéramos tenido que seguir por necesidad lógica, y nuestras referencias al bien absoluto o al valor absoluto son expresiones psicológicas de nuestro estado de ánimo, de sensaciones carentes de sentido (sensaciones que el propio Wittgenstein admite que en su caso son de satisfacción y asombro por la existencia del mundo). Si expresamos lingüísticamente estas sensaciones estamos pervirtiendo el lenguaje, ya que tales expresiones serían para Wittgenstein como símiles vacíos, como símiles de los que no puedo prescindir porque detrás de ellos no hay hechos²⁴.

El problema no consiste a juicio de Wittgenstein en que no conseguimos realizar un análisis lógico de lo que queremos decir con nues-

²² David HUME, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, 1758 (trad. cast.: *Investigación sobre el conocimiento humano*, 1996, p. 37).

²³ WITTGENSTEIN llega a afirmar que «si un hombre pudiera escribir un libro de ética que fuera realmente un libro de ética, este libro destruiría todos los demás libros del mundo mediante una explosión» [*A Lecture on Ethics* (1929), 1965 (trad. cast.: *Conferencia de ética*, 1997, p. 60)].

²⁴ *A Lecture on Ethics* (1929), 1965 (trad. cast.: *Conferencia de ética*, 1997, pp. 60 ss.).

tros enunciados éticos o en que no hallamos las fórmulas lógicamente correctas para expresarlos, sino en que no hay ninguna descripción que sirva para describir lo que se quiere decir con los términos «valor absoluto» o «bien absoluto». Todas las expresiones éticas son sinsentidos y no hay ni podrá haber ninguna correcta porque el propio lenguaje lo impide:

«Ahora me doy cuenta de que estas expresiones sin sentido no carecían de sentido porque todavía no hubiera encontrado las expresiones correctas, sino que su carencia de sentido era su misma esencia. Puesto que todo lo que quería hacer con ellas era precisamente ir más allá del mundo y eso quiere decir más allá del lenguaje significativo. Mi tendencia, y creo que la tendencia de todos los hombres que han intentado alguna vez escribir o hablar de ética o religión, ha sido el ir contra los límites del lenguaje. Este ir contra los muros de nuestra jaula es perfecta, absolutamente desesperado. La ética, en la medida en que surge del deseo de decir algo acerca del sentido último de la vida, de lo absolutamente bueno, de lo absolutamente valioso, no puede ser ciencia. Lo que dice no añade nada, en ningún sentido, a nuestro conocimiento»²⁵.

3.3 Claramente influido por Wittgenstein, Ayer retoma la distinción humeana citada reformulando las *relaciones de ideas* como las proposiciones *a priori* de la lógica y la matemática, necesarias y verdaderas en tanto que analíticas. A diferencia de las *cuestiones de hecho* o proposiciones hipotéticas sobre realidades empíricas, las relaciones de ideas no son refutables empíricamente porque no afirman nada verificable experimentalmente, porque se limitan a constatar

²⁵ A *Lecture on Ethics* (1929), 1965 (trad. cast.: *Conferencia de ética*, 1997, p. 65). El comienzo de la cita («Ahora me doy cuenta») es una clara referencia al *Tractatus*. Las tesis que Wittgenstein expresa en su *Conferencia de Ética* se repiten en sus *Conversaciones con Friedrich Waismann* (1929-1931), en donde insiste en que el ser humano tiende a correr contra las barreras del lenguaje, y ese *correr* hace referencia a la ética. El único significado posible de las expresiones éticas es psicológico, y cualquier otra alternativa desemboca en sinsentidos: «Las expresiones de ética tienen doble significado: uno psicológico, del que se puede hablar, y otro no-psicológico: “buen jugador de tenis”, “bueno”. (...) El hombre tiene la tendencia de correr contra las barreras del lenguaje. Todo es correr hace alusión a la ética. Todo lo que describo está en el mundo. En la descripción completa del mundo no acude ni una vez una proposición de la ética, incluso cuando describo a un asesino. Lo ético no es un hecho atómico» [*Conversations Recorded by Friedrich Waismann* (1929-1931), 1967 (trad. cast.: *Conversaciones con Friedrich Waismann*, 1973, pp. 81-82)]. Comentando las tesis sobre ética de Schlick, Wittgenstein rechaza la definición racionalista del bien, que en términos teológicos se expresaría diciendo que Dios quiere el bien porque lo es, y defiende la definición voluntarista que conceptúa el bien como lo querido y ordenado por Dios, ya que «el ser del bien no tiene que ver con los hechos y no se puede aclarar mediante proposición alguna» (ibid, p. 102). En suma, la ética no se puede ni explicar, ni teorizar ni enseñar: «Cualquier explicación que se me quiera aducir la rechazaré siempre, y no porque tenga que ser falsa, sino porque es una explicación. (...) Lo ético no se puede enseñar. Si mediante alguna teoría pretendiera explicar a otro en qué consiste la esencia de lo ético, lo ético carecería de valor» (ibid, pp. 103-104).

nuestra decisión de usar determinados símbolos de un determinado modo²⁶.

Como resalta Ayer, no es hasta el renacimiento de la lógica con Russell y Whitehead cuando se hace patente la naturaleza analítica de las proposiciones lógicas. Al despojarse de psicologismo y centrarse en la relación formal de clases, la lógica formal deja de interesarse por las características del razonamiento humano y pasa a ocuparse de las posibilidades de combinar proposiciones mediante partículas lógicas en proposiciones analíticas, deducibles entre sí hasta llegar a una sola proposición. Caen así los dogmas de la lógica aristotélica de la distinción entre verdades lógicas y reglas de inferencia y de la supremacía de las tres «leyes del pensamiento»: identidad, tercio excluso y no-contradicción. Las proposiciones cuya verdad conocemos independientemente de la experiencia son justamente verdaderas en tanto que no poseen contenido factual. Afirmar la verdad de una proposición *a priori* equivale a afirmar su carácter tautológico, y a la vez su carencia de información sobre la realidad externa²⁷.

Ayer arremete contra las proposiciones sintéticas *a priori* kantianas basándose en la aparición contemporánea de nuevas geometrías no euclidianas, que demuestran que los axiomas geométricos son simples definiciones, y los teoremas meras consecuencias lógicas de las definiciones. «En sí misma, una geometría no trata del espacio físico; no puede decirse que, en sí misma, trate de nada», afirma Ayer, al margen de la cuestión ajena a la geometría de su eventual aplicación al mundo físico real. Cualquier geometría exenta de contradicciones es verdadera, y sus proposiciones son analíticas, con lo que se derrumba la idea kantiana de que la geometría es el estudio de las propiedades del espacio físico a través de proposiciones con contenido factual, y, lo que es lo mismo, la hipótesis de Kant de que el espacio es la forma de intuición de nuestro sentido exterior en tanto que única explicación de nuestro conocimiento *a priori* de las proposiciones de la geometría²⁸.

La influencia en Ayer del *Tractatus* es clara en este aspecto. En su proposición 3.032 se afirmaba que representar en el lenguaje algo que contradiga la lógica es cosa tan *escasamente posible* como representar en la geometría mediante sus coordenadas una figura que contradiga las leyes del espacio o dar las coordenadas de un punto que no existe, idea que Wittgenstein desarrollaría al contrastar la posibilidad de representar espacialmente un estado de cosas que fuera contra las leyes de la física frente a la imposibilidad de representarlo espacial-

²⁶ Alfred AYER, *Language, Truth and Logic*, 1936 (trad. cast.: *Lenguaje, verdad y lógica*, 1971, p. 35).

²⁷ Alfred AYER, *Language, Truth and Logic*, 1936 (trad. cast.: *Lenguaje, verdad y lógica*, 1971, pp. 92 y 99-100).

²⁸ Alfred AYER, *Language, Truth and Logic*, 1936 (trad. cast.: *Lenguaje, verdad y lógica*, 1971, pp. 94-95).

mente si contradijera las leyes de la geometría (prop. 3.0321). No podemos, recalca Ayer, prever cómo sería un mundo ilógico, simplemente porque el mundo no puede desobedecer las leyes de la lógica. Las proposiciones analíticas, como por ejemplo las geométricas o las aritméticas, son válidas independientemente de la naturaleza del mundo exterior, y también independientemente de cómo razonemos, de cómo sea nuestra inteligencia, de las convenciones lingüísticas que empleemos, que nunca afectarán a la *necesidad* de las tautologías lógicas, al carácter autocontradictorio de la negación de las mismas:

«Nuestro conocimiento de que ninguna observación puede refutar nunca la proposición $7+5=12$ depende, simplemente, del hecho de que la expresión simbólica “ $7+5$ ” sea sinónima de “12”, de igual modo que nuestro conocimiento de que todo oculista es un doctor en ojos depende del hecho de que el símbolo “doctor en ojos” sea sinónimo de “oculista”. Y la misma explicación es válida para cualquier otra verdad *a priori*»²⁹.

Alguien con una capacidad lógico-matemática infinita no estaría entonces para Ayer interesado en la lógica y en la matemática porque vería perfectamente y en todo momento todas las implicaciones de sus definiciones. El cálculo del que somos esclavos es un proceso de transformación tautológica a través del que cambia la forma de las expresiones, pero no su significado³⁰. Sólo las hipótesis empíricas son en consecuencia proposiciones *sintéticas*, y en tanto que fueran empíricos los juicios éticos, serían también significativos, y por consiguiente contrastables científicamente. Pero las proposiciones de la ética son sólo para Ayer *expresiones del sentimiento*, anapofánticas, no significantes, no *científicas*.

Ayer distingue no obstante en sentido amplio cuatro tipos de proposiciones éticas: a) proposiciones que expresan definiciones de términos éticos o juicios sobre la corrección o incorrección de las mismas; b) proposiciones que describen los fenómenos de la experiencia moral y sus causas psicológicas y sociológicas; c) (cuasi) proposiciones que exhortan a la virtud moral, d) juicios propiamente éticos, juicios que contienen (cuasi)conceptos éticos³¹. Los conceptos éticos no son para Ayer susceptibles de análisis al no existir ningún criterio de prueba de la validez de los juicios éticos. No son entonces realmente conceptos, sino más bien cuasiconceptos³² que no añaden nada al

²⁹ Alfred AYER, *Language, Truth and Logic*, 1936 (trad. cast.: *Lenguaje, verdad y lógica*, 1971, pp. 95-96).

³⁰ Alfred AYER, *Language, Truth and Logic*, 1936 (trad. cast.: *Lenguaje, verdad y lógica*, 1971, pp. 98-99).

³¹ Alfred AYER, *Language, Truth and Logic*, 1936 (trad. cast.: *Lenguaje, verdad y lógica*, 1971, pp. 119-120).

³² Los conceptos y las proposiciones son dos tipos de entidades ideales semánticas. Los cuasiconceptos y las cuasiproposiciones son dos tipos de entidades ideales

contenido factual de las proposiciones en las que aparecen. Al incorporar a la descripción de una acción mi juicio positivo («es buena») o negativo («es mala») respecto a ella me limito a dejar patente mi aprobación o desaprobación moral, pero no transformo su contenido semántico, sino sólo su fuerza pragmática ilocucionaria y perlocucionaria³³. La función de los términos éticos es meramente emotiva porque únicamente expresan sentimientos, emociones, con frecuencia unidos al deseo de provocar similares sentimientos en el auditorio y determinadas acciones acordes con los mismos³⁴.

La imposibilidad de usar criterios para la determinación de la validez de los juicios éticos no deriva de su supuesto carácter absoluto

no semánticas. Como señala Hernández Marín, la doctrina ontológica dominante en la actualidad sólo admite como entidades ideales las entidades lógicas, las entidades matemáticas y las entidades semánticas, por lo que los cuasiconceptos y las cuasiproposiciones son entidades inexistentes. Sería el caso de entidades como los valores, el derecho natural, la voluntad del pueblo, ... a las que habría que llamar a juicio de Hernández Marín cuasientidades semánticas o entidades cuasisemánticas: entidades parecidas a las entidades semánticas que no existen porque tampoco existen expresiones que las expresen (términos en el caso de los cuasiconceptos; enunciados en el caso de las cuasiproposiciones). En concreto, los valores serían cuasiconceptos, y las normas de derecho natural y las normas morales serían cuasiproposiciones, ya que no son ni hechos del mundo externo (hechos cognoscibles a través de nuestros sentidos y sometidos a relaciones de causalidad), ni hechos del mundo interno (fenómenos psicológicos) ni entidades ideales (entidades lógicas, matemáticas o semánticas): «Hay teorías que sostienen que existen valores (que son, en realidad, como una especie de propiedades), valores como la justicia o la libertad; y también dichas teorías sostienen que estos valores existen con independencia de que exista un término que exprese el valor, e incluso con independencia de que exista alguna cosa en la que ese valor se plasme o se realice (con independencia, por ejemplo, de que existan situaciones o acciones justas o libres). Esas propiedades o valores, cuya existencia no depende de la existencia de un término, no son, en rigor, conceptos, sino cuasiconceptos. (...) Es una opinión muy difundida, incluso fuera del mundo académico, la de que existen normas de Derecho natural o bien normas morales, que no han sido creadas por los hombres. Y si nos preguntamos qué son, para esas teorías o creencias, dichas normas, comprobaremos que la respuesta es difícil. (...) Para esas teorías, las normas del Derecho natural y las normas morales no son entidades factuales, en absoluto: no son ni hechos externos, ni fenómenos psíquicos. Son, al contrario, entidades ideales; pero no, obviamente, entidades matemáticas, ni lógicas (aunque hubo una época, concretamente durante la edad moderna, en la que las normas del Derecho natural y las normas morales fueron asimiladas a las verdades matemáticas y lógicas). Lo más parecido a dichas normas son las entidades semánticas, concretamente, las proposiciones (los sentidos de los enunciados). (...) Utilizando el término "cuasiproposición" podemos describir esas teorías diciendo que, conforme a ellas, las normas del Derecho natural o las normas morales son cuasiproposiciones, entidades parecidas a las proposiciones, pero que, a diferencia de éstas, pueden existir sin que existan enunciados que las expresen. Si las proposiciones son como sombras invisibles de los enunciados, las cuasiproposiciones son puras sombras, sin cuerpos que las proyecten» (Rafael HERNÁNDEZ MARÍN; *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 1998, pp. 50-54).

³³ Vid. John L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, 1962; Searle, John, *Speech Acts*, 1969.

³⁴ Alfred AYER, *Language, Truth and Logic*, 1936 (trad. cast.: *Lenguaje, verdad y lógica*, 1971, pp. 125-126).

independiente de factores empíricos, sino de su completa carencia de validez objetiva. No tiene sentido investigar si son verdaderas o falsas las oraciones que no significan nada, los juicios como los éticos sin contenido. Ayer insiste en que su tesis se aparta del subjetivismo radical porque a diferencia de éste niega el carácter estrictamente proposicional de los juicios éticos. No es que un juicio ético sea verdadero si se corresponde con el sentimiento real de quien lo enuncia, y falso si falta la correspondencia, como podría defender el subjetivismo, sino que un juicio ético es tan anapofántico como una exclamación o cualquier otra manifestación de dolor, alegría, tristeza o euforia; no puede saberse si es verdadero o falso, porque *no significa*, porque sólo tiene fuerza pragmática vacía de contenido³⁵.

A la ética sólo le queda entonces definir conceptos, describir fenómenos o poner de manifiesto que los términos éticos no se pueden conceptualizar ni analizar. Será la psicología la que deberá profundizar en las razones por las cuales tales tipos de términos se utilizan en cada caso según los sentimientos respectivos, y la sociología paralelamente la que deberá tratar de construir teorías globales a partir de los datos suministrados por la psicología. La existencia de una *ciencia ética* no tiene sentido para Ayer porque es imposible elaborar un sistema moral compuesto de proposiciones verdaderas, porque no hay criterios que sirvan para determinar la validez de los juicios éticos. De nuestras experiencias morales sólo podemos extraer información acerca de nuestra conducta mental, de si defendemos una moral o actuamos según una moral dependiendo de factores como el miedo al castigo divino o a la reacción negativa de los restantes miembros de la sociedad. Es así un sinsentido tratar de basar en el uso de conceptos éticos

³⁵ Alfred AYER, *Language, Truth and Logic*, 1936 (trad. cast.: *Lenguaje, verdad y lógica*, 1971, pp. 126-127). Ayer se opone tanto al subjetivismo como al utilitarismo, las dos únicas doctrinas que sin embargo tienen a su juicio el mérito de centrarse en la cuestión de si los juicios de valor pueden ser *traducidos* a juicios empíricos. El utilitarista define la rectitud de las acciones y la bondad de los fines en términos de eficacia como placer o como felicidad, y el subjetivista en términos de aprobación personal, por lo que en ambos casos los juicios morales aparecen para Ayer como juicios psicológicos o sociológicos, y por tanto homogéneos con los juicios empíricos a los que se podrían traducir. Pero la concepción subjetivista es rechazada por Ayer porque presupone equivocadamente la equivalencia entre la rectitud de una acción o la bondad de una cosa y su aprobación general, de modo similar a como el utilitarismo concibe la rectitud de una acción en función de la mayor felicidad o placer que origina: «Rechazamos la concepción subjetivista porque no es auto-contradictorio afirmar que algunas acciones que son generalmente aprobadas no son rectas, o que algunas cosas que son generalmente aprobadas no son buenas. (...) No podemos estar conformes con el utilitarismo porque creemos que no es auto-contradictorio decir que, en algunas ocasiones, es injusto llevar a cabo la acción que, real o probablemente, causaría la mayor felicidad, el mayor balance de placer contra dolor, o de deseo satisfecho contra deseo insatisfecho. (...) La validez de los juicios éticos no está determinada por las posibilidades de felicidad de las acciones, ni tampoco por la naturaleza de los sentimientos de las gentes, sino que debe ser considerada como *absoluta* o *intrínseca*, y no empíricamente calculable» (ibid, pp. 121-122).

teorías metafísicas o racionalistas sobre la existencia de un mundo de valores diferente del mundo de los hechos:

«El hecho de que tengamos experiencias morales es interesante desde el punto de vista psicológico, pero no implica en modo alguno que exista un conocimiento moral. El moralista puede creer que sus experiencias son experiencias cognoscitivas (...), pero cuando llena sus libros con afirmaciones de que conoce intuitivamente esta o aquella verdad moral está sencillamente facilitando material a los psicoanalistas»³⁶.

3.4 En la filosofía del derecho, fue Ross quien más claramente siguió estas tesis emotivistas. Así se considera casi unánimamente cuando en tantas monografías y manuales se citan sus conocidas palabras de *Sobre el derecho y la justicia* (1953), sin destacar no obstante la escasa conexión de la referencia con la globalidad del libro.

En ellas Ross advierte que no tiene sentido calificar una norma general o un ordenamiento de justo o injusto. Quien lo afirma no indica una característica verificable del ordenamiento, sino que se limita a expresar una emoción, del mismo modo que podemos expresar nuestro entusiasmo o nuestro apoyo en cualquier aspecto de la vida cotidiana. Y al tratarse de la justicia, pretendemos transformar nuestro deseo en deber absoluto:

«Usadas en el contexto de calificación de una norma general o un ordenamiento, las palabras “justo” e “injusto” no tienen ningún significado descriptivo. (...) Solamente expresan una emoción. A dice: “Estoy en contra de esta norma porque es injusta”, debiendo haber dicho “Esta norma es injusta porque estoy en contra de ella”. Invocar la justicia es la misma cosa que golpear con el puño una mesa: una expresión emotiva que transforma una exigencia en un postulado absoluto»³⁷.

Sin embargo, Ross se había ocupado ya extensamente del emotivismo axiológico en su artículo *On the Logical Nature of Propositions of Value* (1945)³⁸, en donde, como Ayer, destacó el carácter

³⁶ Alfred AYER, *Language, Truth and Logic*, 1936 (trad. cast.: *Lenguaje, verdad y lógica*, 1971, pp. 130-133).

³⁷ Alf ROSS, *On Law and Justice*, 1953 (trad. cast.: *Sobre el derecho y la justicia*, 1963, p. 259).

³⁸ Y posteriormente en *Towards a realistic jurisprudence. A criticism of the dualism in law*, 1946 (trad. cast.: *Hacia una ciencia realista del derecho*, 1961). Pero el emotivismo de Ross se *apaga*, como él mismo reconocería, en *Directives and Norms*, 1968 (trad. cast.: *Lógica de las normas*, 1971), en donde sigue el prescriptivismo *neoemotivista* de Hare y define las normas como entidades lingüísticas directivas dotadas de contenido significativo que poseen siempre las mismas características semánticas y contienen siempre la cláusula implícita *¡Así debe ser!* No obstante, hay algunas críticas de Ross a la distinción de Hare entre *frástico* y *neústico* (vid. *supra*), basada para Ross en la confusión entre el hecho de *aceptar* una proposición y la refe-

autocontradictorio de los juicios sintéticos *a priori* kantianos, que implicaban la asunción metafísica de determinados factores relativos a la estructura de la mente humana, en referencia a las formas puras de percepción espacio-temporal y a los conceptos puros en tanto que formas necesarias de toda experiencia. Todo juicio *a priori* es analítico, y por consiguiente los juicios de valor no pueden ser válidos *a priori* porque son proposiciones sintéticas generales, y por ello tienen implicaciones verificables³⁹.

Proposiciones del tipo de «el placer es lo que es bueno en sí mismo» son generales porque se refieren a la suma de todos los elementos individuales que tienen el carácter del placer, y al considerar a la bondad como una cualidad experimentable, la proposición general tiene implicaciones verificables. Es imposible aceptar su validez *a priori* porque tal validez depende de los elementos individuales de placer experimentados con la cualidad de la bondad. La única posibilidad de considerar los juicios de valor como válidos *a priori* es para Ross la de convertirlos en tautologías del tipo de «la virtud es lo que es bueno» o *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, de cuya validez no se puede dudar, pero que no significan nada⁴⁰.

Siguiendo a Hagerstrom, Ross distingue la observación de la alucinación por la consciencia o inconsciencia de la realidad de un objeto, que en el caso de las emociones no tiene un apoyo espacial. Las emociones no son entonces observaciones ni consciencias de la realidad del objeto, sino cualidades interiorizadas en el ego que están en un mundo espiritual, no espacial, de tal modo que las denotaciones de palabras como «placer» carecen de referente empírico⁴¹. Pero Ross

rencia que la proposición hace a la realidad. Ross subraya que la aceptación de la proposición, como acto no lingüístico, no es parte integrante de su significado: «Es contradictorio considerar la indicación de asentimiento como parte del enunciado (el neústico) y como acto realizado en relación con el enunciado.» (ibid, pp. 26-27).

³⁹ Alf ROSS, *On the Logical Nature of Propositions of Value*, 1945, pp. 174 ss.

⁴⁰ Alf ROSS, *On the Logical Nature of Propositions of Value*, 1945, pp. 179-180.

⁴¹ Alf ROSS, *On the Logical Nature of Propositions of Value*, 1945, pp. 186-187.

Vid. Axel HAGERSTROM, *Om moraliska föreställningars sanning*, 1911 (trad. inglesa: *On the truth of moral propositions*, 1964); vid. también Theodor GEIGER, *Debat med Uppsala om Moral og Ret*, 1946 (trad. cast.: *Moral y Derecho. Polémica con Uppsala*, 1982). El emotivismo de Geiger es sin embargo matizado y crítico con Hagerstrom y Ross, hasta el punto de que llega a afirmar que, en último extremo, el nihilismo axiológico es tan indemostrable e intuitivo como el objetivismo. Por ejemplo, el juicio de valor «Matar es malo» sólo podría considerarse una expresión de emociones o sentimientos incapaz de alcanzar un fundamento racional en un sistema de pensamiento cerrado y autoreferente que contuviera como elemento constitutivo básico la aceptación de la irrealidad de los valores. Ahora bien, la norma implícitamente derivada «No se debe matar» sí carece para Geiger de sentido, poseyendo meramente el carácter pragmático de intención de influencia en los destinatarios, que la excluye como conclusión lógica de la premisa valorativa «Matar es malo» (ibid, pp. 10 ss.). También dedica bastante espacio Geiger a las eventuales consecuencias sociales negativas del emotivismo axiológico, distinguiendo cuatro diferentes tipos de críticas: *a)* el emotivismo tiene como objetivo la disolución de la moral; *b)* el emotivismo

aclara que sólo está de acuerdo con las tesis emotivistas de Hagerstrom desde un punto de vista psicológico, y no desde un punto de vista epistemológico, desde el punto de vista del análisis lógico de la constitución del conocimiento. Desde este punto de vista la realidad no es algo que se experimenta directamente, sino el resultado residual de un proceso progresivo de aprendizaje en el que un número cada vez mayor de elementos se van eliminando como subjetivos al ser incapaces de superar el *test de la intersubjetividad*. Si queremos aclarar la cuestión de la función representativa de las emociones, hay que ir más allá de la consciencia, hay que reflexionar sobre las razones por las que interpretamos determinados fenómenos como subjetivos y determinados otros fenómenos como objetivos ⁴².

La consciencia de la realidad no es un hecho originario, como lo prueba el hecho de que el niño de corta edad no distingue lo subjetivo de lo objetivo cuando reifica la conciencia, como por ejemplo al asumir los sueños como reales o el nombre de una cosa como parte de ella, o al creer que los fenómenos que siguen leyes físicas se deben a normas éticas. La interiorización de la emoción en el ego no es originaria, sino que es un proceso paulatino en el que va influyendo el entorno, un proceso que la psicología describe constatando hechos, aunque sin fundamentarlo ⁴³.

En definitiva, el valor no es para Ross una clase de cualidad objetiva perteneciente a determinados objetos, por lo que las proposiciones valorativas carecen de significado lógico, cumpliendo meramente la función (no simbólica) de *síntomas* del comportamiento y también, casi siempre, de *signos* del deseo de influir y persuadir. A diferencia de las percepciones empíricas, que aunque constituyen lógicamente su objeto de percepción no son su consecuencia, el *comportamiento valorativo* es definido por Ross como «el efecto comportamental producido por la cosa». Valorar X como bueno o malo no implica la constitución de X, sino que expresa una reacción psicológica causada por X en conjunción con una serie de factores familiares, educativos, culturales y ambientales. El objeto de la valoración y la valoración en sí misma están en el mismo plano lógico, en un mundo en el que las cosas existen e interactúan, pero en el que no existen los fenómenos conscientes. Entre ambos está nuestro organismo: «El comportamien-

provoca inintencionadamente la disolución de la moral; c) es comprobable sociológicamente una influencia intelectual negativa de las tesis emotivistas en las concepciones morales, d) las tesis emotivistas pueden llegar a provocar una catástrofe social y cultural. Geiger sólo acepta parcialmente la tercera crítica reinterpretándola mediante su contundente rechazo a la cuarta, ya que el perjuicio intelectual negativo que puede provocar el emotivismo a las concepciones morales es a su juicio compensable mediante otros mecanismos como la evitación de la represión moral infantil (ibid, pp. 21 ss.; vid. *infra* ep. 4).

⁴² Alf Ross, *On the Logical Nature of Propositions of Value*, 1945, p. 188.

⁴³ Alf Ross, *On the Logical Nature of Propositions of Value*, 1945, pp. 189 ss.

to valorativo está lógicamente constituido por determinadas experiencias, que no obstante se refieren sólo al organismo en sí mismo y a sus reacciones. Ésta es la razón por la cual se llaman emociones»⁴⁴.

4. En la última parte de la presente nota intentaré esbozar una reformulación de la teoría emotivista como psicologismo ético sobre la base de la teoría psicoanalista, y en particular del concepto freudiano de «superego», tan llamativamente ignorado por Stevenson y Ayer. En términos psicoanalíticos, se podría afirmar que quien expresa un juicio ético no es el *ego*, sino el *superego*. No es nuestra capacidad racional la que nos induce a valorar éticamente, sino la intervención de esta *tercera instancia*, tal como la llamaba Freud, que ocupa un lugar tan particular entre el *ego* y el *ello*, entre el consciente y el inconsciente. Ésta es la definición que Freud da del superego en *La cuestión del análisis profano*:

«El superego pertenece al *ego*, participa de su elevada organización psicológica, pero se halla en relación muy íntima con el *ello*. Es, en realidad, el *residuo* de las primeras cargas del objeto del *ello*, el heredero del complejo de Edipo después de su abandono. Este superego puede oponerse al *ego*, tratarlo como un objeto, y lo trata, en efecto, muy frecuentemente, con gran dureza. (...) El superego es el sustentáculo del fenómeno al que damos el nombre de conciencia moral»⁴⁵.

Raramente se ha destacada el hecho de que también Alf Ross concibiera la realidad moral como *residuo* de la progresiva evolución infantil desde la inconsciencia hasta la consciencia. En la primera infancia, resalta Ross, la indistinción entre consciente e inconsciente se refleja en la omnipresencia del *deber ser*, de un incipiente superego que no sólo domina el comportamiento de los seres humanos, sino el de toda naturaleza. La paulatina delimitación de la consciencia respecto a la inconsciencia produce residualmente la creación de una conciencia moral que ya sólo se centra en una parte de la realidad, en la parcela de la conducta humana que es objeto de valoración ética. En palabras de Ross:

«La realidad es el resultado, o mejor el residuo, de un progresivo proceso de aprendizaje a lo largo del cual un número creciente de elementos se van eliminando como subjetivos en tanto que incapaces de superar el test de la intersubjetividad. Si queremos aclarar la cuestión de la función representativa de las emociones, no podemos limitarnos al análisis de la consciencia, sino que debemos remontarnos a las reflexiones que definen las interpretaciones de determinados fenómenos como subjetivos, y determinados otros

⁴⁴ Alf ROSS, *On the Logical Nature of Propositions of Value*, 1945, pp. 209-210.

⁴⁵ Sigmund FREUD, *The Question of Lay Analysis*, 1926 (trad. cast.: *La cuestión del análisis profano*, 1988, p. 65).

fenómenos como objetivos en un cierto sentido. Que la consciencia de la realidad no sea un hecho originario es fundamental, y confirmado por la psicología de la edad evolutiva, que muestra cómo el niño, a diferencia del adulto, no distingue entre lo subjetivo (su ego) y lo objetivo, sino que lleva a cabo una reificación, para nosotros ilegítima, del contenido de la consciencia. Este fenómeno se ha denominado realismo infantil. Los sueños, por ejemplo, se consideran por el niño, hasta los siete u ocho años, como si fuesen una realidad objetiva, un tipo de imagen etérea que se materializa ante sus ojos. El nombre de una cosa constituye una cualidad de la cosa misma; cada cosa tiene un nombre que forma parte de su naturaleza, y está incorporado a la cosa misma. (...) Lo mismo ocurre en la esfera emocional. Las emociones son inmediatamente proyectadas en el mundo circundante. Como Piaget ha mostrado, no existe una verdadera ley de naturaleza hasta que el niño no ha cumplido siete u ocho años. Antes de esa edad la vida aparece gobernada por leyes que son al mismo tiempo físicas y morales. La luna se ve sólo de noche y el sol sólo de día, pero no porque las leyes naturales aseguren esta regularidad, sino porque al sol no le está permitido atravesar el cielo de noche, quedando sujeto así, como todos los cuerpos celestes y todos los demás seres vivientes, a leyes que limitan el ejercicio de la voluntad»⁴⁶.

Ross no se refiere explícitamente a Freud, aunque sí a Piaget, quien había desarrollado la noción freudiana de interiorización de la imagen afectiva del padre en tanto que origen de la conciencia moral, de la idea de deber. En particular, tal idea de deber se va formando para Piaget con los elementos resultantes de las experiencias infantiles en las que no es posible la imitación inmediata del comportamiento paterno, con lo que el yo de los padres se convierte en un yo ideal. Condición necesaria de la formación de la conciencia moral es la existencia de un sentimiento de *respeto* hacia la autoridad paterna, que Piaget advierte que no debe entenderse en el sentido kantiano abstracto de seguimiento de la ley moral, sino como vínculo personal con el padre. Y también Piaget, como Freud, destaca que la identificación con la figura paterna es ambivalente, ya que los componentes del respeto se disocian provocando a la vez sentimientos de afecto y de hostilidad, de autoestima y de culpabilidad, etc., que son la fuente de los variados tipos de conciencia moral del adulto.

En efecto, para Piaget, el *universo* está dominado durante la primera infancia por la equivalencia entre *ser* y *deber ser*, por la aceptación de que la realidad es como debe ser, y también por la idea de que las acciones humanas deben responder a un orden universal, que por consiguiente regula tanto lo físico como lo ético. El sentimiento de

⁴⁶ Alf Ross, *On the Logical Nature of Propositions of Value*, 1945, pp. 188-189.

respeto no es asumido por el niño ante el carácter obligatorio de la regla prescrita por un sujeto, sino ante el sujeto en sí mismo, desdoblándose como sentimiento de deber y obediencia respecto a él. Antes de la intervención paterna no existen para el niño reglas imperativas, ni por tanto deberes, sino sólo «reglas motrices», regularidades espontáneas, pero cuando tiene lugar la intervención el niño pasa a aceptar las pautas paternas, y con ellas también las leyes físicas, como moralmente necesarias⁴⁷.

Lo que Piaget denomina *realismo moral* es así la tendencia infantil a considerar los deberes y valores como heterónomos, ya que se identifica la bondad con las normas emanadas de los padres. La conciencia no juega todavía ningún papel, hasta el punto de que, como Piaget subraya, el niño sigue la *letra* de la ley, no su *espíritu*, y su responsabilidad es además objetiva, independiente de su intención, contando sólo el resultado de la acción⁴⁸. Existe para Piaget una correspondencia entre la teoría valorativa y la práctica valorativa durante la infancia. Al seguimiento inconscientemente egocéntrico de la norma que se desprende del sentimiento de respeto (que en sí mismo sí es consciente) hacia quien la establece le corresponde un juicio teórico que hace de la norma una «realidad mística y trascendente»⁴⁹. La experiencia práctica moral se construye paulatinamente en contacto con los hechos y con los conflictos, y desemboca en juicios de valor que orientan al niño para decidir en cada situación particular y para evaluar los actos externos relacionados con los suyos. Pero en ocasiones tal práctica se convierte en teoría para valorar los actos ajenos que no le afectan o para enunciar principios morales generales. La aparición de estos principios generales es un reflejo de la presencia de un nuevo tipo de sentimiento de respeto, que ya no es completamente heterónimo, sino que comienza a responder a la reciprocidad y a la cooperación social, lo que va facilitando la autonomía moral⁵⁰.

La reflexión teórica sobre los valores y la moral responde entonces a una toma de conciencia progresiva sobre la actividad moral a partir de la percepción de hechos morales reales. Pero, como destaca Piaget, esta tendencia provoca que la idea del *bien*, en general ulterior a la noción pura de *deber*, represente la toma de conciencia última de la necesidad de afecto recíproco, que a su vez constituye la condición primera de la vida moral: «el realismo moral que resulta de la presión ejercida por el adulto sobre el niño podría ser de formación *secunda-*

⁴⁷ Jean PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, 1932 (trad. cast.: *El criterio moral en el niño*, 1977, pp. 70 ss.). Vid. *La représentation du monde chez l'enfant*, 1926 (trad. cast.: *La representación del mundo en el niño*, 1978).

⁴⁸ Jean PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, 1932 (trad. cast.: *El criterio moral en el niño*, 1977, pp. 148-149).

⁴⁹ Jean PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, 1932 (trad. cast.: *El criterio moral en el niño*, 1977, p. 99).

⁵⁰ Jean PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, 1932 (trad. cast.: *El criterio moral en el niño*, 1977, pp. 146 ss.).

ria, en relación con la simple aspiración al bien, constituyendo al mismo tiempo la primera noción de la que toma conciencia el pensamiento moral cuando intenta reflexionar y formular»⁵¹.

Piaget llega a hablar de dos *morales* distintas resultantes de dos procesos paralelos: la presión moral del padre que provoca la heteronomía y el realismo moral, y la progresiva cooperación social que provoca la autonomía moral. El primero de estos procesos es la base de la obligación moral y el sentimiento de deber, que a su vez conllevan la conceptualización del bien como conformidad con la voluntad del adulto y, como tal, como ideal consciente cuyo seguimiento es más espontáneo que coercitivo. Pero, paulatinamente, el niño comienza a obedecer la norma, como contenido objetivo, más que al sujeto que la crea, con lo que nace la autonomía moral y se descubren las ventajas del respeto mutuo y la reciprocidad, las cuales empujan a buscar ideales independientes de la presión exterior. La necesidad moral es así el fruto de la relación intersubjetiva, ya que responde a la concienciación del beneficio mutuo que reporta el seguimiento de reglas sociales⁵².

El sentimiento de justicia surge en buena medida a partir del respeto mutuo, y es definido por Piaget como la «condición inmanente o ley de equilibrio de las relaciones sociales». Pero también influye en él la *moral de la autoridad* o conjunto de mandatos paternos imitativamente seguidos, que puede hacer confundir lo justo con lo meramente establecido y con el reconocimiento de la sanción expiatoria. Esta moral de la autoridad, a la que Piaget también denomina *moral del deber* o *moral de la obediencia*, se combina con la moral del respeto mutuo o *moral del bien*, que frente a la primera es la fuente del sentimiento de justicia distributiva, igualitaria y solidaria. El equilibrio entre estas dos morales es un equilibrio siempre difícil e inesta-

⁵¹ Jean PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, 1932 (trad. cast.: *El criterio moral en el niño*, 1977, p. 148).

⁵² Jean PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, 1932 (trad. cast.: *El criterio moral en el niño*, 1977, pp. 164-165). Piaget reconoce la influencia de Durkheim y de Bovet. Con este último comparte su rechazo a la noción kantiana de *respeto* como sentimiento de sumisión ante la norma obligatoria, ya que para Piaget el respeto es un sentimiento no dirigido hacia la norma en sí misma, sino hacia el individuo del que procede la norma, de cuya identidad dependerá la interiorización del deber (ibid, pp. 88-89 y 315 ss.). La recepción de la ética y la pedagogía sociologista de Durkheim es más crítica porque Piaget niega el carácter necesariamente heterónomo de la moral, distinguiendo entre la *moral independiente* que nace a partir de la solidaridad infantil y la *moral trascendente* derivada de la presión del adulto. Las connotaciones pedagógicas de esta discrepancia se traducen en la defensa de Piaget de la autogestión y la autonomía del niño como método de construcción de la moral, opuesto al autoritarismo que achaca a Durkheim (ibid, pp. 285-286). Además, la asimilación durkheimista entre *obligación* y *cooperación* produce equivocadamente para Piaget una identificación casi total entre *bien* y *deber* y una redefinición de la moral como conformismo social que margina la relevancia de la cooperación como fuente de la autonomía moral y de la progresiva y equilibrada elaboración de la tabla de valores sociales (ibid, pp. 288 ss.; vid. Émile DURKHEIM, *Détermination du fait moral* (1906), 1951, pp. 51 ss.).

ble porque, paradójicamente, la segunda requiere para su plena realización el pleno desarrollo de la primera, pero también su superación sin dejar pendientes elementos reprimidos⁵³.

La moral de la autoridad o moral del deber y de la obediencia, por un lado, y la moral del respeto mutuo o moral del bien, por otro, son el reflejo de la evolución respectiva del ello y del ego, y el resultado de su paulatina progresión conjunta conformará el superego como conciencia moral, dependiente del modo en que haya *chocado* el ego con ello, y de la medida en la que tras ese choque persistan represiones residuales. El proceso evolutivo de percepción de lo inconsciente como *no consciente*, como no perteneciente al mundo consciente, o lo que es lo mismo, la tendencia del ego a separarse del ello, provoca así para Piaget la formación de una conciencia moral que rebasa los límites de la confusión entre lo físico y lo ético, entre el *ser* y el *deber ser*, entre la regularidad de los fenómenos naturales y la aleatoriedad controlada del comportamiento humano, pero por ello mismo posee unos u otros caracteres según cómo haya sido ese proceso evolutivo y qué residuos haya dejado. Además de ser el producto residual de las primeras elecciones del objeto del ello, el superego puede paradójicamente representar también una reacción frente a ellas. Como puso de manifiesto Freud, el superego no sólo se relaciona con el consciente siguiendo el esquema «Así debes ser, igual que tu padre», sino tam-

⁵³ Jean PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, 1932 (trad. cast.: *El criterio moral en el niño*, 1977, pp. 167 ss.). Lawrence Kohlberg ha propuesto reelaborar las teorías ético-psicológicas de Piaget con la ayuda de la teoría de la justicia de Rawls sobre la base común de que la justicia es la virtud ética suprema. Así, amplía a seis las dos etapas evolutivas de Piaget enfocándolas desde la perspectiva de la justicia como virtud, de modo que la sexta y última etapa se correspondería con los principios morales expresados por Rawls. La *justicia como reversibilidad* que deriva del velo de la ignorancia rawlsiano equivaldría para Kohlberg al *equilibrio en movimiento* que Piaget atribuye a la etapa superior de razonamiento lógico y moral, y la conexión establecida por Piaget entre la teoría psicológica del desarrollo y la lógica de la normatividad quedaría entonces extendida al campo de los juicios morales. A pesar de considerar a Freud como el principal teórico del emotivismo ético gracias a su noción de *superego* como conjunto de estructuras emocionales que trascienden en los juicios morales, Kohlberg ha destacado las analogías de la teoría ética subyacente en Freud con el voluntarismo ético teológico, que coincidirían en su opinión en la concepción irracionalista de la moral como conjunto de reglas arbitrarias basadas en actitudes de respeto ante la autoridad, así como en la oposición entre pensamiento ético-religioso y pensamiento científico del que parten. A juicio de Kohlberg el principal error de Freud fue el de conectar inevitablemente la ética con el sentimiento de culpabilidad en tanto que sentimiento irracional procedente de nuestro ancestral *instinto de agresión*, que para Kohlberg es paralelo a la *voluntad de poder* nietzschiana, también ilustrada mediante la tragedia griega en el contexto de la moral presocrática. (Lawrence KOHLBERG, *The Philosophy of Moral Development. Moral Stages and the Idea of Justice*, 1981.) Cfr. Jurgen HABERMAS, *Moralbewusstsein und Kommunikatives Handeln*, 1983 (trad. cast.: *Conciencia moral y acción comunicativa*, 1985). Entre nosotros Esperanza GUIÁN ha señalado la conexión entre las teorías de Piaget y el emotivismo ético en: *Razón y pasión en ética*, 1986, pp. 215 ss. Vid. también José RUBIO CARRACEDO, *La psicología moral (de Piaget a Kohlberg)*, 1989.

bién a través del esquema contrario «Así, como tu padre, *no* debes ser», porque hay acciones que sólo el padre puede realizar, y que el hijo debe *no realizar*. El modo de conciliar estos dos esquemas dependerá del desarrollo del complejo de Edipo, ya que el niño ve a los padres como el obstáculo para satisfacer los deseos integrados en el complejo de Edipo, y ello le hace robustecer su ego para disponer de la fuerza suficiente como para llevar a cabo la represión. Es como si el niño tomara prestada del padre la energía para construir su ego reprimido a costa de debilitar su superego, que conservará el carácter del padre, y que actuará en mayor o menor medida como conciencia moral o como sentimiento de culpabilidad según haya sido más o menos intenso el complejo de Edipo y según haya actuado el entorno en su represión a través de la religión, la educación, la cultura, el arte y, en general, cualquier forma de autoridad moral⁵⁴.

La teoría psicoanalítica nos enseña que en el surgimiento del superego como conciencia moral influyen factores biológicos y, sobre todo, culturales. Desde que hace decenas de miles de años la etapa infantil del ser humano se caracterizó por su amplia duración, por su situación de indefensión y por su relevancia para determinar la estructura psicológica adulta, la constitución del superego y su diferenciación respecto al ego representan uno de los rasgos más importantes de nuestra especie. A través del superego, acogemos de adultos todo lo que de niños hemos admirado y temido de nuestros padres, por lo que puede considerarse en cierto modo el heredero del complejo de Edipo. Como «abogado del mundo interior» opuesto al mundo exterior, real, del ego, el superego provoca al constituirse, para Freud, la superación por parte del ego del complejo de Edipo, pero también su sumisión simultánea al ello. Los conflictos entre el ego y el superego son una manifestación de la antítesis entre lo real y lo mental, entre lo externo

⁵⁴ Sigmund FREUD, *The Ego and the Id*, 1923 (trad. cast.: *El yo y el ello*, 1988, pp. 562-569). Estas tesis freudianas han constituido la base del eticismo psicoanalítico. Vid. L. S. FEUER, *Psychoanalysis and Ethics*, 1955; FLUGEL, J. C., *Man, Morals and Society: A Psycho-Analytical Study*, 1955; Erich FROMM, *Man for Himself*, 1947 (trad. cast.: *Ética y psicoanálisis*, 1953); Franz ALEXANDER, *Fundamentals of Psycho-analysis*, 1948; Ch. ODIER, *Les deux sources, consciente et inconsciente, de la vie morale*, 1947; Harry SULLIVAN, *The Interpersonal Theory of Psychiatry*, 1953; Herbert MARCUSE, *Eros and Civilization. A philosophical inquiry into Freud*, 1953 (trad. cast.: *Eros y civilización*, 1995, en especial pp. 41 ss.); Heinz HARTMAN, *Essays on Ego Psychology*, 1964 (trad. cast.: *Ensayos sobre la psicología del yo*, 1969); P. RIEFF, *Freud: the mind of the moralist*, 1961 (trad. cast.: *Freud: la mente de un moralista*, 1966); Erik ERIKSON, *Identity*, 1968 (trad. cast.: *Identidad*, 1980). Algunos de los últimos trabajos de interés en lengua castellana son: Víctor GÓMEZ PIN, *El reino de las leyes. Orden freudiano*. Madrid, Siglo XXI, 1981 (vid. pp. 79 ss.); GRINBERG, León, *Culpa y depresión*. Madrid, Alianza, 1983 (vid. pp. 43 ss.); José RUBIO CARRACEDO, *El hombre y la ética*, 1987 (vid. pp. 125 ss.); Castilla DEL PINO, Carlos, *Freud y la génesis de la conciencia moral*, 1989; ÁLVAREZ, Norberto, *Hacia una teoría psicoanalítica de la justicia*, 1995; GÓMEZ SÁNCHEZ, Carlos, *Freud, crítico de la ilustración. Ensayos sobre psicoanálisis, religión y ética*, 1998 (vid. pp. 112 ss. y 149 ss.).

y lo interno. Todo lo que nuestra evolución biológica ha ido depositando en el ello es retomado por el ego para formar sus ideales y sus valores, de tal forma que mediante el superego se ennoblecen nuestros primeros instintos:

«Aquello que en la vida psíquica individual ha pertenecido a lo más bajo es convertido por la formación del ideal en lo más elevado del alma humana, conforme siempre a nuestra escala de valores (...). El ideal del yo satisface todas aquellas exigencias que se plantean a la parte más elevada del hombre. Contiene, en calidad de sustitución de la aspiración hacia el padre, el nódulo del que han partido todas las religiones. La comparación del ego que no alcanza a su ideal da origen a la religiosa humildad de los creyentes»⁵⁵.

El papel del padre, como guardián del superego, es sustituido en la edad adulta por las diversas formas de autoridad social que asumen la función de pautas para la conciencia moral. Si en los pueblos primitivos la creación de esta conciencia moral está para Freud relacionada con el totemismo, con el paso del tiempo el contenido del ego se va depositando paulatinamente en el ello hasta que éste es lo suficientemente consistente como para poder extraer de él el superego, que representa así en cierto modo la resurrección de antiguas formas del ego. Freud llega a decir que el superego, al entrar en contacto con las adquisiciones filogénicas del ello, se convierte en una reencarnación de las formas previas de ego que han dejado en el ello sus residuos. Es como si el superego fuera el representante del ello ante el ego⁵⁶.

Pero si el yo llega a la edad adulta sin haber superado adecuadamente el complejo de Edipo, reaparece el ello provocando la formación de un superego contestatario con grandes dosis de inconsciencia e inaccesibilidad respecto al ego⁵⁷. Frente al ello, que es totalmente amoral, y al ego, que trata de ser moral, el superego tiende a ser *hipermoral*, pero esta hipermoralidad puede paradójicamente situarle al nivel del ello, con lo que la identificación y sublimación de la figura paterna se reconduce en ocasiones hacia ideales que esconden descompensación entre consciente e inconsciente⁵⁸.

El superego cumple la función de conciencia ideal y moral de cada ser humano. Dada la amplia duración de la infancia, dispone de tiem-

⁵⁵ Sigmund FREUD, *The Ego and the Id*, 1923 (trad. cast.: *El yo y el ello*, 1988, pp. 571-572).

⁵⁶ Sigmund FREUD, *The Ego and the Id*, 1923 (trad. cast.: *El yo y el ello*, 1988, p. 583).

⁵⁷ Sigmund FREUD, *The Ego and the Id*, 1923 (trad. cast.: *El yo y el ello*, 1988, pp. 573-574).

⁵⁸ Sigmund FREUD, *The Ego and the Id*, 1923 (trad. cast.: *El yo y el ello*, 1988, p. 589). Freud profundiza en esta paradoja en *Civilization and its Discontents*, 1930 (trad. cast.: *El malestar en la cultura*, 1984).

po para ir acumulando el conjunto de todas las instrucciones y prohibiciones morales recibidas de los padres, y posteriormente de las autoridades educativas, culturales, políticas, religiosas y sociales en general. En realidad se trata de una cadena de superegos, ya que cada superego se forma según sean los superegos de las autoridades influyentes, y así sucesivamente⁵⁹.

Ironizando a partir de la afirmación de Kant relativa a que nada prueba tan convincentemente la grandeza de Dios como el firmamento estrellado y nuestra conciencia moral, Freud destaca el carácter «desigual y negligente» de la labor divina⁶⁰. La conciencia moral no es para Freud innata (algo en lo que ya vimos que insistía también Ross⁶¹), como lo demuestra el hecho de que el niño pequeño es amoral en su fin único de alcanzar placer. El superego asume en un momento de su infancia el papel de conciencia moral a través de la autoridad externa, representada primero por los padres, que influyen en el niño de modo conductista premiando lo *bueno* y castigando lo *malo* (castigo en acción o en potencia, como en el caso de la amenaza de perder el afecto paterno). A través de la angustia resultante nace la conciencia moral, se forma el superego, que durante la vida quedará retocado según como sean los diferentes poderes y autoridades sociales admitidas⁶².

El proceso de creación de la conciencia moral en forma de superego es en cada caso individual de una naturaleza y complejidad dife-

⁵⁹ Sigmund FREUD, *The Ego and the Id*, 1923 (trad. cast.: *El yo y el ello*, 1988, pp. 590 ss.).

⁶⁰ Sigmund FREUD, *New Introductory Lectures on Psycho-Analysis*, 1933 (trad. cast. parcial: *La división de la personalidad psíquica*, 1988, p. 604). Vid. una interesante defensa de la equivalencia entre la noción freudiana de *superego* y la noción kantiana de *imperativo categórico* en David VELLEMAN, *A Rational Superego*, 1999, pp. 529 ss.

⁶¹ Alf ROSS, *On the Logical Nature of Propositions of Value*, 1945, pp. 188 ss.

⁶² Sigmund FREUD, *New Introductory Lectures on Psycho-Analysis*, 1933 (trad. cast. parcial: *La división de la personalidad psíquica*, 1988, pp. 604-605). Converte aquí la teoría psicoanalítica con la psicología conductista. Psicólogos conductistas como Skinner han subrayado que un juicio de valor no es un *problema de hechos*, sino de lo que *alguien siente sobre un hecho*, a lo que han llamado *el efecto reforzante* del hecho. La *ciencia de la conducta* es una *ciencia de valores*, afirma Skinner, en la medida que se ocupa de este efecto reforzante: «Si un análisis científico puede decirnos cómo cambiar la conducta, ¿nos puede decir cuáles son los cambios que debemos realizar? Las personas actúan para mejorar el mundo y progresar hacia mejores formas de vida por buenas razones, y entre esas razones podemos contar ciertas consecuencias de su conducta, y entre las consecuencias está todo aquello que las personas valoran y califican como bueno. (...) La física y la biología estudian las cosas en sí mismas, normalmente sin referencia alguna a su valor, pero los efectos reforzantes de las cosas son patrimonio de la ciencia de valores, en la medida en que se ocupa del reforamiento operante». Los hechos y objetos calificables como *buenos* son, en palabras de Skinner, *reforzadores positivos*, y los hechos y objetos calificables como *malos* son *reforzadores negativos*. Analizamos qué es lo bueno y qué es lo malo mediante la identificación de determinadas clases de conducta, que quedan así reforzadas, por lo que enunciar juicios de valor sobre la bondad o maldad de los actos

rente, pero siempre se basa para Freud en la *identificación*, en la equiparación de un ego a otro ego que conlleva una actitud imitativa por parte del primero. Ya al terminar la fase edípica el niño compensa la renuncia a las cargas de objeto que había concentrado en sus padres mediante la identificación con ellos, y posteriormente con quienes ocupan su lugar en la sociedad y con sus modelos ideales. El superego como *institución* describe a juicio de Freud una circunstancia estructural más allá de la personificación de una abstracción como la conciencia moral, y cumple también la función de ser «el sustrato del ideal del ego», que constantemente trata de satisfacer sus crecientes deseos de perfección⁶³.

Resulta sugerente que Freud aluda en varias ocasiones al imperativo categórico como manifestación del carácter coercitivo que está en la base de la fuerza del superego como aglutinador de categorías morales. Como «monumento conmemorativo de la primitiva debilidad y dependencia del ego», el superego conserva siempre los rasgos derivados del complejo de Edipo, que le sirven para seguir dominando en todo momento al ego. En palabras de Freud, «del mismo modo que el niño se hallaba sometido a sus padres y obligado a obedecerlos, se somete el ego al *imperativo categórico* de su superego»⁶⁴.

humanos equivale a clasificarlos según sus efectos reforzadores (vid. B. F. SKINNER, *Beyond freedom & dignity*, 1971 (trad. cast.: *Más allá de la libertad y la dignidad*, 1972, pp. 131 ss.). Cfr. Clark HULL, *Value, Valuation and Natural-Science Methodology*, 1944). La convergencia entre las teorías psicoanalíticas y conductistas desde el punto de vista de la génesis de los valores morales ha sido estudiada por Richard BRANDT en: *Ethical Theory*, 1959 (trad. cast.: *Teoría ética*, 1982, pp. 142 ss.). Ambas teorías estarían a su juicio equidistantes de la teoría *Gestalt*. Cfr. su artículo *The Emotive Theory of Ethics*, 1950.

⁶³ Sigmund FREUD, *New Introductory Lectures on Psycho-Analysis*, 1933 (trad. cast. parcial: *La división de la personalidad psíquica*, 1988, pp. 605-607). Freud aprovecha la referencia al «superego como institución» para criticar al marxismo por no tener en cuenta la relevancia estructural de la ideología: «La concepción materialista de la Historia peca probablemente de no estimar bastante este factor. Lo aparta a un lado con la observación de que las "ideologías" de los hombres no son más que el resultado y la superestructura de sus circunstancias económicas presentes. Lo cual es verdad, pero probablemente no toda la verdad. La Humanidad no vive jamás por entero en el presente; en las ideologías del super-yo perviven el pasado, la tradición racial y nacional, que sólo muy lentamente cede a las influencias del presente y desempeña en la vida de los hombres, mientras actúa por medio del super-yo, un importantísimo papel, independiente de las circunstancias económicas» (ibid, p. 610).

⁶⁴ Sigmund FREUD, *The Ego and the Id*, 1923 (trad. cast.: *El yo y el ello*, 1988, p. 583).

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Norberto, *Hacia una teoría psicoanalítica de la justicia*. Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 1995.
- ARTOSI, Alberto, «The Limits of Emotivism», *Ratio Juris*, 13, 2000, pp. 358-363.
- AYER, Alfred, *Language, Truth and Logic*, Londres, Victor Gollancz, 1936. Traducción castellana de M. Suárez: *Lenguaje, verdad y lógica*. Barcelona, Martínez Roca, 1971.
- AUSTIN, John L., *How to Do Thing with Words*, Londres, Oxford University Press, 1962.
- BARNES, W. H. F., «Ethics without Propositions», *The Aristotelian Society*, núm. 22, 1948, pp. 1-30.
- BRANDT, Richard, «The Emotive Theory of Ethics», *Philosophical Review*, núm. 49, 1950, pp. 305-318.
- BRANDT, Richard, *Ethical Theory*. Englewood Cliffs (New Jersey), Prentice-Hall, 1959. Trad. cast. de E. Guisán: *Teoría ética*. Madrid, Alianza, 1982.
- CARNAP, Rudolf, «Überwindung der Metaphysik durch Logische Analyse der Sprache», *Erkenntnis*, núm. 2, 1932. Traducción castellana de L. Aldama y otros: *La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje*. En: Ayer, Alfred, *El positivismo lógico*. México, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 66-87.
- CARNAP, Rudolf, *Philosophy and Logic Syntax*, Londres, Kegan Paul, 1935. Traducción castellana de C. Molina: *Filosofía y sintaxis lógica*. México, UNAM, 1963.
- CASTILLA DEL PINO, Carlos, *Freud y la génesis de la conciencia moral*, En: Camps, Victoria, *Historia de la Ética*. Barcelona, Crítica, 1989, vol. III, pp. 87-117.
- DEWEY, John, *The Study of Ethics: A Syllabus* (1894), Londres / Amsterdam / Carbondale / Edwardsville, Southern Illinois University Press, 1971.
- DEWEY, John, *Ethics* (1908). Carbondale / Edwardsville, Southern Illinois University Press, 1978.
- DURKHEIM, Emile, *Détermination du fait moral* (1906). En: Durkheim, Emile, *Sociologie et philosophie*. París, Presses Universitaires du France, 1951, pp. 51-101.
- EKMAN, P. / DAVIDSON, R. (ed.), *The Nature of Emotion*, Oxford / Nueva York, Oxford University Press, 1994.
- ERIKSON, Erik, *Identity*, Nueva York, Norton, 1968. Traducción castellana de A. Guera: *Identidad*. Madrid, Taurus, 1980.
- FEUER, L. S., *Psychoanalysis and Ethics*, Springfield (Illinois), Thomas, 1955.
- FLUGEL, J. C., *Man, Morals and Society: A Psycho-Analytical Study*. New York, International University Press, 1955.
- Freijo, Enrique, *El psicoanálisis de Freud y la psicología de la moral*, Madrid, Razón y Fe, 1966.
- FREUD, Sigmund, *The Ego and the Id* (1923), Standard Ed., vol. 19, pp. 3 ss. Traducción castellana de L. López Ballesteros, R. Rey y G. Dessal: *El yo y el ello*. En: Freud, Sigmund, *Textos fundamentales*. Madrid, Alianza, 1988, pp. 547-598.
- FREUD, Sigmund, *The Question of Lay Analysis* (1926), Standard Ed., vol. 20, pp. 179 ss. Traducción castellana de L. López Ballesteros, R. Rey y

- G. Dessal: *La cuestión del análisis profano*. En: Freud, Sigmund, *Textos fundamentales*. Madrid, Alianza, 1988, pp. 21-95.
- FREUD, Sigmund, *Civilization and its Discontents* (1930), Standard Ed., vol. 21, pp. 59 ss. Traducción castellana de J. L. Etcheverry: *El malestar en la cultura*. Buenos Aires, Amorrortu, 1984.
- FREUD, Sigmund, *New Introductory Lectures on Psych-Analysis* (1932), Standard Ed., vol. 22. Traducción castellana parcial de L. López Ballesteros, R. Rey y G. Dessal: *La división de la personalidad psíquica*. En: Freud, Sigmund, *Textos fundamentales*. Madrid, Alianza, 1988, pp. 599-625.
- FROMM, Erich, *Man for Himself*, Nueva York, Holt, Rinehart and Winston, 1947. Traducción castellana de H. Morck: *Ética y psicoanálisis*. México, Fondo de Cultura Económica, 1953.
- GEIGER, Theodor, *Debat med Uppsala om Moral og Ret*, Lund, 1946. Traducción castellana de E. Garzón Valdés: *Moral y Derecho. Polémica con Uppsala*. Barcelona, Alfa, 1982.
- GÓMEZ PIN, Víctor, *El reino de las leyes*, Orden freudiano. Madrid, Siglo XXI, 1981.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Carlos, *Freud, crítico de la ilustración. Ensayos sobre psicoanálisis, religión y ética*, Barcelona, Crítica, 1998.
- GRINBERG, León, *Culpa y depresión*, Madrid, Alianza, 1983.
- GUISÁN, Esperanza, *Razón y pasión en ética*, Madrid, Anthropos, 1986.
- HABERMAS, Jurgen, *Moralbewusstsein und Kommunikatives Handeln*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1983. Traducción castellana de R. García Cotarelo: *Conciencia moral y acción comunicativa*. Barcelona, Península, 1985.
- HARE, Richard, *The Language of Morals*, Londres, University Press, 1952.
- HARTMAN, Heinz, *Essays on Ego Psychology*, Nueva York, International University Press, 1964. Trad. cast. de M. de la Escalera: *Ensayos sobre la psicología del yo*. México, Fondo de Cultura Económica, 1969.
- HAGERSTROM, Axel, *Om moraliska föreställningars sanning* (1911), Traducción inglesa de R. T. Sandin: *On the truth of moral propositions*. En: Hagerstrom, Axel, *Philosophy and Religion*. Londres, Allen and Unwin, 1964, pp. 77-96.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- HULL, Clark, «Value, Valuation and Natural-Science Methodology», *Philosophy of Science*, núm. 9, 1944, pp. 125-141.
- HUME, David, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, Londres, A. Millar, 1758. Traducción castellana de J. de Salas Urtueta: *Investigación sobre el conocimiento humano*. Madrid, Alianza, 1994.
- JAMES, William, *Psychology* (1892), Notre Dame (Indiana), University of Notre Dame Press, 1985.
- KOHLBERG, Lawrence, *The Philosophy of Moral Development*, San Francisco, Harper & Row, 1981.
- MARCUSE, Herbert, *Eros and Civilization. A philosophical inquiry into Freud*, Boston, Bacon Press, 1953. Traducción castellana de J. García Ponce: *Eros y civilización*. Barcelona, Ariel, 1995.
- MILL, John Stuart, *Utilitarianism* (1861), En: Mill, John Stuart, *Essays on Ethics, Religion and Society*. Toronto / Londres, University of Toronto Press / Routledge & Kegan Paul, 1969, pp. 205-259.

- MOORE, George, *Principia Ethica*, Cambridge, Cambridge University Press, 1903. Traducción castellana de A. García Díaz. México, Unam, 1959.
- MUGUERZA, Javier, *La razón sin esperanza*, Madrid, Taurus, 1977.
- NOWELL-SMITH, P. H., *Ethics*, Middlesex, Penguin Books, 1969. Traducción castellana de G. Gutiérrez: *Ética*. Pamplona, Verbo Divino, 1977.
- PIAGET, Jean, *La représentation du monde chez l'enfant*, París, Presses Universitaires de France, 1926. Traducción castellana de L. Hernández Alfonso: *La representación del mundo en el niño*. Madrid, Morata, 1978.
- PIAGET, Jean, *Le jugement moral chez l'enfant*, Paris, Presses Universitaires de France, 1932. Traducción castellana de N. Vidal: *El criterio moral del niño*. Barcelona, Fontanella, 1977.
- ODIER, Ch., *Les deux sources, consciente et inconsciente, de la vie morale*, Neuchatel, De la Bacconière, 1947.
- OGDEN, C. K. / RICHARDS, I.A., *The Meaning of Meaning*, Nueva York, Harcourt Brace Jovanovich, 1989.
- PRICHARD, H. A., *Moral Obligation: Essays and Lectures*, Oxford, Clarendon Press, 1949.
- QUINE, W. V., *On the Nature of Moral Values*, En: Goldman, Alvin / Kim, Jaegwon (eds.), *Values and Morals*. Dordrecht, Reidel, 1978, pp. 37-45.
- RIEFF, P., *Freud: the mind of the moralist*, Nueva York, Doubleday, 1961. Traducción castellana: *Freud: la mente de un moralista*. Buenos Aires, Paidós, 1966.
- ROBINSON, R., «The Emotive Theory of Ethics», *The Aristotelian Society*, núm. 22, 1948, pp. 79-106.
- ROSS, Alf, «On the Logical Nature of Propositions of Value», *Theoria*, núm. 11, 1945, pp. 172-210.
- ROSS, Alf, *Towards a realistic jurisprudence. A criticism of the dualism in law*, Copenhagen, Einar Munksgaard, 1946. Traducción castellana de J. Barboza: *Hacia una ciencia realista del derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- ROSS, Alf, *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons, 1958. Traducción castellana de G. Carrió: *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires, Eudeba, 1963.
- ROSS, Alf, *Directives and Norms*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1968. Traducción castellana de J. Hierro: *Lógica de las normas*. Madrid, Tecnos, 1971.
- ROSS, W. D., *The Right and the Good*, Oxford, Oxford University Press, 1930. Traducción castellana de L. Rodríguez: *Lo correcto y lo bueno*. Salamanca, Sígueme, 1994.
- RUBIO CARRACEDO, José, *El hombre y la ética*, Barcelona, Anthropos, 1987.
- RUBIO CARRACEDO, José, *La psicología moral (de Piaget a Kohlberg)*, En: Camps, Victoria, *Historia de la Ética*. Barcelona, Crítica, 1989, vol. III, pp. 481-532.
- RUSSELL, Bertrand, *The principles of Mathematics* (1903), Londres, Allen & Unwin, 1950.
- SÁDABA, Javier, *Ética analítica*, En: Camps, Victoria, *Historia de la Ética*. Barcelona, Crítica, 1989, vol. III, pp. 163-220.
- SCARPELLI, Uberto, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959), Milán, Giuffrè, 1985.
- SCHLICK, Moritz, *Fragen der Ethik*, Viena, Springer, 1930. Edición inglesa: *Problems of Ethics*. Nueva York, Prentice-Hall, 1939. Traducción caste-

- llana parcial de L. Aldama y otros: *¿Qué pretende la ética?* En: Ayer, Alfred, *El positivismo lógico*. México, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 251-268.
- SEARLE, John, *Speech Acts*, Londres, Cambridge University Press, 1969.
- SKINNER, B. F., *Beyond freedom & dignity*, Nueva York, Knopf, 1971. Traducción castellana de J. J. Coy: *Más allá de la libertad y la dignidad*. Barcelona, Fontanella, 1972.
- SMITH, Adam, *Theory of Moral Sentiments* (1759), Nueva York, Hafner, 1949. Trad. cast. de E. O'Gorman: *Teoría de los sentimientos morales*. México, Fondo de Cultura Económica, 1978.
- STEVENSON, Charles, «The Emotive Meaning of Ethical Terms», *Mind*, núm. 46, 1937, pp. 14-31.
- STEVENSON, Charles, *Ethics and Language*, New Haven, Yale University Press, 1944. Traducción castellana de E. Rabossi: *Ética y lenguaje*. Buenos Aires, Paidós, 1971.
- STEVENSON, Charles, «The Emotive Conception of Ethics and its Cognitive Implications». *Philosophical Review*, núm. 49, 1950, pp. 291-304.
- SULLIVAN, Harry, *The Interpersonal Theory of Psychiatry*, Norton, Nueva York, 1953.
- URMSON, J. A., *The Emotive Theory of Ethics*, Londres, Hutchinson University Library, 1968.
- VELLEMAN, David, «A Rational Superego». *Philosophical Review*, núm. 108, 1999, pp. 529-554.
- WISDOM, John, *Philosophy and Psycho-Analysis*, Oxford, Blackwell, 1935.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus* (1921), Londres, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., 1922. Traducción castellana de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera: *Tractatus logico-philosophicus*. Madrid, Alianza Editorial, 1987.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, «A Lecture on Ethics» (1929), *Philosophical Review*, 74, 1965, pp. 3-12. Traducción castellana de A. García Rodríguez: *Conferencia de ética*. En: Wittgenstein, Ludwig, *Ocasiones filosóficas 1912-1951*. Madrid, Cátedra, 1997, pp. 57-65.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Ludwig Wittgenstein and the Vienna Circle: Conversations Recorded by Friedrich Waismann* (1929-1931), Ed. a cargo de Brian McGuinness. Oxford, Blackwell, 1967. Traducción castellana de Manuel Arbolí: *Ludwig Wittgenstein y el Círculo de Viena: conversaciones con Friedrich Waismann*. México, Fondo de Cultura Económica, 1973.
- WRIGHT, Georg H. von, *Den logiska empirismen*, Helsinki, Söderströms, 1943.
- WRIGHT, Georg H. von, «Valuations – or How to Say the Unsayable», *Ratio Juris*, 13, 2000, pp. 347-357.

La mujer en la «etapa de la nivelación». El feminismo en el pensamiento de Max Scheler *

Por MARTA ALBERT MÁRQUEZ

Universidad de Córdoba

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: SCHELER Y EL FEMINISMO.—II. LA ETAPA DE LA NIVELACIÓN.—III. EL FEMINISMO COMO «ESLABÓN» NECESARIO DEL PROCESO HACIA EL EQUILIBRIO.—IV. EL ACRECENTAMIENTO DEL VALOR EN EL MUNDO COMO FIN DE LA NIVELACIÓN. EPISTEMOLOGÍA ÉTICA Y GÉNERO. V. FEMINISMO Y ÉLITES.—VI. CONCLUSIONES.

«Quien ha pensado lo más profundo, ama lo más vivo.»

HÖLDERLIN

I. INTRODUCCIÓN. SCHELER Y EL FEMINISMO

No ignoro que «Scheler» y «feminismo» conforman un extraño dúo. Las razones del desconcierto que provoca este tándem responden, en mi opinión, a dos tipos de motivos distintos. En primer lugar, al predominio de una imagen superficial y estereotipada tanto del pensador alemán como del movimiento feminista. En segundo lugar, a la práctica ignorancia en la que permanece la aportación de Scheler a lo

* Comunicación presentada a las XVIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, *El feminismo en la filosofía jurídica y política contemporánea*, Granada, 5 y 6 de abril de 2001.

que hoy se conoce como «estudios sobre el género». Si ni siquiera *El formalismo en la Ética* goza de gran predicamento en los foros académicos, en esta época de apoteosis de los valores¹, es fácil imaginar el olvido al que han sido relegados otros escritos schelerianos, como el breve ensayo sobre el sentido del movimiento feminista². Pareja suerte corre el interés por el proceso de nivelación entre hombre y mujer plasmado en el texto de la conferencia sobre el futuro de la Humanidad³, del que nos ocupamos seguidamente, circunscribiéndonos, por tanto, al último periodo de la filosofía de Scheler⁴.

Con todo, quizá pueda afirmarse que Scheler y el feminismo algo tienen en común: y es que declararse hoy «feminista» puede resultar tan «retrógrado» como defender una objetividad en ética que no se haga acompañar del «edulcorante» adjetivo de «intersubjetiva». Si hay quien piensa que el feminismo ha perdido su razón de ser, y, por tanto, su actualidad, decididamente, Scheler no está en absoluto de moda⁵.

¹ Apoteosis que se expresa en el mundo jurídico bajo el manto del Estado Constitucional, la transformación de la realidad jurídica por él operada y la consiguiente metamorfosis de la filosofía jurídica. Hoy, quizá más que nunca, el Derecho es una cuestión de estimación, o al menos, así parecen indicarlo la crisis del principio de legalidad y el nuevo papel atribuido al juez, en particular, y al jurista, en general. Ambos han de operar más con valores y principios que con normas, no han de practicar la subsunción, sino la ponderación, etc. (Vid., PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997). Por este motivo, sorprende aún más la escasa atención prestada a la fundamentación filosófica de los valores jurídicos, aunque no tanto si se atiende a la pareja suerte que corren los derechos humanos.

² SCHELER, M., «Zum Sinn der Frauenbewegung», en *Gesammelte Werke*, Band 3, Berne, Francke, 1972, pp. 197-211; Existe traducción inglesa: «Concerning the Meaning of the Feminist Movement», *Philosophical Forum*, Fall, 1978, trad. Manfred S. Frings. Ya en este breve ensayo se refiere Scheler a la necesidad del movimiento feminista. También en su lección sobre antropología filosófica del semestre de verano de 1925 dedica una sección a la cuestión del género, vid., SCHELER, M., «El hombre y el sexo» en «Acerca de la idea del hombre», en *Metafísica de la libertad*, Buenos Aires, Nova, 1960, trad. Walter Liebling, pp. 70-71.

³ Pronunciada en 1927 en la Escuela Superior Alemana de Política, fue publicada más tarde en castellano bajo el título que parafrasea el de este artículo, SCHELER, M., «El hombre en la etapa de la nivelación», en *Metafísica de la libertad*, cit., trad. Curt Hacker. Una versión resumida se publicó en nuestro país bajo el título *El porvenir del hombre*, Madrid, Espasa-Calpe, 1942.

⁴ Como es sabido, cabe distinguir dos etapas en el pensamiento de Max Scheler, cuya frontera suele situarse en torno a la creación de la obra *De lo eterno en el hombre*, hacia 1920-1922. No obstante, esta opinión no es unánime. También se ha sostenido la existencia de una primera etapa «pre-fenomenológica» antes de su encuentro (1901-1902) con Husserl. Para todo ello, vid., HENCKMANN, W., «La concepción scheleriana de la antropología filosófica», en *El puesto del hombre...*, cit., p. 14; VEGAS, J. M.^a, *Introducción al pensamiento de Max Scheler*, Madrid, Instituto Emmanuel Mounier, 1992, p. 12.

⁵ Creo, con José María de Vegas, que su práctica desaparición del panorama filosófico español es más bien un síntoma de «nuestra penuria intelectual» que de la esterilidad de las ideas schelerianas, Vid. VEGAS, J. M.^a, «Prólogo» a SCHELER, M., *El resentimiento en la moral*, Madrid, Caparrós, 1992, p. 14. Prueba de la escasa vigencia del pensamiento de Scheler en el panorama español es que, pese a su temprana y

A pesar de este hecho, el propósito de las páginas que siguen no es exclusivamente la exposición e interpretación de unas ideas relegadas al olvido. Creo que, además, podemos encontrar en ellas una orientación en la búsqueda de respuestas a los problemas que plantea la situación de la mujer en nuestra hora, la de la nivelación.

II. LA ETAPA DE LA NIVELACIÓN

En orden a centrar la cuestión del feminismo en el pensamiento de Scheler, comenzaremos por explicar brevemente en qué consiste la «etapa de la nivelación», de la que el equilibrio entre hombre y mujer es un capítulo esencial.

Rondando los años treinta del pasado siglo, Scheler defendió, en su conferencia sobre el futuro de la Humanidad, la tesis de que nos aproximábamos a una etapa de nivelación, de igualdad, de equilibrio. «Si tuviera que colocar sobre el portal de la etapa universal entrante un nombre que expresara su tendencia fundamental, únicamente consideraría adecuado el de “nivelación”.»⁶

La «igualación» de la que hablamos afecta a distintos órdenes: Scheler se refiere expresamente a un futuro equilibrio entre el principio vital y el espiritual; entre las formas de vida y de espiritualidad occidentales y orientales; a una nivelación de la tirantez política y cultural dentro de Europa, en la que habremos de presenciar la igualación entre capitalismo y socialismo; nivelación entre vejez y juventud (en lo que se refiere a su influencia en la sociedad); equilibrio entre la consideración que se debe al trabajo manual y al intelectual... «Nivelación de casi todos los caracteres distintivos, tanto físicos como psíquicos, de la naturaleza específica de los grupos humanos en los que se puede dividir toda la humanidad, simultáneamente, (...) nivelación de tirantezas raciales, de las mentalidades, de las concepciones acerca del mundo, de Dios, de sí mismo, de las grandes esferas culturales, sobre todo de Asia y Europa»⁷. Y, por supuesto, nivelación entre el hombre y la mujer, en los términos que examinaremos a continuación.

Generalizando, puede afirmarse que las notas más destacadas de este proceso son las siguientes:

favorable acogida, actualmente resulta hoy difícil acceder a su obra. Sólo pueden adquirirse *El resentimiento en la moral* y *Ordo amoris*, ambas reeditadas por la editorial Caparrós, en 1992 y 1996, respectivamente, así como *El puesto del hombre en el cosmos* y *La idea de la paz perpetua y el pacifismo*, en reciente edición (2000) a cargo de Alba.

⁶ «El hombre en la etapa...», cit., p. 196.

⁷ *Ibidem*.

1. La nivelación está destinada a convivir, paradójicamente, con una exaltación de las diferencias individuales y relativamente individuales, «como [pueden] ser las diferencias nacionales»⁸.

2. Esta tendencia no es una elección, es un destino. Se trata de algo inevitable⁹.

3. Pero esto no obsta para que, aún así, pueda hacerse mejor o peor¹⁰. En este sentido, el viaje hacia el inexorable equilibrio ha de realizarse, según Scheler, del modo que mejor convenga a un «acrecentamiento del valor en el mundo»¹¹, y no a una disminución o rebajamiento del mismo. Es entonces cuando el equilibrio adquiere el sentido de ideal.

4. Esta tarea, que no es sino la de imprimir un sentido moral al necesario proceso de equilibrio corresponde, en las democracias occidentales, a las elites¹². De hecho, constituye la tarea más importante de toda política¹³.

5. En último lugar, (el inverso a su relevancia), hemos de señalar que el movimiento de nivelación se encamina hacia la construcción del «hombre total»¹⁴. ¿Qué debe entenderse por «hombre

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*, p. 197.

¹⁰ *El porvenir del hombre*, cit., p. 30.

¹¹ «El hombre en la etapa...», cit., pp. 197-198.

¹² *Ibidem*, especialmente, pp. 215-219.

¹³ *Ibidem*, pp. 197-198.

¹⁴ «El hombre en la etapa...», cit., p. 195. La traducción de *El porvenir del hombre*, emplea la expresión «todo hombre». No es ocioso recordar que la lengua alemana posee, a diferencia de la castellana, una palabra de significado neutro (aunque su género es masculino) que permite distinguir «hombre» en este sentido genérico (*der Mensch*), de «hombre» en sentido masculino (*der Mann*). Scheler emplea, como es lógico, la palabra de sentido neutro cuando se refiere al ideal antropológico que exponemos. Carece este, por tanto, de cualquier connotación sexista. Lo cierto es que en castellano no existe una traducción unívoca de la palabra «Mensch». Estimo más correcto mantener la traducción de Hacker, por la que cito, y, en esta medida, asumo la posible «incorrección política» de la expresión «hombre total». Lo hago por una cuestión de fidelidad a la postura de Scheler en esta cuestión, o, al menos, a mi forma de entenderla. Para Scheler «la idea de un hombre (en sentido genérico) que abarca hombre y mujer es sólo una idea masculina» (SCHELER, M., «Acerca de la idea del hombre», cit., p. 71) y este «sólo» quiere decir *exclusivamente* masculina, algo que únicamente se le había podido ocurrir al hombre, pues «únicamente el hombre (masculino) es tan «espiritual», tan «dualista» y tan infantil como para pasar por alto a veces la profundidad de la diferencia que llamamos sexual» (*Ibid.*). En tanto concepto, *Mensch* es una creación masculina y el hecho de que en otros idiomas el sustantivo que designa a la especie sea el mismo que designa al varón es prueba de ello. «Humano deriva de hombre» (*Ibid.*). Por tanto, difícilmente Scheler hubiera admitido el empleo de un género neutro, real o «inventado» (posibilidad que Scheler plantea ignorando las potencialidades que ha demostrado tener la «@») como bandera de la lucha feminista. Así las cosas, no me parece adecuado convertir una traducción al castellano de su ideal antropológico en la ocasión para expresar una idea que no comparte, o al menos, podemos razonablemente dudar que lo hiciera. Esto no es óbice, a mi juicio, para que, junto a la «paternidad conceptual masculina» de la idea de género humano, sostenga la necesidad de alterar el «contenido» del ideal antropológico con elementos típicamente femeninos, como explico a continuación.

total»? Oigamos a Scheler: «el que esté más profundamente enraizado en la oscuridad de la tierra y la naturaleza, de aquella *natura naturans* creadora de las formas naturales, la *natura naturata*, y a la par el que como persona humana se remonte en su autoconciencia hacia las alturas del mundo de las ideas, se aproxima a la idea del hombre total»¹⁵. Se trata de la expresión del ideal antropológico scheleriano, que pretende articular la realidad del hombre en tanto ser de infinitas posibilidades, en tanto ser, por ello, in-definible. «El hombre es un ser, cuyo modo de ser es la opción, aún abierta, de lo que quiere ser»¹⁶.

El «hombre total» puede entenderse en dos sentidos diversos: absoluto y relativo. El primero contiene todas las posibilidades del hombre, «las posibilidades de todas las historias del hombre en sentido empírico»¹⁷.

En orden a la comprensión del «hombre total» en sentido relativo, es preciso considerar que en cada época histórica existe un «todo-hombre relativo», un máximo de «humanidad común»¹⁸ accesible a cada momento histórico, que condensa «un máximo relativo de participación de las formas más altas de la existencia humana»¹⁹.

Hay, por tanto, un ideal para cada época de la historia y, el nuestro, es el del equilibrio. Y es nuestro deber alcanzarlo.

Por lo que hace al tema que nos preocupa, creo que puede resultar interesante centrar la cuestión en los siguientes términos: En primer lugar, plantearé una pregunta de carácter general, ¿qué concepción de la mujer se deriva del papel que le adjudica Scheler en la etapa de la nivelación?, ¿tiene esta concepción alguna conexión con la teoría feminista? En segundo lugar, desde el punto de vista del fin que ha de cumplir el proceso de igualación (el acrecentamiento de los valores en el mundo) es preciso proponer una cuestión epistemológica, ¿qué problemas plantea la situación social de la mujer desde la perspectiva del conocimiento estimativo? Por último, dado que esta importante tarea ha de ser guiada por una elite, ¿existe una elite rectora capaz de llevar a cabo lo que se concibe como la más importante tarea de toda política? ¿qué elite propugna el feminismo, de propugnar alguna?

III. EL FEMINISMO COMO «ESLABÓN» NECESARIO DEL PROCESO HACIA EL EQUILIBRIO

Uno de los procesos de igualación que Scheler considera inevitable dentro de esta etapa es el de la nivelación entre lo femenino y lo

¹⁵ «El hombre en la etapa...», cit., p. 206.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 193.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 28.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 196.

¹⁹ *Ibíd.*

masculino, o más precisamente, la «nivelación de lo específico del modo espiritual femenino y masculino, en su dominio sobre la sociedad»²⁰.

La nivelación entre géneros es, como se ha señalado, un eslabón más en el proceso total de nivelación. El equilibrio entre el hombre y la mujer es una forma de equilibrio independiente del resto, aunque se corresponde con el movimiento de nivelación entre el principio vital y el espiritual²¹. Este primer dato nos obliga a detenemos, siquiera brevemente, en la necesidad de igualación entre vida y espíritu.

Puede afirmarse que el contexto al que viene a sustituir la era del equilibrio es un contexto, indudablemente, «desequilibrado». Por lo que respecta a la nivelación espíritu-vida, Scheler afirma que la existencia de un excesivo predominio histórico de los valores espirituales ha dado lugar a que el tránsito a la edad de la igualación haya de discurrir por un período de «sistemática rebelión de los instintos en el hombre de la nueva etapa contra la sublimación unilateral, el excesivo intelectualismo de nuestros padres...»²².

La Humanidad vive inmersa en un proceso de «desublimación»²³. Se trata de una evolución en virtud de la cual el espíritu limita voluntariamente la «afluencia de la energía asimilada por el organismo hacia el cerebro o la inteligencia, en la que parece residir toda actividad pura del espíritu, es decir, la actividad creadora»²⁴.

Entre los síntomas de esta nueva etapa destaca Scheler la rebelión de las masas sobre las elites; el irracionalismo del movimiento fascista, el fervor eugenésico de Estados Unidos, el culto a la juventud, al cuerpo, al deporte, o «la fiebre por el baile»²⁵. En fin, la rebelión «de la naturaleza en el hombre y de todo lo que es oscuro, pasional, instintivo», entre otras, la «rebelión de la mujer contra el hombre»²⁶.

¿Se desprende de las palabras de Scheler un juicio de valor negativo sobre el proceso de equilibrio entre géneros? Los calificativos empleados son ciertamente desalentadores: «oscuro, pasional, instintivo...»²⁷. En cualquier caso, Scheler concibe este movimiento «revolucionario» como algo necesario, como algo que «era inminente que ocurriera»²⁸, como un elemento más de un «proceso de saneamiento para la humanidad»²⁹.

²⁰ *Ibidem*, pp. 196-197.

²¹ «Conjuntamente con este movimiento hacia una nivelación de los principios vital y espiritual del hombre, se da otro de no menor importancia que se corresponde con el primero: la nivelación de lo masculino y lo femenino en la humanidad», *Ibid.*, p. 206.

²² *Ibidem*, p. 202.

²³ *Ibidem*, p. 201.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*, p. 204.

²⁷ ¿Dónde está el prejuicio machista, en el empleo de estos adjetivos o en nuestro desaliento?

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 203.

¿Por qué es necesario el feminismo?, o mejor, ¿para qué? Obviamente, para lograr ese equilibrio que es el ideal de nuestro tiempo. He señalado antes que, respecto al tema que nos convoca, el equilibrio consiste en una nivelación de la influencia que ejercen en la sociedad lo específico de los modos espirituales masculino y femenino.

Esto nos remite a la cuestión de qué sea el «espíritu». Y creo que hemos de indagar la respuesta en la tesis sostenida en *El puesto del hombre en el cosmos* (1928), en virtud de la cual, el espíritu no es traducible por lo intelectual, pues «si bien incluye el concepto de «razón», aparte del «pensamiento conceptual» comprende determinado tipo de «intuición», la intuición de fenómenos originarios o esencias, además de cierta clase de *actos emocionales* y *volitivos* como la bondad, el amor, el arrepentimiento, la veneración, el maravillarse, la dicha y la desesperación»³⁰. Además, y, sobre todo, el espíritu (originariamente impotente³¹) ha de obtener su fuerza de la vida. Por eso, también espíritu y vida han de alcanzar en la etapa que comienza la armonía necesaria para que el hombre desarrolle en la historia el «osado» papel que la antropología filosófica de Scheler le reserva³².

Ahora quizá estemos en mejores condiciones de valorar el sentido del feminismo en la era del equilibrio, en la que el movimiento de nivelación entre el hombre y la mujer «conducirá al hombre unilateralmente espiritualista e hipersublimado, que todo lo mide respecto de valores de origen masculino, en dirección al hombre total»³³.

A decir verdad, no es sólo el ideal antropológico el que se mide a partir de valores netamente masculinos. Desde que perecieron las antiguas culturas matriarcales, la misma idea de Dios se había masculinizado. El último resto de culto a María sufrió en Europa un duro golpe tras la Reforma. La idea moderna de Dios es una idea masculina. El movimiento de equilibrio entre hombre y mujer conduce, tam-

³⁰ SCHELER, M., *El puesto del hombre...*, cit., p. 67.

³¹ Aproximadamente hasta 1925, Scheler concede al espíritu cierta «energía» propia. En este sentido, puede verse la crítica a la antropología freudiana en *Esencia y formas de la simpatía*, donde afirma respecto a las tesis del psiquiatra, «lo peculiar de su opinión consiste más bien en que Freud supone que a las variadas clases de actos espirituales no les corresponde originariamente una «energía» propia de ellos mismos, de forma que toda y cada energía que hayan de recibir sólo puede serles aportada a costa de la energía de la libidine», SCHELER, M., *Esencia y formas de la simpatía*, Buenos Aires, Losada, 1950, trad., José Gaos, p. 276. La postura de Scheler en este período consiste en afirmar que «corresponde a todas las capas de nuestra existencia psíquica, empezando por la sensación hasta los actos más altos del espíritu, una cantidad independiente de energía psíquica, que no está tomada en absoluto a la energía impulsiva de la libidine», *Ibid.*, p. 277. Después, su tesis a este respecto sufre una evolución cuya expresión más acabada encontramos en *El puesto del hombre en el cosmos*.

³² Este papel no es otro que el de co-protagonista con Dios en la realización de la historia universal, *Vid.* SCHELER, M., *El puesto del hombre...*, cit., especialmente, pp. 87 y siguientes, y HENCKMANN, W., «La concepción scheleriana de la antropología filosófica», cit., p. 23.

³³ «El hombre en la etapa...», cit., p. 207.

bién, a la correcta concepción de la divinidad, corrigiendo la visión heredada de la concepción aristotélica³⁴.

Ahora bien, ¿cómo realizará el movimiento feminista semejante tarea?, o, por mejor decir, ¿cuál es el papel que Scheler atribuye a la mujer en este camino hacia el «hombre total»? ¿qué es «lo específico del modo espiritual femenino»?

Scheler no nos ofrece una respuesta explícita. Yo creo que es posible plantear dos hipótesis que, como se verá, no son en última instancia incompatibles: La primera consiste en afirmar que la aportación de la mujer se dirige a la corrección del concepto de «espíritu», impidiendo que se identifique falsamente con lo racional, con lo lógico.

Este argumento pasa por que admitamos la aceptación, por parte de Scheler, de una conexión entre lo masculino y lo lógico, lo racional, de manera que el «modo de ser espiritual masculino» comprendería típicamente las facultades de carácter intelectual del espíritu. De esta forma, si lo espiritual consiste en el pensar ideas y en la intuición intelectual de esencias, pero también, y de forma señalada, en la aprehensión emocional de valores, podría decirse que la aportación de la mujer se enmarcaría en el ámbito de la revalorización de esta tercera capacidad espiritual.

Presenta esta hipótesis el inconveniente de requerir, además de la conexión viril-lógico, la aceptación por parte de Scheler de la identificación femenino-sentir intencional (cuando yo me inclino a pensar que el autor se decanta por la pareja femenino-estado sentimental³⁵), además del que supone dejarnos bosquejado un reparto algo «simplista» de las cualidades espirituales de uno y otro sexo, que corre el riesgo de acercar la famosa «intuición femenina» a la intuición de los valores a través de los actos de amor (intuición que tal vez sea, como escribió gráficamente Ayer, un «cuento chino»³⁶, pero, desde luego, un «cuento chino» de cierta profundidad).

La segunda hipótesis consiste en afirmar que la aportación de la revolución de la mujer se desarrolla en la esfera de lo vital. Esta interpretación se fundamenta en la relación existente entre la nivelación de la pareja espíritu-vida y la nivelación entre lo femenino y lo masculino, a la que antes aludí.

En mi opinión, esta interpretación probablemente sea la más correcta³⁷, aunque se presta a malos entendidos, que pueden evitarse:

³⁴ «Hasta tanto el fundamento del Ser sea sólo “espíritu puro” y “luz”, un principio espiritual sin el atributo de la “vida”, del “ímpetu”, será concebido de hecho como ser e idea igualmente unilateral, viril, lógico, tal como lo es la clásica idea del hombre como *homo sapiens*», «El hombre en la etapa...», cit., p. 206.

³⁵ SCHELER, M., *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*, Buenos Aires, Revista de Occidente, 1948, trad. Hilario Rodríguez Sanz, t. I, pp. 27 ss.

³⁶ AYER, A. J., «Sobre el análisis de los juicios morales», en *Ensayos filosóficos*, Barcelona, Ariel, p. 220.

³⁷ Además resulta avalada por ser congruente con lo expuesto por SCHELER en «Zum Sinn der Frauenbewegung».

a) Si somos absolutamente escrupulosos en cuanto a la concepción que de «espíritu» y «vida» sostiene Scheler en la última etapa de su pensamiento. «El espíritu idea la vida, pero sólo la vida puede poner en actividad y hacer realidad el espíritu, desde el más simple de sus actos hasta la producción de una obra a la que atribuimos un significado espiritual»³⁸. Ambos están en relación de mutua necesidad, de complementariedad. Es un error concebir esta relación en términos de antagonismo³⁹.

Esto forma parte de lo que ha de superar el feminismo, la des-valorización en la que permanece lo vital, debida a un prejuicio «masculino» que no sólo identifica arbitrariamente el espíritu con la lógica racionalista, sino que da por supuesta su independencia respecto de la vida. Ésta es, básicamente, la teoría clásica del hombre que ha dominado la filosofía de Occidente hasta la fecha, cuyo error «consistió en pasar por alto la profunda verdad de Spinoza, según la cual la razón es incapaz de regir las pasiones, a menos que (mediante la sublimación, como diríamos hoy) ella misma se convierta en pasión»⁴⁰. Para Scheler, la antropología clásica constituye, en realidad, una ideología de la clase superior de la burguesía⁴¹, y tal vez sólo dentro de sus esquemas la pareja femenino-vital resulte ofensiva.

Conviene hacer notar que justamente durante los últimos años de su vida fue Scheler fraguando una nueva forma de concepción del hombre y de la filosofía, implícita en el texto que comentamos. Su temprano fallecimiento le impidió ofrecernos algo más que un bosquejo de estas reflexiones. Sin embargo, importa tenerlas presentes. No se trata sólo de que la relación entre espíritu y vida sea de mutua necesidad. Se trata de la afirmación de que el camino del impulso (cuya forma es la vida) conduce hacia Dios, por un sendero *alternativo* al del espíritu (cuya forma es la persona), pero tan cierto como este último, el camino de la «desublimación». En realidad, toda la «etapa de la nivelación» no es más que la vía dionisiaca hacia Dios⁴². Implícita queda, por tanto, la afirmación de que la fusión en el movimiento vital abre, *también*, una vía de acceso al Ser Absoluto, la que transita por la puesta entre paréntesis del mundo de la personalidad.

La antropología filosófica de Scheler no está, sin embargo, condenada al irresoluble dualismo espíritu-vida. No, en la medida en que consideremos a ambos como «ventanas hacia lo absoluto» (como hace Scheler, empleando la bella expresión hegeliana), es decir, como

³⁸ SCHELER, M., *El puesto del hombre...*, cit., p. 115.

³⁹ *Ibidem*, p. 122.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 119.

⁴¹ SCHELER, M., *Sociología del Saber*, Buenos Aires, Revista de Occidente, 1947, trad. José Gaos, pp. 194 ss.

⁴² *Vid.* FRINGS, M.S., *Max Scheler*, Milwaukee, Marquette University Press, 2.^a ed. 1996, p. 150; del mismo autor, *The mind of Max Scheler*, Milwaukee, Marquette University Press, 1997, p. 192.

propiedades también del *Ens a se*⁴³, que, tras el triunfo de la nueva etapa, no volverá a ser considerado como un «profesor de filosofía en superlativo»⁴⁴ (pues éste es el error del modelo masculino), sino como un «acto infinito de amor misericordioso y creador»⁴⁵.

La transformación consiguiente del ideal antropológico se deduce de la consideración del hombre como «microteos»⁴⁶. Éste es el camino hacia el nuevo ideal, el del hombre que es consciente de que, como supo ver Hölderlin, *quien ha pensado lo más profundo, amó lo más vivo*.

b) Si vislumbramos en qué medida la revalorización de lo vital puede ser precisa, en nuestros días, incluso desde el punto de vista de las condiciones para un efectivo conocimiento moral. Un buen ejemplo de esto me parece lo que Scheler denomina «técnicas vitales internas»⁴⁷. Este tipo de técnicas, propias de civilizaciones matriarcales como la asiática, son un medio en orden a la consecución del «dominio de sí mismo» y de la «vida interior»⁴⁸. Por tanto, resultan instrumentos indispensables a la hora de «preparar el terreno» para cumplir el imperativo agustiniano, *noli foras ire*, a la hora de descubrir el propio *ordo amoris*, entendido en sentido descriptivo. Esta aportación es tanto más necesaria cuanto mayor es la carencia de interioridad, típicamente masculina, consecuencia de la fagocitación del «yo íntimo» por el «yo social», cuya secuela más grave condensa Scheler en la frase de Plotino, *pocos saben cuán hermosa es su alma*⁴⁹. ¿Cómo ordenar nuestro amor si no sabemos qué amamos?⁵⁰.

c) Si recordamos que el proceso que Scheler describe es, precisamente, una aproximación entre «modos de ser espirituales», el masculino y el femenino, por lo que no sería correcto deducir que la mujer fuera exclusivamente «vida», y careciera de «espíritu». Conviene que atendamos al fin del proceso, que es la realización del ideal de nuestra era, la realización del «hombre total» en sentido relativo, esto es, el

⁴³ Vid. HENCKMANN, W., «La concepción scheleriana de la antropología filosófica», cit., p. 23.

⁴⁴ Así lo describe ORTEGA, J., «El Espectador», en *Obras Completas*, Madrid, Alianza Editorial, Revista de Occidente, 1983, t. II, p. 17.

⁴⁵ SCHELER, M., *La esencia de la filosofía y la condición moral del conocer filosófico*, Buenos Aires, Nova, 1970, trad. Elsa Taberning, p. 19.

⁴⁶ SCHELER, M., «Cosmovisión filosófica», en *Metafísica de la Libertad*, cit., trad. Vicente P. Quintero, p. 232.

⁴⁷ SCHELER, M., *Sociología del Saber*, cit., p. 151.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 152.

⁴⁹ SCHELER, M., «Ensayos sobre una filosofía de la vida», en *Metafísica de la libertad*, cit., p. 270.

⁵⁰ Además, no es ocioso recordar que el autodomínio es el medio para la objetivación de los impulsos. Forma parte de lo que Scheler denomina la «actitud espiritual del filósofo». Es uno de los actos (junto al amor y la humildad) a través de los cuales puede el espíritu «desligarse» de la vida. En definitiva, el autodomínio forma parte de la actitud espiritual necesaria para llevar a cabo la desrealización ascética del mundo, esto es, la reducción fenomenológica tal como la entiende Scheler, *vid.*, SCHELER, M., *La esencia de la filosofía...*, cit., pp. 44-45.

«hombre equilibrado». Se aproximaba al «todo hombre», recordemos, aquel que, además de ser capaz, como persona, de remontarse a la región de las ideas, se encontraba firmemente enraizado en la naturaleza. Que la aportación de la mujer al acercamiento al ideal se dé, fundamentalmente, en esta última esfera, no implica en absoluto que no participe también de la primera. La espiritualidad no se posee por razón de sexo, sino que depende de que el individuo en cuestión sea o no «persona». La persona es el «centro de la actividad que es la manifestación del espíritu en el seno de las esferas del ser finito»⁵¹. Y el ser «persona» depende, a su vez, de la posesión de una serie de características (la cordura, la mayor edad, el señorío sobre el cuerpo y la conciencia del poderío de la voluntad, la responsabilidad)⁵², que nada tienen que ver con el sexo⁵³. Por tanto, así como el tipo masculino se concibe como *unilateralmente* espiritual, no cabe afirmar la *unilateralidad* vital del tipo específicamente femenino. En tanto persona, la mujer posee su propia espiritualidad. Si aceptamos que el «yo íntimo» femenino goce de mejor salud que el masculino, quizá no sea exagerado afirmar que el «modo específico espiritual femenino» se encuentra en mejores condiciones de vivir conforme a una ética emocional como la que propone Scheler, en el bien entendido de que esta ética, como antes subrayé, nada tiene que ver con los meros estados de ánimo sentimentales, sino con el sentir intencional, que en tanto tal, es conocimiento y cae del lado del espíritu.

Consecuentemente, para que el movimiento conduzca al «hombre total», al enriquecimiento del espíritu, la mujer tiene que ser mujer, tiene que actuar en él como mujer, y no como «ser humano»: «una mujer que quiere ser un «ser humano maravilloso», será siempre de hecho un mono del hombre»⁵⁴.

Al comienzo de estas páginas planteábamos la cuestión de la conexión del pensamiento de Scheler con ciertos rasgos de la teoría feminista. Importa aclarar que no se trata en absoluto del ridículo intento de convertir a Scheler en militante de feminismo alguno. Sin embargo, creo que puede resultar interesante contrastar, desde esta perspectiva, algunas de las ideas recién expuestas con las tesis defendidas por el «feminismo de la diferencia».

Como es sabido, este movimiento parte de la reivindicación de la igualdad entre hombre y mujer, pero no de la igualdad de las mujeres

⁵¹ SCHELER, M., *El puesto del hombre...*, cit., p. 67; Vid. SCHELER, M., *Ética...*, cit., t. II, p. 233. Sobre esta cuestión, vid., RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.^a, «El concepto de persona en la Filosofía de los valores de Max Scheler», en *Cursos de conferencias para PREU*, Madrid, OFE, 1962/1963, p. 399.

⁵² Vid. SCHELER, M., *Ética...*, cit., t. II, pp. 277-291.

⁵³ Por si quedara un resquicio de duda, importa recordar que, precisamente al hilo de la exposición de estas condiciones, escribe Scheler: «es sabido también que la mujer, como mujer, ha tenido que luchar durante mucho tiempo por que se le reconociera como persona.» *Ibid.*, p. 283.

⁵⁴ SCHELER, M., «Acerca de la idea del hombre», cit., p. 71.

con los hombres. Ninguna lucha feminista tiene sentido si no se cuestiona el modelo antropológico, que es un modelo predominantemente androcéntrico. Por tanto, la igualdad no ha de conseguirse a costa de negar las diferencias entre los sexos. De ahí el rechazo a las tesis de Beauvoir, a la distinción sartriana entre «Naturaleza» y «Libertad», a la liberación a base de la negación de nuestra condición de reproductoras. «En definitiva –afirma Sendón de León– el rechazo varonil a la materia que nos enraíza y nos hace verdaderamente humanas»⁵⁵.

Al menos puede afirmarse la coincidencia en dos cuestiones, a mi juicio, fundamentales: de un lado, la perentoriedad de la corrección del modelo, de la revalorización de lo específicamente femenino, labor más trascendente que la conquista puntual de mejoras en importantes ámbitos como el de las condiciones laborales, que mantienen la lucha feminista en el ámbito del *bargaining*, sin atacar a las estructuras de una sociedad construida sobre un modelo que esconde su masculinidad tras una aparente neutralidad.

De otro, como es obvio, la afirmación de la diferencia, y la pérdida de sentido de la lucha de la mujer si el fin consiste en hacernos parecer un «mono del hombre», en palabras de Scheler, con lo que el panorama quedaría reducido a «hombres y hombreritos: todos «casi» iguales»⁵⁶.

Examinada esta primera cuestión general, procede continuar el análisis del papel de la mujer en la etapa de la nivelación. En tanto la nivelación entre géneros forma parte de un proceso más amplio, son predicables de ella las notas generales antes citadas. Nos detendremos a continuación en las dos siguientes: en primer lugar, en la necesidad de dotar de un sentido moral al movimiento todo; en segundo lugar, en la responsabilidad que a las elites compete en la tarea de dirección del movimiento hacia ese fin.

IV. EL ACRECENTAMIENTO DEL VALOR EN EL MUNDO COMO FIN DE LA NIVELACIÓN. EPISTEMOLOGÍA ÉTICA Y GÉNERO

Este proceso de nivelación, recordemos, debe hacerse de tal modo que contribuya al acrecimiento general del valor en el mundo. Este extremo no puede desconcertar a nadie que conozca mínimamente las bases de la ética material de los valores, de las que sólo bastará recor-

⁵⁵ SENDÓN DE LEÓN, V., *¿Qué es el feminismo de la diferencia?*, <http://www.nodo50.org/mujeresred>, p. 5.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 4.

dar el primero de sus axiomas fundamentales, en virtud del cual, «la existencia de un valor positivo es, a su vez, un valor positivo»⁵⁷.

Con la vista puesta en el fin que el movimiento de equilibrio debe lograr, o de los resultados que debe arrojar, se nos vuelve necesario el planteamiento de la cuestión del conocimiento de los valores, de la posibilidad de aprehenderlos, al objeto de convertirlos en la meta final del proceso hacia la obtención del equilibrio entre géneros. Sin resolverlo no podremos imprimir al viaje hacia la nivelación el sentido moral que debe tener toda obra humana.

Creo que debemos repensar la situación social de la mujer desde este punto de vista. Y no ya para alabar las posibilidades ético-epistemológicas de la mujer (lo que, en cierto modo, ya he hecho). Enfoco ahora, en cambio, la cuestión desde la perspectiva de las «perturbaciones» que la situación social de la mujer puede generar en la construcción de unas nuevas coordenadas de lo valioso vigentes en la vida social, en la construcción de la moral social propiamente dicha.

Uno de los más poderosos factores de deformación en la construcción de la moral es el resentimiento. Esta «intoxicación psíquica» depende de diversos condicionamientos, pero no está de más recordar que uno de los factores más importantes que dan lugar al resentimiento como agente deformador de los juicios de valor es el reconocimiento de igualdad de derecho que, sin embargo, no se corresponde con una efectiva igualdad de hecho: «sociológicamente se sigue de aquí el importante principio de que tanto mayores serán las cantidades de esta dinamita psíquica que se formen, cuanto mayor sea la *diferencia* entre la situación de derecho o valor público, que corresponda a los grupos con arreglo a la Constitución política o a la “costumbre”, y las relaciones *efectivas* de poder»⁵⁸.

La máxima carga de resentimiento la encontraremos en una sociedad donde «los derechos políticos (aproximadamente iguales) y la igualdad social, públicamente reconocida, coexisten con diferencias muy notables en el poder efectivo (...) en una sociedad donde cualquiera tiene “derecho” a compararse con cualquiera y, sin embargo, “no puede compararse de hecho”»⁵⁹.

Desde luego, la situación de la mujer es de hecho, incomparable a la del hombre. Incluso cabría afirmar que algunas mujeres descubren que el famoso «techo de cristal» existe relativamente «tarde», que esta «imposibilidad de compararse de hecho con el hombre» se desvela poco a poco, cuando las mujeres contraen responsabilidades

⁵⁷ SCHELER, M., *Ética...*, cit., t. I., p. 56. Sobre la crítica a este axioma, en la que no podemos detenernos aquí, Vid., SCHMITT, C., «La tiranía de los valores», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 115, 1961, pp. 65-81.

⁵⁸ SCHELER, M., *El resentimiento en la moral*, Madrid, Caparrós, 1992, ed., José M^a Vegas, p. 29. Es ocioso, creo, recordar el tenor literal de los artículos 32.1 y en especial, 35.1 de la Constitución española de 1978.

⁵⁹ *Ibídem.*

familiares, cuando son madres, etc. Es preciso recordar que el lógico sentimiento de venganza se convierte con más facilidad en resentimiento «cuanto más se transforma en un estado permanente, continuamente “ofensivo” y sustraído a la voluntad del ofendido; cuanto más es sentida la ofensa como un *sino*»⁶⁰.

Me parece, sin embargo, desfasada la forma en la que Scheler analiza a la mujer en tanto potencial víctima del resentimiento en su conocido ensayo. El resentimiento se producía en la lucha entre las propias mujeres por la protección masculina⁶¹. Además, el riesgo aumentaba en la medida en que en el ámbito de lo que Scheler considera el terreno de «máximo interés vital» de la mujer, el amor al hombre, las costumbres le atribuyen el pasivo papel de «conquistada», de modo que la mujer ha de reprimir tanto sus impulsos sexuales como la expresión de su insatisfacción o del agravio hacia su propio valor sufrido en el rechazo masculino.

Este análisis resulta a todas luces ajeno a la situación actual de la mujer ¿Hemos de suponer que la mujer no está expuesta a ser víctima de esta «perturbación», al haberse modificado sustancialmente su posición social? La hipótesis que defiende es que precisamente ahora, las posibilidades de incurrir en este tipo de errores no sólo no han desaparecido, sino que se han acrecentado. Y también ha cambiado sustancialmente la relevancia de los mismos porque, ahora, sus consecuencias pasan a conformar problemas jurídicos de los que la Filosofía del Derecho habrá de ocuparse.

Y esto no significa, por supuesto, que la situación de la mujer en la vida social haya empeorado. El resentimiento, en la medida en que requiere cierta igualdad entre «ofendido» y «ofensor», es precisamente la prueba del camino recorrido, en la medida en que las mujeres pueden ahora conformarse expectativas respecto a su vida que eran antes incapaces de albergar. El problema reside en las dificultades, cuando no en la imposibilidad de realizar de hecho aquellas expectativas. Hace pocos años, este riesgo de ser víctima del resentimiento, tal como ha sido planteado, simplemente, no existía, de la misma manera que no existe para el paria de la India.

En tanto juristas, nos importan los posibles o supuestos efectos de esta «perturbación» por lo que hace a la estimación de lo justo en cada caso concreto, el problema jurídico por excelencia⁶².

Ya en otras ocasiones se ha hecho alusión al resentimiento en relación con las políticas de igualación entre hombre y mujer⁶³. Sin

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ «La mujer –más débil y por tanto más vengativa y forzada, además, de continuo, por sus inmutables cualidades personales, a la concurrencia con sus compañeras de sexo por obtener el favor del hombre– se encuentra, por lo general, en semejante situación», *Ibid.*, p. 42.

⁶² *Vid.*, RECASÉNS SICHES, L., *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 6.ª ed., 1981, p. 279.

⁶³ *Vid.*, REY MARTÍNEZ, F., «El principio de igualdad ante la ley y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo», *La Ley*, núm. 4984, año XXI, 2000, p. 4.

embargo, en estos casos, el resentimiento es considerado en tanto *consecuencia* de la adopción de determinadas medidas (singularmente, políticas de «igualdad automática de resultados») por parte del Estado, y como una consecuencia, además, cuyas víctimas serían los hombres («injustamente» preteridos en la atribución de cargos públicos, por ejemplo) y no las mujeres.

La perspectiva que aquí adoptamos es, en cambio, la de atender al resentimiento en tanto posible *origen* de ciertas reivindicaciones feministas, como, precisamente, la de la práctica de una política de igualdad de resultados.

Creo conveniente aclarar que la perturbación de la capacidad estimativa no debe concebirse de un modo simplista, como la ceguera para estimar «el» valor *justicia*. ¿Quién podría tener semejante capacidad?, ¿qué es «la» justicia?, y, sobre todo, ¿quién decide sobre la presunta ceguera de los demás?

Para Scheler la justicia es, en cualquier caso, algo intrínsecamente relativo, algo meramente formal. Como bien supo ver Ortega, para Scheler, el abstracto principio de justicia es un ideal insuficiente. Pero «el contenido que llena en cada caso la vacía urna de la justicia proviene de una actividad *sui generis* de la conciencia: la estimación. Como el juicio acepta o rechaza una conexión de ideas dotándola del carácter de verdad o falsedad, así la conciencia estimativa descubre en las acciones, en las cosas y en las personas valores positivos o negativos. Que la nobleza es algo *bueno*, valioso, y la abyección algo *malo*, de valor negativo, no lo dice ciertamente la justicia. Más aún: que se debe ser justo y que la justicia es un bien son calificaciones previas a esta misma justicia»⁶⁴.

Por tanto, lo que el resentimiento empaña es algo mucho más profundo que una mera definición abstracta de la justicia, es ese primario sustrato estimativo al que se refiere Ortega, el sustrato desde el que tiene lugar la misma construcción del contenido del concepto de justicia y la originaria atribución de derechos subjetivos, la idea que cada cual se conforma acerca de lo que le corresponde a él (*ius suum*) y a los demás.

El progreso moral (objetivo al que ha de encaminarse la nivelación entre géneros) no sólo consiste en la denuncia de las desigualdades injustas, sino también en afinar en el discernimiento de las desigualdades legítimas⁶⁵. Por eso, en tiempos de nivelación, como los que corren, creo que no está de más llamar la atención sobre la necesidad de atender a ese «afinamiento» en la capacidad de discernir diferencias legítimas. El otro componente del citado progreso va de suyo en épocas como la nuestra.

⁶⁴ ORTEGA Y GASSET, J., «*Der Genius des Krieges und der deutsche Krieg*, por Max Scheler, 1915», *Obras completas*, cit., t. II, p. 206.

⁶⁵ *Ibidem*.

Es lógico y de toda justicia que las políticas feministas se centren actualmente en la realización de la letra de la ley, en hacer posible que las flamantes declaraciones de prohibición de discriminación por razón de sexo sean un hecho y no la expresión de un deseo. Como ya se ha señalado, el progreso moral consiste, desde luego, en la lucha contra la perpetuación de situaciones de desigualdad allí donde no existe una desigualdad real. Lo único que podemos apuntar es si esta política es atribuible en exclusiva al feminismo, o si responde más bien a la obligación que a todos los agentes sociales compete de hacer realidad las palabras de la ley. Tal vez sea que hoy, todos somos, o deberíamos ser, feministas.

Ahora bien, esto no excluye la necesidad de ser absolutamente cuidadoso con las diferencias legítimas. En este sentido es en el que me parece importante incidir sobre la cuestión de las llamadas políticas de «igualdad de resultado». Porque de lo que venimos hablando, del respeto a esta doble vertiente del progreso moral, bien puede, a mi juicio, traducirse por la apuesta por una efectiva política de igualdad de oportunidades a través de la puesta en marcha de acciones positivas y la interdicción de la igualdad automática de resultados como objetivo a lograr a través de medidas de discriminación positiva por razón de sexo a favor de la mujer.

Como es sabido, en nuestro país no existe legislación alguna en materia de cuotas femeninas. Contamos, sin embargo, con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en las conocidas sentencias de los casos Kalanke (C 450-93) y Marschall (C 409-95)⁶⁶.

Y es oportuno traer ambas sentencias a colación porque creo que la cuestión decisiva es, como siempre, una cuestión de límites ¿cuándo existe realmente igualdad de oportunidades? La sentencia Marschall ha enfocado este asunto desde la perspectiva, a mi juicio, correc-

⁶⁶ Ambas se ocupan de determinar la compatibilidad de ciertas medidas legislativas tendentes a la promoción de la mujer dentro de la función pública con los apartados 1 y 4 del artículo 2.º de la Directiva 76/207 del Consejo (9 de febrero de 1976) relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. La sentencia del asunto Kalanke fue el último episodio del proceso entablado por el señor Kalanke contra la ciudad de Bremen. El artículo 4 de la Ley del Land de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Función Pública, ordenaba favorecer a la mujer en caso de igualdad de condiciones con candidatos masculinos, cuando se tratara de acceder a puestos de trabajo en los que la mujer se hallara infrarrepresentada. El Tribunal nacional entendió que este régimen no supone un sistema de cuotas rígido, ya que sólo favorece a la mujer en el caso de que los candidatos se encuentren igualmente capacitados, con lo que respeta el principio del mérito, imponiendo una discriminación positiva de las mujeres en caso de igualdad, hecho considerado probado en el caso del Sr. Kalanke y la Sra. Glissmann, la candidata favorecida. En opinión del Tribunal de Luxemburgo, esta disposición sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades por su resultado, a través de una política de discriminación de sexo, cuando este fin sólo debe lograrse a través de una efectiva política de acciones positivas tendentes a la consecución de la igualdad de oportunidades.

ta. En particular, cuando afirma que, incluso en casos de igual capacitación, hay una tendencia a favorecer a los candidatos masculinos «debido, particularmente, a determinados prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y las capacidades de la mujer en la vida activa, y al temor, por ejemplo, a que las mujeres interrumpieran más frecuentemente su carrera, a que, debido a las tareas del hogar y familiares, organizaran su jornada laboral de forma menos flexible o a que se ausentaran más a menudo debido a embarazos, partos y períodos de lactancia»⁶⁷. Por estas razones, a juicio del Tribunal, el hecho de que los dos candidatos del mismo sexo presenten igual capacitación no significa, sin más, que compitan en igualdad de oportunidades⁶⁸.

El principio de igualdad de oportunidades debe garantizarse de una manera efectiva. Esto no implica, sin embargo, la práctica de una política de igualdad automática de resultados. La sentencia Marschall autorizaría al legislador español a introducir medidas semejantes a la adoptada por el Land Nordrhein-Westfalen, siempre y cuando se mantuviera la política de «cláusulas abiertas» que garantizara la flexibilidad de la ponderación de los méritos en cada caso concreto⁶⁹. Pienso que esta exigencia debería hacerse extensiva a la interpretación del segundo párrafo del artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en virtud del cual «el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado»⁷⁰.

La reivindicación de un sistema de cuotas tendente a obtener una igualdad automática de resultados a través de medidas de discriminación positiva, cuando olvida completamente (sistema de cuotas rígido que reserva a las mujeres un determinado porcentaje de puestos vacantes independientemente de su capacitación) o pone en peligro (sistema de cuotas que depende de la igual actitud de los candidatos) la correcta ponderación del mérito de los candidatos, ¿no supone una postergación del principio de capacidad individual, un cierto menosprecio del mérito personal? El principio de capacidad parece verse preterido por un nuevo concepto de igualdad que subyace a estas reivindicaciones de algún sector feminista, de forma que parece ser un valor «a la baja» cuando llega el momento de *dar a cada uno lo suyo*, o por mejor decir, cuando cada cual se plantea que es lo que corres-

⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1997, Hellmut Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen, Asunto C-409/1995, párrafo 29.

⁶⁸ *Ibidem*, párrafo 30.

⁶⁹ Esta es la diferencia entre las normativas impugnadas en una y otra sentencia. La disposición del Land Nordrhein-Westfalen sometía la elección de la candidata no sólo a la condición de la «infrarrepresentación», sino también a la condición de que no concurrieran en el candidato masculino «otros motivos» que inclinaran la balanza a su favor.

⁷⁰ «Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (2000/C 364/01).

ponde a cada uno, esto es, cuando realiza esa «originaria atribución de derechos» basada en la capacidad estimativa.

Recordemos que uno de los errores en la estimación que corre el riesgo de generar una situación de resentimiento es, según Scheler, la creación de un nuevo concepto de igualdad, un concepto que surge en la Modernidad⁷¹, y que incluye, a su juicio, una falsificación del concepto de justicia, puesto que «la idea de «justicia», como tal, no exige la igualdad, sino sólo una conducta axiológicamente equivalente ante contenidos *iguales* de valor»⁷². Rathenau había afirmado que la justicia se basa en la envidia⁷³. Sin embargo, no es la idea de justicia la que se basa, según Scheler, en la envidia, y, por tanto, en el resentimiento, sino la *falsificación* de la idea de justicia a la que da lugar el resentimiento.

¿Qué podemos hacer para evitar este tipo de actitudes? En primer lugar, lo óptimo sería –no cabe duda– erradicar las diferencias entre la situación de hecho de la mujer y su situación de derecho, con lo que el feminismo de la «urgencia», el feminismo de la igualdad, no está, como vemos, exento de razones desde esta perspectiva.

Creo que, de momento, las soluciones discurren por otras vías. En particular, Scheler propone como método para anular el resentimiento la libre discusión, el debate público, el correcto funcionamiento de las instituciones parlamentarias⁷⁴. Libre debate, expresión del malestar, búsqueda conjunta de soluciones, serían los ingredientes básicos de la receta para evitar la falsificación del concepto de justicia.

Por este motivo creo que deberíamos plantearnos cuestiones como ¿de qué forma se desarrolla este debate actualmente?, ¿está legítimamente monopolizada la voz de las mujeres en el foro público por el discurso feminista?, ¿acaso hay «un» discurso feminista?, ¿debería haberlo?, ¿hay verdadero debate entre los «feminismos»?; la excesiva disputa doméstica, ¿no menoscaba las posibilidades de que las mujeres se reconozcan en el feminismo?

⁷¹ No obstante, siendo éste el que mayores repercusiones tiene en el ámbito de la filosofía jurídica, debemos recordar que a él se suma el desmesurado valor que en las sociedades modernas se otorga a «lo hecho por uno mismo», con la consiguiente negación del principio de solidaridad. «Sólo las cualidades, acciones, etc., que el hombre como individuo adquiere, realiza, etcétera, por su esfuerzo y trabajo, tienen valor moral», SCHELER, M., *El resentimiento...*, cit., p. 135. El proceso de liberación de la mujer también ha surgido estrechamente vinculado a este fenómeno, pero el correcto tratamiento de este tema precisaría otro trabajo distinto.

⁷² *Ibidem*, p. 142, nota.

⁷³ RATHENAU, G., *Reflexionem, vid.*, SCHELER, M., *El resentimiento...*, cit., p. 142, nota.

⁷⁴ Cuya misión es la de «desahogo» (*vid. El resentimiento...*, cit., p. 52), y no la determinación lo justo. La «fe en el discutir sin fin como método para encontrar lo justo» es sólo el sustituto del derecho natural absoluto y material desarrollado al abrigo de la metafísica racionalista de las eternas verdades, que no dejaba de ser, a su vez, sólo un retazo de «aquella verdad sustancial que en la Edad Media aún era tan rica y llena de contenido»; *vid.* SCHELER, M., *Sociología del Saber*, cit., pp. 203-204.

V. FEMINISMO Y ELITES

Como sabemos, el proceso de nivelación descrito debe ser conducido por una elite. Esto es así también en el sistema democrático, pues «no existe mayor error que considerar democracia y *elite* como una contradicción excluyente»⁷⁵. Incluso, la salud de la democracia parlamentaria depende de su capacidad para «crear y tolerar»⁷⁶ una verdadera elite.

Dentro de esta «minoría», de la elite de toda sociedad, se encuentran siempre «modelos» y «jefes»⁷⁷. Sin embargo, ambos desempeñan tareas bien distintas. Mientras lo propio del jefe es «conducir», señalar caminos, direcciones, lo propio del modelo es algo distinto y mucho más profundo. El modelo es la figura que «se cierne frente a uno o frente al grupo de tal modo que el alma poco a poco adopta sus rasgos y se transforma; y su ser, su vida, sus actos se rigen consciente o inconscientemente por él, se afirma, se elogia o se desaprueba y se censura a sí misma según esté en acuerdo o desacuerdo con ella»⁷⁸. Los modelos no poseen relevancia política alguna directa, pero sí, y mucha, indirecta. Porque son los modelos los que determinan (entre otros factores) la elección del jefe, y no al revés⁷⁹.

Hoy día, el feminismo pretende transformar la política por la vía de la reivindicación de cuotas en favor de la mujer, que garanticen su acceso a los centros de decisión política. Así, en el ámbito europeo, la Declaración de París de 17 de abril de 1999 afirmaba la necesidad de que instituciones europeas, gobiernos y partidos políticos tomen las medidas necesarias para «promover una participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones», disposiciones que pueden incluir, cuando se estime necesario, «medidas vinculantes y/o favorecedoras tanto en el campo electoral como en el de la designación de los miembros de las instancias consultivas que dependan de la decisión pública».

Las cuotas (entendidas, eso sí, como medida transitoria) persiguen, entre otros, estos dos objetivos: un cambio en las formas de hacer política (una «feminización» de la política)⁸⁰ y la «normalización» de la vida política de la mujer es decir, se pretende crear la convicción de que no es insólito que las mujeres ocupen este tipo de cargos, con lo que se adjudi-

⁷⁵ SCHELER, M., *El resentimiento...*, p. 187.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ SCHELER, M., *Modelos y jefes. El santo, el genio, el héroe*, Buenos Aires, Nova, 1971, trad. Elsa Taberning, p. 25.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ La Conferencia de Beijing afirmó a este respecto que «sin la participación activa de la mujer y la incorporación del punto de vista de la mujer a todos los niveles del proceso de adopción de decisiones no se podrán conseguir los objetivos de igualdad, desarrollo y paz». Su texto completo puede consultarse en <http://www.un.org.spainish/conferences/Beijing.htm>.

Por cierto, que esta transformación también fue preconizada en cierto modo por Scheler como otro factor de nivelación, el que existe entre el «héroe activo hacia fuera»

ca a las beneficiarias del sistema de cuotas un papel ejemplarizante. Así, el feminismo, superando algún prejuicio de sus orígenes progresistas, parece avenirse a reconocer la legitimidad y la necesidad de la influencia de las elites en el funcionamiento de la vida democrática ⁸¹.

A pesar de que las cuotas persiguen precisamente que en el ámbito político las mujeres dejen de ser minoría, la puesta en práctica de este sistema supondría la creación de una minoría de mujeres, o, mejor dicho, la introducción –automática– de mujeres en la minoría que toma las decisiones (los jefes), cargando, además, sobre sus espaldas, la responsabilidad de estar a la altura de la misión que se les ha adjudicado (la del modelo).

En mi opinión, quien crea en la efectividad de este tipo de políticas, o bien ignora la diferencia entre modelos y jefes, o bien confunde ambos tipos humanos.

Las dos pretensiones que se tratan de realizar a través de la política de cuotas, a mi juicio, requieren la acción del modelo y no la acción del jefe. El jefe sólo reclama obediencia; el modelo, una forma del alma. El jefe manda sobre nuestras acciones; el modelo determina nuestro orden de amor, y, por tanto, la extensión del nuestro mundo estimativo, en definitiva, determina qué y cuánto seremos capaces de valorar ⁸². Y creo que importa recordar que lo que andamos buscando es una reconstrucción de lo valioso desde coordenadas, también, femeninas.

Si esto es así, ¿qué solucionamos introduciendo mujeres entre los jefes? Poco, a largo plazo, y menos aún cuando su presencia no sea sinónimo de la participación real en la toma de decisiones. El riesgo que supone la práctica de la «política del harén» se cierne sobre la verdadera paridad ⁸³, que no se puede sustituir por una paridad impuesta.

de la cultura occidental y el sabio tolerante, que practica la no-violencia y que vive en conexión con la naturaleza», *vid.* SCHELER, M., «El hombre en la etapa...», *cit.*, p. 208.

⁸¹ También se pretende conseguir una más efectiva protección de los intereses de la mujer (así, la citada Conferencia de Beijing, «la participación igualitaria de la mujer en la adopción de decisiones no sólo es una exigencia básica de justicia o democracia sino que puede considerarse una condición necesaria para que se tengan en cuenta los intereses de la mujer»), asunto del que no podemos ocuparnos aquí. No obstante, no es posible dejar de señalar que la introducción de una representación política de intereses netamente femeninos a través de cuotas de representación en partidos políticos de diversa ideología me parece difícilmente aceptable desde los parámetros de nuestro sistema representativo actual. Así, como señala REY MARTÍNEZ, la distinción entre candidatos por razón de sexo «lesiona gravemente el dogma de la unidad y la homogeneidad del cuerpo electoral dueño de la soberanía. Se pone en peligro el propio contrato social. El concepto de representación mudaría de sentido si se abriera la caja de Pandora al conectar la representación no con todos los ciudadanos individualmente considerados, sino con los grupos sociales», «El principio de igualdad...», *cit.*, p. 5.

⁸² SCHELER, M., *Modelos y jefes...*, *cit.*, pp. 15-16.

⁸³ A no ser que creamos en la democracia interna de los partidos políticos, lo que a todas luces parece un exceso de fe.

Se objetará que la acción del modelo, tan profunda, tan soterrada, difícilmente consigue resultados positivos. Se dirá que un modelo no reforma, por ejemplo, el Estatuto de los Trabajadores, que, para eso, es preciso un jefe. De nuevo, la «urgencia» que, como dice el refrán, no es buena consejera. A esto puede responderse que, como bien supo ver Scheler, el alma de la historia es la historia de los valores, «de las formas éticas en las que los hombres miden su ser y su actividad práctica»⁸⁴, en definitiva, el núcleo de la historia es la historia de los modelos, que determinan los sistemas de valores y, por tanto, los «códigos y sistemas legales dependientes de estos sistemas, a los que el hombre presta obediencia o desobediencia»⁸⁵.

Bien, en cualquier caso, podría objetarse, y es cierto en buena medida, que la política de cuotas puede armonizarse con esa otra influencia de modelos.

Sin embargo, no se puede menospreciar el escollo que supone para la acción de los «verdaderos» modelos el hecho de que los jefes ofrezcan a la sociedad modelos ficticios, sucedáneos de verdaderos modelos, prototipos «codeterminados por la intención hacia lo «más alto» y de «dar un buen ejemplo», es decir, nacidos del cálculo farisaico de la simple influencia social»⁸⁶, ensayando así una dinámica inversa a la que he descrito antes: son los jefes los que tratan de determinar los modelos, y no al revés. ¿Será que también era certero el diagnóstico scheleriano por lo que respecta a la rebelión de las masas contra las elites?

Se ignora en este intento que la acción del modelo se ejerce en silencio, que va calando sin que el seguidor siquiera lo perciba, de una forma efectiva, aunque lenta (y, por cierto, muy femenina).

Por contra, una elite artificial no tendrá la fuerza necesaria para conducir la política encaminada a lograr la traslación de los parámetros del ideal contemporáneo.

VI. CONCLUSIONES

I. No es exagerado afirmar la «capacidad profética» de la teoría de la etapa de la nivelación, examinada con la perspectiva de más de setenta años. Además, esta teoría ofrece la ventaja de insertar el movimiento de equilibrio entre géneros en otro más amplio, posibilitando así una aproximación contextualizada al problema del feminismo, tanto más

⁸⁴ *Ibidem*, p. 26. Formas que varían y que deben variar a lo largo de la historia, como lo exige, para asombro de relativistas, el carácter absoluto y objetivo de los valores.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 27.

⁸⁶ SCHELER, M., *Ética...*, cit., t. II, p. 394, nota.

interesante cuanto que este «contexto», el del movimiento hacia la inexorable nivelación, es justamente el nuestro, el de nuestra hora.

II. El feminismo fue considerado por Scheler como un movimiento necesario, en tanto conducente a una nueva etapa de la historia universal en la que el ideal antropológico habrá dejado de medirse por valores exclusivamente masculinos (léase, unilateralmente espirituales). La revalorización de la mujer supone la revalorización de los valores típicamente femeninos (léase, vitales, pero no unilateralmente vitales), que resultan imprescindibles para la formación de un nuevo ideal antropológico.

En orden a realizar un juicio de valor sobre la interpretación scheleriana del papel de la mujer en la etapa de la nivelación, no se debe perder de vista la especial concepción de «espíritu» y «vida» de su última antropología, a la que pertenecen las obras que nos han ocupado, ni por supuesto el reconocimiento de la mujer como «persona», y por tanto, el reconocimiento de su espiritualidad, en mi opinión, más fácilmente acomodable al sentido de la ética de Scheler que la masculina. En este sentido, cabe incluso situar el papel de la mujer y la revalorización del «modo espiritual femenino» en el centro de un movimiento de derrocamiento de las bases de la teoría clásica del hombre, predominante en toda la filosofía occidental, e incluso, en la idea de Dios que subyace a esta antropología.

III. Al margen del juicio que la posición de Scheler nos merezca, dos cuestiones me parecen estar fuera de toda duda: en primer lugar, la necesidad del movimiento hacia el equilibrio entre hombre y mujer, en segundo lugar, la obligación o el deber de dotar de sentido moral a este movimiento. La propuesta de Scheler acerca de los modos en que este último imperativo deba realizarse, a saber, que la dotación de sentido moral consista en perseguir el acrecentamiento del valor en el mundo (lo que nos puso sobre la pista del sustrato estimativo en el que descansa la política feminista y su buena o mala salud); y que esta tarea haya de encomendarse a una elite (lo que nos movió a reflexionar sobre el fenómeno del seguimiento social y la utilidad o inutilidad desde este punto de vista de la política de cuotas femeninas de representación política) constituye una receta sabia, apegada a la realidad de las cosas y, por lo tanto, efectiva.

IV. El problema en torno al sentido moral del equilibrio entre géneros está íntimamente relacionado con la capacidad estimativa de quienes hemos de llevarlo a cabo. En tiempos de nivelación, habremos de ser especialmente cautelosos con todas las medidas que rebajen las garantías de una correcta ponderación de las legítimas diferencias, pues la lucha contra la perpetuación de las desigualdades injustas pertenece de suyo, al espíritu de la época.

V. La efectiva y real nivelación entre géneros, requiere, por paradójico que parezca, la acción del modelo y no la del jefe. Mucho menos, la de elites artificiales que son sólo un sucedáneo de modelos por venir (pues vendrán); jefas a las que se pone en el brete de resultar

también ejemplares cuando en ocasiones ni siquiera mandan. Las cuotas de representación femenina en la vida política, aparte de ser extremadamente peligrosas, si es que queremos mantener el actual sistema de representación, no son útiles, a mi juicio, para realizar, realmente, la tarea que se proponen. No lo son porque parten de una perversa intelección de la relación entre modelos y jefes, certificación, en última instancia, de la «rebelión de las masas sobre las elites» (pero no hay que echarse las manos a la cabeza, ¿no hemos aprendido que esto *también* conducirá al «hombre total»?).

El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales *

Por MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES.—2. INTERÉS COMÚN, INTERÉS INDIVIDUAL Y DERECHOS.—3. EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA VIDA. DERECHOS SIN TITULAR Y A PESAR DEL TITULAR.—4. EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LIBERTADES PREFERENTES.—5. LA CONFIGURACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS. EL PROBLEMA DE LOS LÍMITES.

Cuando se examina la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre derechos fundamentales, o se presta atención a las aportaciones doctrinales en la materia, se echa en falta algún tipo de cobertura teórica capaz de explicar las implicaciones que en los últimos tiempos se atribuye a la categoría. Las garantías de los derechos y sus límites están condicionados por la comprensión previa de la libertad política. Este trabajo parte de la idea de que un concepto de libertad distinto del liberal o como «no-interferencia», puede constituir una herramienta adecuada para reconstruir el paradigma desde el que se elaboran los derechos fundamentales en nuestro ámbito cultural.

Efectivamente, la lectura de los derechos fundamentales como instrumentos a través de los cuales se pretende garantizar un ámbito

* Agradezco a GREGORIO PECES-BARBA, RAFAEL DE ASÍS y FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI, las sugerencias que me han realizado a propósito del tema que se aborda en este trabajo.

de libre disposición individual, exento de interferencias del Estado y de terceros, es únicamente una de las posibles en el contexto en el que se sitúa la Constitución. A mi modo de ver, se pueden articular tres grandes esquemas desde los que interpretar el sistema de derechos: el modelo liberal, el modelo garantista y el modelo «republicano». Entiendo, también, que el punto de partida más adecuado para dar cuenta de la construcción de los derechos que el Tribunal Constitucional desarrolla a partir de la Constitución española de 1978, sería el tercero de los modelos enumerados.

1. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El modelo constitucional de derechos puede ser caracterizado por la idea de que los derechos presentan dos facetas, dimensiones, funciones..., que suelen denominarse objetiva y subjetiva. Se trata de una idea que surge como una construcción jurisprudencial, consigue abrirse paso en el constitucionalismo comparado y ha sido asumida por la dogmática constitucional. En nuestro entorno, ha pasado a convertirse en un rasgo definitorio del concepto jurídico-positivo de los derechos, de forma que podemos pensar que nos encontramos ante una nueva etapa de su evolución. Se trataría de un proceso paralelo al de la aparición de las sucesivas generaciones de derechos que, a diferencia de éste, no afecta al contenido de los derechos, sino al papel que se les atribuye en relación con la organización política y con el Derecho. En él es posible identificar tres fases.

El primer momento, lo constituye aquel en el que los derechos comienzan a reconocerse en textos pretendidamente jurídicos. En los inicios del proceso de positivación, los derechos naturales se incluyen en declaraciones de derechos que, a lo sumo, conforman la *parte dogmática* de las constituciones. El legislador es el encargado de dar forma y garantizar los derechos que, en su caso, sólo pueden ser límite frente a los restantes poderes públicos. Fundamentalmente, se conciben como posiciones subjetivas que no deben ser alteradas por el funcionamiento ordinario del Poder para que éste sea legítimo.

Con posterioridad, se produce la adquisición de eficacia vinculante de lo que pasará a ser *parte material* de las constituciones. Esta eficacia se garantiza mediante la habilitación a determinados órganos para fiscalizar que también la actuación del legislador se somete a los derechos, con lo que ningún poder público podrá vulnerar las posiciones que los derechos garantizan. A partir de un determinado momento, la vinculación es también positiva, de forma que el Estado está obligado a hacer lo posible para consolidar las posiciones de derechos.

El momento actual se caracteriza, si aceptamos esta propuesta, porque se ha producido una mutación en el concepto de derechos que hace que éstos, además de límites frente a los poderes públicos

que pueden hacerse valer para garantizar posiciones subjetivas o para exigirle que sitúe a los ciudadanos en disposición de disfrutar de estas posiciones, se convierten en elementos que «conforman el Ordenamiento Jurídico» y, desde esta perspectiva, deben imponerse con independencia de que exista vulneración de derechos de un sujeto concreto. Hasta el punto de que, en ocasiones, se justifica su defensa a pesar de la voluntad del sujeto titular del derecho.

Esta nueva apariencia del concepto de derechos fundamentales se ve reflejada, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 53/1985, de 11 de abril. En ella se resuelve el recurso previo de inconstitucionalidad contra el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del artículo 417 bis del antiguo Código Penal, denominada en los medios de comunicación «ley del aborto». En el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia, el Tribunal se expresa del siguiente modo, «los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, como dice el artículo 10 de la Constitución española, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social». Ese carácter de *componentes estructurales básicos del ordenamiento* que adquieren los derechos, está ausente en las formulaciones que recibe este concepto en otros momentos de la historia constitucional.

Además, en el mismo fundamento jurídico, el Tribunal Constitucional dota de consecuencias concretas a la dimensión objetiva, así, afirma, «de la obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano». El elemento novedoso del concepto de derechos expresado en este párrafo, lo constituye la idea de que pueden hacerse efectivos aun sin que exista un ciudadano que haga valer la pretensión subjetiva que los derechos atribuyen.

En el contexto en el que esta elaboración se formula, la dimensión objetiva del derecho a la vida sirve al Tribunal Constitucional para justificar que la vida se proteja frente a otros derechos aun cuando no exista el titular que se haya de ver favorecido por la garantía del derecho. En el fundamento jurídico séptimo, señala «partiendo de las consideraciones efectuadas en el fundamento jurídico 4, esta protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección

efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales».

No se abandona la idea de que los derechos fundamentales garantizan posiciones subjetivas¹, pero se hace preciso hacer compatible esta faceta «tradicional» con la «nueva» dimensión objetiva. El doble aspecto, aparece frecuentemente en la jurisprudencia constitucional española desde sus primeras manifestaciones. Entre otras, cabe citar la Sentencia del Tribunal Constitucional 25/81, de 14 de julio. En ella se resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley Orgánica 11/80, «Sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución» que tienen que ver con la suspensión de determinados derechos fundamentales en relación con investigaciones sobre participación en banda armada o elementos terroristas. A lo largo del fundamento jurídico quinto de esta resolución, podemos leer lo siguiente: «los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta configura un marco de convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)».

El Tribunal Constitucional utiliza este argumento para justificar, en primer lugar, la competencia del Estado en materia de derechos fundamentales. En segundo lugar, se fundamenta que esta misma competencia sirva como habilitación para limitar los derechos. Y, por último, que los límites puedan adquirir extraordinaria amplitud. En el mismo fundamento jurídico, señala el Tribunal que tales límites no sólo se fundamentan en la necesidad de proteger otros derechos, sino en la pervivencia del ordenamiento democrático. En la Sentencia se afirma que la «limitación o suspensión de derechos fundamentales en una democracia, sólo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y, por otra, ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático».

A pesar del modo en que se plantea en estas resoluciones, ambas dimensiones, objetiva y subjetiva, contienen exigencias en parte divergentes. Efectivamente, el aspecto subjetivo hace aparecer a los derechos como posiciones individuales garantizadas por el ordenamiento,

¹ Esta idea parece formar parte de lo que constituiría el «núcleo indisponible» del concepto, PRIETO, L., «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 114.

mientras desde el aspecto objetivo se produce una cierta desvinculación del derecho con respecto a su titular. Cuando una actuación aparece amparada por la defensa de los derechos en la primera vertiente, con ella se trata de reconocer la ventaja, el interés, el beneficio... y, al menos en cierta medida, la voluntad del titular. Por el contrario, las exigencias de la vertiente objetiva llevan a actuaciones en atención a la salvaguardia del orden de valores en que se basa el sistema democrático de convivencia. Las respuestas que se ofrecen a la hora de conciliar estas dos tendencias de los derechos, se pueden reconducir a los distintos modelos de libertad mencionados al comienzo del trabajo.

Los modelos liberal y garantista se caracterizan porque presentan como objetivo de los derechos la creación de un cerco de no-interferencia, en relación con el cual se define la libertad. Sin embargo, a partir de la coincidencia inicial, discrepan en cuanto a la actitud del Estado con respecto a ese cerco. Así, resulta coherente con el modelo liberal, la atribución al Poder Político de una mera función de «policía». Únicamente si los derechos son vulnerados, si se producen intromisiones ilegítimas en el ámbito de libertad individual, se requiere su intervención en la esfera de libertad. Por su parte, el modelo garantista se construye desde la toma de conciencia de la necesidad de hacer posible el disfrute efectivo del referido ámbito de «libertad». Corresponde a los poderes públicos establecer las condiciones para ello, por lo que su intervención previa es, al menos en ocasiones, requisito imprescindible para el ejercicio de los derechos.

Desde una concepción de la política basada en la libertad como no-interferencia, los derechos aparecen como límites externos al poder. El esquema teórico liberal, permite afrontar la construcción del modelo de derechos como criterios de ordenación de éste (vendrían a constituirse en algo así como «límites internos»). Este sentido es el que adquieren los derechos en el panorama constitucional contemporáneo; sin embargo, ciertas de las implicaciones que la jurisprudencia constitucional atribuye a esta idea, son difícilmente compatibles con la visión de los derechos más consistente con la libertad como no-interferencia. Efectivamente, en virtud de esta concepción, el reconocimiento de los derechos supone la articulación de un ámbito de libre disposición individual, de modo que los derechos individuales son los que ocupan el lugar estrella. Los derechos de participación asumen el papel de canales a través de los cuales los individuos compiten en el proceso político para conseguir que la actuación pública se oriente en un sentido que haga posible la mejor realización de sus intereses en este ámbito privado. Y, por su parte, los derechos sociales suponen la exigencia al poder de la realización de prestaciones para que la libre disposición sea en él real y efectiva.

Desde estos esquemas teóricos, con la objetivación del derecho se trata de atribuir consecuencias a la afirmación de que éste es una norma y no cualquier tipo de norma, forma parte de las normas superiores del sistema jurídico. Los derechos fundamentales se convierten,

de este modo, en criterios de validez de las normas inferiores o directrices a los poderes constituidos².

Por último, en relación con el modelo republicano, resulta interesante poner de manifiesto que a él subyace una concepción diferente de la libertad. A grandes rasgos, ésta coincide con lo que se viene considerando «libertad republicana» o «libertad como no-dominación». Cuando la idea de libertad a la que remiten los derechos es la de no-dominación, con ellos ya no se trata únicamente de articular un sistema de garantías que proteja al individuo de los abusos públicos, antes bien, son herramientas que permiten su inserción en la comunidad política y, al tiempo, su realización como ciudadano. De este modo, los derechos de participación adquieren un lugar protagonista puesto que son los que hacen posible, de forma más directa, la intervención del ciudadano en el poder. Los derechos sociales se entienden como un conjunto de prestaciones que el Estado debe realizar en favor de los individuos para que éstos puedan concurrir en el proceso político en condiciones de igualdad. Por su parte, los derechos individuales constituyen un ámbito de no-interferencia que, por un lado, garantiza la participación en libertad y, por otro, como en el modelo liberal, permiten la libre persecución del interés privado.

En la concepción republicana, los derechos se impregnan de una fuerte dimensión objetiva que supone dar prioridad a aquellas posiciones jurídico subjetivas cuya garantía es, a su vez, la garantía del sistema político democrático (por ejemplo, la libertad de expresión) sobre aquellas otras posiciones en las que únicamente está implicado el interés individual.

A partir de los planteamientos que resultan más consistentes con el modelo republicano de libertad hasta aquí desarrollado, los derechos, además de convertirse en criterios de validez de las restantes normas, se consideran tan importantes para el «ordenamiento objetivo» de la comunidad nacional que pueden hacerse valer con independencia de las posiciones subjetivas en juego y, más aún, incluso a pesar de esas posiciones subjetivas. Los derechos son *instituciones* o constituyen un *orden de valor*³. Situar el punto de partida de la construcción de los derechos en la libertad como no dominación arbitraria supone que constituyen los elementos en los que se condensa el bien común⁴, por

² ALEXY, R., es el autor cuya concepción de los derechos más se aproxima a esta descripción. Ver, al respecto, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

³ HÄBERLE, P., es el autor que más se aproxima a esta posición. Ver, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, trad. J. Saligmann y C. Landa, ed. Paolo Ridola, Roma, NIS (La Nuova Italia Scientifica), 1993. Pero también es, a mi modo de ver, el modelo de HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, trad. M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.

⁴ De algún modo, es la «concepción optimista» o «cooperacionista» a la que hace referencia RODRÍGUEZ-TOUBES, J., «Derechos humanos y bien común», *Derechos y Libertades*, núm. 9, 2000, pp. 459-478.

lo que su situación privilegiada en los ordenamientos se justifica por la importancia que su garantía tiene para la comunidad. El Estado es el encargado de garantizar la libertad, de modo que se convierte también en la condición para hacerla posible⁵.

Con todo ello, cuando el Estado actúa para salvaguardar los derechos, resulta fácil justificar que se trate de hacer efectivo el derecho fundamental con independencia de que estén en juego posiciones subjetivas y, también desde esta concepción es posible reivindicar la efectividad del derecho aun a pesar de las posiciones subjetivas que se considere deben ser postergadas en atención al orden de valores de la Constitución. Efectivamente, si somos capaces de justificar que en los derechos coincide el interés individual y del interés general, podremos establecer su gradación en función de lo fundamental del interés que protejan. Por otro lado, en el momento en que dejamos de considerar que el Estado es el potencial agresor frente al que hay que blindar las posiciones garantizadas por los derechos, también rechazaremos que cualquier intervención de aquel sobre la esfera de éstos deba mirarse con criterios restrictivos.

2. INTERÉS COMÚN, INTERÉS INDIVIDUAL Y DERECHOS

Fundamentalmente, la concepción republicana de la política se recupera por contraposición al pluralismo. El modelo republicano de Constitución se basa en la virtud cívica, sin embargo, mientras en el republicanismo antiguo la actuación virtuosa de los ciudadanos se pretende asegurar mediante la educación y la homogeneidad moral, en el republicanismo «moderno»⁶ la instancia en la que se confía para evitar que la corrupción perjudique la convivencia es el Derecho. De este modo, y en lo que en este momento me ocupa, el republicanismo se caracteriza por mantener una determinada relación entre Derecho, Política y comunidad. Para los republicanos el Derecho es el instru-

⁵ Esta concepción de la libertad y de la política, es la misma que encontramos en PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, BOE-Universidad Carlos III, 1995 y desde la que el autor desarrolla toda una Teoría de los derechos. En la obra citada, la libertad que fundamenta los derechos es la «libertad social, política y jurídica», es decir, la libertad que se construye a través del Derecho y del Estado. Desde este punto de vista, los derechos (y la organización política que aparece como Estado social y democrático de Derecho) son el instrumento a través del cual se hace posible el tránsito de la libertad de elección a la autonomía moral (pp. 221-226). Precisamente, sobre esa fórmula adecuada de organización política, ver *Ética, poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

⁶ SUNSTEIN, C., «Interest Groups in American Public Law», *Stanford Law Review*, núm. 38, 1985, pp. 29-87, p. 31, denomina a este nuevo republicanismo «madisoniano», y lo considera compatible con la democracia deliberativa.

mento que hace posible la virtud pública y sitúa al Estado al servicio del interés común⁷.

La concepción de la política y del Derecho que se construye desde lo que se ha dado en llamar planteamientos republicanos, se puede individualizar, en relación con la «liberal», por su crítica al «mercado político». Frente a la defensa de lo político como el foro en el que se «negocia» sobre el interés privado de cada uno de los participantes, los autores republicanos pretenden que el objetivo de la discusión pública sea el «consenso» sobre aquella respuesta que satisfaga en mayor medida el interés común. El Derecho, por su parte, es el instrumento que acoge las determinaciones de interés general.

En la forma en que se afronta la construcción de la libertad de expresión, se ponen de manifiesto estas ideas a las que hago referencia. Respecto al lugar que se atribuye a este derecho en los ordenamientos constitucionales contemporáneos, resulta sumamente ilustrativa la presentación de C. Sunstein. Este autor, en relación con la jurisprudencia constitucional norteamericana, alude a un *New Deal* de la libertad de expresión⁸. A su modo de ver, este nuevo tratamiento obedece a un cambio en el modo en que se inserta la libertad de expresión en el sistema de derechos y que viene a constituirse en reflejo de un cambio en la concepción de la política.

Efectivamente, entiende C. Sunstein que es posible abordar la libertad de expresión desde dos perspectivas muy diferenciadas: la perspectiva del «mercado de las ideas» –*marketplace of ideas*– y la perspectiva de un «sistema de deliberación democrática» –*system of democratic deliberation*–. En el momento actual, la jurisprudencia norteamericana se inclina por la segunda de las posibilidades.

Si se pone en relación esta estipulación con el esquema presentado con anterioridad, cada una de las posiciones de Sunstein, puede entenderse como desarrollo respectivo de los dos modelos de libertad desde los que se articulan los derechos.

Desde el primer enfoque, el gobierno se presenta como enemigo de la libertad de expresión y cualquier intervención de éste en la esfera protegida por el derecho se entiende como una vulneración de su contenido. La concepción permanece fiel a la idea de que los derechos constituyen un ámbito de libre disposición individual y, en esta medida, la protección que brindan no depende del contenido de las manifestaciones, ni del contexto en el que éstas se viertan. El principio que inspira la protección es el de la neutralidad, de modo que se

⁷ CHRISTODOULIDIS, E. A., *Law and Reflexive Politics*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1998, p. 10. No obstante, existen divergencias entre los distintos autores a propósito de cuál debe ser el ámbito institucional en el que se discuta el bien común.

⁸ SUNSTEIN, C. R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York, The Free Press, 1993, p. 17.

valoran igual a estos efectos las opiniones relativas a la economía, que las crónicas de sociedad o el discurso político.

También en consonancia con este postulado de neutralidad, los límites que afecten al derecho deben justificarse mediante una ponderación de intereses particulares. Sólo resultan legítimas las restricciones cuando aparece un conflicto entre derechos y, en ese caso, el interés común no puede servir para apoyar la preeminencia de uno u otro. Las cuestiones que se plantean en torno a derechos son asuntos de interés particular. De un modo más gráfico, puede decirse que cuando se reconoce un derecho, lo que se está haciendo es otorgar primacía al interés privado sobre el interés común en el ámbito que el derecho abarca.

Este tratamiento de la libertad de expresión es bien distinto del que se desprendería de un «sistema de deliberación democrática». Si se pone en relación la libertad de expresión con una concepción de este tipo, el derecho ya no trata de garantizar únicamente una posición subjetiva, muy al contrario, en él confluyen el interés del titular y el «interés común». Las consecuencias que se desprenden para los distintos aspectos según Sunstein, se pueden resumir en la idea de que la libertad es producto del Derecho⁹. Por un lado, esta afirmación supone que la libertad no es natural y, por otro, que el hecho de que un elemento sea natural o artificial no prejuzga su conveniencia. El caso es que, desde esta otra fórmula, el poder político no aparece como el enemigo de la libertad de expresión, por lo que las regulaciones no se conciben necesariamente como vulneraciones de su contenido.

Además, queda de lado la neutralidad en relación con el contenido del discurso que merece ser protegido. Las expresiones que se refieren a la política y muestran una concepción democrática están especialmente valoradas. Se trata de dar prioridad a aquellas manifestaciones de la libertad de expresión que contribuyen a crear opinión pública.

Nótese la semejanza entre esta descripción de C. R. Sunstein y la caracterización de Böckenförde de la «teoría institucional de los derechos fundamentales». El autor alemán presenta una serie de teorías que sirven para dar cobertura a diversas interpretaciones de los derechos fundamentales presentes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Junto con la teoría institucional, Böckenförde hace referencia a la teoría liberal o del Estado de Derecho burgués, a la teoría axiológica, a la teoría democrático-funcional y a la teoría del Estado social. Pues bien, la teoría institucional supone que «la libertad individual requiere de las circunstancias vitales garantizadas institucionalmente, del lado institucional de los derechos fundamentales, así como de los complejos normativos que los enriquece,

⁹ SUNSTEIN, C. R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, op. cit., pp. 31 y 32, pone de manifiesto que también el sistema de mercado es una creación del Derecho.

que les dan dirección y medida, seguridad y amparo, contenido y función»¹⁰.

La libertad que protegen los derechos fundamentales es la libertad orientada a determinados intereses y la intervención de la Ley se interpreta como «favorecimiento de la libertad». Por fin, en el esquema de Sunstein (que resulta coincidente con el del Tribunal Constitucional Español), la función a la que se orientan los derechos es la de proteger los procesos políticos, por lo que se puede pensar que también en esta está presente de modo más específico lo que en Böckenförde se configura como la «teoría democrático-funcional de los derechos fundamentales».

Pues bien, la articulación de un modelo de libertad de expresión (o de derechos fundamentales) que se inserte en un «sistema de deliberación democrática» (o en una «teoría democrático-funcional de los derechos fundamentales») exige adoptar un punto de vista que explique por qué la Ley no es enemiga sino garante de los derechos.

Esta concepción de la Ley como requisito para la libertad se encuentra, como he señalado con anterioridad, en el «republicanismo» que, además, introduce argumentos para comprender la confluencia del interés público y el interés individual que se produce en los derechos fundamentales. En lo sucesivo, tomaré como ilustración del modo en que estas ideas se manifiestan en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, las construcciones del derecho a la vida, la libertad de expresión y los límites a los derechos.

3. EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA VIDA. DERECHOS SIN TITULAR Y A PESAR DEL TITULAR

El modo en que el Tribunal Constitucional ha afrontado problemas relacionados con el derecho a la vida, sirve de ejemplo para ilustrar algunos aspectos de la concepción de la libertad que predomina en la jurisprudencia constitucional española. En estas sentencias se pone de manifiesto que el interés que se protege mediante el derecho no es únicamente el de su titular. Los derechos desempeñan una función «social» y, en ocasiones, la garantía de esa función hace que el bien

¹⁰ En BÖCKENFÖRDE, E. W., «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales», trad. de I. Villaverde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 44-71, p. 53 (parafraseando en buena medida a HÄBERLE, P.). Por otra parte, y desde un análisis histórico, estos mismos dos modelos de la libertad de expresión de Sunstein, están presentes en el esquema de aproximación a la opinión pública que propone RODRÍGUEZ URIBES, J. M., *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, Madrid, Marcial Pons, 1999, y que se presentan como «liberal y democrático». Sobre la libertad de expresión, ver también ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., *Los orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Madrid, BOE-Universidad Carlos III, 1994.

que se ampara mediante la constitución de un derecho fundamental, deba salvaguardarse con independencia de la voluntad del titular.

En la sentencia 53/85, a la que hice referencia con anterioridad, el Tribunal Constitucional establece la necesidad de garantizar el derecho a la vida aun cuando todavía no exista un titular sobre el que recaiga este derecho. En las sentencias relativas a la huelga de hambre de los GRAPO, se fundamenta, además, que los derechos puedan hacerse valer a pesar del titular¹¹. En lo sucesivo, haré referencia a las Sentencias 120/90 y 137/90, en las que se resuelven sendos recursos de amparo. El primero contra el Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de febrero de 1990 y el segundo los Autos de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 13 de febrero de 1990.

En hospitales de Madrid y Guadalajara, son ingresados algunos reclusos pertenecientes a los «Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre» (GRAPO), que se habían negado a ingerir alimentos como medida de presión para conseguir la concentración en un único establecimiento penitenciario de todos los sujetos pertenecientes a estos grupos que se encontraban en distintas prisiones españolas.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid que se impugna es revocatorio de una resolución previa del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 2 por el que se afirma que «la Administración penitenciaria ha de velar por la vida, integridad y salud de los internos, pero también, y tal como dice el artículo 3 (de la Ley General Penitenciaria) en su párrafo 1.º, ésta se ha de ejercer siempre respetando en todo caso la personalidad humana de los propios reclusos en prisión; así, pues, se le puede dar tratamiento médico siempre que no sea preciso emplear la fuerza física para administrárselo. Por esta razón, se les deberá informar de la situación clínica en la que se encuentran e intentar el dicho tratamiento, pero si su voluntad lo rechaza no se podrá utilizar fuerza física, dado que, en mi criterio, ésta atenta contra la dignidad de la persona. Si perdieran la conciencia se deberá en ese momento hacer todo lo posible por salvar la vida de los afectados» (Providencia de 5 de enero de 1990, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Madrid). Por tanto, esta resolución, que no fue recurrida por los representantes de los reclusos, autoriza a los médi-

¹¹ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en otras ocasiones sobre el significado del derecho a la vida. Cabe citar la Sentencia 116/99, de 17 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida y la Sentencia 212/96 de 19 de diciembre, relativa a l recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 42/88 de Donación y Utilización de Embriones y Fetos humanos. Ambas decisiones atribuyen al *nascituri* la cualidad de bien jurídico protegido por el artículo 15 de la Constitución española, sin embargo, la Sentencia 212/96 precisa, a los efectos de la reclusión por Ley Orgánica, que esta protección no forma parte del contenido esencial del derecho a la vida, «se deriva de lo que se ha calificado como un deber de protección por parte del Estado, incluido, por tanto, el legislador».

cos a hacer lo posible para salvar la vida de los huelguistas en el momento en que perdieren la conciencia y advierte también de que sería contrario a Derecho cualquier tratamiento impuesto mediante el empleo de la fuerza física.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid subraya «el derecho deber de la Administración penitenciaria de suministrar asistencia médica, conforme a los criterios de la ciencia médica, a aquellos reclusos en «huelga de hambre» una vez que la vida de éstos corra peligro, lo que se determinará, previos los oportunos informes médicos, en la forma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente determine, y sin que en ningún caso pueda suministrarse la alimentación por vía bucal en tanto persiste su estado de determinarse libre y conscientemente». Mediante este auto, se autoriza el empleo de la fuerza física para aplicar tratamientos en el momento en que la vida de los reclusos corra peligro, pero excluye la alimentación por vía bucal mientras persista el estado de consciencia. También el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara autoriza a la imposición forzosa de tratamientos médicos que se consideren necesarios para evitar el peligro de muerte. El contenido que se considera vulneratorio de derechos es el mismo en ambos recursos, como también lo es la argumentación y el fallo del Tribunal Constitucional, por lo que en adelante los trataré de forma conjunta.

La tesis de los recurrentes se puede justificar desde lo que a lo largo de este trabajo se ha denominado «modelo garantista». Básicamente, señalan que «en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, la interpretación armónica de los artículos 16.1 y 17.1 CE permite deducir, se añade, que ha de respetarse a todo ciudadano su personal código de opiniones, creencias, valores y objetivos vitales de que se trate. De este modo, la actuación estatal o de terceros en la esfera más íntima del sujeto, interfiriendo coactivamente en su actitud frente a su propia vida, como ocurriría si se obligase a prestar asistencia sanitaria a los pacientes que, libre y conscientemente, deciden rehusarla, implicaría negar al hombre todo poder configurador de su vida y su muerte. El interés público de garantizar la vida de los internos no es... circunstancia legitimadora de la limitación del derecho de aquéllos sobre su propia vida. Los poderes públicos están obligados a hacer real y efectiva la libertad y la igualdad de los individuos y grupos en que se integran (art. 9.2 CE). Quienes, por su parte, tienen derecho a obtener una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)» (STC 120/90, Antecedente 5). Efectivamente, el recurso se basa en un derecho a configurar la vida y la muerte, que es manifestación de la libertad ideológica y de la libertad. Este derecho es coherente con una concepción de la libertad entendida como no-interferencia y de los derechos como ámbitos en los que el individuo elige teniendo en cuenta el propio interés.

Sin embargo, esta perspectiva no es compartida por el Tribunal Constitucional en las Sentencias que tomo como ejemplo (como tam-

poco lo es en la argumentación que conduce al fallo en relación con la ley del aborto). Antes bien, la cuestión se plantea en términos de un conflicto entre el derecho a la vida entendido como libertad y la obligación de la administración de velar por la vida y la salud de los internos. Básicamente, su argumentación se articula sobre dos ideas: el derecho a la vida no es una libertad y existe (en el supuesto que se plantea) una relación de sujeción especial que permite restringir los derechos que también resultan especiales (fundamento jurídico 6). En los fundamentos jurídicos séptimo y octavo se puede ver cómo se construyen estos argumentos, así como la relevancia que tiene la atribución de una función objetiva en relación con el primero de ellos.

Así pues, señala el Tribunal Constitucional que «el derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial y, en último término, el de este Tribunal frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida o su integridad. De otra parte y como fundamento objetivo del ordenamiento impone a esos mismos poderes públicos y en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de tercero, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho (STC 53/85)» (fundamento jurídico séptimo). En este párrafo, el Tribunal Constitucional traduce la vertiente subjetiva del derecho en acción procesal, mientras que la dimensión objetiva supone el deber de los poderes públicos de proteger esos mismos bienes (para cuya defensa se atribuye al titular del derecho la acción) a pesar de la voluntad del titular y, en ocasiones, aunque el titular no exista. A partir de estas reflexiones, es posible afirmar que el derecho se independiza del titular.

En efecto, de esta sentencia parece desprenderse que cuando la Constitución española se compromete con la garantía de un derecho fundamental, lo hace con el contenido de ese derecho, que supone la confluencia de un interés privado y del bien común. Puesto que los derechos suelen referirse a bienes en los que está implicado el interés de los sujetos, suelen atribuirse a un titular. Además, se le otorga a este mismo titular la posibilidad de recabar la protección del derecho de los tribunales (en eso consiste la función subjetiva). Sin embargo, los derechos desempeñan un papel esencial para el mantenimiento del orden del Estado social y democrático de Derecho, por lo que ese interés individual se protege por su relevancia pública, de forma que no basta con la acción del titular, corresponde a los Poderes Públicos velar por el contenido del derecho que sigue siendo valiosos aun cuando no exista un titular e incluso a pesar de que el titular haya dejado de considerarlo de su interés.

De este modo, el Tribunal parece rechazar la idea de que los derechos se atribuyan para la satisfacción del interés privado. Y esta impresión queda confirmada desde el momento en que, unos párrafos

a continuación del citado, se condiciona la protección del derecho a la finalidad de su ejercicio. No todas las manifestaciones de la libertad merecen el mismo tratamiento: «es oportuno señalar la relevancia jurídica que tiene la finalidad que persigue el acto de libertad de oponerse a la asistencia médica, puesto que no es lo mismo usar de la libertad para conseguir fines lícitos que hacerlo con objetivos no amparados por la ley, y, en tal sentido, una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad, y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico.»

Este carácter no neutral del ejercicio protegido de los derechos se hace evidente de un modo más notable en relación con la libertad de expresión.

4. EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LIBERTADES PREFERENTES

En el tratamiento constitucional de la libertad de expresión se pone de manifiesto, sin ningún género de dudas, la opción por un modelo no liberal. En buena medida, veremos que el esquema teórico que propone Sunstein, resulta útil para dar cuenta del modo en que el Tribunal Constitucional español articula las relaciones entre este derecho y otros derechos y bienes.

Efectivamente, buena parte de los argumentos a partir de los cuales se establece el estatuto de la libertad de expresión en España, coinciden con los que Sunstein considera propios de una concepción republicana de la política. Recordemos que ésta se caracteriza porque la libertad se considera creación del Derecho, porque no resulta indiferente el contenido del discurso y porque en caso de conflicto entre derechos prevalece aquel en cuya garantía esté implicado el interés común.

Pues bien, estas notas pueden encontrarse en distintas sentencias a lo largo de las cuales el Tribunal Constitucional se plantea cuestiones relacionadas con la libertad de expresión. Por todas, puede citarse la sentencia 107/88, en el entendido de que no es sino un ejemplo de una línea jurisprudencial que también aparece en las sentencias 6/81 o 104/86, por citar otros a los que alude el propio Tribunal en la decisión de referencia. El argumento fundamental en estas decisiones es que la libertad de expresión es una «libertad preferente».

La idea de que determinados derechos constituyen «libertades preferentes», tiene su origen en la jurisprudencia constitucional norte-

americana. Sin embargo, el alcance que el Tribunal constitucional atribuye a esta tesis es distinto del que adquiere en el ámbito norteamericano¹² en relación con la libertad de expresión reconocida en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos¹³. A partir de 1940, comienzan las alusiones a este derecho como libertad preferente, sin embargo, la fundamentación de este carácter es pluralista y el test de constitucionalidad de las medidas limitadoras se basa en la presunción de ilegitimidad de la medida y en el desplazamiento de la carga de la argumentación al poder público. La justificación debe encontrarse en el peligro claro e inminente¹⁴. De este modo, la clave que inspira la protección de la libertad de expresión como una libertad preferente en la jurisprudencia constitucional norteamericana es la neutralidad.

Esta forma de argumentar en torno a la libertad de expresión es la que Sunstein considera absolutista, a ella opone la de los balanceadores, que resulta coherente con el «sistema de deliberación democrática», caracterizado con anterioridad. Sin embargo, ya he señalado cómo a mi entender el Tribunal Constitucional opta por una versión de la libertad de expresión que encontraría un mayor acomodo teórico en la segunda perspectiva.

Desde este punto de vista, resulta comprensible la argumentación desarrollada en la Sentencia 107/88. En esta decisión el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo interpuesto por vulneración de la libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1. a) de la Constitución española. El asunto que motiva el recurso es una condena por injurias a clase determinada del Estado, a un sujeto que, en el contexto de una entrevista periodística, declara: «es increíble que a mí me metan siete meses y que castiguen con un mes de arresto a un capitán de ilustre apellido que llamó cerdo al Rey... esto me confirma

¹² Ver la interpretación que hace ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 280-285, de esta construcción.

¹³ «El Congreso no dictará leyes acerca del establecimiento de una religión o de la prohibición de su libre ejercicio o menoscabará la libertad de palabra o de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a peticionar al gobierno la reparación de sus agravios», CORWIN, E. S., *La Constitución de los Estados Unidos y su Significado Actual*, trad. Aníbal Leal, Buenos Aires, Fraterna, 1987, p. 372.

¹⁴ Según afirma CORWIN, E. S., *La Constitución de los Estados Unidos y su Significado Actual*, *op. cit.*, pp. 396-397, quien, además, interpreta: «reconociendo que la libertad era la norma y la restricción constituía la excepción, habían organizado una estructura equilibrada con una tendencia intrínseca contra la interferencia gubernamental, la cual justificaba el activismo a los ojos de sus antiguos críticos, y una doctrina que desplazaba el eje de las determinaciones de la Corte al reconocer que las libertades civiles y no las libertades económicas eran esenciales para el mantenimiento de la dignidad humana y la actividad democrática», p. 397. La teoría adjetiva de los valores de ELY, J. H., *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, también adquiere un carácter pluralista en este mismo sentido.

una idea que yo tenía arraigada: hay una gran parte de los Jueces que son realmente incorruptibles; nada, absolutamente nada, puede obligarles a hacer justicia» (STC 107/88, fundamento jurídico primero).

El Tribunal Constitucional presenta la cuestión como un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, y subraya que «el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la acción que infiere en este derecho lesión penal ente sancionable haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues en tales supuestos se produce un conflicto entre derechos fundamentales, cuya dimensión constitucional convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniurandi*, tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal en el enjuiciamiento de dicha clase de delitos, pues este criterio se ha asentado hasta ahora en la convicción de la prevalencia absoluta del derecho al honor».

En el párrafo transcrito, el Tribunal Constitucional expresa la necesidad de reconsiderar el tratamiento de los delitos contra el honor desde el punto de vista de la libertad de expresión. El derecho al honor no prevalece sobre la libertad de expresión, antes bien, en determinadas circunstancias, las libertades de expresión e información tienen un «valor preponderante». Hay que entender, conforme desarrolla el propio Tribunal con posterioridad y en esta misma sentencia, que estas circunstancias consisten en que el ejercicio de la libertad contribuya a formar opinión pública, lo cual sucede cuando el asunto a que se refiere es de interés general. De este modo, se puede leer en la misma sentencia, «procede señalar que el valor preponderante de las libertades públicas del artículo 20 de la Constitución, en cuanto se asienta en la función que éstas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las personas que en ellos intervienen y por las materias a que se refieren y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (STC 107/88, fundamento jurídico segundo).

Con ello resulta que la protección dispensada a la libertad de expresión no lo es, en este caso, al titular del derecho, sino a la expresión en sí y en tanto contribuye a fomentar una serie de valores demo-

cráticos resumidos en «la formación de la opinión pública libre». Por esto, si el contenido de las manifestaciones de esta libertad carece de relevancia pública, su posición se debilita ¹⁵.

Resulta que, por un lado, la posición preferente de la libertad de expresión no obedece a su especial vinculación con la «Dignidad Humana», sino a su carácter esencial para el funcionamiento del sistema democrático, esto es, a su función objetiva. Por otro lado, el Tribunal Constitucional subraya expresamente que la protección depende del contexto y del contenido, con lo que se abandona la neutralidad. En relación con materias que no son de «interés público» o si se trata de expresiones contrarias a valores «democráticos», la libertad de expresión pierde su carácter preferente.

En la Sentencia 20/1990, de 1 de marzo, el carácter preferente de la libertad de expresión se deriva de su vinculación con la libertad ideológica. En esta ocasión, se trata de un recurso de amparo frente a resoluciones del Tribunal Supremo en la que se condena a un sujeto por injurias al Jefe de Estado en virtud de unas declaraciones vertidas con ocasión del mundial de fútbol. Entre los argumentos que llevan al Tribunal Constitucional a otorgar el amparo se encuentra el que parte de considerar que la libertad ideológica es presupuesto del pluralismo político (fundamento jurídico tercero), al que sirven también las libertades de expresión e información en tanto instrumentos que permiten la manifestación de la ideología. También la libertad ideológica adquiere un carácter preferente «en razón de su dimensión institucional» (fundamento jurídico cuarto).

Un ejemplo de este tipo de argumentación, que nos permite abundar en el carácter no neutral de la protección de la libertad de expresión en nuestro contexto, lo constituye la STC 9/1991. En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional declara la legitimidad de Violeta Friedman para interponer recurso por vulneración del derecho al honor por unas declaraciones realizadas por León Degrelle a la revis-

¹⁵ En la Sentencia 113/2000, de 7 de junio, el Tribunal Constitucional incide en esta idea del espíritu reforzado de la libertad de expresión siempre y cuando se producen determinadas circunstancias: «las circunstancias que han de tenerse en cuenta para fijar el grado de protección constitucional del mensaje son: el juicio sobre la relevancia pública del asunto (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 121/1989, de 3 de julio, 171/1990, de 12 de noviembre, 197/1991, de 17 de octubre, 178/1993, de 31 de mayo), el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica u opinión (STC16/1993, de 31 de mayo), y especialmente si son titulares de cargos públicos, cualquiera que fuere la institución a la cual sirvan, ya que, como consecuencia de la función que cumplen las libertades de expresión y de información en un sistema democrático, sus titulares han de soportar las críticas o las revelaciones aunque “duelan, choquen o inquieten” (STC 76/1995) o sean especialmente molestas o hirientes (STC 192/1999, de 25 de octubre). Igualmente importa para el enjuiciamiento constitucional el contexto en que se producen (STC 107/1988), como una entrevista o intervención oral (STC 3/1997, de 13 de enero). Y, por encima de todo, si en efecto contribuyen a la formación de la opinión pública libre (SSTC 197/1988, 105/1990, 15/1993, de 18 de enero, entre otras)».

ta *Tiempo*, en las que se afirma, según el extracto de la demanda recogido en la propia resolución constitucional lo siguiente «¿Los judíos? Mire usted, los alemanes no se llevaron judíos belgas, sino extranjeros. Yo no tuve nada que ver con eso. Y evidentemente, si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios». «El problema con los judíos –matiza León Degrelle– es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan.» «Falta un líder; ojalá que viniera un día el hombre idóneo, aquél que podría salvar a Europa... Pero ya no surgen hombre como el Führer...» «Han sacado los huesos y hasta los dientes de Mengele...» ¡hasta dónde llega el odio! «A mi juicio, el doctor Mengele era un médico normal y dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez, porque hace dos años que hay una recompensa en los Estados Unidos para aquel que aporte pruebas de las cámaras de gas. Son cincuenta millones de dólares y todavía no ha ido nadie a recogerlos». Los argumentos que el Tribunal ofrece para fundamentar la legitimidad de la actora son dos: forma parte del pueblo judío y es descendiente de sus padres, abuelos y bisabuela (asesinados todos ellos en Auschwitz) ¹⁶.

La argumentación que aquí me parece más interesante es la que se refiere a la cuestión de fondo, si las declaraciones de León Degrelle estaban o no amparadas por la libertad de expresión y, si dado el carácter preferente de esta libertad debería prevalecer en el supuesto concreto sobre el derecho al honor. Al respecto, el Tribunal Constitucional reitera la argumentación contenida en la STC 107/88, y afirma que el carácter preponderante de las libertades de expresión y de información sólo se justifica en cuanto éstas contribuyen a garantizar «la opinión pública libre y el principio de legitimidad democrática» (fundamento jurídico sexto). Sin embargo, no todos los discursos merecen la misma protección constitucional sobre la base de estas libertades, «tales derechos, no garantizan, en todo caso, el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo

¹⁶ La legitimidad activa los miembros de los grupos étnicos, sociales o religiosos que puedan ser objeto de intromisiones en su honor es un instrumento necesario para la protección del propio honor de estos grupos –que frecuentemente carecen de personalidad jurídica–, pero también es una herramienta sin la cual «el Estado Español de Derecho permitiría el surgimiento de campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo, contrarias a la igualdad, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama (art. 1.1 CE) y que el artículo 20.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresamente proscribe» (fundamento jurídico tercero). Con todo ello, parece que en este caso, la acción se justifica en parte en la importancia que la salvaguardia del honor de tales grupos frente a determinados ataques, tiene para el Estado de Derecho.

de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)» (fundamento jurídico octavo).

Por otra parte, el que el Tribunal Constitucional configure la libertad de expresión como condición de posibilidad de la democracia, hace que tampoco sea neutral la protección en relación con los titulares. No sólo existen «libertades preferentes», también existen sujetos especialmente protegidos en cuanto a su uso de la libertad de expresión. Esta conclusión parece deducirse de la Sentencia 6/81, en cuyo texto, el Tribunal argumenta que la libertad de expresión es un derecho de todos los ciudadanos sin que pueda entenderse que los periodistas sean titulares privilegiados (fundamento jurídico quinto), sin embargo, «el artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre» y «la preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder (*verbi gratia* las prohibidas en los apartados 2 y 5 del mismo art. 20), pero también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven»¹⁷.

5. LA CONFIGURACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS. EL PROBLEMA DE LOS LÍMITES

El último de los tópicos que sirve para ilustrar la posibilidad de construir el tratamiento jurisprudencial de los derechos en clave «republicana», es el de los límites de los derechos. Efectivamente, el modo en que el Tribunal Constitucional argumenta en materia de límites de los derechos fundamentales se aleja del paradigma liberal. Así, basta recordar la argumentación contenida en la Sentencia 25/81, a la que me he referido con anterioridad.

Desde la perspectiva liberal, los derechos constituyen manifestaciones de la libertad natural. Conforme he tenido ocasión de señalar, desde este punto de vista, cualquier intervención en la esfera protegida por el derecho constituye un límite al mismo, que debe enjuiciarse con criterios restrictivos. Por otra parte, cualquier intervención del Estado a través de normas prohibitivas o de obligación, supone una

¹⁷ En la misma línea, la Sentencia 113/2000, afirma el carácter privilegiado de la libertad de expresión del abogado en el contexto del proceso.

limitación de aquella libertad natural y merece el mismo tratamiento que los límites de los derechos ¹⁸.

Ni la teoría de los límites inmanentes de los derechos que se considera en términos generales presente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ¹⁹ y en la reiterada idea de que «no existen derechos ilimitados» ²⁰, ni la tesis de la delimitación de los derechos que I. de Otto propone como crítica a esta teoría, ni, por supuesto, las reflexiones que hace el Tribunal Constitucional sobre los bienes e intereses que justifican la restricción de derechos, pueden justificarse desde este modelo liberal.

La teoría general de los límites de los derechos fundamentales, se puede encontrar en la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/81, de 8 de abril, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido contra diversos preceptos del Real Decreto-ley 17/77, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo que contiene, además la definición del contenido esencial.

Básicamente, en esta decisión, el Tribunal Constitucional señala la existencia de dos tipos de límites que afectan a los derechos fundamentales. Por un lado se refiere a aquellos que se derivan directamente de la Constitución y que son «límites impuestos por las normas constitucionales concretas» y, subraya el constitucional, que «en otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales sino también otros bienes constitucionalmente protegidos» (fundamento jurídico séptimo). En este último caso, el límite es el «genérico» del artículo 53.

La ya clásica distinción de I. de Otto entre *límite* y *delimitación* de los derechos, propuesta en un ya también clásico trabajo ²¹, y que se formula como crítica a la doctrina de los límites contenida en aquella

¹⁸ Se puede situar a PRIETO, L., «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 153-166. entre los defensores de esta concepción que fundamenta en una norma general de libertad presente en el artículo 16 de la Constitución española.

¹⁹ AGUIAR DE LUQUE, L., «Los límites de los derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, pp. 9-34, pp. 20 y 21, establece una diferenciación entre límites inmanentes y límites intrínsecos que resulta de interés pero que, sin embargo, no afecta al sentido de mi argumentación. Otras clasificaciones de los límites pueden encontrarse en PECES-BARBA, G., y otros, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, BOE –Universidad Carlos III, 1995, pp. 587-616, y en ASÍS ROIG, R. DE, «Sobre los límites de los derechos», *Derechos y Libertades*, núm. 3, 1994, pp. 111-130.

²⁰ A título de ejemplo, STC 110/84, fundamento jurídico quinto, pero también 11/81 (fundamento jurídico séptimo) o 2/82, de 29 de enero (fundamento jurídico quinto), a que se remite esta sentencia.

²¹ «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», *Derechos fundamentales y Constitución*, L. Martín-Retortillo e I. de Otto y Pardo, Madrid, Civitas, 1988, pp. 94-170, p. 137. Esta doctrina es acogida con posterioridad por el Tribunal Constitucional. Ver, por ejemplo, las sentencias 137/97, de 21 de junio y 110/2000.

sentencia, lleva a la conclusión de que lo que el Tribunal Constitucional considera el «límite genérico del artículo 53», no es un auténtico límite, sino la definición del supuesto protegido por la norma de derecho fundamental y, por tanto, constituye un aspecto de la delimitación del contenido de éste. Pues bien, ninguno de estos planteamientos resulta comprensible si se entiende la libertad como no-interferencia²².

En este trabajo me interesa sobre todo la jurisprudencia constitucional, y a ella es a la que me voy a referir en lo sucesivo para subrayar cómo el modelo de derechos que contiene resulta más comprensible desde una concepción republicana de la libertad y de la política. Es evidente que el modelo no es el liberal, cuando en la Sentencia 25/81, varias veces citada, el Tribunal Constitucional resume esos bienes constitucionales que sirven como límite a los derechos en el «ordenamiento objetivo de la comunidad nacional», pero más aún, se pone de manifiesto en la Sentencia 159/86, de 16 de diciembre de 1986.

La última resolución afronta el recurso de amparo presentado por el entonces Director de *Egin*, frente a una decisión judicial que lo condena por publicar comunicados terroristas. Precisamente, el grueso de la argumentación se refiere al problema de si evitar la reproducción de comunicados de una organización terrorista supone un límite del derecho a la información. Finalmente, el amparo será concedido y, entre otras razones, se alude al carácter preferente del derecho a la información. Pero lo interesante de esta sentencia, es que hace referencia a la idea de que existe un mismo fundamento que justifica la protección de los derechos y sus límites y, sobre todo, que subraya la imposibilidad de plantear el problema de los límites de los derechos como un conflicto entre el interés público y el interés privado. Así, afirma el Tribunal Constitucional (fundamento jurídico sexto) que «tanto las normas de libertad como las normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés individual subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 10.1 de la Constitución como «fundamento del orden político y de la paz social». Así, este Tribunal pudo declarar en su sentencia 25/81, de 14 de julio, que los derechos fundamentales resultan ser «elementos esenciales de un orden objetivo de la comunidad nacional», reiterando posteriormente el destacado interés público que se halla en la base de la tutela de los derechos fundamentales». Los intereses públicos y privados protegidos por el Dere-

²² Así lo pone de manifiesto PRIETO, L., «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», *op. cit.*, p. 155, en relación con la tesis de I. de Otto.

cho español son los que se justifican en los valores superiores del ordenamiento, si un determinado derecho es considerado y protegido como fundamental es precisamente porque aparece como manifestación de estos valores a partir de los cuáles se determina cuáles son los intereses con cuya satisfacción se compromete el Estado.

La inexistencia de conflicto entre los intereses subjetivos y el interés general es una idea que no resulta comprensible desde la concepción liberal de la política, siquiera cuando ésta se presente en su versión pluralista. Si fuera posible reconstruir una teoría de los derechos a partir de la práctica del Tribunal Constitucional, ésta nos remitiría, sin duda, a una teoría política republicana.

Lo cierto es que resultaría deseable que existiera una teoría desde la que se abordase la interpretación de la Constitución, y ello con independencia de la discusión sobre cuál es la opción más idónea (o «constitucionalmente adecuada») ²³. Teniendo en cuenta que ni el concepto de derechos, ni el contenido de cada derecho concreto puede ser aprehendido exclusivamente a partir de las determinaciones del Derecho positivo ²⁴, sabremos mejor «qué derechos» tenemos si se hacen explícitas las concepciones políticas del intérprete.

²³ En el sentido de BÖCKENFÖRDE, E.-B., «Teoría e interpretación...», *op. cit.*, p. 67 ss.

²⁴ Ver ASÍS ROIG, R. DE., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 7 ss. Ver también, en «Argumentación y derechos», *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 2, Universidad de Jaén, 1999, de este mismo autor, las consecuencias concretas que para la argumentación sobre derechos tiene la asunción de un concepto dualista.

Brevísima relación de los males de la Filosofía del Derecho o las formas entre las que un filósofo del derecho puede elegir para no serlo

Por XACOB E BASTIDA FREIXEDO
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. LA SOBREVALORACIÓN DE LOS VALORES.—II. LOS EXCESOS DEL LENGUAJE.—III. EL ENTROPISMO DE LOS HECHOS.—IV. EL TRIALISMO PANÓPTICO.

Es práctica habitual que los trabajos que versan sobre la delimitación del campo propio de la Filosofía del Derecho establezcan, sin más, una variada panoplia de temas que agotan tanto el ámbito de la disciplina como la paciencia del lector. Las series temáticas son tan variadas que su lectura conjunta incita a pensar que nos encontramos ante una materia en la que el único hilo conductor es el de la anarquía del pensamiento y la especulación incontrolada. Así, desde los planteamientos «científicos» que conciben la Filosofía del Derecho como el resultado de la aplicación de un ulceroso método analítico, hasta la contemplación de la filosofía como disciplina abierta en la que todo cabe a condición de partir del llamado espíritu crítico, podemos hallar una exuberante gama de posibilidades que más nos hablan de desconcierto teórico y «perplejidad compartida» (Gil Cremades, 1985, 229) que de pluralidad de miras. En palabras de A. Ollero, «si realizáramos un inventario de lo que por vía oral o escrita se ha acogido bajo tal rótulo [Filosofía del Derecho], nos encontraríamos con una mezcolanza enciclopédica difícilmente delimitable» (1975, 251). La constante reflexión que, según E. Opocher (1983, 3), realiza la Filosofía del Derecho sobre su quehacer, autopresentándose de forma problemática, no parece que

conduzca a resultados mínimamente satisfactorios, a no ser que nos contentemos con la mixtificación propia de una disciplina construida por materiales residuales. Tal parece ser la actitud de Laporta, Hierro y Zapatero, quienes, refiriéndose al «cajón de sastre» –¿desastre?– en el que se ha convertido la Filosofía del Derecho nos dicen: «no parece que haya, además, razón alguna que exija rechazar indignados tal calificativo, y pretender una posición indiscutiblemente sustantiva y diferenciada para la filosofía, y para la filosofía jurídica, como no fueran de simple política académica» (1975, 108). Por otra parte, las directrices generales para los planes de estudio de la licenciatura de derecho que establece el Real Decreto 1424/1990 sólo confirman que el confusio-nismo que practican los filósofos del derecho acerca de los contenidos de la materia que explican tiene un émulo ministerial. Dos son los temas en que se divide la ocupación de la Filosofía jurídica. La llamada «Teoría del Derecho» comprende, sin orden ni método, materias tan diversas como la introducción al derecho, la teoría de la ciencia jurídica, la teoría fundamental del derecho o la axiología jurídica –entendiendo por esta «los problemas del derecho justo y la eficacia del derecho» (*sic*), como si ambas cuestiones fueran de correlato lógico–. De otro lado, la «Filosofía del Derecho» amalgama materias que sólo partiendo de una determinada concepción filosófica tienen acomodo –es el caso de la «Ontología y axiología», campos cuya asociación presupone una adscripción iusnaturalista– e incurre en una memorable vaguedad al incluir en su seno materias tales como «el fenómeno jurídico» o los «problemas básicos del Derecho». En fin, la crítica pormenorizada a este tipo de separación temática ya ha sido apuntada por Hernández Marín en un excelente trabajo y a ella nos remitimos (1993, 175 ss.) Baste decir que, invirtiendo el dicho clásico, si la cicatera Salamanca no lo da, qué podemos hacer los infortunados filósofos del derecho sino rendirnos a lo que nos preste la desigual Natura. La «caja de Pandora» en que, según Pattaro (1980, 1), se ha convertido la Filosofía del Derecho no parece un símil acertado para significar la actual situación en que nos encontramos. Cuando los males fueron devueltos a la caja, recordémoslo, quedó libre la Esperanza. Y aquí no es el caso.

En realidad, el origen de esta vorágine temática obedece a dos causas. La primera radica en una dejación absoluta en el mantenimiento de un concepto de derecho sobre el que volcar el análisis filosófico. La segunda, que opera en defecto de la anterior causa, estriba en la defensa de un concepto ecléctico del derecho.

En efecto, a la hora de sistematizar los asuntos propios de la Filosofía del Derecho es labor ineludible partir de una determinada concepción del derecho. En cualquier otra disciplina la previa determinación del objeto sobre el que se ha de volcar el análisis, ya sea científico, ya sea filosófico, parece de secuencia lógica. La distinción de la tipología angélica en ángeles, arcángeles, querubines, serafines, principados, tronos, potestades... implica la previa concepción de lo que se considera materia angélica –por ejemplo, ser sustancia eviter-

na—. Sin embargo, la Filosofía del Derecho se ha visto tradicionalmente exonerada de esta labor. No existe reparo alguno en acometer una taxonomía sobre un concepto que permanece indeterminado. Los filósofos del derecho son capaces de filosofar acerca de algo cuyo contorno no explicitan. Hay, por ello, buenos motivos para pensar que, en la actualidad, el objeto sobre el que gira la reflexión de la Filosofía del Derecho es la Filosofía del Derecho misma. Así, Piovani no tiene inconveniente en reconocer que «la Filosofía del Derecho no es sino el conjunto de las filosofías de Derecho de los diferentes filósofos» y que, por tanto, «las filosofías del Derecho son la Filosofía del Derecho» (1962, 31).

La Filosofía del Derecho, convenimos en esto con R. Treves (1962, 154), no es una filosofía particular, ni una rama especial de la filosofía —una filosofía regional—, sino la filosofía misma dirigida al estudio de un objeto particular —el derecho—. De ningún modo es la Filosofía del Derecho un tipo especial del género que pudiera denominarse filosofía general. Lleva razón L. Recaséns cuando afirma que una Filosofía del Derecho no es auténtica filosofía «sino en tanto en cuanto se articule en la filosofía general, con la filosofía pura. Para hacer, pues, de la Filosofía del Derecho auténtica filosofía, será necesario (...) integrarla en una concepción filosófica del universo» (1936, 35). En palabras de A. Kaufmann (1992, 183), «la Filosofía del Derecho se diferencia, por tanto, de otras ramas de la filosofía no porque sea más especial, sino porque lo que hace es reflexionar y discutir a la manera filosófica en torno a los fundamentos últimos del derecho, a los problemas jurídicos fundamentales, proporcionándoles, en la medida de lo posible, la respuesta correspondiente» (1992, 27). Si esto es así, se precisa partir ineludiblemente de un concepto de derecho sobre el que volcar el análisis filosófico. En este sentido lleva razón J. A. García Amado cuando afirma que no se puede pretender que en la realidad imperen sin más un orden lógico al respecto, «de manera que a la concepción del derecho se llegue por la vía de examen en sede reflexiva o filosófica, pues se trata en realidad de un proceso circular, en el que la Filosofía del Derecho no puede iniciar su andadura sin alguna forma de condicionante precomprensión de lo jurídico y, a su vez, esta precomprensión influye y es influida por el análisis filosófico» (1990, 263).

Así las cosas, el planteamiento ontológico respecto de la realidad jurídica es una auténtica precondition de la Filosofía del Derecho. Desde esta perspectiva, la ontología no sólo es un tema del que se ocupa la Filosofía del Derecho, sino que se convierte en presupuesto de la misma. Sólo si se formula un concepto de derecho, bien sea expresamente —procurando así el lujo de comprender las cosas—, bien sea de forma inconsciente; esto es, bien teórica, bien metateóricamente (J. Wróblewski, 1989, 118), existe posibilidad cabal de acometer la tarea de acotar el terreno propio de la Filosofía del Derecho (J. Perenic, 1989, 62). La crítica, tantas veces aducida como elemento característico de toda filosofía, comienza por ser separación y sistematización de las partes que componen un todo que se nos presenta amorfo e impenetrable. Por ello, por lo que supone de concreción aproximativa

al respecto de un objeto presto a la disección, la preocupación principal y, si nos apuran, única de la Filosofía del Derecho es la Ontología, esto es, la indagación acerca de la materia que compone esa realidad llamada Derecho. Si recorremos los lugares comunes que tradicionalmente han delimitado el campo propio de la filosofía nos encontraremos con que la Teoría General del Derecho, que desbroza los conceptos estructurales que conforman sistemáticamente el derecho; la Sociología jurídica, que contempla el derecho como un fenómeno más dentro de un complejo entramado social y, por último, la Axiología, que examina los valores implicados en la normatividad presente, traen inevitablemente causa de la Ontología jurídica. Por ello la Ontología jurídica es presupuesto inexcusable y problema grave del que no cabe sobreseimiento. Sin embargo, hoy día y por un extraño *quid pro quo*, apenas alguien se ocupa de la Ontología jurídica. Los filósofos del Derecho –los profesores que imparten asignaturas con este nombre u otros derivados– practican con frecuencia la maniobra de reducir hipostáticamente la Ontología a uno de los extremos antes mencionados que, en puridad, serían tan sólo sus secreciones. La ausencia de un concepto de derecho es la causante de este despropósito. Acaece con frecuencia que, cuando no se posee la verdadera idea genérica, la especie se convierte en un falso género del cual conocemos sólo la nota específica. Esta sinécdoque académica, que no contenta con tomar las partes por el todo destruye al todo sin dejar ni parte, podría ser analizada siguiendo el curso de las diversas reducciones que eliminan la especificidad ontológica. Tres amenazas hipostáticas sobrevuelan una Ontología jurídica –que es como decir una Filosofía del Derecho– que yace postrada en su lecho de muerte.

Conste, y esto vale para todas las hipóstasis que veremos, que nada hay de malo en realizar una reducción para intentar una concreción ontológica. Es un prejuicio intelectual muy extendido el entender la reducción como sinónimo de simplicidad restrictiva. De esta manera, catalogar una estrategia como *reduccionista* equivale a estigmatizarla como teoría que frustra la pluralidad de enfoques e interpretaciones. Sólo un pluralismo mal entendido o una espuria asimilación de la tolerancia política a la contemplación filosófica puede conducirnos a esta conclusión. Lo contrario nos llevaría, por ejemplo, a considerar descaminada *a radice* la teoría marxista por cuanto reduce la contemplación de la realidad a una consideración económica. Si la Ontología no es más, tampoco menos, que el estudio sobre la *consistencia* de la realidad –así debe traducirse la noción de *eón* que dio lugar al concepto de *Ontología*–, entonces no hay inconveniente alguno en reducir esa consistencia al elemento que se considere relevante. Es más, la reducción ha de tenerse por estrategia bienaventurada cuando acierta en el elemento a reducir. Precisamente aquí criticamos no que se establezca la reducción de la Ontología a un segmento de la realidad, sino que, en primer lugar, ese segmento no da razón de una Ontología acertada y, en segundo lugar, que la perspectiva ontológica se pierde en el

transcurso de la reducción, pues, comoquiera que lo que se pretende es delinear los rasgos de una ontología, al errar el intento la teoría se descarga del deber de tratar de la consistencia. Es indiferente que se reconozca que el «tema ontológico jurídico es el tema central y más permanente», el «núcleo primordial» de la filosofía jurídica (J. Bruffau, 1975, 16), cuando a continuación se considera que «el tema axiológico es inescindible del ontológico» (1975, 17). Así, ahora lo veremos, al considerar el iusnaturalismo que la verdadera ontología del derecho es una axiología, se exonera de la obligación de aclarar en qué consiste, precisamente, ser un valor. En otras palabras, si la Axiología es teoría de la justicia y, a su vez, esa Axiología constituye el núcleo ontológico del derecho, entonces «no cabe duda de que se hace preciso un previo esclarecimiento ontológico de la idea de justicia» (M. Atienza, 1975, 6). El problema, en suma, no reside en la reducción, sino en el papel bastardo que se asigna a la reducción. Veamos ahora los tres géneros de reducción, pues, como dice R. Ellmann (1988, 137), la labor fundamental del crítico no estriba tanto en analizar la realidad como en ver cómo no es realmente el objeto a analizar.

I. LA SOBREVALORACIÓN DE LOS VALORES

La primera hipóstasis –es un lastre propiciado por la inmersión histórica del concepto– es la reconducción de la Filosofía del Derecho al estudio de los valores. Durante siglos, la concepción del derecho en el occidente europeo ha estado condicionada por una visión iusnaturalista de corte aristotélico-tomista. Su punto de partida, como recuerda González Vicén en un trabajo hoy ya clásico (1979a, 207 ss.), es siempre la existencia de un orden universal del ser de estructura permanente e inviolable. La *lex aeterna* del pensamiento cristiano –que toma los caracteres de la *physis* en los sofistas y del *logos* universal de los estoicos– reúne los principios últimos, valga la expresión, del obrar humano. A través de un sistema derivativo y absolutamente jerarquizado, la *Lex aeterna* se va concretando en la ley divina, la ley natural y la ley humana, de tal modo que esta última forma ha de estar materialmente contenida en aquellos principios. Por otra parte, comoquiera que las explicitaciones que se deducen de la ley natural –*bonum est faciendum, suum cuique tribuere...*– son siempre formales e implican una sustanciación valorativa –a esto se refería Tomás de Aquino cuando decía que el derecho natural ha de ser descubierto, lento, trabajoso, históricamente y, en definitiva, depende del proceso, constitutivamente histórico de la razón práctica– el derecho natural se convierte en un canon axiológico que el derecho positivo deberá acoger para ser considerado parte del orden jurídico. De esta manera, el derecho natural no sólo constituye un derecho al lado de otros derechos, sino que representa un sistema de normas válidas en sí mismas

que operan como medida de validez (González Vicén, 1979a, 213). La reflexión sobre la validez del derecho, sobre su existencia como tal –en esto concuerda Kelsen con la tradición iusnaturalista– se transforma entonces en especulación sobre los valores encarnados en la ley natural y la adecuación del derecho positivo a esos valores. El orden metafísico del que parte el iusnaturalismo no es un *factum*, ni un dato extraído de la experiencia histórica o social, sino un *ordo rerum* valorativo de raíz teológica. No es de extrañar que la Filosofía del Derecho vinculada a esta tradición del pensamiento redujese su quehacer ontológico sobre el derecho al elucubrar axiológico. La Filosofía del Derecho, al ser el derecho la adecuación a un valor, se reduce a un tipo particular de la filosofía moral.

Ahora bien, esta reducción no sólo opera en quienes, vinculados todavía al día de hoy a los presupuestos ideológicos y metafísicos de los que parte esta concepción, siguen, por decirlo con Agustín de Hipona, ardiendo en celo por la casa de Dios –es el caso de F. Puy cuando afirma que la Filosofía del Derecho debe desembocar necesariamente en una ontología cifrada en «la teología iusnaturalista y basada en las fuentes de la revelación: la palabra de Dios, la sagrada tradición y el magisterio de la Iglesia» (1975, 336)–. Muy al contrario, la reconducción de la Filosofía del Derecho a los dominios de la filosofía moral se consuma, más allá de cierta retórica preconiliar, por corrientes de pensamiento que nada tienen que ver con la genuina vocación trascendente que en principio parece alentar el trasfondo de la reducción que estamos tratando. La identificación de la ontología con el mundo de los valores no viene dada ya por una conexión teleológica de carácter divino, sino que se produce por la mediación laica de la justicia democrática. Este neiusnaturalismo pagano, que tiene en Dworkin su más conspicuo defensor y en España un desmesurado feudo, acaba siendo una especie de metafísica versallesca, una aplicación de los métodos de la poética al tema de la filosofía jurídica de forma tal que la declaración beatífica de las buenas intenciones que debe observar el legislador acaba anegando la verdadera reflexión sobre el derecho. A esto se refiere Habermas cuando habla de la catástrofe de la historia del pensamiento ético, convertido en paranoia de filósofos que se han sentido autorizados a decir al prójimo qué debe hacer. Aquí los filósofos no tienen lugar, y sí los rapsodas.

La poética de Aristóteles, en respuesta al ataque que Platón dirigió en *La República* a la poesía –por ser representación de una representación, y por tanto doblemente falsaria–, defiende la preservación de las artes literarias por la convicción fundamental de que la poesía comparte no sólo su objeto sino también su método de investigación con las ciencias éticas. Al igual que la ética, la tragedia investiga la acción humana. Para este fin se atiene al mecanismo de la ficción o *poiesis* que emerge en el curso de la poética como la contraparte de la equidad en la disciplina del derecho. La poesía se ocupa de los sentimientos del hombre a través de la figuración. Del mismo modo, la

iusfilosofía de rango ético se ocupa de la conducta debida del hombre mediante la ficción –lo que equivale a decir: mediante la despreocupación más absoluta de la realidad–. Este alejamiento consciente tiene lugar al entender el derecho como una realidad anterior y distinta al derecho positivo vigente y a las prácticas de los operadores jurídicos. Como apunta García Amado (1990, 263), cuanto mayor componente idealista contenga el concepto de derecho que el iusfilósofo maneje, tanto más perderá de vista en su análisis los detalles de las normas concretas o los ordenamientos positivos vigentes y se concentrará en la explicación especulativa de los caracteres de esa otra realidad esencial o más profunda del derecho.

Poesía y axiología comparten, entonces, un gusto desmedido por la estética por medio de la fabulación. Herederos de los poetas de la República platónica, los nuevos iusnaturalistas encuentran auspiciosa la época presente. El «pudor para hablar de moralidad o de justicia» que L. Prieto aprecia en la actualidad iusfilosófica española no parece tener lugar (1987, 607). Más realista se mostraba Delgado Pinto (1975, 27) al afirmar: «No creo equivocarme al sostener que dicho entendimiento de la filosofía [como equivalente del estudio del derecho justo] gana terreno en España entre los más jóvenes». Los jóvenes de entonces (1975) son ahora filósofos talluditos que perpetúan la misma línea de investigación. Por otra parte, y en esto se muestra la proximidad con otro subgénero literario como es la hagiografía, las líneas de pensamiento que discurren por este cauce de especulación axiológica son, aunque de apariencia «crítica», tan acordes con el sistema de valores establecido que cercenan la posibilidad de análisis filosófico sobre el material jurídico. Así se constituye la amenaza del pesebrismo ético.

II. LOS EXCESOS DEL LENGUAJE

La segunda amenaza estriba en la reconducción de la Ontología jurídica a una Teoría General del Derecho. Hagamos antes de nada una aclaración terminológica. Con alguna frecuencia Teoría General del Derecho y Teoría del Derecho son expresiones que se utilizan de forma equivalente e indiscriminada –es el caso de G. Robles (1988, 155)–. A pesar de que, como ha destacado Nawiasky (1962), ambas se vinculan al surgimiento de la nueva visión positivista, conviene distinguirlas. La Teoría General del Derecho fue inicialmente concebida como el estudio de los principios y nociones comunes a las diversas ramas del Derecho e, incluso, a los diversos ordenamientos jurídicos. Aunque el desarrollo explícito de esta concepción surja a finales del siglo XIX, la gestación de la Teoría General del Derecho puede encontrarse en el positivismo austiniiano. En efecto, Austin distinguía entre Jurisprudencia –el derecho positivo que realmente *es*– y Ciencia

de la Legislación –el *ius ferenda*, el derecho que *debe ser*–. A su vez, dentro de la genéricamente denominada *Jurisprudencia* existe una jurisprudencia particular encargada de estudiar el derecho positivo nacional y una jurisprudencia general, también llamada jurisprudencia analítica, cuyo objeto consiste en el estudio de los principios, nociones y distinciones que son comunes a los diversos sistemas jurídicos. Así pues, la perspectiva de la jurisprudencia particular de Austin es la del regnícola con prurito de especificidad; la de la jurisprudencia general es la del teólogo conciliador que intenta ver muestras comunes de algo llamado *religiosidad* en todas las culturas del orbe. Del mismo modo, el punto de partida de la Teoría General del Derecho era la existencia de una ciencia jurídica dividida en una serie de ramas correspondientes a los diversos sectores del ordenamiento en las que, a su vez, se distinguen una parte general y una parte especial. Su objetivo principal –al menos en la propuesta de A. Merkel, a quien se debe la paternidad del ingenio generalista– se centraba en elaborar, a través de un proceso inductivo, una suma de conceptos y principios que fueran comunes a las diversas partes generales de todo sistema jurídico (H. Batiffol, 1962, 93; L. Bagolini, 1962, 88-89). Así, ha podido decir L. Recaséns que la Teoría General del Derecho «se ocupa de esencias (...) *a priori*, esto es, necesarias y universales que inevitablemente se hallan presentes en todas las normas y situaciones jurídicas que en el mundo han sido, que son actualmente y que serán en el futuro» (1978, 643). Ahora bien, como pone de manifiesto R. Hernández Marín (1989, 131; 1993, 184) el éxito de la Teoría General del Derecho pasaba por la admisión de la existencia de unos principios y nociones que, en un mundo ideal, se plasmaban en las diferentes ramas de los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, dichas nociones y principios no existen. La «estructura conceptual de todo derecho posible» (Rodríguez Arias, 1985, 118), o bien se extrae del material empírico existente –en cuyo caso la Teoría General del Derecho se vería reducida a sociología comparatista, en la línea propugnada por Maine o por Fustel de Coulanges– o bien se pierde en el más absoluto idealismo. Por ello, la Teoría General del Derecho tuvo que reformular sus pretensiones y circunscribir su análisis a las formas y elementos del sistema jurídico y a los propios conceptos con que el sistema se construye (J. A. García Amado, 1994, 134), prescindiendo de cualquier veleidad comparatista.

La Teoría del Derecho, por el contrario, tiene unas miras mucho más amplias. Surgida como corriente radical de la Teoría General del Derecho, la Teoría del Derecho pretende abarcar todo problema filosófico relacionado con el derecho –es «un estudio del ordenamiento jurídico en su conjunto», dirá Bobbio (1980, 251)–, con exclusión del problema de los valores. De hecho, como señala R. Dreier, la Teoría General del Derecho queda absorbida en el conglomerado de perspectivas de la nueva disciplina, siendo relegada a mera «parte general de la Teoría del Derecho en su conjunto» (1978, 125). Cualquier cues-

ción suscitada en el ámbito de la reflexión teórico-filosófica tiene ahora cabida en una Teoría del Derecho ubicua y omnicomprendensiva, a tal punto que su único criterio diferenciador y específico viene dado por su propia negatividad: Teoría del Derecho es todo lo que trata sobre el derecho sin hacer referencia a su aspecto valorativo. Una muestra del «cabalístico contenido» de la Teoría del Derecho (A. Ollero, 1975, 248) es el abanico temático que G. Peces-Barba hace depender de esta disciplina. Así, «la Teoría del Derecho trata al menos (!) Los siguientes problemas: 1) crítica de la dogmática. 2) Relaciones entre Derecho y Poder. 3) Contenido material del Derecho. 4) El derecho como Ordenamiento. 5) Estructura y función del Derecho. 6) Conceptos fundamentales del Derecho. 7) Distinción de otras materias afines» (1983, 265). Después de revisar, exhaustos, el prolífico contenido de la Teoría del Derecho, no cabe sino convenir con K. Adomeit en que «la más vieja designación de Teoría General del Derecho es también la más correcta» (K. Adomeit, 1984, 45).

Una vez aclarada la delimitación conceptual entre ambos términos, y en aras de una mayor inteligibilidad, trataremos conjuntamente los intentos reduccionistas basados tanto en la Teoría General del Derecho como en la Teoría del Derecho. El hecho de que muchos autores utilicen indistintamente los términos para referirse a un mismo concepto –séanos ejemplo Alexeev, quien dota a la Teoría General del Derecho de las características totalizadoras de la Teoría del Derecho (1989, 24)–, unido a que, por otra parte, las diferencias apuntadas no empañan el que exista un núcleo común de significado –ambos términos surgen de la concepción positivista que toma por objeto de investigación el dato lingüístico del derecho positivo– avalan nuestra elección.

Pues bien, decíamos que una segunda reducción inapropiada es aquélla que ve en la Teoría General del Derecho o en la Teoría del Derecho un sustitutivo de la Ontología. Para la Teoría General del Derecho y la Teoría del Derecho, construidas como sombras de la proyección iusnaturalista, el derecho está formado exclusivamente por normas positivas. Por otra parte –luego incidiremos sobre este aspecto–, al tenerse como grado supremo del conocimiento aquél que deriva del análisis científico, es decir, el conocimiento que construye verdades universales y necesarias a partir de objetos que tienen carácter general y permanente, el positivismo busca una base general y abstracta sobre la cual construir su análisis. Desde luego, este punto de partida no puede venir dado por los valores, habida cuenta de su carácter variable y relativo. La renuncia a la consideración idealista y valorativa del derecho propicia que el positivismo se aferre a todo dato que procure una base real para el análisis. Y ese dato se encuentra en la norma expresada a través del lenguaje. Lenguaje que, precisamente por ser base de un conocimiento que aspira a ser científico, habrá que depurar de todo rasgo que lo convierta en material puramente contingente. Así, en el derecho positivo lo único estable y per-

manente no es el contenido –que varía en el espacio y en el tiempo– sino la forma (A. Montoro, 1975, 220). Como decía Knapp, y recuerda González Vicén (1977, 691), el derecho recibe sumisamente su materia de una fuerza exterior y nuevamente la pierde por la acción de esa misma fuerza, de modo que lo permanente para ella no es el contenido, sino la corteza que es su forma. El lenguaje que es base del conocimiento de la Teoría General del Derecho, entonces, no es el lenguaje natural, sino el lenguaje formalizado.

Al igual que ocurría con la reducción axiológica, la hipóstasis que ahora nos ocupa comienza por localizar una ontología normativa, en este caso el lenguaje jurídico con el que las normas se expresan, para luego declinar su desarrollo. Decir que el derecho es lenguaje y comenzar a diseccionar las variedades lingüísticas en que se descompone no basta para acometer la tarea ontológica. Si el derecho es lenguaje habrá que delimitar la especificidad respecto de otros lenguajes u otras formas lingüísticas. Y aquí es donde los filósofos analíticos practican el sobreseimiento. Escudándose en la positividad; esto es, en que la realidad les regala un lenguaje caracterizado peculiarmente, dan por buena la delimitación que la eficacia realiza por ellos. Transitemos por un instante, y de modo telegráfico, el razonamiento de los analíticos para comprobar el tenor de su impostura: 1) El mundo que puede conocerse es el que se puede expresar en un lenguaje. 2) Las normas se expresan mediante lenguaje. 3) La realidad de las normas es el lenguaje. Hasta aquí no existe el menor problema. Todo comienza a ser confuso, sin embargo, cuando inquirimos por la ontología del lenguaje mismo. Aquí, salvadas algunas refrescantes excepciones, como la J. R. Searle (1997), todo es silencio. En cualquier caso, lo cierto es que asistimos a una abrumadora inflación de teóricos que ven en el derecho un conjunto de enunciados –sin más– que deben ajustarse a ciertas reglas lógicas y reducen el papel de la filosofía al análisis de esos enunciados. Así, M. Schlick puede definir el quehacer filosófico como «la actividad mediante la cual se determina o descubre el sentido de los enunciados (...) Por medio de la filosofía se aclaran las proposiciones, por medio de la ciencia se verifican» (1993, 62).

El análisis lingüístico, como ha sabido ver J. A. Marina (1998, 146) padece un raro tipo de parálisis. Se queda estupefacto ante la prestancia de la estructura del lenguaje y se olvida de los actos que lo están haciendo posible. Es como si decidiera vivir en un diccionario o en una enciclopedia y pensara que allí está todo. Las palabras, en ese submundo platónico creado por la imprenta, se aclaran por palabras que a su vez son aclaradas por otras palabras. Se olvida que el diccionario –así también las palabras del derecho con las que se pretende reconstruir una especie de gramática universal– tiene en última instancia términos que sólo se pueden aclarar en su remisión no a una palabra, sino a la experiencia. La autonomización de los signos que el análisis de la realidad sufrió tras la irrupción del llamado «giro lingüístico» resultó en un inicio un saludable cambio, sobre todo por lo

que tuvo de depuración antimetafísica de determinadas concepciones que, como la de I. Peidró, estimaban que la Filosofía del Derecho tenía como misión captar mediante la intuición las esencias universales del fenómeno jurídico (1975, 319). En idéntico sentido, J. López Medel afirma que la Filosofía del Derecho «no tiene otro sentido que el de indagar 'qué sea' el derecho. No qué lo constituye» (1976, 11). A esto se refiere M. Atienza cuando pondera la virtud de la Teoría General del Derecho por cuanto erradica «del campo del estudio del Derecho muchos prejuicios metafísicos» (1975, 4). Sin embargo, esta cirugía teórica se está pagando hoy día muy caro (H. Hörmann, 1982). Por medio de una peculiar perversión neústica –diría Guastini (1984, 52)–, esto es, una obsesión por la forma de los enunciados más que por el origen y significado de los mismos, la anglofilia analítica ha convertido el lenguaje en un universo lógico y cerrado. Este proceso de autonomización del lenguaje ha propiciado que los filósofos del derecho hayan entendido que el significado de los enunciados jurídicos es algo que viene dado simplemente por las palabras. De ahí la propensión a traducir todo enunciado jurídico en términos de lógica simbólica. El estudio del derecho se afronta mediante la traducción de los distintos enunciados del sistema jurídico a un lenguaje formalizado. Siguiendo una línea iniciada por la escolástica y continuada por los teóricos de Port-Royal, así como por F. de Saussure, el lenguaje se convierte en una estructura desvinculada del contenido y del entorno lingüístico. Si echamos un vistazo a cualquier trabajo de A. Conte, que es el pope analítico de la disciplina, o de von Wright, o, en España, de C. Alarcón, tardaremos un buen rato en saber si se trata de Filosofía del Derecho o de matemáticas fractales –esto en el supuesto de que consigamos finalmente distinguir si es una cosa u otra–. Los filósofos analíticos convierten al lenguaje en un ídolo cuando, olvidando su origen humano, se encuentran de nuevo con él y caen rendidos en pasmo, reverencia y adoración (J. A. Marina, 1988, 147).

Y es que un enunciado no es sólo un acto lingüístico gramatical, sino también un acto cognitivo. La filosofía analítica no ha sabido diferenciar lo que se dice de lo que se comunica. La simbolización, que es una ventaja desde el punto de vista de la exposición de los hechos no excesivamente complejos y de la formulación de reglas generales, se convierte en una especie de fetiche, un fin en sí que causa un irreparable daño debido a la creencia instintiva de que sólo lo simbolizable es real y todo lo simbolizable responde a una realidad bien definida y fijada para siempre. La reacción intencionalista basada en el estudio del uso ordinario del lenguaje que propusiera Wittgenstein y que continuaron J. L. Austin y J. R. Searle ha subrayado el fracaso de la anterior tentativa reconstruccionista. Existen ámbitos de la realidad –el derecho es uno de ellos– que no pueden apartarse de la complejidad del mundo real y que sólo son accesibles a una comprensión contextualizada. Por eso, una parte importante de la actual teoría del discurso –principalmente J. Habermas (1987)– tiene por base el

hecho de que a menudo la interpretación de las intervenciones en el contexto de la conversación difiere radicalmente del significado que se extraería de las mismas oraciones aisladas. Cada frase individual, incluso la de apariencia más trivial, tiene que ser interpretada por el oyente con la ayuda de datos extralingüísticos (E. Uhlenbeck, 1963). Las palabras no transportan significados, sólo las personas los poseen. Los actos lingüísticos, como señalan J. Bransford y M. Johnson (1972, 120), actúan meramente como claves que la gente puede utilizar para recrear y modificar su conocimiento previo del mundo.

Es curioso comprobar cómo, aunque de tendencia contraria al movimiento iusnaturalista, la reducción realizada por la filosofía analítica coincide en la asignación que el iusnaturalismo daba a la Filosofía del Derecho. También aquí la Filosofía del Derecho tiene su campo de actuación en el mundo de los valores. Lo que sucede es que para el iusnaturalismo ese arsenal axiológico es, al mismo tiempo, el núcleo ontológico del derecho –de ahí la importancia que se concede a la Filosofía del Derecho–; mientras que para el positivismo, precisamente por rechazar cualquier conexión entre derecho y valor, la axiología se desplaza del núcleo ontológico y se integra en una disciplina considerada marginal –la Filosofía del Derecho–. Así pues, en el primer caso, la Filosofía del Derecho se ve reducida a valores para conservar la importancia de la axiología; en el segundo, se ve igualmente reducida a valores, pero esta vez para extirpar la preponderancia del componente axiológico. «Resulta interesante, dice Delgado Pinto, por paradójico, anotar el hecho de que un positivista tan celoso como Kelsen afirme, sin embargo, que la tarea específica de la Filosofía del Derecho consiste precisamente en elaborar una teoría de la Justicia» (1975, 27). En realidad no existe paradoja alguna. La degradación que el término *filosofía* experimentó a raíz de la consolidación del positivismo explica que la utilización del mismo expediente que en su momento utilizara la teoría iusnaturalista –la equivalencia de filosofía y el estudio valorativo– tuviera efectos contrarios. La aplicación del patrón cognoscitivo propio del positivismo científico al positivismo jurídico –a saber, el carácter exclusivamente descriptivo y enunciativo de la ciencia y la renuncia al planteamiento y a la solución científica de problemas ontológicos y metafísicos (L. Martínez Roldán y J. A. Fernández Suárez, 1997, 49)– propicia, en primer lugar, que las cuestiones valorativas se incluyan en una disciplina de carácter no científico; en segundo lugar, que dicha disciplina caiga en el mayor de los descréditos. R. Dreier sintetiza perfectamente el proceso de reducción: «En el ámbito idiomático germano las direcciones analíticas de la teoría del derecho provienen de la filosofía neokantiana (...) Esta ha favorecido por un lado la tendencia al análisis formal y por otro su fijación crítica al problema metafísico. A éste se vinculó la polémica sobre el carácter científico de la metafísica y de la filosofía jurídica y moral metafísicamente fundamentada. Es relevante de esta polémica, desde el punto

de vista de la Teoría del Derecho, la tesis que declara que las afirmaciones morales y las afirmaciones jurídicas están sustraídas a la justificación científica. Y en esto se funda la generalizada creencia entre la Teoría del derecho como teoría de las formas jurídicas y la Filosofía del Derecho como teoría de los valores jurídicos, con lo cual la diferencia entre ambas ha sido entendida a su vez como diferencia entre científicidad y acientificidad» (1978, 117). Este es el triste destino al que se ve abocada la Filosofía del Derecho en la inteligencia jurídica del positivismo. Cuando no directamente preterida –tal proponen G. Héraud (1962, 121) o H. Lévy-Bruhl (1962, 136)– sí se ve marginada al papel de conservadora de un material ajeno a la esencia de lo jurídico. Kelsen representa a la perfección esta postura que tiene su origen en el paleopositivismo benthamita. El positivismo de Kelsen, tan preocupado por el problema del sincretismo metodológico, separa categóricamente la Filosofía del Derecho de la Teoría General del Derecho. La primera se ocuparía de establecer las reglas que debería adoptar el Derecho para ser considerado justo –es la labor que Bentham asignaba al *Censor*– mientras que la segunda se ocuparía del estudio del Derecho tal como es: del análisis de la estructura de las nociones fundamentales del derecho positivo y de la definición misma del Derecho –ésta sería la función del *Expositor* de Bentham–. La Filosofía del Derecho no se elimina, aunque sí se posterga. «Creo –dice Kelsen– que la Filosofía del Derecho y la Teoría General del Derecho poseen igualmente su razón de ser. La Filosofía del Derecho intenta responder a la cuestión de saber qué reglas debe el derecho adoptar o establecer: en otros términos, su objeto específico es el problema de la justicia. Dado que la justicia es un postulado de la moral, la Filosofía del Derecho constituye una rama de la filosofía moral o ética. Su método es el mismo de esta disciplina. Por el contrario, la Teoría General del Derecho tiene como objeto el derecho tal como de hecho es, es decir, el derecho positivo, tanto nacional como internacional. Su objetivo consiste en analizar la estructura del derecho positivo y en fijar las nociones fundamentales en el conocimiento de ese derecho» (1962, 131). Alexy y R. Dreier, por poner un ejemplo tan actual como influyente, participan de esta visión al dividir la *Jurisprudence* en una Teoría General del Derecho y una teoría de la ciencia jurídica y, al tiempo, establecer una distinción entre la *jurisprudence* y la *legal philosophy*, identificando esta última con la teoría del derecho natural (1990, 3). De esta forma, el problema de la Filosofía del Derecho se centra en la Justicia, mientras que el objeto de la Teoría General del Derecho radica en la noción de Derecho, en su ontología. La Teoría General del Derecho sustituye así a la Filosofía jurídica, considerada entonces como innecesaria o insuficientemente justificada (E. Díaz, 1974, 248).

Así se constituye la amenaza de la idolatría lingüística.

III. EL ENTROPISMO DE LOS HECHOS

La tercera de las amenazas es aquélla que reduce la Ontología a pura facticidad sociológica. El Sociologismo jurídico disuelve el concepto de norma al considerar que la única realidad del derecho está compuesta por el comportamiento de los operadores jurídicos en el proceso de formación de decisiones y por las actitudes de los miembros de la sociedad que adecuan sus reacciones ante determinados hechos a la previsión de la actuación judicial. La sociedad en funcionamiento –jueces que dirimen y ciudadanos que prevén como se va a dirimir– colma la realidad jurídica. Las normas no son jurídicas por sí mismas. Sólo si los jueces las tienen en cuenta a la hora de resolver un conflicto real –y, en consecuencia, si motivan al ciudadano, pues supone que el juez las considerará aplicables– hablaremos de una norma jurídica.

El paradigma utilizado invierte por completo el que caracterizaba la formulación analítica del positivismo. Veamos sumariamente la génesis de este giro sociologista. Para el positivismo, la ley –entendamos aquí el derecho positivo– agotaba el campo de lo jurídico y la relación existente entre esa ley y la sentencia correlativa era de estricta derivación lógica. El juez era un simple mediador. Ello no significaba que el juez no debiera interpretar, sino que, una vez realizada la interpretación de la norma *con instrumentos que tenían a la norma en sí misma como fin último de la interpretación*, la conclusión se llevaría a cabo siguiendo una absoluta observancia del texto legal. Por decirlo de una manera conceptista, su misión era la sumisión; su meta, que se someta. La organización del incipiente capitalismo basado en la concentración de los núcleos de imputación de poder –nos referimos al monopolio estatal en la formación de las leyes frente a la anterior dispersión jurídica–, en un modelo burocratizado de la sociedad y en la ficción burguesa de la isonomía –igualdad ante la ley– como quintaesencia de la libertad, propiciaba que este tipo de vinculación logicista del juez a la ley se viera como un resultado natural e incuestionable.

Cambios fundamentales en esta estructura posibilitaron que el papel del juez variase diametralmente. Aunque no nos sea cuestión tratar con detenimiento sobre la suerte de variación que aconteció para explicar esta radical mutación, sí es conveniente desbrozar cierta maraña que anda asilvestrando los predios del conocimiento académico. La teoría más al uso –R. Treves, M. White...– afirma que la crisis del modelo político y social antes enunciado es la causa del trastruque en la función judicial. Teniendo en cuenta que ninguna de las notas que definen estructuralmente la tipología del protocapitalismo varían en el modo de producción capitalista, esta explicación, aún teniendo el mérito de haber intentado una solución materialista, y por ello es más mies que rastrojo, deja sin satisfacer las exigencias más

modestas de la razón. Más probable es que el cambio se deba a motivos de reajuste dentro de la lógica de un capitalismo que precisa transformarse para «perpetuarse en su ser», primer principio de la ontología spinozista. La intromisión de partidos de raíz obrera en unos parlamentos antes dominados por grupos oligárquicos, el afianzamiento de los sindicatos como grupos de presión en la confección normativa y, en suma, el protagonismo cada vez más marcado de los que antes eran desheredados —es lo que Ortega llamaba «plebeyización de la democracia», por él concebida como el seguimiento de los mejores—, explica, creemos —al menos es una teoría que nos zascandilea por la cabeza—, que la posición del juez ante la norma dejase de ser puramente pasiva y deductiva. El derecho positivo ya no tiene ese genuino sabor burgués que convertía a la propiedad privada en «derecho sagrado» —el primero en la declaración de los Derechos del Hombre de 1789—. Como recuerda J. R. Capella, entre 1917 y el comienzo de la década de 1970 los trabajadores conquistaron numerosas posiciones políticas y sociales —no sólo y simplemente «derechos»— en los países desarrollados. Coadyuvieron en las metrópolis a la descolonización política de las naciones proletarias; obtuvieron la legalización de sus instituciones de participación y afianzaron los derechos que integran lo que se ha dado en llamar el *Estado del Bienestar* (1995, 171). La letra de la ley, de ser aplicada con precisión de esgrimidor diestro, desatendería los intereses de una clase que sólo de forma resignada y regañando los dientes se vio obligada a reconocer ciertas concesiones. Y es ahora, sospechosamente, cuando la labor del juez —convertida en *ultima ratio imperii*, como la leyenda que rezaba en los cañones españoles del siglo XVII— alcanza una relevancia antes desconocida. La defensa de los intereses de siempre precisa la incorporación de un elemento que tienda a transformar la letra de una ley que ya no expresa por completo la intención de la clase dominante. Este elemento es la voluntad judicial que sustituye a la voluntad legislativa. A los desposeídos, a los que siempre estuvieron fuera de la historia, se les muestra la entrada por la puerta de servicio y, a lo sumo, se permite su estancia en un discreto cuarto de invitados. Ahora bien, conviene tener en cuenta que esta es una explicación genética del movimiento anti-formalista, esto es, no pretende dar razón del antiformalismo en abstracto. Oponerse a la sujeción estricta del juez a la ley no implica, por supuesto, convenir necesariamente en los postulados antisocialistas —contrarios al movimiento obrero y proletario: el rumbo de nuestra historia nos obliga a precisar el término— que hemos señalado más arriba. Fuera como fuera, lo cierto es que el patrón normativista declina en las postrimerías del siglo XIX —auténtica armonía finisecular— y da lugar a un giro de tintes sociológicos que tiende a reducir el derecho a conducta, sólo captable, eso sí, por esa aristocracia espiritual que es la judicatura.

Dos son las corrientes que con más vigor han impulsado la reducción de la ontología jurídica al factualismo: el movimiento del Dere-

cho libre y el realismo norteamericano. Aunque el Movimiento del Derecho Libre no es, en puridad, una escuela «actual», su influencia en el sociologismo y en tendencias tales como el uso alternativo del derecho, nos obliga a partir de ella como matriz genética de la reducción sociológica.

El movimiento de Derecho Libre se presenta como el más afilado estilete de la llamada «revuelta contra el formalismo», tendencia doctrinal que desde los más variados presupuestos se alzó contra la visión formalista del Derecho. Durante el siglo XIX la ciencia jurídica alemana se había esforzado en construir un sistema de conceptos pretendidamente completo con la intención de utilizarlo como instrumento apto para la resolución de los diferentes casos «reales» siendo así que, en verdad, se alejó decisivamente de la vida real y no percibió los cambios que estaban teniendo lugar en todos los órdenes de convivencia. La crítica del Movimiento de Derecho Libre se dirige precisamente contra este alejamiento de la realidad y contra el alejamiento que había tenido lugar entre la vida social y la actividad de los juristas. Aunque resulte difícil precisar los límites de este movimiento, pues no se trata de una Escuela en el sentido tradicional del término y sus representantes –mayormente Ehrlich, Kantorowicz y Fuchs– sólo coinciden en sus críticas a la Jurisprudencia tradicional, intentaremos dar unas notas definitorias que, por su generalidad, conformen la estructura básica del Movimiento de Derecho Libre y puedan aunar en lo esencial a todos los miembros del movimiento, al menos en lo tocante a la reducción que estamos comentando.

En primer lugar, el dogma de la estatalidad del Derecho va a ser duramente criticado por todos los representantes del Derecho libre. La práctica totalidad de las corrientes jurídicas del siglo XIX había sostenido que el derecho tiene su origen en la voluntad del Estado y, en consecuencia, que la creación del Derecho correspondía exclusivamente al Estado. Pues bien, el Movimiento del Derecho Libre –sin negar el carácter jurídico al Derecho del Estado– intenta demostrar que junto al derecho del Estado existe también otro derecho cuyo origen y desarrollo es totalmente independiente. Y lo que es más importante, ese «otro Derecho» tiene una vigencia efectiva en el seno de las distintas sociedades. Ehrlich, cuya posición a este respecto es paradigmática, dividía la materia jurídica en Derecho estatal –aquél que surge por medio del Estado y que sin éste no podría haber existido–, Derecho de juristas –el producido por los jueces, profesores y estudiosos– y Derecho social –derecho que, a diferencia de los dos anteriores, no está recogido en proposiciones jurídicas y surge espontáneamente en la sociedad–. Los tres tipos de derecho se mezclan en lo que Ehrlich llama «Derecho vivo» y que consiste en el comportamiento jurídico puesto realmente en práctica. El derecho vivo está compuesto por reglas de acción humana que dominan la vida misma aún cuando no hayan sido positivizadas en proposiciones jurídicas. Es, en suma, el derecho que guía efectivamente las conductas de los

miembros de la sociedad. El origen de este derecho puede hallarse en cualquiera de los tres tipos de Derecho antes mencionados, pero para ser considerado derecho viviente precisa de eficacia a la hora de motivar los comportamientos del grupo social. El Estado, por consiguiente, no es la fuente principal del Derecho, sino la sociedad misma. Sólo lo que penetra en la vida, en palabras de Ehrlich, se transforma en norma viva, lo demás es tan sólo doctrina, norma de decisión, dogma o teoría.

Para el común de los autores del Movimiento de Derecho Libre el Derecho es, ante todo, el orden interno de las asociaciones que no se confunde jamás con el poder estatal. La ley es simplemente una fuente más que proporciona respuesta a un número muy limitado de casos. La conducta real de los hombres —el «derecho libre» o el «derecho vivo»— que se desarrolla con independencia del derecho estatal conforma el verdadero núcleo del derecho.

En segundo lugar, la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, algo que era sistemáticamente negado por la doctrina formalista, sobre todo la exegética, se convierte en un hecho indiscutible. No existe para el Movimiento de Derecho Libre plenitud en el ordenamiento jurídico: resulta absolutamente imposible que en uno o varios códigos se encuentren todas y cada una de las reglas y principios necesarios para resolver cualquier controversia jurídica. Esta crítica al dogma de la plenitud afirma, por una parte, la insuficiencia de las disposiciones generales y abstractas para regular el entramado social. Como el derecho, se dirá, es producto espontáneo que se desarrolla en la sociedad y se va modificando a medida que las necesidades sociales cambian, la generalidad y la abstracción de las normas suponen un alejamiento de la realidad. Lo individual y lo concreto es lo que da vida al derecho. Precisamente por eso las decisiones jurídicas no pueden ser concebidas como el resultado de simples procesos lógicos. Aquí es donde el derecho libre hace acto de aparición, un derecho que surge espontáneamente en el seno de la sociedad, que es obtenido por los jueces en su actividad cotidiana, impregnado de valores y que supera la rigidez del derecho estatal. Sólo el derecho libre, decía Kantorowicz, con la espontaneidad de sus decisiones y la claridad emotiva de su contenido frente al caso concreto puede colmar las lagunas y, de hecho, siempre las colmó.

Por otra parte, de la impugnación de la plenitud del ordenamiento se deriva una negación de los propios medios ofrecidos por el ordenamiento para solucionar las lagunas. La concepción tradicional confiaba ciegamente en la perfección de los códigos y, aunque reconocía que de manera excepcional pudieran producirse algunas lagunas, pensaba que con los medios proporcionados por el propio sistema jurídico podía obtenerse una solución. El Movimiento de Derecho Libre, muy al contrario, estima que los procedimientos integrativos tradicionales —todos ellos de cariz lógico deductivo— no son suficientes para dotar al ordenamiento de respuesta a todo caso posible. El juez preci-

sa acudir a elementos nuevos que no extrae de la ley y realiza en todo momento valoraciones que no vienen determinadas normativamente, sino que son el resultado de la actividad creadora del juez. Como los criterios de resolución no pueden ser suministrados por la ley el único camino posible es que el juez observe y valore la realidad, los intereses en conflicto, las necesidades sociales, etc. y en función de esto obtenga la decisión. En el fondo lo que se critica es que los medios de interpretación puedan ser concebidos como la aplicación de reglas o principios lógicos. Lo que en realidad subyace detrás de esa apariencia formal es la voluntad del sujeto que interpreta y aplica normas jurídicas con la intención de obtener un resultado determinado.

En tercer lugar, el Movimiento de Derecho Libre ataca la consideración del Derecho como un sistema completo de diferentes piezas que encajan armónicamente y que es construido a través de la utilización de reglas lógicas. La construcción jurídica del siglo XIX se había caracterizado por la elaboración de sistemas conceptuales abstractos y formales cuya pretensión era la consecución de rigor y exactitud con la intención de obtener resultados comparables a los que se producen en el ámbito de las ciencias naturales. Si tenemos en cuenta que para el Movimiento de Derecho Libre el Derecho tiene un origen social –bien de forma inmediata, bien mediata– la impugnación de esta concepción resulta obligada. El modo de operar abstracto y deductivo referido exclusivamente a las normas estatales no puede servir para la solución de los problemas reales y al mismo tiempo tampoco es útil para el conocimiento del Derecho. Los casos reales sobrepasan cualquier previsión normativa. El derecho, por su mismo carácter dúctil y proteico derivado de su contextura social, no puede ser reducido a sistema. Lo que propone el Movimiento de Derecho Libre es la utilización de un método individual, concreto e inductivo que introduzca el elemento de la voluntad –y no meramente la razón– para la comprensión del Derecho. Los principios y proposiciones establecidos tradicionalmente por la ciencia jurídica no servirían para la vida jurídica práctica. El intento de lograr un sistema de validez general de proposiciones jurídicas, bien del derecho estatal, bien del derecho libre, decía Kantorowicz, no es sino la utopía de una lógica de aficionados.

La segunda corriente más relevante a los efectos de reseñar la reducción sociologista es el realismo norteamericano. Esta dirección radicalmente antinormativista afirma que el campo de estudio de los juristas es la regularidad de los comportamientos que son presupuesto de la resolución de controversias y que la interpretación y aplicación del derecho es un problema práctico en el que lo relevante es la solución alcanzada. El Derecho, afirmaba Holmes, es una formulación de experiencia, no de lógica. La visión más acertada de lo que es el derecho es, según Holmes, la del delincuente, la del hombre con mala fe: al delincuente «no le interesan en absoluto los axiomas o las deducciones, pero sí quiere saber que van a decir los tribunales acerca de

una acción determinada. Yo estoy de acuerdo con él. Las profecías de lo que los Tribunales van a hacer en realidad es lo que yo quiero decir cuando me refiero a la ley». En idéntico sentido decía Frank que la «ley hecha por el juez es la verdadera ley». Una ley, desde esta perspectiva, es la decisión de un tribunal respecto a hechos, en la medida en que esa decisión afecta a cada persona en particular. Antes que un tribunal haya juzgado esos hechos, no existe ley sobre el tema.

El papel del juez adquiere un protagonismo absoluto. Y ello no sólo porque sus decisiones constituyan el derecho real de cada sociedad, sino porque las normas no ejercen sobre él una verdadera vinculación. Son las necesidades de la vida social, sometida a cambio incesante, las que deben orientar al juez en el curso de la decisión. El juez no sólo crea Derecho, sino que lo crea con un margen de libertad casi absoluto. Podríamos concretar en los siguientes puntos los presupuestos teóricos del sociologismo norteamericano. En primer lugar, existe un total escepticismo hacia las reglas generales como medios para alcanzar decisiones particulares. Por definición, la rigidez de la legislación no puede contemplar las necesidades cambiantes de la sociedad. En segundo lugar, es apreciable la preponderancia de la valoración de la función de los factores extrajurídicos en el análisis del Derecho y la necesidad de conocer los factores reales de la vida jurídica. En tercer lugar, se destaca la insistencia en los factores inconscientes de la decisión –y no lógicos– en la determinación del Derecho. Por último se predica un relativismo absoluto –valga la paradoja de la expresión– sobre la certeza del Derecho.

En conclusión, el Sociologismo jurídico, y hemos escogido la versión norteamericana como la muestra más quintaesenciada del mismo, ve el núcleo del Derecho en el comportamiento real de la sociedad. Si la sociedad en conjunto se comporta de un modo contrario a lo establecido en una norma y considera vinculante a esa pauta de comportamiento, entonces nos encontramos ante una «norma de papel». El verdadero derecho es el que surge de la aceptación y la práctica comúnmente admitida del conjunto social. De la misma manera, las únicas normas que son consideradas jurídicas son aquellas que motivan la voluntad del juez en la resolución de los casos.

En suma, para las corrientes sociologistas, el derecho se reduce a un fenómeno social y empírico. De nuevo nos topamos con el mismo problema de la reducción *sui generis*. Que el ser del derecho se reduzca a la conducta de los hombres, tanto de los ciudadanos como de los jueces, es una opción más que respetable siempre y cuando se explicita qué tipo de hechos se consideran jurídicamente relevantes y, en consecuencia, qué características han de poseer para adquirir naturaleza jurídica. También aquí existe una total indefinición del núcleo de la reducción. Si, todo lo más, se dice que son la realidad o la conducta los puntos determinantes de la concreción ontológica y, a su vez, tenemos en cuenta que realidad y conducta no son más que la sucesión de hechos observables, entonces la reducción se convierte en todo lo con-

trario: en una ampliación desmesurada del objeto que nada puede aclarar.

Comoquiera que una concreción ontológica de más alcance suele brillar por su ausencia, con esta reducción se corre el peligro del eclecticismo y del enciclopedismo (Bobbio, 1962, 11). La falta de especificidad en la tipología de lo fáctico y, sobre todo, la sorprendente variedad metodológica que se sigue para apreciar los datos del derecho y detectar las condiciones que los determinan, convierten al sociologismo en una corriente las más de las veces desquiciante y neurótica. Cualquier elemento es válido para explicar la génesis de los datos relevantes para el derecho. Siguiendo lo que P. Bordieu llama *efecto Montesquieu*, se podría hablar de una climatología jurídica o un análisis gastronómico del derecho; algo que, por cierto, ya ha sido sugerido, como recuerda J. Frank (1968, 113), por el magistrado Peters, de Alabama, quien alumbró la idea de estudiar los factores fisiológicos que rodean a los operadores jurídicos, habida cuenta de que en la decisión judicial podían influir aspectos tales como un dolor de muelas, un cólico repentino o un ataque de indigestión.

Por otra parte, con ser grave la indeterminación de la «infinita multiplicidad de la experiencia» A. J. Arnaud (1990, 68), es todavía más pernicioso desde el punto de vista teórico la apropiación de la estrategia sociologista por movimientos de cuño posmoderno que se pierden en la «conexión intertextual deconstructiva» —qué irreparable daño han hecho Foucault y Derrida—. Buena muestra de ello es el moderno surgimiento en el ámbito norteamericano del *Critical Legal Studies*. La «extraña mezcla de realismo jurídico, Nueva Izquierda y crítica literaria» (J. Boyle, 1985, 688) de los *Critical* incide en el carácter difuso y confusionista que, decimos, caracteriza generalmente el tenor del sociologismo. La indeterminación, contingencia y plasticidad (J. A. Pérez Lledó, 1995, 139) que, según este movimiento, delimita la realidad del derecho, propicia que sus análisis se diseminan en una impresionante variedad de interacciones sociales cotidianas. Ante todo existe una crítica a lo que C. W. Mills llamaba «gran teoría»; a saber, «un nivel de pensamiento tan general, que quienes lo practiquen no puedan lógicamente descender a la observación» (1981, 52). Esta aversión a la grandes sintaxis teóricas les lleva a postular «teorías locales» —esto es, análisis de pequeñas parcelas del comportamiento social— que capten la complejidad y la contingencia de la sociedad. En palabras de J. A. Pérez Lledó, los *Critical Legal Studies* optan por una especie de bricolaje intelectual adaptando los más diversos elementos para su uso en prácticas teóricas a pequeña escala (1995, 138). Además, esta micro-metodología viene acompañada por una dimensión macro-relacionista, una gigantesca *Symploké* de hechos sociales que entiende que toda manifestación de la sociedad está íntimamente unida a las demás. A pesar del rechazo de la estrategia de las «grandes teorías» los *Critical* también apelan a la posibilidad de conexiones de gran alcance. Las «definiciones fragmentarias» de las que se valen, por utilizar la termi-

nología de J. Wróblewski (1989, 118-119), son útiles –cuando lo son– para acotar ciertos márgenes de la sociología aplicada. Sin embargo, cuando pretenden afrontar una «definición holística» su fracaso es evidente.

Como todo está relacionado con todo y, cuando menos se espera, salta un certero diagnóstico sobre la realidad del derecho, cualquier método, cualquier análisis, cualquier factor, pueden ser datos válidos para elaborar una teoría de lo jurídico. La tendencia «pluralista» actual que ve en la Filosofía del Derecho una disciplina necesariamente interdisciplinar (A.-J. Arnaud, 1989, 14) da rienda suelta a la santificación del *totum revolutum*. Por otra parte, dado que, en último término, de lo que se trata es de localizar las relaciones de poder y, para ello –si hemos de creer a Foucault– se precisa acudir al análisis microfísico del mismo, no resulta extraño que en el fondo asistamos al desenvolvimiento del principio de indeterminación. No existe ningún tipo de certidumbre. A lo sumo hay una probabilidad de hallar certeza en la investigación. Por ello, en esta corriente es frecuente encontrar impugnaciones a la distinción misma entre lo verdadero y lo falso. Como señala E. Lynch (1988), escudándose en que lo verdadero ha servido muchas veces como pretexto para la arbitrariedad, para el anatema o simplemente para racionalizar la intolerancia hacia otras modalidades discursivas que la filosofía desprecia, el conocimiento que aspira a la verdad ha sido equiparado al conocimiento que no ha conseguido derrotar sus propias ilusiones.

Así se constituye la amenaza del sociologismo iconoclasta.

IV. EL TRIALISMO PANÓPTICO

La segunda causa que, decíamos, impide una concreción clara de la temática propia de la Filosofía del Derecho es la cada vez más extendida concepción tridimensional del Derecho. Si las reducciones ontológicas representaban un problema por lo que tenían de supresión del núcleo ontológico de la Filosofía del Derecho, la estipulación del concepto tridimensional del derecho implica no menos entuertos por razones a la vez similares y contrarias. En efecto, las reducciones eliminan la especificidad de la reflexión ontológica al hipostasiar las cuestiones derivadas de la Ontología en una sede que no le es propia. El concepto tridimensional del derecho, ahora lo veremos, elimina también el nervio ontológico –de ahí la similitud– pero operando de manera inversa; esto es, ampliando universalmente la consistencia del concepto de derecho –y de ahí el antagonismo–.

La teoría trialista o tridimensional, formulada inicialmente por E. Lask (1946, 60 ss.) y G. Radbruch (1952, 20 ss.) y bautizada por H. Kantorowicz –aunque hoy se atribuya su autoría a M. Reale (1989, 69 ss.), en parte porque él mismo se arroga la primogenitura (1968,

5; 1989, 69)– es la expresión más acabada y más difundida del eclecticismo ontológico. Para E. Lask, que parte de los condicionamientos filosóficos de la escuela sudoccidental, en concreto de los elementos derivados de la «filosofía de la cultura», el fenómeno jurídico debe ser estudiado desde una perspectiva tripartita. En primer lugar, como realidad objetivo-normativa, como ciencia jurídica establecida mediante el método dogmático; en segundo lugar, como un hecho social, objeto de la sociología jurídica y cognoscible por mediación del método socio-teorético; y, por último, como un valor, objeto de la filosofía en aplicación del método crítico o axiológico (1946, 60).

De un modo similar, G. Radbruch –intentando superar el dualismo entre realidad y valor a la que daba lugar la teoría neokantiana de Stammler– establece una triple dimensión del derecho. Así, al lado de la naturaleza y de la idea se hace necesario incorporar una referencia a la mediación cultural. De este modo aparecen tres formas diversas de enfocar el Derecho que dan lugar a otras tantas disciplinas. La consideración del derecho como hecho cultural genera la Ciencia del Derecho; la consideración del derecho como valor cultural da pie a la Filosofía del Derecho y, en último término, la consideración trascendente del valor da lugar a la filosofía religiosa del derecho (1952, 23). Siguiendo la misma línea de aproximación filosófica, también W. Sauer (1933, 12 ss.) distingue una triple perspectiva en la que se desglosa el concepto de derecho. La ciencia jurídica, la sociología y la filosofía de los valores serían los enfoques necesarios para captar la dimensión triádica de todo derecho; a saber, la realidad de las normas (forma), la realidad que recoge la vida social del derecho (materia), y la realidad de la justicia (valor).

A M. Reale se debe, para bien o para mal, el haber rescatado esta concepción –y no tanto «haberle dado una nueva conformación», como el autor pretende (1989, 69)–. Distingue Reale tres aspectos básicos del concepto de derecho, discernibles en cualquier momento de la vida jurídica: «un aspecto *normativo* (el derecho como ordenamiento y su respectiva ciencia); un aspecto *fáctico* (el derecho como hecho, o en su efectividad social e histórica) y un aspecto *axiológico* (el derecho como valor de justicia)» (1989, 69). En efecto, prosigue Reale, dondequiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre necesariamente un hecho subyacente; un valor que confiere determinada significación a ese hecho y una regla que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro –el hecho en el valor–.

En suma, la teoría tridimensional afirma que el derecho es al mismo tiempo hecho, norma y valor. La ontología del derecho se sustancia entonces en una extraña naturaleza trinitaria que todo lo abarca. En palabras de M. Reale el hecho, la norma y el valor «no existen separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta (...) esos elementos no sólo se exigen recíprocamente sino que actúan como los elementos de un proceso (...) de tal modo que la vida del Derecho

resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran» (1989, 69). Criticando este tipo de estrategia confusionista señala Ross con acierto: «El derecho es concebido al mismo tiempo como fenómeno observable en el mundo de los hechos, y como norma obligatoria en el mundo de la moral o de los valores, al mismo tiempo como físico y metafísico, como empírico y *a priori*, como real e ideal, como algo que existe y como algo que vale» (1961, 15). Por si fuera poco, no sólo se entremezclan tres nociones en un solo concepto, sino que incluso la relación entre ellas se ve enrarecida por una formidable «dialéctica de implicación-polaridad»: «según la dialéctica de implicación-polaridad aplicada a la experiencia jurídica, el *hecho* y el *valor* de la misma se correlacionan de tal modo que cada uno de ellos se mantiene irreductible al otro (polaridad), pero ambos son exigidos mutuamente (implicación), dando origen a la estructura *normativa* como momento de realización del Derecho» (M. Reale, 1989, 71).

Con este tipo de definición ontológica se cree solucionar el problema de la definición del derecho: como se comprende el fenómeno jurídico desde un punto de vista prácticamente cósmico será difícil no estar en lo cierto. Como si se tratase del *panopticon* benthamita, desde la atalaya tridimensional se percibe toda la realidad jurídica sin que nada escape a su interés ubicuo. Claro que si se pregunta a los mentores triádicos qué es lo que no es el derecho, pronto nos percataremos de la inanidad de la teoría. No hay nada que el derecho no sea. Su ámbito agota las posibilidades de lo inteligible. De la misma manera que si se tratase de la segunda ley de la termodinámica, con la teoría tridimensional se aspira a alcanzar un orden en el caos.

Los eclécticos, por decirlo con Montaigne, tienen alquilados los oídos para oír todos los coros. Tanto más libres y más independientes cuanto más intacta está su capacidad de enjuiciar, los teóricos triádicos se han reservado extraordinaria ventaja en el combate habiéndose descargado del trabajo de cubrirse. A fuerza de encajar mandobles nada les golpea. Si prueban que nada se sabe a ciencia cierta todo va bien, pues en eso se cifra la complejidad del derecho que defienden; si no lo prueban, también, habida cuenta de que así, sobre un mismo asunto, encontrando razones iguales para posturas contrarias, sobre cada postura es más fácil suspender el juicio –algo que vuelve a incidir en ese fascinante carácter complejo de lo jurídico–. Los juicios que se derivan de la teoría tridimensional no son más que permanentes aplazamientos de la opinión y prórrogas del raciocinio.

De hecho es imposible que exista corriente doctrinal alguna que no encuentre acomodo en el amplio regazo que la teoría tridimensional nos brinda. El realista se acurruca en la parte fáctica de la definición –porque el derecho es hecho–; el iusnaturalista se contenta con el reconocimiento de la faceta justiciera –porque el derecho es valor– y, por último, el positivista encuentra solaz en la escrupulosa seriedad que representa el que se acoja en una definición el aspecto neutro y formal del derecho –porque el derecho es norma–. Basta con que las

partes indeseadas de la definición se sobresean –se «polaricen», en la terminología de Reale– o se relacionen de modo marginal con el núcleo ontológico que se pretende defender –se «impliquen» de forma subsidiaria– para que la validez de la teoría tridimensional se mantenga. Sin embargo, no nos engañemos, la amplitud que exhibe esta refundición consensuada no es muestra de su fuerza explicativa, sino de su debilidad constitutiva. Desde este punto de vista transaccional y resignado, la teoría tridimensional es como la triaca máxima. Cuando una enfermedad no tenía cura conocida y se había perdido la esperanza en medicamento alguno, el médico volvía a reunir todos los principios medicinales en una sola pócima –la llamada *triacca máxima*–, confiando en que tal vez alguno de ellos o una espontánea combinación entre varios de ellos originase la salud no lograda por otros medios. La *triacca máxima*, habiendo desesperado de la medicina, fue inventada por la frustración. La teoría tridimensional, de igual modo, parece surgir de la desesperación de no saber en qué consiste el derecho, y por ello mezcla en un mismo tarro todos los criterios de lo jurídico que se han utilizado con la esperanza de que su acción conjunta pueda servir de alivio a una Filosofía del Derecho valetudinaria por causa de la duda.

El desaliento intelectual que subyace a esta concepción se explica en buena medida por el escepticismo teórico que ha venido caracterizando el devenir de nuestra disciplina en los últimos años. La tentación de «pedir definiciones de las áreas del derecho o del estudio del derecho» se vence escudándose en la peligrosa posibilidad de que los intentos de definición «puedan estar, en el mejor de los casos, mal dirigidos, y en el peor, positivamente confundidos» (J. Finch, 1977, 11). Ante la amenaza del yerro se impone la comodidad de la indefinición. Así, se dice, el concepto de derecho «brota, más bien de la yuxtaposición y comparación de una variedad de análisis del Derecho diferentes por su naturaleza pero en muchos casos iguales en mérito. La naturaleza del derecho es tal que es imposible delinear primero una categoría general a la que pertenezca y especificar después los rasgos distintos que lo acotan» (J. Finch, 1977, 13). Habida cuenta de que existen tantas definiciones de la Filosofía del Derecho como filósofos del derecho (P. Comanducci, 1989, 53), el intento de definición de la Filosofía del Derecho se considera, directamente, «una inútil pérdida de tiempo» (N. Bobbio, 1962, 1) sólo apta para la vana especulación metateórica. El hecho de que, como apunta E. di Robilant (1968, 14), la definición de la Filosofía del Derecho adopte con demasiada frecuencia un carácter abierto y convencional y, por tanto, se observe una extraordinaria multiplicidad de definiciones, no significa que pueda admitirse «una pluralidad de soluciones ninguna de las cuales puede ser considerada más exacta que la otra» (1968, 14) y que en consecuencia deba renunciarse al mantenimiento de un concepto verdadero en pugna con otros conceptos rivales que, por el hecho de serlo, habrán de ser considerados incorrectos o ideológicos. No obstante, el trialismo ha alcanzado

hoy una extraordinaria difusión y es una tendencia dominante. Los trabajos de M. Reale (1962; 1968) y García Maynez (1948) en el ámbito latinoamericano, M. Villey (1962) en Francia, Del Vecchio (1950) y Bobbio (1962; 1980) en Italia, Cabral de Moncada (1947) en Portugal y L. Recaséns, en España, son muestras de la incorporación generalizada de la teoría tridimensional.

Aunque esta concepción tridimensional no presenta demasiada consistencia teórica, al menos sí atesora dos méritos indudables. En primer lugar, ha puesto de manifiesto tres núcleos de problemas que la Filosofía del Derecho debe acometer. Si bien es cierto que como doctrina ontológica el trialismo es confusionista, como doctrina delimitadora del campo de estudio filosófico resulta bastante acertada. En segundo lugar, y esto es consecuencia de lo anterior, el trialismo ha creado un ámbito común de reflexión en torno a la Filosofía del Derecho —esto es, la ha convertido en un *tópico*— con la consiguiente limitación de los temas atinentes a la filosofía, antes completamente indiscriminados. Y es que con el paso del tiempo y la tremenda influencia de N. Bobbio —sólo con la influencia del tiempo podremos deshacernos del no siempre certero paso de Bobbio— parece que la disparidad temática se ha reconducido entre nosotros a una concepción tripartita. Existe una Teoría del Derecho o teoría del ordenamiento jurídico encargada de determinar el concepto de derecho, una teoría de la Justicia que investiga el conjunto de valores, bienes o intereses para cuya protección o incremento los hombres recurren a la técnica de convivencia en que consiste el derecho y, por último, una teoría de la ciencia jurídica que estudia los procedimientos intelectuales adoptados por los juristas para determinar, interpretar, integrar y conciliar entre sí las reglas de un sistema jurídico (Bobbio, 1962, 7-8). Como indica E. Díaz, «puede decirse que, en una u otra forma, con una u otra terminología, estas tres zonas de cuestiones son las que parecen proponerse, con mayor grado de convergencia entre los autores, como contenido de una filosofía jurídica actual» (1974, 264). Así, ciñéndonos al ámbito de la iusfilosofía española, M. Atienza (1975, 5), J. Brufau (1975, 16), E. Díaz (1974, 264; 1975, 50), F. Laporta, L. Hierro, V. Zapatero (1975, 100), G. Peces-Barba (1983, 251), entre otros, participan de la visión tripartita de los temas propios de la Filosofía del Derecho.

Sin duda, decíamos, la concreción temática que apunta la teoría tridimensional es acertada. Sin embargo, dado que en realidad el trialismo no constituye propiamente una teoría ontológica —habida cuenta de que no proporciona una definición satisfactoria del concepto de derecho— se precisa sistematizar y jerarquizar el material que nos brinda de un modo un tanto aturullado. En este sentido acierta plenamente L. Legaz cuando afirma que a pesar de ser temas centrales de la Filosofía del Derecho tanto el estudio de la realidad del derecho como los valores del Derecho o la Teoría de la Ciencia jurídica, es «la cuestión ontológica el problema fundamental de la Filosofía del

Derecho» (1962, 133). Como decía Poulantzas, «no se puede hablar de nivel ontológico en el mismo sentido que de nivel económico, sociológico o político. Todos estos niveles presentan por igual un substrato ontológico, constituyen expresiones más o menos complejas, más o menos estructurales, de la condición del hombre-en-el mundo» (1965, 168). Así pues, sólo cuando concretemos un determinado concepto de derecho; esto es, una vez que acometamos la tarea ontológica, los temas de la Filosofía del Derecho se articularán conforme al núcleo óntico que se haya precisado. Los aspectos normativo, social y valorativo del derecho no tienen ni la misma trascendencia ni el mismo rango. Se podrá discutir cuál es la prelación o la peculiar relación de subsidiariedad entre ellos, pero de ninguna manera puede admitirse que, a la hora de precisar el concepto de derecho y la Filosofía del Derecho que de él se deriva, concurren todos ellos en pie de igualdad. La disolución entrópica es, sin duda, un cómodo expediente. Pero lo que es consuelo para la pereza es insulto para la inteligencia.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A. (1997), *Reason and Authority. A treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*. Hampshire, Ashgate Publishing Limited.
- ADOMEIT, K. (1984), *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid, Civitas.
- ALEXEEV, S. (1993), *El socialismo y el Derecho*. Moscú, Progreso.
- ALEXY, R., y DREIER, R. (1990), «The concept of Jurisprudence», en *Ratio Juris*, núm. 1.
- ARNAUD, J. A. (1989), «Essai d'une définition stipulative du droit», en *Droits, Définir la Droit*, núm. 10.
- ATIENZA, M. (1975), «Ontología del Derecho versus Metafísica del Derecho», en: *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15.
- BAGOLINI, L. (1962), «Philosophie du Droit et Théorie Générale du Droit», en: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- BATTIFOL, H. (1962), «Qu'est-ce que la Philosophie du Droit», en: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- BOBBIO, N. (1962), «Nature et fonction de la Philosophie du droit», en: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- (1980), *Contribución a la Filosofía del Derecho*. Valencia, Fernando Torres.
- BOYLE, J. (1985), «The politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought», en *University of Pennsylvania Law Review*, 133.
- BRANDSFORD, J. M., y Johnson, M. K. (1972), «Contextual Prerequisites for Understanding. Some Investigations of Comprehension and Recall», en: *J. verb. learn. verb. beh.*, núm. 11.
- BRUFAU, J. (1975), «Algunas consideraciones acerca de la Filosofía del Derecho y de sus planteamientos actuales», en: *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15.
- CABRAL DE MONCADA, L. (1947), *Filosofía do Direito e do Estado*. Coimbra, Amado.

- CAPELLA, J. R. (1995), «Democratización y neonaturalismo», en: *Doxa*, núm. 17-18.
- COMANDUCCI, P. (1989), «Su Hart», en *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*. P. Comanducci y R. Guastini (eds.), Vol. II, Torino, Giappichelli Editore.
- DELGADO PINTO, J. (1975), «Los problemas de la Filosofía del Derecho en la actualidad», en: *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15.
- DÍAZ, E. (1974), *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid, Taurus.
- (1975), «Legitimidad crítica y pluralismo ideológico», en: *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15.
- DREIER, R. (1978), «Concepto y función de la Teoría General del Derecho», en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 52.
- ELLMANN, R. (1988), *Óscar Wilde*. London, Penguin.
- FINCH, J. (1977), *Introducción a la teoría del derecho*. Barcelona, Labor.
- FRANK, J. (1968), *Derecho e incertidumbre*. Buenos Aires, Centro editor de América Latina.
- GARCÍA AMADO, J. A. (1990), «Algunas consideraciones sobre la Filosofía del Derecho y su posible sentido actual», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII.
- (1994), «La Filosofía del Derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la teoría del Derecho como sucedáneo», en: *Persona y Derecho. El estatuto de la Teoría del Derecho*, Vol. I, núm. 31.
- GIL CREMADES, J. J. (1985), «La Filosofía del Derecho en España (1960-1985)», en: *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 25.
- GONZÁLEZ VICÉN, F. (1977), *La Filosofía del Derecho de Ludwig Knapp*, en: *Filosofía y Derecho, Homenaje al Profesor José Corts Grau*, Tomo I. Valencia, Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones.
- (1979a), «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», en: *Estudios de Filosofía del Derecho* (1979). La Laguna, Universidad de La Laguna.
- (1979b), «El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea», en: *Estudios de Filosofía del Derecho* (1979). La Laguna, Universidad de La Laguna.
- GUASTINI, R. (1984), «Introduzione all'analisi del linguaggio normativo», en: S. Castignone, R. Guastini y G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del Diritto*, Génova, ECIG.
- HÉRAUD, G. (1962), «Qu'est-ce que la Philosophie du Droit», en: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1989), *Teoría General del Derecho y de la Ciencia Jurídica*. Barcelona, PPU.
- (1993), «Concepto de la Filosofía del Derecho», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, X.
- HABERMAS, J. (1987), *Teoría de la acción comunicativa* (II vols.). Madrid, Taurus.
- HÖRMANN, H. (1982), *Querer decir y entender*. Madrid, Gredos.
- KAUFMANN, A. (1992), «Filosofía del Derecho, Teoría del derecho y Dogmática Jurídica», en: A. Kaufmann (et al.) *El pensamiento jurídico contemporáneo* (1992). Madrid, Debate.
- KELSEN, H. (1962), «Qu'est-ce que la Philosophie du Droit», en: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.

- LAPORTA, F., HIERRO, L. y ZAPATERO, V. (1975), «Algunas observaciones sobre la situación de la Filosofía del Derecho en la actualidad», en: *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15.
- LASK, E. (1946), *Filosofía Jurídica*. Buenos Aires, Martínez Paz.
- LEGAZ LACAMBRA, L. (1962), «Qu'est-ce que la Philosophie du Droit?», en: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- LÉVY-BRUHL, H. (1962), «Qu'est-ce que la Philosophie du Droit?», en: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- LÓPEZ MEDEL, J. (1975), «Sentido y función de la Filosofía del Derecho en la actualidad», en: *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15.
- (1976), *Introducción al Derecho. Una concepción dinámica del Derecho Natural*. Madrid, Fragua.
- LYNCH, E. (1988), «El conocimiento falso», en: *Los cuadernos del norte*, núm. 48.
- MARINA, J. A. (1998), *La selva del lenguaje. Introducción a un diccionario de los sentimientos*. Barcelona, Anagrama.
- MARTÍNEZ ROLDÁN, L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J. A. (1997), *Curso de Teoría del Derecho*. Barcelona, Ariel.
- MILLS, C. W. (1981), *La imaginación sociológica*. México, FCE.
- MONTORO BALLESTEROS, A. (1975), «Significado y función de la teoría fundamental del derecho», en: *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15.
- NAWIASKY, H. (1962), *Teoría General del Derecho*. Madrid, Rialp.
- OLLERO, A. (1975), «Una filosofía jurídica posible», en: *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15.
- OPOCHER, E. (1983), *Lezioni di Filosofia del Diritto*. Padova, Cedam.
- PATTARO, E. (1980), «Trent'anni di studi di filosofia giuridica», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, junio.
- PECES-BARBA, G. (1983), *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid, Debate.
- PEIDRÓ, I. (1975), «La Filosofía del Derecho: su por qué y para qué», en: *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15.
- PERENIC, A. (1989), «Concilier les dimensions essentielle et existentielle du droit», en *Droits, Définir la Droit*, núm. 10.
- PÉREZ LLEDÓ, J. A. (1995), «Critical Legal Studies y el comunitarismo», en: *Doxa*, núm. 17-18).
- POULANTZAS, N. (1965), *Nature des choses et Droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*. Paris, LGDT.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1987), «Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV.
- PUY, F. (1975), «El sentido de mi filosofar: tres introspecciones», en: *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15.
- RADBRUCH, G. (1952), *Filosofía del Derecho*. Madrid, RDP.
- REALE, M. (1962), «La philosophie du droit et les formes de la connaissance juridique», en: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- (1968), *Teoria Tridimensional do Direito*. Sao Paulo, Saraiva.
- (1989), *Introducción al Derecho*. Madrid, Pirámide.

- RECASÉNS SICHES, L. (1936), *Estudios de Filosofía del Derecho*. Barcelona, Bosch.
- (1978), *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México, Porrúa.
- ROBILANT, E. di (1968), *Modelli nella teoria generale del diritto*. Bologna, Il Mulino.
- ROBLES, G. (1988), *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid, Debate.
- RODRÍGUEZ ARIAS, L. (1985), *Filosofía y Filosofía del Derecho*. Bogotá, Temis.
- ROSS, A. (1961), *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica en el dualismo en el derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- SAUER, W. (1933), *Filosofía jurídica y social*. Barcelona, Labor.
- SCHLICK, M. (1993), «El viraje de la filosofía», en: A. Ayer, *El positivismo lógico*. Madrid, Fondo de Cultura Económica.
- SEARLE, J. R. (1997), *La construcción de la realidad social*. Barcelona, Paidós.
- TREVES, R. (1962), «Qu'este-ce que la Philosophie du Droit?», en: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- UHLENBECK, E. M. (1963), «An appraisal of Transformation Theory», en: *Lingua*, núm. 12.
- VECCHIO, G. del (1950), *Lezioni di filosofia del diritto*. Milano, Giuffré.
- VILLEY, M. (1962), «Qu'este-ce que la Philosophie du Droit?», en: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- WRÓBLEWSKI, J. (1989), «Problèmes méthodologique pour définir le droit» *Droits, Définir la Droit*, núm. 10.

La ciudad desmerecida (Notas sobre el orden y el desorden social)

Por MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS
Universidad de Zaragoza

*«Gris, mi querido amigo, es toda teoría
y verde el dorado árbol de la vida.»*

GOETHE

Entiendo que la contemplación de la ciudad desde la Filosofía, y en particular desde la Filosofía del Derecho puede resultar fértil. Siquiera brevemente, intentaré justificar esa convicción y con ello mi presencia aquí¹. En realidad, concebida la filosofía como una de las bellas artes no parece descabellada su inquieta mirada allí donde se preserve un cometido destacado a la cultura. Y la ciudad, vórtice humano, es la cultura hecha acto, un acto que no cesa. «Al filósofo le cabe un papel de esclarecimiento y orientación en el saludable caos de la cultura»². Orientar no significa resolver dilemas, sino más bien marcar un camino que permita definir mejor los problemas que requieren un tratamiento cultural. Y ello porque «los diversos espa-

¹ Salvo algunas actualizaciones posteriores, ésta es la conferencia pronunciada en el Seminario *Capital financer, propietat immobiliària i cultura* en el Museo de Arte Contemporáneo de Barcelona (MACBA) los días 12, 13 y 14 de mayo de 2000.

² Daniel INNERARITY, *A filosofia como uma das bellas artes*, Lisboa, Teorema, 1995, p. 12.

cios de la cultura son autónomos, pero no autosuficientes» y «el filósofo es el guardián de la interdisciplinariedad»³. Tanto más en una época nada propicia para la reflexión.

El hombre, que se define y mueve por su deseo»⁴, hace de la ciudad pulsión, en ella la mirada filosófica no es ingénuo ni intrusa porque Filosofía no es sólo razón. Ya dijo Pascal que había dos locuras, la de excluir la razón y la de admitirla sólo a ella. Hoy el pensamiento, sea o no postmoderno, hace del concepto de desorden como «infinitud de posibles» la clave especulativa para acceder a una sociedad que «se concibe a sí misma en cuanto que orden improbable»⁵. Estos, que no son buenos tiempos, son los mejores para, desde la atalaya, avistar naufragios.

Resulta más bien aventurado hacer pronósticos sobre los derroteros que van a marcar el futuro de nuestras ciudades, pues tan epítome del paisaje actual es «el cuadro de las altas, impresionantes colmenas que se erigen en el centro de las ciudades» como «la re-creación de lugares relativamente pequeños y sencillos»⁶ en busca del discreto encanto del campo en las nuevas urbanizaciones de la periferia urbana. Con todo, no parece demasiado arriesgado afirmar que, en el presente, la ciudad se halla en un laberinto. Sin el referente divino y roto el sentido unitario de la historia⁷, la fe en la razón y en su producto, el progreso, ha demostrado vivir de altas dosis de ilusión.

Lyotard, adalid de la postmodernidad, certifica el fin de los grandes relatos y así el término de la modernidad⁸. No obstante, quizá una aproximación idónea a la ciudad de hoy sea su contemplación como metarrelato, no ya tanto como «narración con función legitimadora»⁹ cuanto representación carente de un guión predeterminado. Sociedad interminable que sin reposo se hace acto a cada instante, situación continua.

La ciudad de nuestro tiempo, a fuerza de albergar discontinuidades, se ha hecho inestable, difusa, porque difusa es la sociedad que la crea. Este escenario del desorden y del miedo que el desorden provo-

³ Daniel INNERARITY, *ibídem*, p. 13.

⁴ Así se deduce de la proposición XXXIV de Spinoza en virtud de la cual la potencia es la esencia misma de cualquier realidad. Cfr. las notas de Vidal Peña en SPINOZA, *Ética demostrada según el orden geométrico*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, p. 87.

⁵ Georges BALANDIER, *El desorden. La teoría del caos y las ciencias sociales. Elogio de la fecundidad del movimiento*, trad. Beatriz López, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 42 y 57.

⁶ Anthony GIDDENS, *Consecuencias de la modernidad*, trad. Ana Lizón Ramón, Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 134.

⁷ Patxi LANCEROS, «Apunte sobre el pensamiento destructivo», en Gianni Vattimo et al., *En torno a la postmodernidad*, Anthropos, Barcelona, 1990, pp. 137-159.

⁸ Jean-François LYOTARD, *La condición postmoderna*, trad. M. Antolín Rato, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1993, p. 83.

⁹ Jean-François LYOTARD, *La postmodernidad (explicada a los niños)*, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 31.

ca genera una paradoja, fértil como todas. Es, como si nuestro modo de vida que podríamos resumir como el «imperio de lo efímero»¹⁰ (consumo) y la instantaneidad (mercado bursátil o mass media) pretendiese seguir reflejándose, de forma simbólica en la ciudad burguesa, en la ciudad moderna. Pero tal sincronía es del todo imposible pues no es ésa nuestra sociedad por mucho que nos empeñemos en buscar identidad en las piedras, paseos y esculturas de nuestras viejas ciudades. Intentamos una vuelta a lo mismo y eso hoy, más que nunca es imposible.

La nuestra es cada vez más una sociedad sin red que da forma a una red de redes urbanas prescindiendo buen número de veces del concepto de necesidad como hilo conductor. Y hay algo de trágico en todo ello. Así, para la satisfacción de un derecho humano (nótese el pleonazgo)¹¹ como el de la vivienda resulta desastrosa la pérdida de la estrategia del valor de uso y el «triunfo de la mercancía absoluta»¹². Con todo, este «espacio urbanizado sin orillas de ningún tipo»¹³ no es el causante de nuestros males sino su reflejo.

En nuestra búsqueda incesante de distinción y jerarquía, la vivienda ocupa un lugar privilegiado. Los bienes muebles acaban siendo accesibles a corto plazo para todas las capas sociales (incluidas las marcas más lujosas de automóviles, aunque se trate de transmisiones de «segunda mano»). Pero sólo los bendecidos con el éxito (que si lo es auténtico lo será económico), están en condiciones de poseer las zonas emblemáticas de nuestras ciudades o los espacios residenciales más cotizados. Esa preferencia por la propiedad de la residencia habitual observada durante largo tiempo en España, que hunde sus raíces en el afán de las políticas franquistas por componer propietarios, se ha ido desplegando por todo el marco europeo occidental hasta reducir notablemente las diferencias en este punto¹⁴.

De las distintas razones que han conducido a ello la lógica actual, esencialmente posesiva no parece una razón menor¹⁵. La aspiración a la propiedad va mucho más allá del apoderamiento y ocupación meramente material de la casa y, por extensión, de la ciudad hasta alcanzar

¹⁰ Georges BALANDIER, *El desorden*, p. 169.

¹¹ Sobre esa cuestión, cfr. Gabriel ALBIAC, *Crepúsculos de lo político*, en Manuel Cruz y Gianni Vattimo (eds.), *Pensar en el siglo*, Madrid, Taurus, 1999, p. 29.

¹² Pietro BARCELLONA, *El individualismo propietario*, trad. E. García Rodríguez, Madrid, Trotta, 1996, p. 93.

¹³ Georges BALANDIER, *El desorden*, p. 194.

¹⁴ A motivos como la tradición y la cultura de la Europa del sur, pues no sólo España sino también Grecia, Italia y Portugal optan claramente por la vivienda en propiedad, hay que añadir en nuestro caso razones estrictamente económicas. Y es que «la inexistencia de incentivos fiscales para el alquiler hace que esta modalidad sea muy poco atractiva en España. En cuarenta y cinco años, el porcentaje de inmuebles alquilados ha pasado de ser el 54 al 14 por 100», Begoña TRAVESÍ, «Los incentivos fiscales discriminan los alquileres», *Heraldo de Aragón*, 10 de diciembre de 2000.

¹⁵ Sobre la lógica actual, cfr. Pietro BARCELLONA, *El individualismo propietario*, pp. 118-124.

y comprender nuestro sentido de la identidad. Sabemos, desde Locke, que conceptos como verdad, lenguaje, justicia, valor o leyes no permanecen ajenos a esa idea de *proprium*. Pues bien, herramienta para hacernos con la ciudad ordenada que deseamos crear y con su unidad residencial es el Derecho. Apropiarse de las cosas es, en cierta medida, poder darles normas.

En ese contexto, cabe entender el urbanismo como el empeño, de tintes cartesianos, tan caro a la cultura occidental de buscar medida y poner orden adjudicando una forma a la vida urbana donde de suyo no la habría. Un envite a la reconciliación del orden y el cambio. Así, algunos autores hablan de la desactivación de lo urbano por el urbanismo cuyo prurito no es otro que neutralizar los factores que en constante agitación crean el collage urbano¹⁶. El diseño del ordenamiento jurídico administrativo, y en particular del planeamiento urbano, como vocación racional que pretende una sociedad urbana armonizada hasta lo inverosímil, casa mal con el desorden natural de la vida social y con las políticas desigualitarias en auge de corte neoliberal.

No es casual que la propagación del neoliberalismo coexista con un aumento de la conciencia de desorden que se traduce en términos de inseguridad. Que la incertidumbre se haga extensa e intensa en nuestros días no es una mera coincidencia. Las desregulaciones en todos los campos a que venimos asistiendo difuminan las señales y los valores hasta que dejan de ser claros. Y ello, aun cuando nos encontramos ante una institucionalización sin precedentes, incluido el ámbito más privado de la vida. Así, con una identidad en vías de globalizarse, el hombre, fragmentado, habita en aglomeraciones urbanas donde «orden y desorden actúan conjuntamente en un enfrentamiento cuyo desenlace es aún impreciso»¹⁷.

«La dinámica actual de urbanización no es la extensión de las ciudades, es la de su extinción», dice Alain Finkielkraut¹⁸. Y no tan actual, cabría matizar a Finkielkraut, al menos en lo que a España concierne. Pues si nuestro «porcentaje de viviendas anteriores a 1940, es menor incluso que el de Alemania, que quedó destruida por la 2.^a Guerra Mundial», es porque cierta forma de entender el desarrollo ha sido en proporción más destructiva del patrimonio inmobiliario de este país de lo que la 2.^a Guerra Mundial lo fue para Alemania...¹⁹. En cualquier caso, la arrogancia del derecho urbanístico no es, por sí misma, suficiente para determinar nuestro tipo de ciudad, que es casi

¹⁶ Hago mía la imagen de Delgado según la cual la ciudad es un *collage*. Cfr. Manuel DELGADO, *El animal público. Hacia una antropología de los espacios urbanos*, Barcelona, Anagrama, 1989, p. 84.

¹⁷ Georges BALANDIER, *El desorden*, p. 165.

¹⁸ Alain FINKIELKRAUT, «Le devoir de transparence», *Les Temps Modernes*, Paris, XXXIII (1978), pp. 994-995.

¹⁹ José Manuel NAREDO, «Boom inmobiliario y declive demográfico», *Le Monde Diplomatique (Edición española)*, 24 de noviembre de 2000.

tanto como decir nuestro modelo social. El Derecho, todo él en realidad, es el autor indiscutible del código de normalidad en todo tipo de relación social. El Derecho actual y su principal seña de identidad, su perfecta disponibilidad para la praxis contractual y comercial han hecho un hueco en el centro del sistema para la autonomía de lo económico²⁰. A resultas de ello, el Estado de Bienestar ha sido, como mínimo, cuestionado, de forma que los cálculos de rentabilidad dominan sobre la calidad y cantidad de los servicios públicos²¹.

Desde luego, la ciudad, aunque escenario y museo fosilizado del pasado no es extraña a los flujos y reflujos propios del momento post-moderno. El apilamiento urbano, por ejemplo, en un país donde se ha urbanizado menos de lo que se ha construido (y destruido) ha favorecido una violencia urbana menos coyuntural, más visible que, como en la *banlieue* de París corre el riesgo de hacerse contagiosa. En la práctica y con el móvil de preservar la ciudad como organismo vivo, libre de los «señores de la regulación» no han faltado abogados de la liberación urbanística en este país²². En este caso, la respuesta oficial no se hizo esperar demasiado y con cierta presunción el 7 de junio de 1996 se aprobaba el Real Decreto-ley de medidas liberalizadoras en materia de suelo y colegios profesionales por el que desaparecía la distinción entre suelo urbanizable programado (suelo planeado y listo para construir) y no programado (suelo en reserva, sin ordenar)²³.

«Y después de las “medidas”, la ley (...) Como corresponde a la crónica de una ley anunciada la Ley 6/1998, de 13 de abril sobre régimen del suelo y valoraciones se adscribe al liberalismo económico»²⁴ en un «intento de aproximarse a la cultura norteamericana donde la iniciativa es “libre” porque no precisa Plan urbanístico previo»²⁵. Lo cual además de implicar un importante desconocimiento de las diferencias que separan a ambos territorios ha sido poco útil desde el punto de vista de la satisfacción del artículo 47 de la Constitución española donde se recoge el derecho a una vivienda digna y adecuada. La receta neoliberal aplicada al suelo habría debido contener los precios de la viviendas pero la tendencia al alza, un 12'5 por 100 en el año 2000, la mayor de la década²⁶, viene a demostrar que «el precio

²⁰ Pietro BARCELLONA, *El individualismo propietario*, pp. 121 y 141.

²¹ Pedro MONTES, *El desorden neoliberal*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 152-157 especialmente.

²² Véase, por ejemplo, José Eugenio SORIANO GARCÍA, *Hacia la tercera desamortización (Por la reforma de la ley del suelo)*, Madrid, Marcial Pons, Idelco, 1995, pp. 2 y 17 entre otras.

²³ «BOE» de 8 de junio y corrección de errores en el de 18 del mismo mes.

²⁴ «BOE» de 14 de abril.

²⁵ María José GONZÁLEZ ORDOVÁS, *Políticas y estrategias urbanas. La distribución del espacio privado y público en la ciudad*, Madrid, Fundamentos, 2000, pp. 286 y 287.

²⁶ Santiago HERNÁNDEZ, «El precio de la vivienda cierra el año con una subida del 12'5 por 100, la mayor de la década», *El País*, 30 de diciembre de 2000.

de la vivienda no depende de la cantidad de suelo disponible» sino que, más bien, su formación es de una compleja naturaleza social y, por tanto, escapa de simplificadoras fórmulas mercantiles²⁷.

Tomemos algo de distancia y repararemos en que está en la propia naturaleza de la desregulación, como apuesta del neoliberalismo, la verdadera guía de la globalización. O lo que es igual, «lo que hoy se llama internacionalización de la economía es ante todo liberalización»²⁸. En ella, no hay contradicción entre el surgimiento de una cultura global de masas y «la exclusión real de muchos individuos de la categoría de ciudadanos»²⁹. Así, por ejemplo, «no se puede decir que la falta de derechos que sufren los inmigrantes (aquí, en España) tenga su origen en la segregación espacial». Se trata más bien del proceso opuesto aunque es cierto que ambos fenómenos «se retroalimentan y que la segregación espacial representa, en última instancia, un ocultamiento de los inmigrantes que, al mismo tiempo que puede ayudar a los patronos a mantenerlos como una reserva de mano de obra que se utiliza cuando se necesita, también puede servir para hacer invisibles sus necesidades y derechos»³⁰. Aunque algo manido, sirva como ejemplo el caso de El Ejido (Almería), donde «de las más de 500 personas que solicitaron alojamiento, sólo se había concedido a 60»³¹ a fecha de 30 de abril de 2000.

Vivir en el margen no es privativo de inmigrantes ni de transeúntes «a tiempo completo». La de los incapaces de satisfacer sus necesidades (sobre todo la de residencia) con un acceso solvente al mercado puede ser una suerte afín. Quien no está instalado en un domicilio tampoco lo está en la sociedad, porque al que carece de casa no se le puede, por definición, encuadrar en el marco urbano y por ello clasificar en un nivel u otro del grupo social. «El transeúnte ritual es un peligro porque él mismo está en peligro»³².

²⁷ Fernando ROCH, «La institucionalización del mercado del suelo», *Le Monde Diplomatique (Edición española)*, 24 de noviembre de 2000.

²⁸ Juan Francisco MARTÍN SECO, «Norte y Sur: las dos caras de la globalización», en VV.AA., *La globalización y sus excluidos*, Estella, EVD, 1999, p. 31.

²⁹ Victoria CAMPS, «Universalidad y mundialización», en Manuel Cruz y Gianni Vattimo (eds.), *Pensar el siglo*, p. 74.

³⁰ Ubaldo MARTÍNEZ VEIGA, *Pobreza, segregación y exclusión espacial. La vivienda de los inmigrantes extranjeros en España*, Barcelona, Icaria, 1999, pp. 25 y 26.

³¹ Rafael BOSCH, «El Ejido aún cumple sus acuerdos», *El Periódico de Aragón*, 30 de abril de 2000.

³² Manuel DELGADO, *El animal público*, p. 110. En España, «la legislación sobre peligrosidad social perduró hasta el régimen constitucional (...) La ley de Vagos y Maleantes (o sea vagabundos) republicana de agosto de 1933 paradójicamente le fue útil al régimen franquista (pues) estuvo en vigor hasta 1970 cuando la derogó una Ley de Peligrosidad Social que atenuaba la arbitrariedad anterior pero se inspiraba en los mismos principios preventivos», Juan Ramón CAPELLA, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica del estudio del derecho y el estado*, Madrid, Trotta, 1997, p. 225.

Ante ciudades que albergan algo más que inconsistencias moderadas algunos autores verifican una impresión general de fracaso³³. Y, a no ser que se haga desde el neoliberalismo, es difícil rebatir esa constatación. En planteamientos tan distantes como los de Durkheim y Mitscherlich la vida humana en grupo es impensable sin obligaciones morales. No se trata de ambicionar la armonía social, equilibrios inestables, y gracias, que dependen de la garantía de ciertos derechos capaces de generar una mínima cohesión social. Tampoco se trata de igualaciones confiadas a la res pública pues, parece seguro que, «las colisiones entre valores pertenecen a la esencia de lo que somos»³⁴. Es más, «la complejidad resultante de la colisión entre valores antagonistas es una de las facetas más sugestivas de la existencia humana (...) y del movimiento histórico»³⁵.

Pese a ello, la constante del pensamiento occidental según la cual sólo existe una respuesta válida para cada problema se ha visto catapultada por el neoliberalismo hasta tocar techo en lo que Ignacio Ramonet ha denominado, «pensamiento único.» Siendo un «discurso excluyente» porque «no se aviene a razones» ni «dialoga con otras lógicas» se asume como «dogma por los principales órganos de opinión económica mundiales» que conciben «el discurso de la eficacia» como el único verdadero. Malos tiempos para los derechos sociales «como lo prueba el estancamiento de los gastos públicos de carácter social en términos del PIB»³⁶.

Uno de los resultados provocados por ese discurso de eficacia, ya casi principio general, es, curiosamente, el exceso. Exceso de construcción: «¿para qué 600.000 nuevas viviendas cada año» con un crecimiento vegetativo cero?³⁷. Exceso de riqueza y de pobreza, exceso

³³ «El número de individuos sin hogar se ha estimado entre 2.000 y 5.000 en Madrid (...) entre 20.000 y 30.000 en París (...) y entre 70.000 y 90.000 en Nueva York», Víctor PÉREZ-DÍAZ, *España puesta a prueba 1976-1996*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, p. 151. Los informes de Cáritas Española son algo diferentes «a las 9.000 personas sin hogar que son atendidas cada día en España por la red de albergues y centros de alojamiento» habría que añadir aquellas otras con problemas sociales serios a las que distintas agencias sociales han dado cobijo y, en último lugar los que ni siquiera tienen esa suerte y duermen en la calle. Pese a lo impreciso de las estimaciones sobre estos colectivos, es seguro que, tal como reconoce Cáritas, la cifra total de los sin techo en España es bastante más alta de la apreciación inicial y va en aumento. Cfr. Pedro José CABRERA CABRERA, *La acción social con personas sin hogar en España*, Madrid, Cáritas Española, 2000, p. 124.

³⁴ Isaiah BERLIN, *El fuste torcido de la humanidad*, Barcelona, Península, 1992, p. 31.

³⁵ Eugenio DEL RÍO, *Modernidad, posmodernidad (Cuaderno de trabajo)*, Madrid, Talasa, 1997, p. 124.

³⁶ Pedro MONTES, *El desorden neoliberal*, p. 154.

³⁷ El actual volumen de construcción supera al del anterior boom (1985-1992) cuyo nivel era semejante al de los años del desarrollo económico previos a la crisis del 73, con un crecimiento vegetativo de 400.000 personas al año frente al actual crecimiento cero. Cfr. José Manuel NAREDO, «Boom inmobiliario y declive demográfico», *Le Monde Diplomatique* (Edición Española), 24 de noviembre de 2000.

de información, consumo o violencia. Y exceso incluso en el homenaje que al desorden se rinde en los actos periódicos de vandalismo urbano. La imagen, propuesta por Nietzsche, de que «una realidad ordenada racionalmente (...) es sólo un mito asegurador»³⁸ parece cumplirse como un pronóstico. De hecho, «el secreto mejor guardado de Occidente, su increíble fragilidad», ya no es ni tan secreto, ni tan increíble³⁹.

La victoria de occidente sobre el comunismo nos ha conducido a un período fluctuante de desequilibrios e incertidumbre global donde asistimos a la desaparición de un modelo sin que se vislumbre el relevo por otro. Falto de referencias culturales e ideológicas que estructuren lo global «las realidades informales se afianzan y las organizaciones tradicionales se vacían de contenido»⁴⁰. Entre tanto, «la conflictividad social se ha trasladado de la esfera de la producción al territorio metropolitano»⁴¹, convertido, a la vez, en espacio competitivo y de autoconsumo, por lo que de folklórico tiene seguir reflejándose y reconociéndose en símbolos que ya no nos caracterizan.

Aunque nos empeñemos, si «no hay estructura social alguna, ni siquiera la más antigua o la más sólida, que sea definitiva»⁴², ¿por qué habría de serlo el molde urbano al que nos aferramos? La sociedad, la ciudad y las lecturas que de ellas se hacen, cambian a un tiempo, no puede ser de otro modo. Ni urbanistas⁴³, ni filósofos, ni desde luego políticos, parecen abordar con entusiasmo el bosquejo del futuro. Es probable que se añore la metodología de la contradicción, pero «la dialéctica es una solución nostálgica» porque la síntesis entre el valor de uso y el valor de cambio es «una solución irrealizable»⁴⁴.

Sea como fuere, «más que nunca, la ciudad es lo único que tenemos»⁴⁵. Hasta hay quien asegura que «el problema social por antonomasia del siglo XXI (será) la ciudad. La cuestión urbana pesará tanto (...) como la cuestión obrera en sus comienzos»⁴⁶. Pero, ¿con qué urbanismo, si «conceptos únicos como núcleo y periferia, ciudad

³⁸ Patxi LANCEROS, *Apunte sobre el pensamiento destructivo*, p. 16.

³⁹ Alain MINC, *La nueva Edad Media. El gran vacío ideológico*, trad. J. María López Vidal, Madrid, Temas de hoy, 1994, p. 175

⁴⁰ Alain MINC, *La nueva Edad Media. El gran vacío ideológico*, p. 243.

⁴¹ Ramón FERNÁNDEZ DURÁN, *La explosión del desorden. La metrópoli como espacio de la crisis*, Madrid, Fundamentos, 1993, p. 143.

⁴² Alain MINC, *La nueva Edad Media. El gran vacío ideológico*, p. 203.

⁴³ A lo que parece, no sólo la de los juristas es una formación controvertida, «actualmente en la mayoría de las escuelas de urbanismo ni siquiera se enseñan los conocimientos y técnicas más elementales de la profesión. Los mejores estudiantes se ven obligados a reconstruir la información que necesitan mediante un prolongado proceso de prueba y error», Vittorio MAGNAGO LAMPUGNANI, «La ciudad normal», *El País*, 30 de diciembre de 2000.

⁴⁴ Pietro BARCELLONA, *El individualismo propietario*, pp. 93 y 144.

⁴⁵ Rem KOOLHAAS, «¿Qué fue del urbanismo?», trad. Carlos Verdager, *Revista de Occidente. La ciudad hacia el año 2000*, núm. 185 (1996), p. 10.

⁴⁶ Alain MINC, *La nueva Edad Media. El gran vacío ideológico*, p. 309.

y suburbio, sirven cada vez menos para describir los modelos contemporáneos de desarrollo físico»⁴⁷. Como corresponde a una etapa donde priman la veleidad y la construcción individual, «nos hemos quedado con un mundo sin urbanismo, sólo con arquitectura, cada vez más arquitectura»⁴⁸.

De paso que el libre juego de la oferta y la demanda ha adquirido dimensiones casi globales, las situaciones anómicas se han multiplicado. Con ellas no se niega ni consolida lo establecido. Anomia es vacío de orden, ausencia de interacción entre sujetos que se aíslan y repliegan sobre sí mismos. Con un panorama semejante, privados del sentido y la experiencia de comunidad, sería casi épico esbozar proyectos urbanos con pretensiones de aquiescencia. Tal vez eso explique que algunas de las intervenciones más renombradas en los últimos tiempos en Estados Unidos hayan consistido en el fomento de ciudades privadas (expresión contradictoria en sus propios términos) destinadas a acoger comunidades racial y socialmente homogéneas. «Interesa destacar que un tercio de todos los complejos residenciales construidos (entre 1991 y 1996) en California del Sur han creado recintos herméticamente cerrados. Con accesos y calles vigiladas, administrados no ya por ayuntamientos sino por asociaciones privadas, el control que se establece sobre estos núcleos ha llevado a señalar que Los Ángeles y su región se sitúan a la cabeza de lo que significa militarizar el espacio. Y esto es una de las evoluciones más importantes de nuestro tiempo»⁴⁹.

«Sucede, además, como paradigma de la nueva sociedad, que la iniciativa privada no sólo parcela, proyecta, construye y gestiona —ese fue el arranque de la ciudad liberal a finales del XIX—, sino que, por vez primera, se independiza del Estado y llega incluso a legislar y reglamentar el comportamiento de quienes viven en el interior del dominio. El último proyecto dado a conocer en este sentido es la propuesta de Disney de construir en Florida, cerca de Disneyworld, la mayor de las ciudades privadas americanas *Celebration* con un total de 8.000 viviendas capaz de albergar a 20.000 habitantes»⁵⁰.

Sumidas en el proceso globalizador, el porvenir de las metrópolis, salvadas sus diferencias culturales, parece convergente. La proliferación de urbanizaciones residenciales y parques temáticos; la sustitución del espacio público en el centro de la ciudad por el interior cerrado del centro comercial; la falta de enclaves emblemáticos en las zonas periféricas o cuantiosas inversiones públicas en diseños archi-

⁴⁷ Peter ROWE, *MAKING a Middle Landscape*, Cambridge, 1991, p. 30 citado por Richard INGERSOLL, «Tres tesis sobre la ciudad», *Revista de Occidente. La ciudad hacia el año 2000*, núm. 185 (1996), trad. Eladio Valiente, p. 32.

⁴⁸ Rem KOOLHAAS, «¿Qué fue del urbanismo?», p. 8.

⁴⁹ Carlos SAMBRICIO, «De Metrópolis a Blade Runner», *Revista de Occidente. La ciudad hacia el año 2000*, núm. 185 (1996), pp. 60 y 61.

⁵⁰ Carlos SAMBRICIO, «De Metrópolis a Blade Runner», p. 61.

tectónicos de los que se espera una alegoría de la ciudad, así lo sugieren. Son tentativas varias para evitar una mixtura no deseada.

Y, sin embargo, parece imprescindible asumir que el caos es más fecundo que yermo y más inevitable que pasajero. Pero el elogio del «desorden» no puede ser incondicional. Ni se debe «consentir que se aproveche el miedo confuso que produce»⁵¹ ni debe servir de coartada para el abuso. Porque Ihering tenía razón y «resistir a la injusticia es un deber del individuo para consigo mismo, pues es un precepto de la existencia moral; (y) un deber para con la sociedad, pues esta resistencia no puede ser coronada con el triunfo, más que cuando es general»⁵².

⁵¹ Georges BALANDIER, *El desorden*, p. 237.

⁵² Rudolph von IHERING, *La lucha por el derecho*, trad. Adolfo Posada, Madrid, Civitas, 1993, p. 76.

El formalismo en la teoría jurídica estadounidense *

Por JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ

Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. EL PRIMER FORMALISMO JURÍDICO.—2. LAS CRÍTICAS AL FORMALISMO DE LOS AUTORES PRAGMATISTAS Y REALISTAS.—3. EL FORMALISMO COMO UNA ESPECIE DEL POSITIVISMO JURÍDICO Y SU CRÍTICA.—4. EL RENACIMIENTO DEL FORMALISMO.—5. LAS ÚLTIMAS TENDENCIAS DEL FORMALISMO.—6. CONCLUSIÓN.

1. EL PRIMER FORMALISMO JURÍDICO

«Formalismo» es un término ambiguo. Dentro del pensamiento jurídico estadounidense esta palabra ha servido para designar una determinada concepción del derecho y del razonamiento jurídico, especialmente en el ámbito de la aplicación judicial¹. Los diversos significados que se le atribuyen al término han ido evolucionando a través de los años, aunque manteniendo siempre un núcleo estable común, como veremos a lo largo de estas páginas.

La etiqueta de «formalismo jurídico» (*legal formalism*) fue acuñada en el período posterior a la I Guerra Mundial, cuando surgió una

* Este trabajo ha sido posible gracias a una ayuda para la investigación concedida por la Fundación Séneca de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, con la que se financió mi estancia en la Stanford Law School, Ca., USA.

¹ A veces emplearé también las palabras «adjudicación» (traducción literal de la inglesa «*adjudication*») o «enjuiciamiento», como sinónimos ambos de «aplicación judicial del derecho».

corriente antiformalista en el pensamiento jurídico norteamericano, que agrupaba a autores con una concepción pragmatista, instrumentalista y sociológica del derecho (Holmes, Pound) y que dieron paso al nacimiento del movimiento realista (Llewellyn, Frank)². La época de este primer formalismo cabe situarla a partir de la Guerra Civil y su máximo representante teórico fue Christopher C. Langdell.

Langdell es considerado el creador de la ciencia jurídica estadounidense. Como primer Decano de la Facultad de Derecho de Harvard (1870-1895) organizó los estudios de derecho en su forma actual, con una duración de tres años, y trató de dar a dichos estudios un carácter científico. En el prólogo a su libro de casos sobre contratos estableció dos premisas: que el derecho es una ciencia y que todo el material de dicha ciencia está contenido en libros impresos³. Este modelo inicial de ciencia jurídica ha sido calificado como «sistema ortodoxo clásico»⁴, pues constituyó el punto de partida y, al mismo tiempo, el punto de referencia frente al cual han tomado posición las corrientes de pensamiento posteriores.

Según dicho modelo, un sistema jurídico debe tener tres cualidades: 1) El derecho debe ser *formal*, por lo que debe producir resultados desde sí mismo, sin consideraciones materiales extrajurídicas. Para ello, el derecho ha de estar claramente determinado, de manera que las decisiones jurídicas deriven de la simple aplicación de las normas a los hechos, sin que intervenga en ningún caso la discrecionalidad judicial. 2) El derecho es un *sistema*, un todo coherente, compuesto por conceptos y principios abstractos, de los cuales se deducen de una manera lógica las reglas aplicables. 3) El derecho es un sistema *autónomo*, cuyos principios y normas proceden íntegramente de fuentes jurídicas y no de ámbitos externos, como la filosofía, la moral o la política económica, que además suelen estar sujetos a polémicas sociales⁵.

El sistema jurídico se compone, pues, de un conjunto de principios que contienen una serie de conceptos (en pequeño número, según Langdell), de donde derivan todas las reglas jurídicas necesarias para resolver la infinidad de casos que la vida social plantea en el ámbito del derecho. La exposición de tales principios y reglas constituye el núcleo de la ciencia jurídica, cumpliendo una función similar a la que cumplen en la geometría euclidiana los axiomas y teoremas, que son el fundamento teórico de los demás desarrollos científicos, que llevan hasta las concreciones más particulares⁶.

² SEBOK 1998: 57 ss.

³ MINDA 1995: 13.

⁴ Denominación dada por GREY 1983.

⁵ Véase el artículo de la nota anterior y también GREY 1996: 495-496; GREY 1999: 5.

⁶ Esta es la opinión de GREY, pero SEBOK no está de acuerdo, pues opina que el modelo geométrico sólo valdría para el proceso deductivo de aplicación de las reglas; sin embargo, la búsqueda de los conceptos se hace por medio de un proceso inductivo y, en este aspecto, el modelo que sigue Langdell es el de las ciencias naturales, como la botánica, la zoología, la física o la química (SEBOK 1998: 91).

Este modelo propuesto por Langdell estaba construido y pensado, además, desde y para el derecho común, creado por los jueces, y más concretamente para el derecho común privado sustantivo, excluyendo de él, por innecesario, tanto el derecho procesal como el derecho público y en general todo el derecho de origen legislativo (*statutes*). Para los langdellianos, el derecho constitucional era poco susceptible de un tratamiento científico, porque utilizaba conceptos no siempre claros a causa de su vaguedad, en los que la finalidad política (*purpose*) jugaba un papel interpretativo y estaban, por tanto, sujetos a controversia. Algo similar ocurría con el derecho legislado, por su carácter fortuito o casual y por la impericia jurídica que se atribuye a los legisladores, frente al dominio de la técnica jurídica que poseen los jueces. Todo ello hacía casi imposible ordenar conceptualmente un material tan refractario como aquel, ajeno a la pureza científica del derecho⁷.

El estudio del jurista debía centrarse, pues, en los conceptos y principios jurídicos de los que se extraían las reglas aplicables y aplicadas en los diversos casos. En el derecho privado estos conceptos básicos eran los de contrato, propiedad y actos ilícitos civiles (*torts*). Ha quedado como ejemplo del método langdelliano su tratamiento del tema del perfeccionamiento de un contrato, en los casos en los que la aceptación de la oferta hecha por una de las partes la realiza la parte receptora utilizando como medio el correo. La mayor parte de los tribunales (excepto en algún Estado) consideraban que la aceptación del contrato era válida desde que el receptor de la oferta enviaba por correo su aceptación a la parte que había realizado la oferta; era la regla del buzón (*mailbox rule*). Sin embargo, Langdell se remonta al concepto de promesa, que a su juicio forma parte esencial del concepto de contrato, en lo que se refiere a la aceptación de la oferta. Ahora bien, la promesa se perfecciona sólo cuando ésta es comunicada al destinatario de la misma. Por tanto, para que haya aceptación de un contrato, este debe ser comunicado al destinatario; y la comunicación sólo se produce cuando el mensaje enviado por correo no solamente es depositado en el buzón, sino que además es recibido y leído por su receptor.

Así es, expuesto muy sintéticamente, como surgió el primer formalismo en la teoría estadounidense, de la mano del surgimiento de la propia ciencia jurídica moderna en aquel país. Pero su misma forma de originarse nos muestra el significado de esta palabra, utilizada para caracterizar la concepción del derecho sostenida por Langdell y sus seguidores.

Formalismo sirve aquí, en primer lugar, para designar un método de construcción de la *ciencia jurídica*, el utilizado por Langdell, en el sentido de que él pretendía la formalización del derecho, es decir, la configuración del derecho como un conjunto sistemático y coherente

⁷ GREY 1983: 34-35; GREY 1996: 496.

de conceptos, principios y reglas, ordenados y jerarquizados, y no como una colección empírica de casos, acumulados de manera casual y fortuita, que describían simplemente las decisiones tomadas por los diversos tribunales. Su objetivo de convertir el conocimiento del derecho en una ciencia implicaba la utilización de un método inductivo y analítico, buscando en los casos particulares ya resueltos aquellos elementos comunes que eran susceptibles de generalización. Una vez abstraídos los rasgos particulares de cada caso y quedando sólo los elementos generales y abstractos, estos elementos tienen un carácter *formal*, porque se ha eliminado en ellos lo que era *material* y concreto, lo que sólo pertenecía a ese caso singular: de esta forma se obtienen los conceptos jurídicos.

En segundo lugar, y directamente ligado con lo anterior, el *formalismo* designa también un método de *aplicación del derecho*. Partiendo de los conceptos generales, principios y reglas obtenidos en el momento anterior, los nuevos casos que se presentan al juez o que examina el jurista son resueltos de una manera cuasi deductiva y automática, subsumiendo los hechos particulares nuevos en los conceptos generales que ha elaborado previamente la ciencia jurídica. Esta subsumición de lo particular en lo general, de los nuevos contenidos empíricos en las formas abstractas, es lo que hace que la adjudicación sea caracterizada como formalista.

Por consiguiente, el formalismo clásico langdelliano es concebido en primer lugar como una epistemología, que encierra una ontología jurídica, y en segundo lugar, como una metodología de aplicación del derecho. La ontología latente en su concepción de la ciencia jurídica se puede resumir en los siguientes postulados, que en parte ya hemos señalado anteriormente: 1) *Conceptualismo*: el derecho se halla estructurado como un conjunto de conceptos, reglas y principios abstractos. Esta tesis la sostienen también autores que no siguen el método formalista de obtención y aplicación lógica de los conceptos, como es el caso del juez Holmes⁸. 2) *Sistematicidad*: los conceptos, reglas y principios del derecho obtenidos por la ciencia jurídica guardan entre sí una relación de coherencia y forman un todo consistente. 3) *Objetivismo*: las reglas y principios jurídicos están claramente determinados, pues han sido fijados de manera precisa por instancias anteriores (precedentes, doctrinas, leyes) y proporcionan certeza a la aplicación del derecho. 4) *Autonomía*: el derecho es un sistema independiente y cerrado de tales conceptos y normas, que existe y funciona al margen de consideraciones extrajurídicas (morales, políticas, religiosas).

A todo esto hay que añadir que el formalismo de Langdell se refiere sólo al derecho común, es decir, a las reglas jurídicas creadas por los jueces en el proceso de enjuiciamiento; por tanto, se refiere sólo a las normas y conceptos que hallamos en los textos de las sentencias y

⁸ Minda 1995: 14 ss.

demás decisiones de los órganos judiciales. Su concepción y método formalista no se aplica al derecho legal, creado por los órganos con competencia legislativa. Sin embargo, las corrientes formalistas posteriores extenderán esta concepción cada vez más al derecho legislado, que durante el siglo xx ha ido adquiriendo más importancia y peso en el sistema jurídico norteamericano⁹.

Al mismo tiempo que Langdell instauraba el formalismo en la ciencia jurídica y en la enseñanza del derecho, un método similar se abría paso en la práctica jurídica, tanto en el ámbito del derecho privado como en las cuestiones constitucionales, que se rigen por un derecho escrito o legislativo. En este último punto tiene gran importancia el caso *Lochner v. New York*, porque fue uno de los detonantes de la reacción antiformalista. En 1905 el Tribunal Supremo de los EE.UU. resolvió declarar inconstitucional una ley del Estado de Nueva York de 1897, que fijaba en 60 horas semanales el máximo horario laboral exigible a los empleados de panadería, porque, según el Tribunal, dicha ley atentaba contra el principio de «libertad de contrato» establecido en la Constitución (*Enmienda XIV*)¹⁰. Entre los cuatro jueces que disintieron, del total de nueve, se hallaba Oliver W. Holmes, quien argumentaba que la «libertad de contrato» no se halla en la Constitución, sino que es un concepto creado por los jueces. En este punto se habría de centrar la crítica antiformalista. Según dicha crítica, la decisión adoptada mayoritariamente en la sentencia del caso *Lochner* era formalista, porque construía el concepto de libertad asociándolo con los conceptos de contrato y propiedad, formando así la regla, aplicada en este caso, de que según la Constitución hay que proteger la «libertad de contratación».

A partir de este supuesto, se formularon dos ataques principalmente contra el formalismo: 1) La realidad social es demasiado *compleja* para que pueda ser gobernada exclusivamente con reglas jurídicas; hacen falta también consideraciones extrajurídicas; aparte del término derecho hay que tener en cuenta también el otro extremo, el término sociedad. 2) El proceso de formalización del derecho, obteniendo conceptos jurídicos por vía de abstracción, deja fuera *hechos sociales* relevantes para el derecho: por ejemplo, en este caso se omiten las desigualdades de libertad y riqueza de los individuos y se priva así a muchos de ellos, concretamente a los más débiles, de una auténtica libertad de contratación¹¹. Por tanto, la crítica antiformalista se va a centrar sobre todo en estos dos aspectos: la necesidad de incluir la

⁹ En ese sentido, la labor de LANGDELL en EE.UU. fue muy parecida a la que realizó la Jurisprudencia de conceptos en Alemania en el siglo XIX, aunque LANGDELL se movía sólo en el ámbito del *common law*.

¹⁰ El texto de la *Enmienda XIV*, de donde se obtenía este concepto, dice así: «Nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law». En 1917 el Tribunal Supremo cambiaría la decisión del caso *Lochner*, declarando que la fijación por ley de un límite de la jornada laboral en 10 horas no era inconstitucional (*Bunting v. Oregon*).

¹¹ Cfr. MINDA 1995: 27-28.

realidad social en la concepción y aplicación del derecho, considerando a éste como un instrumento al servicio de la sociedad (instrumentalismo, funcionalismo); el rechazo del método de abstracción como único modo de construcción de la ciencia jurídica, orientada al conocimiento y determinación de las normas jurídicas para su posterior aplicación mecánica a las nuevas situaciones.

2. LAS CRÍTICAS AL FORMALISMO DE LOS AUTORES PRAGMATISTAS Y REALISTAS

El formalismo langdelliano y lochneriano comenzó a ser objeto de críticas desde los primeros años del siglo XX, empezando por el juez Holmes. Este compartía con Langdell el intento de hacer del derecho una ciencia y también la utilización del método inductivo para la obtención de conceptos jurídicos. Pero en vez de usar un método inductivo puramente lógico o analítico, propio del formalismo, Holmes proponía sobre todo el recurso a la experiencia. «La vida del derecho –decía– no ha sido lógica: ha sido experiencia»¹². Y por experiencia entendía, no sólo los datos extraídos de las sentencias judiciales, sino todo lo que rodea a la vida del derecho: la historia, la economía, la política, la vida social, de donde había que obtener el material para formar los conceptos jurídicos. Porque concebía el derecho como un medio al servicio de las necesidades sociales.

Como miembro que fue del «Metaphysical Club» de Boston, junto con William James y Charles S. Peirce entre otros, Holmes compartía la filosofía pragmatista, que concibe la verdad y el conocimiento como un producto de las prácticas sociales y culturales. Según sus palabras, «el derecho encarna la historia del desarrollo de una nación a través de muchos siglos y no puede ser estudiado como si contuviera solamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas»¹³. Por tanto, Holmes rechazaba el formalismo de Langdell en dos sentidos. Primero: la formación de conceptos jurídicos se hace inductivamente, pero no por un simple proceso de abstracción sobre un material exclusivamente jurídico dado de antemano, sino por un estudio del contexto social en el que el derecho opera, ya que los jueces no se guían sólo por reglas abstractas, sino también por consideraciones de política pública y fines sociales. Y segundo: los conceptos jurídicos no forman un sistema lógico completo, susceptible de ser usado sólo de manera deductiva; para su aplicación se necesita también del concurso de una amplia experiencia extrajurídica. Por eso recomendaba a los estudiantes de derecho el estudio de otras materias, como la economía, la estadística y la historia.

¹² Holmes 1964: 15.

¹³ *Ibidem*.

Siendo conceptualista como Langdell, sin embargo Holmes era antiformalista e inició las corrientes instrumentalista y pragmatista del pensamiento jurídico norteamericano. Su concepción del derecho culmina con su famosa teoría de la predicción: «Las profecías de lo que los jueces harán efectivamente, y nada más pretencioso que esto, es lo que yo entiendo por derecho ¹⁴». Sin embargo, el antiformalismo de Holmes no es tan radical como el de las corrientes realistas posteriores. Su punto de vista en cierto modo es complementario del de Langdell. Entre ambos crearían la ciencia jurídica moderna en los EE.UU. en sus dos aspectos esenciales: el formalismo y el instrumentalismo. Estos dos aspectos complementarios los definía Grant Gilmore de una manera algo diferente con estas palabras: «Si Langdell le dio a la nueva ciencia jurídica su metodología, Holmes, más que ningún otro, le dio su contenido ¹⁵». En un sentido parecido se podría decir que Langdell trató de construir una «jurisprudencia de conceptos» y Holmes, por su parte, inició lo que sería el complemento necesario de aquella, una «jurisprudencia de intereses» ¹⁶.

Estas dos doctrinas, *formalismo e instrumentalismo*, componen las dos caras del modernismo jurídico, que ha dominado el pensamiento norteamericano hasta bien avanzado el siglo XX ¹⁷. La primera ha tratado de hacer de la ciencia jurídica un sistema de conceptos y reglas inmutables, precisos y coherentes, para dotar de objetividad y certeza la aplicación del derecho. La segunda ha tratado de hacer que el derecho sea un instrumento flexible para la solución de los conflictos sociales, adaptándose continuamente al cambio social. Ambas doctrinas han estado casi siempre enfrentadas, a pesar de que cada una de ellas desarrolla un aspecto necesario y siempre presente en la realidad jurídica. La época en que la divergencia ha sido mayor fue el período de entreguerras, cuando la tendencia instrumentalista se desarrolló completamente en la corriente conocida como realismo jurídico.

Los predecesores del realismo (entre 1890 y 1920) pusieron las bases de la nueva orientación de la ciencia jurídica hacia el contexto social. Junto con el juez Holmes, Roscoe Pound y Benjamin Cardozo criticaron la visión clásica del derecho que contemplaba a este como un sistema lógico autónomo, en el que los temas de justicia y utilidad resultaban irrelevantes. Por el contrario, estos juristas comenzaron a ver el derecho como un instrumento para el bienestar social, cuyo fundamento eran los programas y fines políticos antes que los principios jurídicos, y cuyo punto de referencia básico era la acción política, por encima de la actividad judicial. Al hilo de la fuerte industrialización y crecimiento económico de esos años y del gran desarrollo de las ciencias sociales, estos autores consideran que el derecho es una

¹⁴ HOLMES 1897: 461.

¹⁵ GILMORE 1977: 48, cit. por MINDA 1995: 16.

¹⁶ Véase también GREY 1989.

¹⁷ MINDA 1995: 20-21.

especie de mecanismo de ingeniería social. El interés de la ciencia jurídica se desplaza hacia la reforma legislativa, asesorada por expertos en cuestiones sociales y políticas, y quedan en un segundo plano los temas del razonamiento judicial y de la aplicación del derecho común¹⁸.

En segundo lugar, el realismo jurídico de los años 20 y 30 tiene en común con los tres autores citados su interés por llevar los métodos y contenidos de las ciencias sociales al estudio del derecho, así como el apoyo a las reformas legislativas. Pero desde el punto de vista científico, la actitud del realismo era totalmente contraria a la construcción de una ciencia jurídica estructurada en conceptos generales. Su foco de atención se dirige ahora hacia el proceso judicial y especialmente a la resolución de casos de derecho privado. Se despreocupan del estudio de la legislación y se centran en la figura del juez y en el proceso de adjudicación. Sobre este tema, su tesis fundamental es que los conceptos, principios y reglas jurídicas, por su carácter abstracto, no sirven para orientar la decisión de los jueces. Estos conceptos y principios elaborados por la ciencia jurídica son vacíos e indeterminados y, por tanto, inefectivos para guiar la decisión judicial. Lo que marca las decisiones judiciales son los procedimientos utilizados para llegar a ellas y los motivos subjetivos, muchas veces inconscientes, que operan en la mente del juez. En una palabra, las decisiones se basan en la intuición, en la visión personal del mundo por parte de los jueces y en sus propias ideas sobre cómo deben resolverse los conflictos sociales. «Frente a la concepción progresista de los jueces como legisladores subordinados, que consultan los principios ideales a la luz de la política para integrar las lagunas dejadas entre las reglas jurídicas por la ley y el precedente, los realistas opusieron la idea de los jueces como árbitros, cuya función social era mantener la paz resolviendo disputas potencialmente destructivas»¹⁹. El estudio sociológico de la conducta de los jueces se convertiría, así, en una de las tareas de la ciencia jurídica.

La importancia atribuida al papel de los jueces y del razonamiento judicial por parte del realismo iba en detrimento del papel que juegan las reglas jurídicas, legales o judiciales, en la aplicación del derecho.

Según Llewellyn, la racionalidad en el ámbito jurídico implica dos operaciones: Primero, elegir las premisas, construir la regla de derecho a partir del precedente judicial o de la legislación, según los casos. Segundo, aplicar razonadamente la regla obtenida al nuevo supuesto que se plantea. Frente al tipo de racionalidad puramente lógica, que considera las reglas como premisas ya dadas, fijadas por la autoridad e inmutables, él defiende una racionalidad práctica, basada en la expe-

¹⁸ GREY 1996: 498-500. En su periodización histórica, T. GREY llama a la época de Langdell «clasicista», a este período lo denomina «progresista» y al siguiente «realista».

¹⁹ GREY 1996: 501, quien cita en apoyo de esta idea a Jerome Frank (*Law and the Modern Mind*) y a K. N. Llewellyn (*The Bramble Bush*).

riencia y en la actitud razonable del juez²⁰. Por consiguiente, Llewellyn atribuye al juez la competencia para fijar las reglas de derecho, elegir las premisas normativas, construirlas, tanto si estas reglas hay que buscarlas en los precedentes judiciales como en las leyes.

En esta labor de construcción de las reglas jurídicas aplicables a los casos concretos, Llewellyn propone un método a seguir por los jueces, que consiste en la toma de consideración de los siguientes factores: 1) Tener en cuenta el sentido de la situación. 2) La coherencia global del sistema jurídico. 3) Los fines perseguidos por las leyes. 4) La historia legislativa. 5) El lenguaje del texto legal²¹. Llewellyn rechaza el método de los *cánones de interpretación*, porque conducen a la falsa idea de que los casos en sí mismos más las reglas adecuadas para tratarlos proporcionan una «respuesta correcta» para resolver una disputa jurídica. Asimismo considera errónea la idea de que los textos de las leyes proporcionan por sí mismos una «respuesta correcta» a cualquier cuestión jurídica. Por consiguiente, Llewellyn rechaza tanto la validez de los cánones de interpretación de las leyes como el uso mecánico del precedente judicial, y considera estos métodos como formalistas²².

Así pues, la posición central que adopta el movimiento realista contra el formalismo, tal como la presenta K. Llewellyn, se refiere al proceso de *adjudicación* y se resume en lo siguiente: la defensa de la razón práctica frente a la lógica deductiva, tanto en la elección de premisas como en su aplicación a los hechos. El realismo rechaza la tesis formalista de que las reglas y precedentes por sí mismos produzcan resultados automáticamente. Por el contrario, los jueces no son meros aplicadores automáticos de unas reglas jurídicas ya establecidas (sean éstas de derecho judicial o legislativo), sino que ellos son los verdaderos creadores de la regla de derecho y de su aplicación concreta.

De este modo, el campo de batalla en el que se desarrolla la disputa del realismo contra el formalismo es, finalmente, el campo metodológico del razonamiento judicial o de la aplicación judicial del derecho. Sólo en un segundo momento, como un problema derivado del anterior, se plantea el tema ontológico de la concepción del derecho o la cuestión acerca de la naturaleza del derecho y de las normas jurídicas. Muchos autores han calificado la actitud del realismo en estas cuestiones como *instrumentalista*, frente a la metodología del formalismo clásico representada por Langdell²³.

La crítica realista, responsable de esta distinción entre formalismo e instrumentalismo en la aplicación del derecho, es analizada por Quevedo dividiendo el conjunto del movimiento realista en tres grupos, cada uno de los cuales aporta una visión diferente de los problemas²⁴:

²⁰ FARBER 1992: 537.

²¹ *Ibídem*.

²² *Ibídem*: 535-536. FARBER extrae estas ideas sobre todo de LLEWELLYN 1950.

²³ Por ejemplo, SUMMERS 1992a: 67 ss.

²⁴ QUEVEDO 1985: 121 ss.

1) El grupo del razonamiento judicial. Son autores que critican el estilo de razonamiento jurídico del formalismo (y del Derecho natural) decimonónico, por defender la existencia de reglas rígidas e inmutables, el deductivismo lógico y el mecanicismo de las decisiones judiciales a partir de dichas reglas y su conservadurismo, no adaptándose al rápido cambio de las circunstancias sociales. Los autores citados en este grupo son Holmes (*The Common Law*, 1881), Cardozo (*The Nature of the Judicial Process*, 1921), Frank y Llewellyn (*The Common Law Tradition*, 1960).

2) El grupo reformista político liberal lo componen autores que tratan de adaptar la doctrina jurídica a las condiciones sociales de la época en temas tales como el procedimiento civil (Clark), cuestiones de derecho mercantil (Llewellyn, Hamilton), la legislación antitrust (Arnold), responsabilidad civil (*Federal Torts Claim Act*) y el derecho constitucional.

3) El grupo de la ciencia social, que unificaba a los dos anteriores, proponía incorporar la metodología de las ciencias sociales al estudio del derecho para adecuarlo al contexto social; es el movimiento *Law in action*²⁵.

Estos tres grupos de realistas tienen en común su crítica al formalismo jurídico por dos razones básicamente: a) El formalismo es deductivista y considera que el único contenido del derecho son los resultados de la deducción lógica obtenidos a partir de reglas preexistentes. b) El formalismo es políticamente conservador, porque mira al pasado y olvida que el sistema jurídico está conectado con el sistema social, como instrumento suyo, para conseguir que el sistema social funcione mejor, aumente su cohesión y sea más justo.

El realismo rechaza la idea de la inmutabilidad del derecho y el deductivismo lógico, defendiendo a cambio la idea de que el derecho es un fenómeno social y un instrumento del cambio social.

Sin embargo, ni los autores realistas ni los estudiosos del pensamiento jurídico de esta época han explicado las verdaderas diferencias existentes entre formalismo por un lado y realismo-instrumentalismo por otro. Muchos autores piensan que el formalismo fue sólo un hombre de paja creado por el movimiento realista para atacar las posiciones políticas conservadoras²⁶. Ahora bien, según Quevedo, nadie ha aclarado la cuestión de si el formalismo y el instrumentalismo son simplemente métodos diferentes de razonamiento jurídico o diferentes teorías del derecho²⁷. Ni tampoco han aclarado qué relación existe entre la respectiva teoría del derecho y su método de razonamiento. A falta de una diferenciación clara entre ambas

²⁵ Esta frase fue acuñada por ROSCOE POUND en su artículo «Law in Books and Law in Action», 44 *Am. L. Rev.* 12 (1910). Cfr. QUEVEDO 1985: 123, núm. 17.

²⁶ QUEVEDO 1985: 124; SEBOK 1998: 3.

²⁷ QUEVEDO 1985: 124-125.

corrientes, lo único que aparece claro en los estudios historiográficos es que formalismo e instrumentalismo hacen afirmaciones opuestas en los tratados doctrinales y en la parte argumentativa de las sentencias judiciales²⁸.

Así pues, tanto el formalismo como el instrumentalismo y el realismo jurídico son en primer lugar metodologías o teorías del razonamiento jurídico que persiguen un doble objetivo: a) Construir la ciencia jurídica, entendida como el conocimiento cierto de las normas vigentes y, en su caso, de los contextos sociales, para b) la correcta aplicación de las mismas a los casos particulares. Sólo en segundo lugar y de forma derivada construyen teorías ontológicas o concepciones sobre la naturaleza del derecho. En este último aspecto, el formalismo adopta básicamente posiciones propias de un positivismo legalista, mientras que el realismo adopta sobre todo posiciones cercanas a un positivismo sociologista. El iusnaturalismo, por su parte, no se halla identificado plenamente con ninguna de estas dos corrientes.

3. EL FORMALISMO COMO UNA ESPECIE DEL POSITIVISMO JURÍDICO Y SU CRÍTICA

Quizá porque los grandes creadores de la teoría jurídica norteamericana han sido sobre todo autores ligados a las corrientes del pragmatismo filosófico y del realismo jurídico (Holmes, Cardozo, Pound, Llewellyn), lo cierto es que el término «formalismo» ha tenido siempre allí un sentido peyorativo. Algo similar ha ocurrido con el positivismo jurídico. Aunque el formalismo es sobre todo una teoría de la adjudicación (metodológica) y el positivismo es una teoría del derecho (ontológica) en sentido estricto, de algún modo el formalismo clásico langdelliano sirvió para introducir la concepción positivista solapadamente en la teoría estadounidense. Esta es la tesis, bastante aceptable en ese aspecto, defendida por A. Sebok en su libro ya citado. Según este autor, los «alias» o nombres de guerra del iuspositivismo antes de 1927 y 1940 fueron el formalismo y la jurisprudencia analítica de Bentham y Austin. Por eso, el formalismo constituye en realidad, según este autor, una subespecie del positivismo jurídico²⁹.

Antes de 1927 no existía una concepción clara del positivismo jurídico en Estados Unidos. R. Pound asimilaba este concepto con el positivismo sociológico de Comte y de Spencer, aunque en el ámbito de la jurisprudencia también incluía en dicha corriente a Bentham. Es a partir de aquella fecha cuando Morris Cohen y Hessel Yntema, desde

²⁸ *Ibidem*: 134.

²⁹ SEBOK 1998: 2-3.

diversos puntos de vista, contribuyeron a fijar los rasgos del positivismo jurídico como una concepción que separa derecho y moral y que concibe el derecho como un sistema autoritario de reglas³⁰. Esta concepción, junto con los rasgos propios del formalismo, es la que sería objeto de ataque por parte de R. Pound y de los realistas. En síntesis, sumando la teoría ontológica y la teoría de la adjudicación, el positivismo-formalismo era visto por estos autores como un conglomerado de las siguientes tesis: el derecho es un mandato; el sistema jurídico es un conjunto de reglas cerrado, estructurado lógicamente, autónomo y omnisuficiente; los jueces son autómatas que aplican las reglas de este sistema y lo hacen de manera mecánica³¹. Obviamente, fuera correcta o no esta caracterización, ellos rechazaban todas esas tesis.

A partir de 1940, Lon Fuller consolida la visión negativa del positivismo en la teoría estadounidense, añadiendo a los rasgos anteriores el que se considera más esencial: la separación del derecho y la moral. Según su opinión, este rasgo es común tanto al positivismo como al realismo, y como ello aproxima a dichas corrientes a la ideología de los Estados totalitarios, Fuller rechazaba por igual ambas concepciones del derecho, propugnando en su lugar una concepción jurídica de corte iusnaturalista³². De esta manera, a la polémica entre realistas y positivistas se añadía ahora un tercer punto de vista, que abriría el debate entre positivismo y iusnaturalismo en las dos décadas siguientes³³.

A mediados de siglo, pues, el formalismo jurídico era considerado en los EE.UU. una teoría del derecho y una teoría de la adjudicación equivalente a o integrada en el positivismo jurídico, a la cual se oponían realistas y iusnaturalistas. Sin embargo, el principal representante del positivismo en el mundo anglosajón, H. L. A. Hart, se ocupó de desmontar esta equivalencia y avanzó en la clarificación del concepto de formalismo jurídico. En su obra principal *The Concept of Law* (1961) trata de cuatro cuestiones principales: la naturaleza de las normas jurídicas, sus clases y articulación para formar un sistema jurídico, la interpretación semántica de las normas y la relación del derecho con la moral. Aunque todos estos temas tienen que ver con una teoría del derecho, el punto tercero es el que enlaza más directamente con una teoría de la adjudicación, pues trata de ciertos problemas que se plantean al intentar cumplir el derecho y, sobre todo, al ser aplicado este por parte de los jueces y otros órganos. Esta cuestión está contenida en el capítulo VII, en donde hallamos tres conceptos principales: la textura abierta, el formalismo y el escepticismo ante las reglas.

³⁰ *Ibidem*: 40.

³¹ *Ibidem*: 42-44.

³² *Ibidem*: 20-21.

³³ La polémica más importante fue la que tuvo lugar entre FULLER y HART; véanse sus respectivos escritos de 1958.

Dice Hart que en los grupos sociales grandes el control social se efectúa principalmente a través de reglas, pautas y principios generales que indican a todo el grupo lo que se debe hacer en cada momento. El derecho se compone de este tipo de reglas y pautas de conducta. Pero por ser generales, los términos empleados en tales reglas se refieren a clases de personas y a clases de actos y cosas, de modo que cada individuo pueda incluir los actos y cosas particulares de su propia conducta dentro de la extensión de los términos generales usados en las reglas. Los dos recursos que usa el derecho, legislación y precedente judicial, son formas diferentes de establecer reglas generales, aunque la legislación hace un uso máximo de términos generales y el precedente hace un uso mínimo, pues obtiene reglas a partir de las circunstancias concretas de cada caso. Pero en ambos casos existe un cierto grado de *indeterminación*, que es inherente al uso de términos generales, ya que en ciertos casos límite no se sabe si una actividad concreta se halla incluida o no en la extensión del término que se usa. En el famoso ejemplo de la prohibición de entrada de «vehículos» en un parque, sabemos que un automóvil sí es un vehículo, pero no sabemos si un patín de niño es un vehículo o no. Esta indeterminación no puede ser eliminada simplemente con cánones de interpretación, pues éstos también se expresan en términos generales.

Este carácter de indeterminación que poseen las pautas y reglas generales es lo que Hart llama su «textura abierta», a causa de la inclusión en ellas de términos clasificatorios generales. De modo que, cuando se aplica una regla general a una situación particular, hallamos siempre en los términos usados un «núcleo claro de significado», que permite resolver casos fáciles, pero también hay en ellos una «zona de penumbra» que nos plantea dificultades en la resolución. En este último caso se manifiesta más claramente que en ningún otro que el aplicador del derecho tiene que ejercitar una opción, elegir entre varias decisiones (*choice of decision*). El juez tiene un margen de discrecionalidad para tomar sus decisiones. Esta circunstancia es la que provoca dos distintas actitudes ante el tema de la aplicación del derecho. Por un lado, el *formalismo*; por otro, el *escepticismo* ante las reglas.

Dice Hart: «El vicio conocido en la teoría jurídica como formalismo o conceptualismo consiste en una actitud hacia las reglas verbalmente formuladas que procura encubrir y minimizar la necesidad de tal elección, una vez que la regla general ha sido establecida³⁴». El formalismo es así la actitud teórica según la cual las reglas tienen siempre un significado fijo y determinado para todos los casos. Por el lado contrario está la actitud del «escepticismo ante las reglas», según la cual las reglas no tienen ningún papel en el ámbito jurídico: «hablar de reglas es un mito que oculta la verdad de que el derecho consiste

³⁴ Hart 1980: 161.

simplemente en las decisiones de los tribunales y en la predicción de ellas»³⁵. Para los defensores de esta segunda posición, el derecho son sólo las decisiones de los tribunales; las leyes no son derecho, sino únicamente fuentes del derecho.

Las dos posiciones descritas se refieren claramente: la segunda (escepticismo), a las tesis defendidas por la corriente realista americana y en cierto modo también a las de la corriente iusnaturalista; la primera (formalismo) se refiere a un sector del positivismo jurídico, pero que no es obviamente el sector representado por el propio Hart.

Extrayendo conclusiones de esta distinción hecha por Hart entre formalismo y escepticismo ante las reglas, el profesor David Lyons considera que la única diferencia entre ambas concepciones jurídicas es que para los formalistas el derecho no tiene lagunas, o sea, ellos no admiten que exista una textura abierta en las reglas; mientras que para los escépticos (o instrumentalistas) las fuentes autoritarias (*authoritative*) del derecho, o sea, las reglas jurídicas legales o judiciales, tienen lagunas, son insuficientes desde el punto de vista lógico para decidir todos los casos que se presentan ante los jueces³⁶.

A juicio de Quevedo, el modelo de Hart y las consecuencias que extrae Lyons del mismo, a pesar de que suponen un avance en la tarea de clarificación de lo que es el formalismo, resultan insuficientes para dar cuenta de lo que esta concepción representa y también de las críticas que formula contra ella la concepción opuesta del instrumentalismo. Pues estos autores, y en especial Lyons, minimizan las diferencias entre ambas concepciones, reduciéndolas a una simple cuestión: que los formalistas no tienen en cuenta los fines sociales en la interpretación de las normas jurídicas y los instrumentalistas sí, pero éstos en cambio caen en el vicio de la hipergeneralización y la confusión lógica cuando critican las prácticas judiciales³⁷.

Dejando a un lado las diversas formas de concebir el derecho por parte del positivismo y del realismo jurídico americano y centrándonos sólo en los métodos de adjudicación, *formalismo* e *instrumentalismo* aparecen como dos estilos diferentes de razonamiento jurídico en la aplicación del derecho. Cada uno de estos estilos tiene tres significados contrapuestos. Según Quevedo, el significado primario y focal de ambos se refiere a la decisión en un *caso particular*. El formalista piensa que un determinado concepto, usado tradicionalmente, sigue siendo plenamente válido para aplicarlo a la situación presente; por tanto, el formalista toma la regla de derecho vigente, tal como está formulada en la ley o en un caso precedente, y la aplica tal cual, de la misma manera que en la ocasión anterior, considerando que esa regla y sus conceptos no han envejecido ni caducado todavía. El instrumentalista, en cambio, tiende a considerar que dicha regla y sus conceptos

³⁵ *Ibidem*: 170.

³⁶ LYONS 1981: 949-950; cit. por QUEVEDO 1985: 137-138.

³⁷ QUEVEDO 1985: 138-139.

han envejecido y debe ser reformada o sustituida por otra regla diferente. Esta concepción se basa en la hipótesis de que los conceptos tienen vida propia y, por tanto, están sujetos a nacimiento, envejecimiento y muerte.

El segundo significado del formalismo y del instrumentalismo es una generalización del anterior y se refiere a la *metodología general* de aplicación del derecho. Se llama formalista al juez u operador jurídico que habitualmente aplica los conceptos y reglas del derecho en su sentido tradicional, considerando que tales conceptos y reglas siguen siendo jóvenes y válidos para las nuevas situaciones. El instrumentalista es el que actúa habitualmente considerando que los conceptos han envejecido o caducado y que, por tanto, hay que proceder a renovarlos o sustituirlos por otros.

El tercer significado de los términos citados busca establecer la causa de la aplicación de ambas metodologías generales: por qué unos siguen el método formalista y otros el método instrumentalista. La causa que origina la aplicación de estos dos métodos contrapuestos se halla en dos *concepciones* distintas del derecho: para el formalista el fin del derecho es conservar las viejas reglas (conservador) y para el instrumentalista el derecho debe adaptarse a las nuevas y cambiantes necesidades sociales (progresista). También se pueden considerar otros fines del derecho, como primar el valor de la seguridad frente al de la libertad, o viceversa³⁸.

Como conclusión, las divergencias entre formalismo e instrumentalismo se pueden dar en tres niveles sucesivos: Primero, a la hora de tomar una decisión en un caso particular. Segundo, como un estilo general de razonamiento judicial. Tercero, como una teoría jurídica general que determina, a su vez, la adopción de diferentes estilos de razonamiento en la aplicación del derecho. En resumen, lo que no explican ni Hart ni Lyons y lo que hay que tener en cuenta es que los conceptos incluidos en las reglas y, por tanto, las reglas mismas, tienen una edad, evolucionan y, por consiguiente, pasan de ser reglas vivas a ser reglas muertas. La tarea de los jueces consiste, por tanto, en ser capaces de conocer cuándo un concepto incluido en una regla está definitivamente muerto y, por tanto, cuándo hay que dejar de aplicarlo y sustituirlo por otro concepto y otra regla nueva. Así pues, la relación entre formalismo e instrumentalismo es de carácter histórico: cuando surgen reglas nuevas, sus conceptos son plenamente aplicables (formalismo), y cuando pasa un cierto tiempo o cambian las circunstancias de hecho, estos conceptos ya no son aplicables, por lo cual surge la reacción antiformalista, que rechaza la preexistencia de reglas fijas y su aplicación automática a las nuevas realidades sociales (instrumentalismo, realismo jurídico)³⁹.

³⁸ *Ibíd.*: 147-150. La última consideración es un añadido mío.

³⁹ *Ibíd.*: 150-151.

Como conclusión: la crítica de los realistas al formalismo decimonónico se basaba en estos tres sentidos de la oposición formalismo-instrumentalismo. En efecto, los realistas consideraban que los conceptos jurídicos elaborados a partir de hechos anteriores estaban caducados y no podían aplicarse a los nuevos hechos que se plantean en la vida social. La actividad judicial, según ellos, debe ser vista como un proceso de adaptación continua a los cambios sociales (*law in action*) y no como un procedimiento de aplicación mecánica de conceptos intemporales, extraídos de leyes o de casos resueltos anteriormente. El método de construcción de categorías y conceptos jurídicos sobre casos precedentes no tiene una base empírica, pues los hechos nuevos que se presentan no son los mismos que ya acaecieron. Si el derecho debe basarse en la experiencia, el método formalista debe ser desechado, porque es antiempírico. El formalismo tiende a elaborar concepciones fijas del derecho y a deducir de ellas simplemente las soluciones a los casos nuevos. Así es como se ha llegado a la conclusión de que el derecho es un cuerpo de reglas. Pero para el realismo tal conclusión es obviamente falsa, porque reduce el derecho a ser una letra muerta. En su lugar, los realistas proponen un punto de vista sociológico: el derecho tiene siempre como fin la utilidad social y su objetivo es dar una solución correcta –justa– a cada caso particular que se le plantea. El realismo, en suma, rechaza el método jurídico de la deducción lógica, que encierra una concepción conservadora del derecho, y en su lugar propone un método empirista, que concibe el derecho como un instrumento del cambio social a través de la actualización permanente de todas las normas jurídicas, sean éstas de origen judicial o legislativo⁴⁰.

4. EL RENACIMIENTO DEL FORMALISMO

Neil Duxbury rechaza en su libro⁴¹ la visión pendular que sostienen la mayoría de los estudiosos de la teoría jurídica en EE.UU., según la cual a una época formalista le sucede otra realista y a esta de nuevo otra formalista, y así sucesivamente, de manera que ambas corrientes se van alternando y criticando mutuamente sus posiciones a

⁴⁰ Ibídem: 154. Las referencias principales para comprobar esta crítica del movimiento realista al formalismo son: R. POUND, *Mechanical Jurisprudence*, 1908; *The Theory of Judicial Decision*, 1923; OLIPHANT, *A Return to Stare Decisis*, 1928; LLEWELLYN, *A Realistic Jurisprudence*, 1930; *Some Realism about Realism*, 1931; J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, 1930; M. COHEN, «The Process of Judicial Legislation», *American Law Review* 48: 161 (1914). Hay otra versión, más amplia y también más confusa, del instrumentalismo norteamericano, que es la propuesta por Summers en diversos trabajos; a título de ejemplo, véase SUMMERS 1992a: 67 ss. y Summers 1981.

⁴¹ DUXBURY 1995: 2.

lo largo de la historia del pensamiento jurídico de aquel país. Este movimiento pendular puede no ser exacto ni riguroso, pues en la práctica también entran en juego otras concepciones jurídicas, aparte de las dos citadas, y además no siempre son exactamente iguales las diversas formas de realismo y formalismo que se suceden en el tiempo.

Este último es el caso de la nueva ola, supuestamente formalista, que se abrió en los años 50 con la escuela del *Legal Process*. Esta escuela, representada sobre todo por los profesores de Harvard Henry M. Hart y Albert M. Sacks, es considerada generalmente como una nueva versión del formalismo y también como una forma (mejorada) de positivismo⁴². Pero, al mismo tiempo, hay quien opina que los juristas del *Legal Process* lo que hicieron en realidad fue seguir y perfeccionar el camino trazado por el realismo jurídico y, más concretamente, por su ala progresista (incluyendo a Holmes, Pound, Llewellyn, Frank), diferenciándola, eso sí, del ala realista radical (Felix Cohen, Walter W. Cook, R. Hale...)⁴³.

Estas dos opiniones, aparentemente contrapuestas, ponen de manifiesto que el formalismo jurídico de los años 50 tiene caracteres nuevos que lo diferencian del formalismo clásico y que en su formulación ejercieron gran influencia las tesis instrumentalistas del período anterior. Se puede trazar así un mapa en el cual aparecerían como posiciones extremas y enfrentadas el formalismo clásico langdelliano-lochneriano frente al realismo radical (F. Cohen), y como posiciones intermedias el formalismo del *Legal Process* frente al realismo progresista (Llewellyn). Según esta opinión, sostenida por G. Minda, el ala progresista del realismo habría tenido su continuación no sólo en la escuela del *Legal Process* y en la de los Derechos Fundamentales de los años 60, sino también en la corriente del Análisis Económico del Derecho. Mientras que, por otro lado, el ala radical del realismo habría encontrado su desarrollo posterior en los autores de *Critical Legal Studies*.

Así pues, las nuevas corrientes jurídicas que se inician en la segunda mitad del siglo XX en EE.UU., lo que Minda llama la «moderna jurisprudencia conceptual», asumen la herencia realista o instrumentalista, que concibe el derecho como un instrumento al servicio de fines sociales, pero al mismo tiempo abandonan la actitud radical de escepticismo ante las reglas y, por tanto, adoptan el punto de vista de que el derecho puede alcanzar un cierto grado de objetividad y determinación, y también que posee una cierta autonomía respecto de los fenómenos sociales, políticos y económicos, en función de los cuales opera el derecho. La primera de estas corrientes, la escuela del

⁴² Según SEBOK 1998: 112. La obra fundacional de este movimiento es el libro de HART y SACKS editado en 1994, pero el texto estaba disponible en edición mult copiada desde los años 50 para uso de los estudiantes en las Facultades de Derecho.

⁴³ Esta es la tesis de MINDA 1995: 28-31.

Legal Process, puede ser vista así como el primer resultado de una confluencia entre el formalismo langdelliano y el instrumentalismo⁴⁴.

La propuesta básica del instrumentalismo, que, en palabras de R. Pound, definía la jurisprudencia como una «ciencia de ingeniería social»⁴⁵, se complementaba con esta otra: «El derecho (*law*) es el conjunto de conocimientos y de experiencia con cuya ayuda esta parte de ingeniería social puede llevarse a cabo». Pero a continuación, Pound concebía el derecho como «algo más que un cuerpo de reglas. Consiste en reglas, principios, conceptos y *standards* para la conducta y la decisión; pero también consiste en doctrinas y formas de pensamiento profesional y de reglas de arte profesionales...»⁴⁶. De manera que no es incompatible, partiendo de presupuestos instrumentalistas, tratar de construir una ciencia jurídica que conciba el derecho como un conjunto de reglas y principios con un cierto grado de objetividad, determinación, coherencia, autonomía, y que trate de expresar todo ello en conceptos bajo los cuales puedan encuadrarse las conductas humanas y las correspondientes decisiones judiciales.

Asumiendo, pues, que el objetivo del derecho es la realización de fines sociales, Hart y Sacks se centran en la tarea de descubrir cuál es la mejor forma de llevar a cabo este objetivo. Desde ese punto de vista, ponen la atención principalmente en el *procedimiento* que siguen los jueces y en que sus decisiones deben basarse en principios. La resolución de disputas jurídicas adopta una forma institucional: cada órgano jurisdiccional es competente para resolver los litigios que le corresponden según la naturaleza del caso. Este es el punto de partida de su concepción del derecho como un mecanismo institucional de resolución de conflictos (*institutional settlement*). Así pues, de los dos elementos que componen el derecho, proceso y sustancia, el más determinante es el proceso.

Una vez que el tema se ha planteado en la instancia adecuada, el juez aplica el derecho partiendo de las normas y principios que regulan el asunto, bien sean normas legislativas o precedentes judiciales, bien sean de derecho público o de derecho privado. Este es el segundo elemento, la *sustancia*, con el que se plantea la exigencia principal, dirigida al órgano que debe tomar la decisión: toda resolución ha de ajustarse al principio de «elaboración razonada» (*reasoned elaboration*). Según este principio, los jueces están obligados a justificar sus decisiones siguiendo dos pautas: A) Consistencia o uniformidad: los casos iguales deben ser tratados de igual manera. B) Propósito o finalidad (*purpose*): las normas jurídicas tienen siempre alguna finalidad, cuyo descubrimiento compete al aplicador del derecho y que debe ser tomada como base del razonamiento jurídico que justifique la decisión a adoptar. Por tanto, la escuela del Process, aunque reinicia una

⁴⁴ *Ibídem*: 33.

⁴⁵ POUND 1950: 200.

⁴⁶ *Ibídem*: 206.

nueva etapa del formalismo jurídico, acepta también la idea de los realistas de que el derecho está ligado de manera esencial a la consecución de fines sociales. Lo que diferencia a los procesalistas de los realistas anteriores es que para estos últimos el derecho era una ciencia social y, por tanto, sus métodos debían acercarse a los de la sociología, mientras que los formalistas se mantienen en el camino de la jurisprudencia clásica. En otras palabras, para los nuevos formalistas, aunque el derecho debe estar orientado a fines y consecuencias sociales, sin embargo debe regirse por normas y principios establecidos dogmáticamente.

Por tanto, el principio de la elaboración razonada formulado por los juristas del Legal Process encierra dos aspectos que caracterizan al nuevo formalismo: *consistencia* y *finalidad* de las reglas, como requisitos ambos esenciales de la aplicación judicial del derecho. Pero estos dos aspectos hay que buscarlos y exponerlos razonadamente a partir de las propias normas jurídicas preexistentes. Por eso, la escuela del Legal Process acomete una distinción entre diversos tipos de reglas, cuestión que ya se había planteado en el ámbito del positivismo e incluso en el realismo jurídico⁴⁷. Hart y Sacks distinguen entre normas que son reglas (*laws-rules*) y normas que son standards (*laws-standards*). Las primeras tienen un sentido preciso y para aplicarlas sólo hay que determinar los hechos: por ejemplo, se prohíbe circular a más de 60 km/hora. Las segundas, en cambio, adolecen de una cierta vaguedad y, por tanto, necesitan que se precise su sentido atendiendo a aspectos cualitativos difíciles de determinar: por ejemplo, apreciar la diligencia debida en un caso de responsabilidad por daños. Esta distinción es muy útil para cumplir con el criterio de la *consistencia*, ya que en el caso de las reglas el tratamiento de cada asunto es casi automático, mientras que en el de los standards se requiere una ponderación mayor de los hechos.

Por lo que respecta al criterio de la *finalidad*, Hart y Sacks distinguen dos tipos de fines o *purposes* que se suelen dar dentro de las normas jurídicas. Unos son los llamados principios (*principles*), que son simples descripciones de los objetivos que se trata de conseguir; por ejemplo, el pleno empleo. Otros son las llamadas políticas (*policies*), que son propuestas de los resultados que deberían obtenerse, exponiendo también las razones por las cuales habría que llegar a tales resultados⁴⁸; por ejemplo, la elaboración de un plan concreto para avanzar hacia el pleno empleo.

⁴⁷ LLEWELLYN, citando a POUND, distingue: preceptos, que se dividen en reglas y principios; standards, que son parecidos a los principios; ideales, y conceptos; a todo ello hay que añadir las técnicas para desarrollar y aplicar preceptos (LLEWELLYN 1930: 434). Véase también la nota anterior.

⁴⁸ Según la exposición de SEBOK: *Principle* «is simply a statement of an objective». *Policy*: «it asserts that the result ought to be achieved and includes... a statement of the reasons why it would be achieved» (SEBOK 1998: 139).

Con todo ello, los autores del Legal Process reconducen la temática del realismo y el instrumentalismo, que se había preocupado sobre todo de hacer de la jurisprudencia una ciencia de fines, orientada a los resultados sociales y guiada por objetivos políticos, hacia el problema de las *normas* y su adecuada interpretación y aplicación por parte de los jueces. La ciencia jurídica se concentra así en el fenómeno normativo y lo que pone en primer lugar es el problema de la *discrecionalidad* en la aplicación del derecho a través de la elaboración razonada de las decisiones en todos sus ámbitos: legislativo, judicial, privado, constitucional y administrativo. El proceso jurídico atraviesa todas las instancias de la vida del derecho: cumplimiento o incumplimiento de las reglas por parte de los ciudadanos, solución de disputas por medios arbitrales o judiciales, apelaciones ante órganos superiores, revisión judicial, etc. El derecho es visto por esta nueva corriente como una combinación de aspectos procesales y sustantivos, articulados siempre en torno a las normas jurídicas en todas sus variantes y a la correcta (razonada) aplicación de las mismas en sede jurisdiccional o administrativa. De esta forma, se vuelve, por una vía más amplia, a los problemas planteados por el formalismo clásico, pero ahora ya no se trata de la aplicación mecánica de reglas y conceptos, sino del control de la *discreción* de los órganos decisores. El derecho vuelve a ser visto como conjunto de normas, la *rule of law* recobra su protagonismo y el problema central de la teoría jurídica se traslada ahora hacia la consideración de estas normas como límites de la discrecionalidad judicial, guiada por los principios de consistencia y finalidad (*purposes*), a la ponderación de los principios y políticas incrustados en las normas y a la exposición de todo ello en los razonamientos que acompañan a las decisiones judiciales⁴⁹. En este sentido se ha podido hablar de que la nueva corriente consigue realizar una síntesis de las doctrinas formalista e instrumentalista en la jurisprudencia estadounidense⁵⁰.

Pero la nueva tendencia no estuvo exenta de problemas y el principal de ellos surgió de sus propias filas. En los años 50 el Tribunal Supremo de los EE.UU., encabezado por el Juez Earl Warren (1953-1969), dictó una serie de sentencias de corte progresista, entre ellas la famosa decisión de declarar injusta la segregación racial en las escuelas, plasmada en la sentencia del caso *Brown v. Board of Education* (1954). Pero algunos seguidores de Legal Process criticaron esta sentencia, porque, según ellos, no cumplía con los requisitos de la doctrina establecida por la escuela. Achacaban a la sentencia el no estar debidamente basada en principios, sino orientada hacia los resultados y, por tanto, el estar dirigida por miras políticas y no por fundamentos normativos elaborados razonadamente. En conclusión, estos críticos

⁴⁹ *Ibidem*: 176-178.

⁵⁰ MINDA 1995: 36.

consideraban que *Brown* presentaba los mismos defectos que la sentencia dictada en sentido contrario medio siglo antes (*Plessy v. Ferguson*, 1896), que había declarado legal la segregación escolar de los negros, ya que —decían los críticos— ambas decisiones se habían adoptado sin recurrir a fundamentos normativos, sino apoyándose sólo en razones políticas de oportunidad. Y, sin embargo, en las dos sentencias los jueces enmascaraban su decisión, alegando que lo único que hacían era interpretar y aplicar la Constitución, o sea, actuar de acuerdo con las normas.

El punto álgido de estas críticas lo alcanzó Herbert Wechsler con una conferencia pronunciada en Harvard en 1959 bajo el título *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*⁵¹. Su ataque se dirigía contra las decisiones del Tribunal Warren a favor de los derechos civiles, pero no por el contenido de aquellas, sino por el procedimiento seguido por el Tribunal, que, según Wechsler, había consistido en tomar las decisiones guiándose por los resultados y no por «principios neutrales»; los jueces habrían tomado sus decisiones simplemente porque los resultados que se obtenían con ellas eran acordes con los fines políticos que ellos mismos compartían. Recordando los dos elementos básicos de la doctrina del Legal Process, *consistencia* y *finalidad*, Wechsler sostenía que los jueces deben tratar todos los casos por igual (consistencia) y que deben razonar sus decisiones a partir de principios, o sea, teniendo en cuenta los propósitos o fines de las normas (finalidad), pero nunca deben guiarse por los resultados sociales que se espera obtener a raíz de la sentencia.

La teoría de los «principios neutrales» formulada aquí por Wechsler era una prolongación de la teoría de la «elaboración razonada» de Hart y Sacks⁵². Sin embargo, la crítica de Wechsler dejaba en mal lugar a la escuela del Process, porque a partir de entonces la doctrina de esta escuela habría de ser vista como favorecedora de posiciones políticas conservadoras y contraria a la defensa de los derechos civiles, es decir, contraria a lo que estaba haciendo el Tribunal Warren. Esta acusación de conservadurismo tuvo éxito, a pesar de que Sacks había defendido la decisión progresista adoptada por el Tribunal Supremo en el caso *Brown* en 1954, y que otros autores, como Martin Golding, trataron de adaptar la teoría de los principios neutrales a la doctrina inicialmente expuesta por Hart y Sacks. De todo ello surgiría una importante discusión sobre el papel central de las normas en la tarea de la aplicación judicial del derecho; sobre los diversos tipos de normas: reglas, standards, principios y políticas; sobre las dificultades de interpretación que presenta cada uno de estos tipos, y sobre la manera como las normas limitan o no el poder de decisión de los jueces; en síntesis, el tema de la discreción judicial, su alcance, control y límites.

⁵¹ Publicado en 73 *Harv. L. Rev.* 1 (1959).

⁵² Cfr. MINDA 1995: 38; SEBOK 1998: 179-182.

La temática que acabamos de apuntar pasó a primer plano, dejando en suspenso las preocupaciones de la época anterior, que se centraban en hacer de la jurisprudencia una ciencia social, con los métodos propios de dichas ciencias. La ciencia jurídica retoma, pues, a partir de estos años, la preocupación por la *fijación, sistematización e interpretación* del derecho de cara a su aplicación, volviendo a utilizar, depurándolos, los métodos tradicionales de la jurisprudencia dogmática. Por estas razones, podemos decir que triunfa de nuevo el enfoque formalista en la concepción del derecho y en el método de la ciencia jurídica. Sin embargo, los rasgos de este nuevo formalismo de los años 50 y 60 no coinciden ya exactamente con los de la época de Langdell, pues ahora han sido asumidos por parte de los juristas los temas sociales, como propugnaba la doctrina realista y, por tanto, el derecho ya no es considerado como una pura forma, como una serie de conceptos estrictamente jurídicos, vacíos de cualquier contenido político o moral. Eso sí, los nuevos formalistas parten siempre de la existencia de normas jurídicas que han de ser aplicadas; pero, haciendo concesiones al realismo, asumen que esas normas llevan incorporados en su formulación fines sociales, políticos, económicos o morales (*purposes, policies, etc.*) que los legisladores o los jueces han querido que se realicen a través del derecho.

De esta forma, se introduce en el pensamiento jurídico de Estados Unidos en estos años un modo de concebir el derecho que ha sido calificado como «giro interpretativo», que ha buscado la máxima objetividad en la determinación y aplicación del derecho, pero incluyendo en ello también la dimensión moral y política de las normas. Como dice Owen Fiss, «la adjudicación es interpretación». Para entender y aplicar un texto legal, los jueces deben tratar de identificar las «reglas disciplinarias» que se hallan en la sociedad, entendida como una «comunidad de interpretación» que comparte los mismos valores⁵³. Dworkin expresa muy bien esta orientación con sus afirmaciones de que el «derecho es un concepto interpretativo». «El imperio del derecho –dice– se define por la actitud, no por el territorio ni por el poder ni por el proceso... Es una actitud interpretativa, autorreflexiva, dirigida a la política en su sentido más amplio... Es una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en comunidad, aunque estemos divididos en proyectos, intereses y convicciones». Al mismo tiempo, Dworkin desautoriza la concepción positivista y el método formalista con estas palabras: «El derecho no se agota sólo en un catálogo de reglas o principios, cada uno con su propio dominio sobre algún escenario determinado de conducta. Ni en un grupo de funcionarios que ejercen su poder sobre una parte de nuestras vidas»⁵⁴.

⁵³ FISS 1982: 739, 744.

⁵⁴ DWORKIN 1995: 413.

5. LAS ÚLTIMAS TENDENCIAS DEL FORMALISMO

En los años 70 la teoría jurídica estadounidense se hallaba dividida en tres grandes tendencias, correspondientes a otros tantos enfoques en la concepción y aplicación del derecho. En primer lugar estaba el movimiento de «filosofía moral y jurídica»⁵⁵, según el cual el papel de los jueces consistía en definir y proteger los derechos alcanzados a través de los compromisos políticos y plasmados en las leyes. Los representantes de esta corriente, que defendían posiciones filosóficas de corte contractualista, provenían tanto del campo jurídico (Dworkin, Epstein), como de la filosofía política y moral (Rawls, Nozick). En segundo lugar, el movimiento del análisis económico del derecho (*Law and Economics*), iniciado por Ronald Coase y desarrollado por autores como Calabresi, Posner y Polinski, que trataba de redefinir los conceptos y normas jurídicas sobre criterios económicos, como el de la eficiencia y minimización de costes en las relaciones sociales⁵⁶. Finalmente, el movimiento de los estudios críticos jurídicos (*Critical Legal Studies*), que pretendía reformar la enseñanza del derecho, para incidir en una nueva forma de concebirlo y aplicarlo, desde una visión progresista de nueva izquierda, y cuyo lema más significativo era que «el derecho es política» («law is politics»)⁵⁷. A estos movimientos les han seguido otros también de carácter crítico, como el pensamiento jurídico feminista, derecho y raza, derecho y literatura, etc.

Sin embargo, la línea tradicional de la teoría jurídica se ha visto representada en estas dos últimas décadas por dos corrientes que, aunque enfrentadas, defienden puntos de vista complementarios sobre la naturaleza y aplicación del derecho, y que de algún modo vienen a retomar los temas y los enfoques adoptados anteriormente por el formalismo clásico y por el realismo jurídico, respectivamente. Estas corrientes son el nuevo formalismo y el pragmatismo. Vamos a centrar nuestro análisis sobre algunos autores destacados de la primera corriente.

Los nuevos formalistas consideran que la ciencia y la teoría jurídica tienen como primer objetivo, antes que la crítica del derecho, el conocimiento de las normas o reglas jurídicas que guían la conducta humana y la forma como estas normas se aplican a la realidad social. Los pragmatistas, por su parte, conciben la teoría jurídica totalmente orientada a la práctica, pero consideran que el conocimiento de las normas jurídicas y de su contexto social es la mejor manera de mejorar la práctica jurídica.

⁵⁵ Según la denominación que emplea GREY 1996: 505-506.

⁵⁶ Una buena introducción a este movimiento, en DURÁN y LALAGUNA 1992.

⁵⁷ Véase el excelente trabajo de PÉREZ LLEDÓ 1996. Una recopilación de estudios de este movimiento en el volumen de Kairys, *The Politics of Law*. Sobre estas tres tendencias, cfr. GREY 1996: 505-506.

El nuevo formalismo está representado por una serie de juristas (Scalia, Schauer, Weinrib, Summers...) que, desde diversas perspectivas, sostienen que un rasgo esencial del derecho es su carácter *formal*, pero lo que entienden por este calificativo varía de unos a otros, de forma que no es un movimiento que defienda una única teoría, ni esta resulta ser coherente en todos sus extremos. Para tratar de unificar este movimiento tan disperso y aclarar sus tesis principales, Thomas C. Grey ha buscado un rasgo general, en el que todos estarían de acuerdo, y otros rasgos particulares, en los que cada uno insiste en mayor o menor medida según su punto de vista e incluso según la rama del derecho a la que dedica mayor atención en sus investigaciones⁵⁸.

El rasgo general, lo que tienen en común los nuevos formalistas, no es muy diferente de lo que tradicionalmente ha sido la preocupación principal y la tesis central de este movimiento: lograr la *objetividad* en el derecho, o sea, la exigencia de que el derecho sea preciso y determinado, que es lo mismo que decir que el derecho se compone de normas y estas deben ser, en lo posible, *reglas* y evitar que sean, también en lo posible, *standards* abiertos o indeterminados. Junto al objetivismo como enfoque general, hay otros rasgos particulares que acompañan a este y con los que se trata de plasmar esa búsqueda de la determinación en el derecho. En temas constitucionales, los formalistas adoptan el punto de vista del *originalismo*, es decir, opinan que las normas constitucionales deben ser interpretadas y aplicadas siguiendo la intención original de los legisladores y, por tanto, rechazan la tesis según la cual la Constitución es un conjunto normativo con vida propia, que se va adaptando a las circunstancias siempre cambiantes de la sociedad norteamericana, para lo cual habría que tener en cuenta en cada momento los valores morales de la comunidad política. En cuestiones reguladas por la legislación escrita, los formalistas adoptan el enfoque *textualista*, es decir, se basan primariamente en el texto de la ley, posponiendo la interpretación finalista, los fines o propósitos (*purposes*) que los legisladores trataron de alcanzar al establecer las normas. Respecto a los temas de derecho común, regulado por normas no escritas o precedentes judiciales, los formalistas adoptan el método *conceptualista*, o sea, prefieren guiarse por categorías elaboradas científicamente, como conceptos y principios jurídicos, antes que por normas cuasi-legislativas establecidas por los jueces en sus decisiones.

Esta descripción del nuevo formalismo es muy parecida a la que hizo Daniel Farber en un estudio anterior, comentando las dos obras de Gilmore donde este criticaba el formalismo jurídico, por considerarlo psicológicamente insano, rígido, orientado al pasado y contrario a las virtudes de la jurisprudencia norteamericana⁵⁹. En este marco,

⁵⁸ GREY 1999: 2.

⁵⁹ FARBER 1995: 91. Las obras comentadas son GILMORE 1974 y 1977.

Farber distingue los dos aspectos de la doctrina formalista: por un lado, los valores que defiende; por otro, el método empleado para realizar dichos valores. Los *valores* que, según esta corriente, deben perseguir los jueces son los de certeza, estabilidad y lógica en el derecho, aunque los formalistas mismos reconocen que tales valores no se pueden alcanzar nunca del todo en la práctica judicial. Los *métodos* empleados para alcanzarlos son: el textualismo en la interpretación de las leyes; el originalismo como método interpretativo cuando nos enfrentamos a problemas regulados por normas constitucionales, y el seguimiento de las doctrinas elaboradas por la ciencia jurídica cuando se trata de resolver casos de derecho común.

Si comparamos ambas descripciones del nuevo formalismo, hallamos un rasgo general, que es el *objetivismo* (según Grey) o la *certeza, estabilidad y lógica* (según Farber), que vienen a ser coincidentes, por cuanto la objetividad del derecho está directamente asociada con la determinación, certeza, estabilidad y carácter lógico de las normas. Ambas son dos formas de decir lo mismo: que el derecho ha de estar previamente definido con la máxima claridad, para que su aplicación sea lo más objetiva y lo menos discrecional posible por parte de los jueces. En segundo lugar, los rasgos particulares o los métodos a seguir en cada caso, coinciden también en Grey y Farber: *textualismo* legislativo, *originalismo* constitucional y *conceptualismo* doctrinal en los casos del derecho común.

Farber, siguiendo a Gilmore, distingue tres grandes etapas en la historia jurisprudencial norteamericana: a) el Gran Estilo de antes de la Guerra Civil, donde se trataba de adaptar el derecho común inglés a la realidad de los EE.UU.; b) el formalismo de la época de Langdell, donde se buscaba el orden, la lógica y la estabilidad, c) y finalmente el instrumentalismo de Cardozo, donde la estabilidad se complementaba con la flexibilidad y la adaptación a los nuevos cambios. Pero cuando Gilmore escribía sus dos obras citadas, en la década del 70, él mismo observaba que el formalismo estaba emergiendo de nuevo, dando lugar a una cuarta etapa: el nuevo formalismo buscaba ahora la certeza, la predicción y la consistencia lógica en las normas jurídicas⁶⁰.

La tesis final que defiende Farber es que, en los nuevos formalistas, hay una contradicción entre los valores que persiguen y los métodos que emplean, contradicción que se resuelve en último extremo a favor de los valores y en detrimento de los métodos, que no siempre son seguidos de manera estricta. Un ejemplo paradigmático lo tenemos en el juez Antonin Scalia, tanto en su forma de resolver asuntos judiciales como en sus planteamientos teóricos.

El formalismo que defiende Scalia viene referido, por encima de todo, al valor de la *objetividad* en la aplicación del derecho, centrandó dicha objetividad en torno al concepto de *regla de derecho*. Así lo

⁶⁰ *Ibidem*: 92-95.

plantea en uno de sus escritos: «Es esta dicotomía entre “regla general de derecho” (*general rule of law*) y “discreción personal para impartir justicia” lo que deseo explorar»⁶¹. Desde un punto de vista teórico, no cabe duda que la regla de derecho general prevalece sobre las decisiones judiciales, ya que en los sistemas democráticos el establecimiento de leyes corresponde al poder legislativo, que es superior a los otros poderes y está ligado más directamente que ningún otro a la voluntad del pueblo. Los jueces se hallan vinculados al poder legislativo, pues su tarea es precisamente aplicar las leyes generales. Ahora bien, desde un punto de vista práctico, es decir, cuando se trata de aplicar el derecho, la prevalencia de las reglas generales se oscurece y surge la dicotomía. Esto ocurre de manera más intensa en un sistema jurídico como el estadounidense, en donde la vinculación de los jueces no es sólo al texto de la Constitución y de las leyes, sino también a las decisiones anteriores de los tribunales superiores y del propio tribunal. Además, los jueces en el sistema anglosajón tienen capacidad para crear derecho. Es en este punto donde se aprecia más la posibilidad de un conflicto entre el seguimiento de las reglas generales de derecho y el ejercicio de la discrecionalidad judicial. Para impartir justicia de manera perfecta, las reglas de derecho presentan el inconveniente de que son generalizaciones que no se adaptan bien a cada caso en particular. En este sentido, la discrecionalidad del juez para resolver cada caso según un criterio amplio garantiza mejor un resultado justo. Por otro lado, según Scalia, el derecho no avanza y se desarrolla a base de pronunciamientos generales, sino en la medida en que se van dando soluciones justas a casos individuales.

Volviendo de nuevo al plano teórico, la regla de derecho tiene evidentes ventajas sobre el papel y la primera de ellas es la certeza jurídica. Scalia pone como principio general que debe guiar las decisiones judiciales el de la *predecibilidad*⁶², o sea, el conocimiento preciso de lo que ordena el derecho por parte de los destinatarios del mismo, a fin de que puedan prever las consecuencias que han de seguirse de sus acciones. En un trabajo publicado el mismo año, Margaret Radin describía la regla de derecho con una serie de rasgos que casi podrían resumirse bajo este mismo rótulo: predecibilidad de las consecuencias jurídicas que han de seguir a cada tipo de conducta⁶³. Pero la

⁶¹ Scalia 1989: 1176.

⁶² Ante la ausencia de un término en español para traducir «*predictability*», he sustantivado el adjetivo «predecible», obteniendo así el término «predecibilidad».

⁶³ RADIN 1989: 784 ss. RADIN distingue entre una concepción instrumental y otra sustantiva de la regla de derecho. Según la primera concepción, ocho elementos componen la regla de derecho: generalidad, publicidad, previsibilidad, claridad, no contradicción, conformabilidad, estabilidad, congruencia. Según la segunda concepción, la regla de derecho tiene cuatro características: posibilidad o conformidad de la acción a la regla, trato similar para casos similares, publicidad y claridad, justicia natural o proceso justo. En último extremo, lo que destaca en todos estos rasgos es la exigencia de que el derecho sea predecible, determinado y cierto (ibid.: 788).

misma autora reconoce que el concepto de la regla de derecho ha ido asociado casi siempre con la concepción formalista tradicional, entendiendo el formalismo como la doctrina que defiende que sólo hay una respuesta en cada caso jurídico y que esta deriva de la aplicación de una regla general; de este mismo hecho proviene precisamente la debilidad de aquel concepto, las críticas que se hacen a la jurisprudencia formalista como mecanicista e insensible a la justicia que precisan los individuos en los casos particulares⁶⁴. Por eso, Radin propone reinterpretar la regla de derecho en un sentido nuevo, no formalista, sino pragmático, siguiendo la concepción wittgensteiniana de las reglas como práctica social normativa, donde los individuos no son sólo seguidores de las reglas, sino también creadores de ellas, y donde las normas no son formales ni eternas ni independientes de los individuos, sino un producto de la práctica comunitaria⁶⁵.

En una línea parecida de aproximación entre el viejo formalismo y el nuevo pragmatismo se sitúa Scalia. Este pone en relación el principio general de la predecibilidad, exigible a toda regulación jurídica, con el de «calculabilidad» del derecho (*reckonability*) al que hacía referencia el realista K. Llewellyn⁶⁶. Este rasgo de la predecibilidad es el que ha guiado tradicionalmente las decisiones de los jueces en la aplicación del derecho común, pues al exponer las bases que justifican sus decisiones, están practicando de hecho su propia sumisión a lo establecido previamente por las reglas de derecho, limitando su propio poder discrecional (*judicial restraint*). Según Scalia, los jueces, cuando resuelven litigios, procuran crear derecho en la menor medida posible, tratando de mantenerse al máximo dentro de lo previsto por las normas y principios jurídicos.

La tesis de Scalia se centra en la distinción entre lo que es cuestión de derecho y cuestión de hecho. Según eso, la dicotomía entre seguir las reglas o actuar discrecionalmente por parte de los jueces no plantea ningún problema. Los jueces se atienen siempre y en principio a las normas vigentes y analizan todas las circunstancias de un caso a la luz de tales normas (cuestión de derecho). Pero si una vez conocidas todas las circunstancias particulares del caso y contrastadas con las reglas jurídicas vigentes no queda clara la inclusión de dicho caso en aquellas reglas, entonces el problema que se plantea no es ya una cuestión de derecho (cuál es la regla aplicable), sino una cuestión de hecho, es decir, el problema de que no están suficientemente claras las circunstancias del caso y, por tanto, no resulta clara la subsunción del mismo en alguna de las reglas jurídicas vigentes, tal como están formuladas. Es entonces solamente cuando queda un margen a la discrecionalidad del juez, pero esta discrecionalidad opera sólo sobre el conocimiento de los hechos y sobre el encuadramiento de los mismos

⁶⁴ *Ibidem*: 792 ss.

⁶⁵ *Ibidem*: 819.

⁶⁶ SCALIA 1989: 1179, citando a LEWELLYN, *The Common Law Tradition*, 1960: 17.

en algún tipo de reglas preexistentes; no se trata de una discrecionalidad para crear reglas nuevas. Scalia rechaza la caracterización arbitraria que a veces se hace de unos asuntos como cuestión de derecho y de otros como cuestión de hecho, cuando ambos asuntos presentan una gran similitud entre sí; por ejemplo, se pregunta por qué en los tribunales se deja al arbitrio del jurado el decidir, como cuestión de hecho, si una persona ha ejercido un «cuidado razonable» en sus actuaciones (*reasonable care*) y, sin embargo, el problema de determinar si un registro domiciliario o una detención han sido «razonables» o no (*reasonable search or seizure*) se considera una cuestión de derecho y como tal su calificación sólo puede ser realizada por los jueces. Para él, sin embargo, ambos problemas son iguales y deben ser considerados como cuestiones de hecho⁶⁷.

De esta forma, se resuelve en gran parte la dicotomía existente entre si los jueces deben seguir ciegamente las reglas o si deben ejercer ampliamente su facultad discrecional. Cuando un juez de apelación recibe un caso, su decisión ha de basarse en una valoración de la totalidad de las circunstancias y ello implica que su tarea es más la de un investigador de los hechos (*fact-finder*) que la de un determinador o creador de derecho (*determiner of law*). La tarea del juez es llevar las reglas, por muy generales y vagas que sean, hasta sus últimas consecuencias en cada caso que se juzga y para ello deben considerarse absolutamente todas las circunstancias que confluyen en dicho caso. Pero para ello es preciso adherirse al texto de las leyes lo más fuertemente posible y realizar una exégesis completa de las mismas, de manera que todo el problema recaiga sobre la determinación de los hechos y no sobre la insuficiencia o vaguedad del texto legal.

La posición del juez Scalia se resume en dos puntos de vista. Por un lado, defiende los valores del formalismo, que se centran en la búsqueda de la *objetividad* del derecho, cuyo principio fundamental es la *predecibilidad* de las consecuencias jurídicas de una conducta. Los rasgos que definen la objetividad son: la claridad, certeza y consistencia lógica de las reglas. Por otro lado, adapta los métodos formalistas a la mejor realización de aquellos valores. En ese sentido, utiliza el método *textualista* de manera pragmática, comenzando por una exégesis lo más completa posible de los textos legales para formular una regla general. Con este mismo objetivo defiende el método *originalista* en el ámbito constitucional, pero solamente para conseguir la formulación más clara y correcta posible de la regla o reglas que han de aplicarse⁶⁸.

⁶⁷ *Ibidem*: 1181.

⁶⁸ Las decisiones judiciales deben tener «un sólido anclaje en el texto de las leyes» y deben regirse por el «sentido original del texto constitucional» (*Ibidem*: 1185). Sin embargo, el textualismo que defiende SCALIA difiere mucho del textualismo tradicional, que conducía a una jurisprudencia mecanicista (FARBER 1995: 104).

Una vez establecida inequívocamente la regla de derecho, todo el problema queda limitado simplemente al conocimiento de todas las circunstancias que concurren en el caso para subsumir este en la regla establecida. Así pues, el textualismo y originalismo son meros instrumentos para conseguir el fin último de la objetividad, subordinados a él. Scalia sintetiza así su propuesta dirigida a los jueces: 1) Evitar en lo posible los modos de análisis ponderativos o equilibradores, es decir, el uso de la discrecionalidad. 2) Hacer valer hasta el máximo posible que el caso lo permita la regla de derecho o el derecho de reglas. 3) Cuando se llegue al punto en que ya no se pueda hacer nada más que consultar la totalidad de las circunstancias, actuar más como investigadores de hechos que como expositores del derecho. El problema de la aplicación del derecho se desplaza entonces al interior de esta propuesta y se formula así: ¿cuándo ha llegado el momento de usar el método ponderativo, cuándo la imprecisión de las reglas hace imposible su seguimiento y dónde está la línea separadora entre la regla de derecho y los hechos?⁶⁹.

La valoración que hace Farber del nuevo formalismo, en el sentido de que la psicología formalista, centrada en alcanzar los valores de objetividad y predecibilidad del derecho, domina sobre los viejos métodos formalistas (textualismo y originalismo)⁷⁰, coincide en gran medida con el diagnóstico formulado por Thomas Grey. Para este autor, el nuevo formalismo, en la versión teórico-práctica que presenta Scalia, está más orientado hacia el funcionalismo pragmático de autores como Holmes, Pound y Cardozo que hacia la rigidez de las versiones tradicionales. El eje sobre el que gira la nueva doctrina es la regla de derecho, entendida como un equilibrio entre ciertos valores: la determinación del derecho, la fidelidad a la autoridad que establece las normas y la transparencia⁷¹. El enfoque general es, por tanto, el objetivismo: la exigencia de que el derecho ha de ser claro y determinado, basado en reglas más bien que en standards o principios indeterminados. A partir de ahí, las otras tendencias o métodos del formalismo tradicional, que son el originalismo constitucional, el textualismo legal y el conceptualismo del derecho común, se combinan entre sí equilibrándose para conseguir de la mejor manera posible el fin de la objetividad en la aplicación del derecho.

En resumen, la propuesta de Scalia se puede valorar así: 1) Es coherente, porque hace compatibles rasgos de distinto signo (fidelidad, determinación, transparencia, originalismo, sistematicidad, preferencia por las reglas) con el único fin de conseguir un sistema efectivo de control de la tarea judicial, asegurando la independencia de los jueces y el valor central de la regla de derecho. 2) Es una versión del formalismo moderada y de orientación pragmatista, que podrían sus-

⁶⁹ SCALIA 1989: 1187.

⁷⁰ FARBER 1995: 105.

⁷¹ GREY 1999: 4.

cribir hoy Holmes y Cardozo y que no difiere mucho de la posición crítica con el formalismo que adopta el también pragmatista R. Posner. 3) En cualquier caso, es una teoría de la regla del derecho formal que soporta mejor las críticas que las teorías de una regla de derecho antiformalista (Dworkin...). Otras versiones del formalismo en la actualidad, como las de Ernest Weinrib, Richard Epstein, etc., parecen menos aceptables que la propuesta por el juez Scalia⁷².

6. CONCLUSIÓN

Hemos presentado un panorama muy general de la evolución del formalismo jurídico en el pensamiento estadounidense desde sus orígenes hasta nuestros días. De todo lo expuesto se desprenden dos conclusiones también muy generales. La primera es que la concepción formalista no es propiamente una doctrina ontológico jurídica, pues su objetivo prioritario no es el estudio de la naturaleza de las entidades jurídicas, esto es, de las normas, reglas, principios y demás elementos constitutivos del derecho, sino que es una doctrina de la interpretación y aplicación del derecho, o sea, una doctrina metodológica. Sobre ese terreno los formalistas mantienen posiciones que casi siempre coinciden con la ontología iuspositivista, pero también pueden coincidir con posiciones ontológicas realistas e incluso, aunque más raramente, con algún tipo de iusnaturalismo. La segunda conclusión es que el formalismo se ha caracterizado básicamente por la búsqueda de la objetividad en el conocimiento y la aplicación del derecho, entendiendo la objetividad como certeza y predecibilidad de las decisiones judiciales, suponiendo para ello que el ámbito jurídico se divide en dos bloques organizados secuencialmente: primero existen las normas generales, establecidas por vía legislativa o judicial; segundo se aplican dichas normas de la manera más estricta posible al caso concreto. En esta concepción metodológica, los métodos seguidos preferentemente han sido la interpretación textual y la intención original del legislador, rechazando las interpretaciones de los fines políticos, morales o de otro tipo que hay tras las normas y que se suelen ocultar bajo el concepto del «propósito» legislativo (*legislative purpose*).

Es este último punto el que ha suscitado sobre todo las críticas de los antiformalistas, quienes achacan al formalismo el hacer planteamientos mecanicistas e inflexibles, que coartan la independencia y libertad de los jueces y llevan, en último extremo, a forzar soluciones injustas en la decisión de casos. Este es el verdadero problema que plantea el formalismo a la reflexión jurídica. Por eso, hemos dejado a

⁷² *Ibidem*: 30-31.

un lado las teorías de otros autores que en los últimos años han desarrollado concepciones neoformalistas, como Ernest J. Weinrib y Robert S. Summers. El primero defiende el formalismo porque, según él, es la única doctrina que asegura la independencia del derecho frente a la política, la autonomía plena de la ciencia jurídica y su carácter no instrumental respecto a otras disciplinas sociales. Remontándose a la tradición inaugurada por Aristóteles, Weinrib asegura que el derecho tiene su propia racionalidad, mantiene una coherencia interna que lo distingue respecto a la actividad política y sostiene que la forma o esencia de lo jurídico es la causa de su inteligibilidad inmanente, expresada en conceptos y categorías propias. Según él, otras doctrinas, en cambio, subordinan lo jurídico a factores externos, como la eficiencia económica (*L&E*), los fines políticos (*CLS*) o la moralidad social (Dworkin)⁷³. Summers, por su parte, reivindica la forma como una característica general del derecho que ha sido injustamente olvidada y acomete el análisis de las diversas manifestaciones de la formalidad jurídica en sus diversos aspectos: esenciales, estructurales, expresivos, encuadratorios y organizativos⁷⁴.

Pero el terreno donde realmente se produce la confrontación entre la doctrina formalista y sus críticos es el de la interpretación y aplicación de las normas. En este sentido, la pregunta que cabe hacer es la siguiente: la metodología formalista ¿restringe notablemente o incluso niega abiertamente la capacidad de decisión de los jueces en la elección y aplicación de las normas? Schauer propone distinguir entre un *formalismo absoluto*, para el cual los jueces no tienen libertad de decisión en ningún caso, lo que significa que el sistema no ofrece ninguna vía de escape ante la literalidad de las reglas, y un *formalismo presunto*, en el cual el sistema permite elecciones alternativas entre normas y dentro de las normas, basadas en la interpretación lingüística y en la existencia de instancias de apelación, o sea, existen vías de escape a la mera literalidad de las reglas⁷⁵.

BIBLIOGRAFÍA

- DURÁN, Y LALAGUNA, Paloma (1992), *Una aproximación al Análisis Económico del Derecho*, Comares, Granada.
- DUSBURY, Neil (1995), *Patterns of American Jurisprudence*. Clarendon Press, Oxford.
- DWORKIN, Ronald (1995), *Law's Empire*. Ninth Printing, The Belknap Press, Harvard University Press, Cambridge, Mass.

⁷³ WEINRIB 1988: 1012 ss.

⁷⁴ SUMMERS 1997: 1180.

⁷⁵ SCHAUER 1988: 544-548.

- FARBER, Daniel (1992), «The Inevitability of Practical Reason: Statutes, Formalism, and the Rule of Law», *Vanderbilt Law Review*, 45: 533.
- (1995), «Symposium: The Ages of American Formalism», *Northwestern University Law Review*, 90: 89.
- FISS, Owen M. (1982), «Objectivity and Interpretation», *Stanford Law Review*, 34: 739.
- FULLER, Lon, L. (1958), «Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart», *Harvard Law Review*, 71: 630.
- GILMORE, Grant (1974), *The Death of Contract*. Ohio State University Press, Columbus.
- (1977), *The Ages of American Law*. Yale University Press, New Haven.
- GREY, Thomas C. (1983), «Langdell's Orthodoxy», *University of Pittsburgh Law Review*, 45: 1.
- (1989), «Holmes and Legal Pragmatism», *Stanford Law Review*, 41: 787.
- (1996), «Book Review: Modern American Legal Thought. Patterns of American Jurisprudence. By Neil Duxbury», *Yale Law Journal*, 106: 493.
- (1999), «The new formalism» (inédito).
- HART, Henry M., Jr., and SACKS, Albert M. (1994), *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, Foundation Press.
- HART, Herbert L. A. (1958), «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review*, 71: 593.
- (1980), *El concepto de derecho*. Trad. G. R. Carrió, 2ª edición. Editora Nacional, México.
- HOLMES, Oliver Wendell (1897), «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, X, 8: 457.
- (1964), *The Common Law*. Trad. F. N. Barrancos y Vedia. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.
- KAIRYS, David (Editor) (1998), *The Politics of Law: A Progressive Critique*. Third Edition. Basic Books, The Perseus Books Group, New York.
- LANGDELL, Christopher C. (1871), *A Selection of Cases on the Law of Contracts i-v*. Little, Brown & Co., Boston.
- LLEWELLYN, Karl N. (1930), «A Realistic Jurisprudence – The Next Step», *Columbia Law Review*, 30: 431.
- (1950), «Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes Are to Be Construed», *Vanderbilt Law Review*, 3: 395.
- LYONS, David (1981), «Legal Formalism and Instrumentalism. A Pathological Study», *Cornell Law Review*, 66: 949.
- MINDA, Gary (1995), *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*. New York University Press, New York and London.
- PÉRRIZ LLEDÓ, Juan Antonio (1996), *El movimiento Critical Legal Studies*. Prólogo de M. Atienza. Tecnos – Fundación Cultural E. Luño Peña, Madrid.
- POUND, Roscoe (1950), *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Trad. J. Puig Brutau, Ariel, Barcelona.
- QUEVEDO, Steven M. (1985), «Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory», *California Law Review*, 73: 119.
- RADIN, Margaret J. (1989), «Reconsidering the Rule of Law», in *Boston University Law Review*, 69: 781.
- SCALIA, Antonin (1989), «The Rule of Law as a Law of Rules», *University of Chicago Law Review*, 56: 1175.

- SCHAUER, Frederick (1988), «Formalism», *Yale Law Journal*, 97: 509.
- SEBOK, Anthony J. (1998), *Legal Positivism in American Jurisprudence*. Cambridge University Press, Cambridge.
- SUMMERS, Robert S. (1981), «Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought – a Synthesis and Critique of our Dominant General Theory about Law and its Use», *Cornell Law Review*, 66: 861.
- (1992a), *Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning*, Duncker & Humblot, Berlin.
 - (Editor) (1992b), *American Legal Theory*. Dartmouth, Aldershot-Hong Kong-Singapore-Sydney. (Es una recopilación de artículos, donde se hallan algunos de los citados en este trabajo.)
 - (1997), «How Law is formal and why it matters?», *Cornell Law Review*, 82: 1165.
- WEINRIB, Ernest J. (1988), «Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law», *Yale Law Journal*, 97: 949.

La seguridad jurídica en la configuración del Derecho como ordenamiento

Por ALBERTO MONTORO BALLESTEROS

Universidad de Murcia

SUMARIO: I. SOBRE EL PROCESO HISTÓRICO DE DESARROLLO Y PERFECCIÓN DEL DERECHO.—II. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO COMO ORDENAMIENTO JURÍDICO: 1. *La idea de sistema*. 2. *Diferentes acepciones de la idea de ordenamiento jurídico*. 3. *El ordenamiento jurídico como sistema normativo*. 4. *Sentido de la evolución histórica de la concepción del Derecho como sistema normativo: Del ordenamiento de tipo estático al ordenamiento de tipo dinámico*.—III. SUPUESTOS DE LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO COMO ORDENAMIENTO DINÁMICO: SIGNIFICADO Y FUNCIÓN DE LA IDEA DE SEGURIDAD JURÍDICA: 1. *Planteamiento del tema*. 2. *La concepción positivista del Derecho y la idea de seguridad jurídica*. 3. *Incidencia de la seguridad jurídica en la configuración del Derecho como ordenamiento*.

I. SOBRE EL PROCESO HISTÓRICO DE DESARROLLO Y PERFECCIÓN DEL DERECHO

El Derecho, en cuanto fenómeno histórico-cultural, ha sufrido un proceso histórico de desarrollo y transformación cuyo resultado ha sido el progresivo perfeccionamiento material y formal del mismo.

Desde el punto de vista material el Derecho, como observó Del Vecchio¹, ha experimentado, bajo las exigencias de la justicia y otros

¹ Se trata de una apreciación que DEL VECCHIO hace desde la perspectiva de las *investigaciones fenomenológica y deontológica* configuradas, según su concepción de la Filosofía del Derecho, como dos de las tareas fundamentales de la misma. VECCHIO, G. DEL, *Filosofía del Derecho*, trad. esp. de L. Recasens Siches, corregida y aumentada por L. Legaz Lacambra, 9.ª ed. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1991, pp. 277 ss.

valores morales, un proceso de depuración y perfeccionamiento ético de sus contenidos en virtud del cual el Derecho, progresivamente, se ha ido humanizando y haciéndose más justo. «El desarrollo histórico del Derecho –dice Del Vecchio– muestra generalmente (aún a través de retrocesos contingentes y parciales) un progresivo acercamiento del mismo al ideal de la justicia»². En este sentido, y en relación con el *progreso jurídico*, añade Del Vecchio, más adelante: «El espíritu humano tiene potencias y aptitudes que se van manifestando por grados. También en el Derecho, las prerrogativas esenciales de la persona humana –tanto del individuo como de las naciones– (los ideales de libertad, orden, paz y justicia) emergen en el curso del tiempo, son reconocidos y se actualizan poco a poco, a medida que la razón se desarrolla; y esto constituye cabalmente –concluye Del Vecchio– el progreso jurídico»³.

Desde la perspectiva formal el Derecho, a instancias de la justicia y la seguridad jurídica, ha experimentado en su desarrollo histórico un proceso de perfeccionamiento técnico en sus formas y estructura que lo ha ido haciendo también, progresivamente, más operativo, eficaz y seguro. Entre las exigencias que la seguridad jurídica proyecta sobre las formas y la estructura del Derecho⁴ interesa destacar aquí la necesidad de *ordenación* del mismo. La ordenación del Derecho implica, desde una perspectiva histórica y técnica, el paso del estado de «dispersión normativa» al de «agrupación, sistematización y unificación del Derecho» para facilitar y tornar seguros los procesos de su conocimiento y aplicación. Momentos de ese proceso histórico y técnico de *ordenación del Derecho* fueron los constituidos por las técnicas de *recopilación* del Derecho, primero, y de su *codificación*, después. En un plano estructural más profundo –y ello es lo que aquí más nos importa– el momento culminante del proceso de ordenación del Derecho impulsado por la seguridad jurídica fue el constituido por la articulación y configuración del Derecho como *ordenamiento jurídico*, entendido como sistema unitario y jerárquico de normas⁵.

II. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO COMO ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. La idea de sistema

La consideración del Derecho como ordenamiento jurídico, esto es, como sistema de normas, exige, previamente, aclarar la significación que la noción de sistema puede tener en el Derecho.

² *Ibídem* p. 279, véanse las pp. 278 y 279.

³ *Ibídem* pp. 488 y 489.

⁴ Dichas exigencias pueden resumirse en las tareas de fijación, ordenación, integración, simplificación y estabilización del Derecho. Sobre el significado y alcance de estas tareas véase mi libro *Sistema de Teoría Fundamental del Derecho*, tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 211 ss.

⁵ *Ibídem* pp. 216 y 217.

La idea de sistema hace referencia a una pluralidad de elementos organizados en función de un principio que dota de unidad al conjunto configurándolo como una totalidad. La idea de sistema supone la existencia de un principio común ordenador en virtud del cual a cada parte o elemento se le asigna en el conjunto del sistema (en el todo) un lugar y una función determinados, existiendo, al mismo tiempo, entre el conjunto de elementos cierto tipo de relaciones.

Respecto de la noción de sistema conviene precisar:

1. Que los diferentes elementos o partes que integran el sistema están ordenados (relacionados) de tal modo que forman una *unidad*.
2. Que en el supuesto de que grupos o conjuntos de dichos elementos constituyan a su vez un sistema, se denominan entonces *sub-sistemas*.
3. Que el orden existente entre los diferentes elementos o partes que forman el todo constituye su *estructura*.
4. Que en virtud de la estructura propia del todo o sistema, éste aparece diferenciado de una mera suma o yuxtaposición de elementos⁶.

La idea de sistema referida al Derecho tiene una significación plural y analógica. En este sentido hay que distinguir:

a) El *sistema* como *tarea y resultado del estudio científico del Derecho* por parte de la Dogmática jurídica con el fin de facilitar su conocimiento y aplicación. En este sentido se habla de sistema científico del Derecho⁷. Larenz recuerda a este respecto: «Descubrir las conexiones de sentido en que las normas jurídicas y regulaciones particulares se encuentran entre sí y con los principios directivos del orden jurídico, y exponerlas de un modo ordenado que posibilite la

⁶ Sobre la noción de sistema *vid.* BOBBIO, N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, G. Giappichelli, Editore, Torino, 1960, pp. 69 ss.; LUMIA, G., *Principios de Teoría e Ideología del Derecho*, trad. esp. de A. Ruiz Miguel, Ed. Debate, Madrid, 1991, pp. 53 ss.; ALCHOURRON, C. E., y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las Ciencias jurídicas y sociales*, 2.^a reimpresión, Ed. Astrea de A. y R. De Palma, Buenos Aires, 1993, pp. 81 ss.; «Sobre el concepto de orden jurídico», en *Análisis lógico y Derecho*, prólogo de G. H. von Wright, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 393 ss.

Véanse los trabajos contenidos en el vol. «Le système juridique», *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 31, Sirey, París, 1986.

⁷ *Vid.* IHERING, R. von, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, tomo III, cap. 1, sec. II, trad. esp. de E. Príncipe y Satorres, reedición de Ed. Comares, Granada, 1998, pp. 566 ss.; LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp. de M. Rodríguez Molinero, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, pp. 437 ss.; CANARIS, C. W., *El sistema en la jurisprudencia*, trad. esp. de J. A. García Amado, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 27 ss.; KERCHOVE, M. van de, y OST, F., *El sistema jurídico entre orden y desorden*, trad. esp. de I. Hoyo Sierra, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997, pp. 112 ss.; ALCHOURRON, C.E. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología* cit., pp. 90 ss., 113 ss.

visión del conjunto –es decir, en la forma de sistema– es una de las tareas más importantes de la jurisprudencia científica»⁸.

b) El sistema como *dimensión ontológica*, como *estructura del Derecho* en cuanto conjunto unitario de normas en compleja y recíproca conexión entre sí. Ésta es la acepción en que hablamos aquí del Derecho como ordenamiento jurídico o sistema normativo. Tal es la idea que está en la base, por ejemplo, de la noción de interpretación sistemática de la norma jurídica⁹.

c) El sistema como *categoría conceptual*, como *construcción doctrinal* que tiene por objeto la descripción y explicación de los elementos, la estructura y el funcionamiento del Derecho. A esta acepción de la idea de sistema pertenecen las teorías del ordenamiento jurídico elaboradas, entre otros, por R. Bierling, A. Merkl, H. Kelsen, N. Bobbio y H. Hart. Desde esta perspectiva Bobbio ha subrayado que la concepción del Derecho como ordenamiento permite –desde los supuestos de una mejor comprensión del fenómeno jurídico– plantear y resolver adecuadamente muchos problemas de la Teoría general del Derecho¹⁰.

El carácter plural y analógico que posee la noción de sistema se traslada a la idea de ordenamiento jurídico de manera que no existe un único concepto o idea del Derecho como ordenamiento sino una pluralidad de concepciones acerca del mismo.

2. Diferentes acepciones de la idea de ordenamiento jurídico

La idea de ordenamiento o sistema jurídico normativo constituye una realidad compleja que ha sido entendida y formulada de diversas formas. Esa diversidad de concepciones del ordenamiento jurídico se explica, fundamentalmente, en función de dos supuestos: De un lado, la noción o idea que cada autor o corriente doctrinal tiene del Derecho (el Derecho no ha sido ni es entendido del mismo modo en todo tiempo y lugar); de otro lado, la perspectiva científica (dogmática, histórica, sociológica, filosófica, etc.) desde la cual es estudiado el Derecho.

Dentro de la pluralidad de concepciones que se han dado acerca de la consideración del Derecho como sistema u ordenamiento cabe dis-

⁸ *Op. cit.*, p. 437, véanse las pp. 437 ss. Véase también BOBBIO, N., *op. cit.*, pp. 78 ss.; PLESZKA, K. y GIZBERT-STUDNICKI, T., *Le système du Droit dans la dogmatique juridique*, en «Le système juridique» (Archives de Philosophie du Droit), tomo 31, cit., pp. 107 ss.; PONCELA, P., *Analyses systemiques et système normatif dans le champ penal*, ibídem, pp. 121 ss.; GRZEGORCZYK, Ch. *Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du Droit*, ibídem, pp. 281 ss.

⁹ *Vid.* LARENZ, K., *op. cit.*, pp. 36, 321 ss., 331 ss.; CANARIS, C. W., *op. cit.*, pp. 21 ss., 24 ss., 102 ss.; ALCHOURRON, C. E., y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología cit.*, pp. 92 ss.

¹⁰ BOBBIO, N., *op. cit.*, pp. 7, 15 y 16, véanse las pp. 14 ss.

tinguir básicamente tres, elaboradas desde supuestos epistemológicos y metodológicos diferentes: la historicista, la normativista y la sociológica o institucional.

A. *La concepción historicista*

Esta concepción fue formulada fundamentalmente por F. C. von Savigny. Savigny concibió el Derecho positivo, no como un conjunto de normas vigentes creadas por un legislador sino como una unidad orgánica dotada de una racionalidad inmanescente y emanada espontáneamente (inconscientemente) del «espíritu del pueblo» (*Volksgeist*). El Derecho, piensa Savigny, nace así originariamente bajo la forma de costumbre¹¹ y, como la lengua, el arte y la cultura en general, es un fenómeno histórico, en continua evolución, que hunde sus raíces en la tradición y en el «espíritu del pueblo», del que constituye una de sus máximas expresiones. Las costumbres jurídicas, en cuanto comportamientos concretos y típicos de cada pueblo, forman relaciones de vida de naturaleza orgánica que se articulan y constituyen lo que Savigny denominó institutos jurídicos. Según Savigny el Derecho, en cuanto fenómeno histórico-cultural, encuentra el fundamento de su legitimidad y validez, no en un acto reflexivo de la voluntad humana (decisión, pacto) sino en la tradición histórica de cada pueblo¹².

B. *La concepción normativista*

Se trata de la concepción propia del positivismo legalista que reduce el Derecho a un sistema de normas de carácter prioritariamente legal (práctica reducción del Derecho a la ley) emanadas de la voluntad del Estado. La costumbre formará parte del sistema jurídico sólo en los términos en que lo reconozca y establezca la ley. El Derecho adquiere así una significación eminentemente lógico-formal y estatal. El Derecho no es más que el sistema normativo establecido por el Estado.

Esta concepción normativista del Derecho es la desenvuelta por autores como A. J. Austin, A. Merkl, A. Thon, K. Binding, K. Berbohm, F. Gerber, P. Laband, G. Jellinek, E. Zitelmann y otros¹³. Con

¹¹ Escribe SAVIGNY: «... todo Derecho nace como Derecho consuetudinario [...]; es decir, todo Derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo y después por la jurisprudencia y, por tanto, en todas partes en virtud de fuerzas internas, que actúan calladamente, y no en virtud del arbitrio del legislador». *De la vocación de nuestra época para la legislación y la Ciencia del Derecho* (1814), trad. esp. de J. Díaz García en el vol. Thibaut y Savigny, «La Codificación», Ed. Aguilar, Madrid, 1970, p. 58.

¹² *Vid. ibídem*, pp. 54 a 59.

¹³ Para una crítica del formalismo jurídico normativista en el ámbito del Derecho público véase TRIEPEL, H. *Derecho público y política*, prólogo, trad. y apéndices de J. L. Carro, Ed. Civitas, Madrid, 1986, pp. 37 ss. 49 ss., 56, 59, 72 y 79.

todo, la formulación más acabada, brillante y radical de ese modo de entender el Derecho es la debida a H. Kelsen, quien reelaboró críticamente la doctrina del formalismo jurídico normativista tratando de dotarla de una base más rigurosa y coherente desde el punto de vista científico.

Para Kelsen el Derecho es un sistema de normas (normas primarias y secundarias), «una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener»¹⁴. Con ello se quiere decir, añade Kelsen, que la «función esencial (del Derecho) es reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El Derecho aparece así como una organización de la fuerza. El Derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro»¹⁵. Especifica Kelsen su concepción normativista del ordenamiento jurídico indicando que dicho ordenamiento es un sistema escalonado (jerárquico) de normas primarias y secundarias cuya condición jurídica o validez deriva del hecho de su pertenencia al sistema. Dicho sistema —explica Kelsen— «extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas»¹⁶. Más adelante aclara Kelsen: «Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en (un) último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad»¹⁷.

C. *La concepción sociológica del institucionalismo jurídico*

En oposición abierta a las concepciones del positivismo jurídico normativista el institucionalismo jurídico rescata y desarrolla la idea de Savigny de los institutos jurídicos¹⁸, que habían sido barridos del horizonte del pensamiento jurídico por el positivismo legalista del siglo XIX. Partiendo de las ideas de Savigny la corriente doctrinal que integra el institucionalismo jurídico concibe el Derecho como un orden institucional formado por una pluralidad de instituciones. En

¹⁴ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* (Introducción a la Ciencia del Derecho), trad. esp. de M. Nilve, 30.ª ed. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994, p. 74.

Sobre la idea de sistema jurídico en Kelsen *vid.*, entre otros, TROPER, M., *Système juridique et État*, en «Le système juridique», cit., pp. 29 ss.; STAMATIS, C. M., *La systematicité du Droit chez Kelsen et les apories de la norme fondamentale*, ibídem, p. 45 ss.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 74. Véanse también las pp. 76 ss.

¹⁶ Ibídem p. 53.

¹⁷ Ibídem p. 135.

¹⁸ LARENZ, K., *op. cit.*, pp. 33 ss.

esta línea de pensamiento destacan las aportaciones de M. Hauriou, G. Renard, C. Schmitt, S. Romano¹⁹.

En relación con la concepción del Derecho como ordenamiento merece especial mención, dentro de esta línea de pensamiento, la figura de Santi Romano que en 1917 publicó una obra con el sugestivo título de *L'Ordinamento giuridico*²⁰.

En polémica con el positivismo jurídico legalista y formalista que reduce el Derecho a un conjunto de normas –viendo en ellas un producto exclusivo de la voluntad del Estado– S. Romano desarrolló una concepción institucional del Derecho cuyas ideas fundamentales pueden resumirse así:

1. Insuficiencia de la concepción del Derecho objetivo como norma. El Derecho, antes que como norma, debe ser considerado como *ordenamiento*²¹.

2. El ordenamiento no puede ser definido como un conjunto de normas. Las normas son sólo una parte del ordenamiento jurídico. El ordenamiento, junto con las normas, comprende el complejo de órganos y mecanismos que crean, modifican y aplican las normas²².

3. El Derecho entendido como ordenamiento jurídico, con la estructura y complejidad anteriormente indicadas, se identifica, según S. Romano, con la idea de *Institución*, que implica las nociones de totalidad y unidad. De este modo todo ordenamiento jurídico es una institución y toda institución es un ordenamiento jurídico²³.

4. La institución es un ente o cuerpo social real y efectivo, mediante el cual se manifiesta el Derecho y que al mismo tiempo supone una *organización*, fin característico del Derecho, que ésta lleva a cabo y garantiza mediante el instrumento de sus normas²⁴.

5. Consecuencias de la concepción del Derecho como ordenamiento o institución son: De un lado, la negación del dogma de la *estatalidad del Derecho*. El Derecho no es un fenómeno exclusiva-

¹⁹ En relación con el institucionalismo jurídico véase RUIZ-GIMÉNEZ, J., *La concepción institucional del Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944; CONDE, F. J., *Introducción al Derecho político actual*, Madrid, 1953, pp. 176 ss., 199y ss.; GALÁN Y GUTIERREZ, E. *Los tipos fundamentales del pensamiento jurídico a la luz de la Perennis Philosophia* (Publicado en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», fasc. marzo y abril de 1955, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955, pp. 17 ss. 27 ss.; SCHLOSSER, H. *Grundzüge der neuen Privatrechtsgeschichte*, 7 Aufl. C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1993, pp. 236 ss.

²⁰ Dicha obra de S. Romano se publicó entre 1917 y 1918 en dos fascículos de los «Annali delle Università Toscane». En 1981 se publicó, en Pisa, en un sólo volumen.

²¹ ROMANO, S. *El Ordenamiento jurídico*, trad. esp. de S. Martín-Retortillo y L. Martín-Retortillo. Estudio preliminar de S. Martín-Retortillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pp. 87 ss. 89 ss.

²² *Ibidem* en especial las pp. 99 ss. 107 y 192.

²³ *Ibidem* p. 113. Véanse también las pp. 111 ss., 120 y 128 ss.

²⁴ *Ibidem* pp. 124, 128, 131, 190 ss.

mente estatal²⁵. Del otro lado, la afirmación de que *existen tantos ordenamientos jurídicos como instituciones*²⁶. De acuerdo con ello S. Romano defendió el carácter jurídico del *Derecho internacional y del Derecho canónico* como ordenamientos propios de la comunidad de Estados y de la Iglesia, respectivamente²⁷.

3. El ordenamiento jurídico como sistema normativo

A pesar de los excesos voluntaristas y formalistas del positivismo jurídico normativista y de las críticas dirigidas contra él, parece que la concepción del Derecho actualmente dominante en el pensamiento jurídico es la que ve en el mismo un *ordenamiento* concebido como *sistema normativo*. Ello no significa necesariamente, en todos los casos, caer en una concepción positivista y formalista del Derecho. La idea del Derecho como sistema normativo es perfectamente compatible con una idea no positivista del mismo. En nuestro caso concretamente entendemos que la noción de *ordenamiento jurídico* hace referencia a un sistema de normas que –desprovisto de toda significación formalista y voluntarista– hunde sus raíces en el *orden social institucional*, nutriéndose de las ideas, principios, valores, sentimientos y hábitos que integran el «*ethos*» social vigente en el mismo (*legitimidad*). Dicho sistema normativo en cuanto *orden de validez (deber ser)*, en la medida en que logra alcanzar el momento de su *eficacia*, se convierte en cauce y forma efectiva de un sector de la vida social que se configura como *orden jurídico* (esto es, orden de la vida social, efectivamente regulado y ordenado por el Derecho)²⁸.

La idea de *ordenamiento jurídico como sistema normativo* supone que la pluralidad de normas que lo integran están conectadas entre sí por múltiples relaciones en virtud de las cuales cada norma cobra su pleno y específico sentido en función de sus conexiones con las restantes normas del sistema.

Las relaciones en que se encuentran las normas dentro del ordenamiento son plurales y complejas. En primer lugar tenemos *relaciones de coordinación* (sentido horizontal), que son las existentes entre las normas del mismo rango jerárquico, y *relaciones de subordinación* (sentido vertical) que son las que se dan entre normas de diferente jerarquía y en virtud de la cual cada norma fundamenta su vali-

²⁵ *Ibidem* pp. 205 ss., 207 ss., 212 ss.

²⁶ *Ibidem* pp. 205 ss.

²⁷ *Ibidem* pp. 142 ss., 155, 205 ss. 214 ss. 216 ss., 220 ss.

Sobre la virtualidad metodológica de la idea de ordenamiento jurídico de S. Romano en el ámbito de la Historia del Derecho véase GROSSI, P. *El orden jurídico medieval*, trad. esp. de F. Tomás y Valiente y C. Álvarez, prólogo de F. Tomás y Valiente, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 1996, en especial pp. 44 ss. 51 ss.

²⁸ *Vid.* MONTORO BALLESTEROS, A., *op. cit.*, pp. 38 ss.

dez en una norma de grado superior, y, al mismo tiempo, dota de validez a las normas de grado inferior. En segundo lugar, dentro de esas relaciones de coordinación y subordinación existentes entre las normas que integran el ordenamiento jurídico se dan, a su vez, otras relaciones y funciones de signo muy diverso: relaciones y funciones de legitimación, de complemento, de desarrollo, de aclaración e interpretación, de remisión o reenvío, de garantía, de limitación, de modificación, etc.

Las relaciones existentes entre las normas que integran el ordenamiento tienen, en gran medida, una significación técnica y funcional que se pone de manifiesto en las diferentes teorías del ordenamiento jurídico elaboradas por la Teoría general del Derecho. En este sentido cabe citar la posición de W. Burckhardt quien distinguió, dentro del sistema del Derecho, dos tipos de normas: las *normas de conducta* (*Verhaltensrecht*) que son las que establecen los deberes que deben cumplir los sujetos de Derecho, y las *normas de organización* (*Verfassungsrecht*) que son las que instituyen y regulan las funciones legislativas, administrativas y judiciales, así como el ejercicio de la coacción²⁹. Kelsen, por su parte, distinguió entre normas primarias y secundarias. «Norma primaria es –según Kelsen–, la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria (...) la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción»³⁰.

Esta diferenciación técnica y funcional de las normas ha sido asumida y desarrollada con diferentes variantes y denominaciones por el pensamiento jurídico posterior: H. Nawiasky³¹, F. Carnelutti³², A. Ross, N. Bobbio y H. Hart, entre otros.

Para A. Ross «el Derecho consiste no sólo en *normas de conducta*, sino también en *normas de competencia*. Estas últimas –añade– establecen un conjunto de autoridades públicas para aprobar normas de conducta y ejercer la fuerza de conformidad con ellas. El Derecho –concluye diciendo– tiene, por ello, lo que puede denominarse carácter institucional»³³.

Por su parte, N. Bobbio entiende que todo ordenamiento es un conjunto de normas de conducta y normas de estructura o competencia. Mientras que las *normas de conducta* son aquellas que prescriben «la conducta que se debe o no observar», las *normas de estructura o de competencia* «son aquellas normas que no prescriben la conducta que se debe o no observar, sino que prescriben las condiciones y los pro-

²⁹ BURCKHARDT, W. *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Polygraphischer Verlag, Zurich, 1939, p. 126.

³⁰ *Op. cit.*, p. 77, *vid.* pp. 76 ss.

³¹ *Teoría general del Derecho*, trad. esp. de la 2.ª ed. alemana de J. Zafra Valverde, Ed. Rialp, Madrid, 1962, pp. 34 a 36 y 51.

³² *Teoría general del Derecho*, trad. es. de C. G. Posada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, pp. 68 a 71.

³³ *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. esp. de G. R. Carrió, 5.ª ed. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994, p. 58.

cedimientos mediante los cuales se dictan normas de conducta válidas»³⁴.

De modo análogo H. Hart concibe el Derecho como sistema jurídico integrado por reglas primarias y reglas secundarias³⁵. Según Hart *reglas primarias* son aquellas que «se ocupan de las acciones (conductas) que los individuos deben o no hacer»³⁶; esto es, prescriben el comportamiento que las personas o sujetos de Derecho deben observar con independencia de que lo quieran o no³⁷. Las *reglas secundarias*, por el contrario, no se ocupan de las conductas de las personas sino de las reglas primarias determinando quienes pueden «introducir (en el ordenamiento) nuevas reglas de tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación»³⁸. Mientras que las reglas primarias imponen deberes las secundarias confieren potestades. Hart distingue tres tipos o clases de reglas secundarias:

1. La *regla de reconocimiento* que es aquella que permite identificar de modo cierto, incontrovertible, las reglas primarias que pertenecen al sistema jurídico y que por ello son válidas y deben ser obedecidas³⁹.

2. Las *reglas de cambio* que tienen por objeto la regulación de los órganos y procedimientos para la introducción en el sistema de nuevas reglas primarias o para la modificación o eliminación (extinción) de las reglas primarias ya existentes⁴⁰.

3. Las *reglas de adjudicación* que establecen los órganos y procedimientos mediante los cuales se ha de conocer y decidir cuándo ha sido incumplida (violada) una regla primaria⁴¹.

Hart concluye la exposición y análisis de su idea de ordenamiento en los siguientes términos: «Si recapitulamos y consideramos la estructura que ha resultado de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que tenemos aquí, no sólo la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política»⁴².

³⁴ BOBBIO, N., *op. cit.*, pp. 217 ss.

³⁵ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, 2.^a ed., trad. esp. de G. R. Carrió, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 117 y 121.

³⁶ *Ibídem* p. 117.

³⁷ *Ibídem* p. 101.

³⁸ *Ibídem* p. 101.

³⁹ *Ibídem* pp. 117 ss.

⁴⁰ *Ibídem* pp. 118 ss.

⁴¹ *Ibídem* pp. 120 ss. Véase en la p. 117 la formulación abreviada de los diferentes tipos de reglas que integran el sistema jurídico normativo.

⁴² *Ibídem* p.121.

4. Sentido de la evolución histórica de la concepción del Derecho como sistema normativo: Del ordenamiento de tipo estático al ordenamiento de tipo dinámico

A. *Del iusnaturalismo al iuspositivismo*

Desde una perspectiva histórica –que sustancialmente viene a coincidir con lo que Del Vecchio denominó (dentro de su concepción de la temática de la Filosofía del Derecho) *investigación fenomenológica del Derecho*⁴³–, parece que la evolución del pensamiento jurídico se ha ajustado en gran medida a la ley de los tres estadios enunciada por A. Comte en su interpretación filosófica del curso de la Historia. Según dicha ley el despliegue de la historia aparece articulado en tres fases o momentos sucesivos: el teológico, el metafísico y el positivo⁴⁴. En este sentido cabe distinguir una línea de evolución en el pensamiento jurídico que va desde el *iusnaturalismo* (que fue la concepción predominante en épocas pasadas) al *iuspositivismo* que parece haberse configurado como la posición hegemónica durante los siglos XIX y XX. Momentos fundamentales de dicho proceso de evolución son los constituidos por: 1. *El iusnaturalismo patrístico-escolástico* (San Agustín, Santo Tomás de Aquino, Escuela española de Derecho Natural y de gentes), de fundamentación teológica. 2. *El iusnaturalismo racionalista* (H. Grocio, S. Pufendorf, G. W. Leibniz...) que sitúa en la razón, en cuanto categoría secularizada, el fundamento último del Derecho⁴⁵. 3. *El positivismo jurídico*, científico primero y legalista después⁴⁶, que reduce el Derecho a la dimensión de la positividad viendo en él un mero producto de una voluntad preeminente (Estado, mayoría popular, líder carismático...) o de la dinámica misma de los hechos y de la historia (historicismo jurídico, materialismo histórico...) ⁴⁷.

B. *Clases de ordenamientos: ordenamiento de tipo estático y ordenamiento de tipo dinámico*

En el proceso histórico del pensamiento jurídico que va del *iusnaturalismo* al *iuspositivismo* aparecen involucradas las categorías acuñadas por Kelsen de ordenamiento de tipo estático y ordenamiento de

⁴³ Vid. VECCHIO, G. DEL, *op. cit.*, pp. 277 ss.

⁴⁴ Vid. COMTE, A., *Cours de Philosophie positive*, vol. VII, 2.^a ed., E. Littré, Paris, 1864, pp. 50 ss.

⁴⁵ WELZEL, H. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.^a Aufl. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1962, pp. 48 ss., 57 ss., 108 ss., 123 ss.

⁴⁶ WIEACKER, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1952, pp. 327 ss.

⁴⁷ WELZEL, H. *op. cit.* pp. 183 ss., 191 ss.

tipo dinámico, de manera que el sentido de la evolución de la idea de Derecho como ordenamiento estaría constituido por el *tránsito del ordenamiento de tipo estático* (de signo iusnaturalista) *al ordenamiento de tipo dinámico*, de indudable cuño positivista.

Ante todo veamos lo que significa uno y otro tipo de ordenamiento.

Para Kelsen «una pluralidad de normas constituye una unidad, un *sistema* o una orden cuando su validez reposa, en (un) último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden (o sistema) determinado –aclara Kelsen– únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base del orden»⁴⁸ o sistema.

Ahora bien, según Kelsen, en función de la índole del fundamento (material o formal) de la validez que la norma básica procura al sistema «cabe distinguir dos tipos diferentes de sistemas de normas: un tipo estático y uno dinámico»⁴⁹.

El *ordenamiento o sistema de tipo estático* es aquél en el que la validez de cada norma depende directa o indirectamente de la conformidad o adecuación de su contenido con el de la norma fundamental. En el sistema estático, indica Kelsen, «la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo –añade Kelsen–: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas –aclara Kelsen– se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados (...En dichos sistemas, concluye Kelsen) las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general»⁵⁰. El ordenamiento de tipo estático tiene pues un significado eminentemente material y a él pertenecen los sistemas éticos de carácter material y las construcciones jurídicas del iusnaturalismo.

En el *ordenamiento o sistema de tipo dinámico* que, según Kelsen, es el propio del Derecho positivo el criterio de validez de las normas

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 135.

⁴⁹ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. De la 2.ª ed. Alemana por R. J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, p. 203. Véase también la 1.ª ed. cit., p. 135.

⁵⁰ *Teoría pura del Derecho* (1.ª ed.) cit., pp. 135 y 136. Véanse las obras de KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. esp. de E. García Maynez, 2.ª ed. 5.ª reimp. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, pp. 131 ss. y *Teoría pura del Derecho* (2.ª ed.) cit., pp. 203 y 204.

que lo integran no es material sino formal. En él la validez de las normas (su pertenencia al sistema) no depende de la conformidad de su contenido con el contenido propio de la norma fundamental sino del hecho de haber sido creados por el órgano y mediante el procedimiento establecido en una norma superior. En este sentido indica Kelsen: «Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único Derecho válido –añade Kelsen– es el Derecho positivo, el que ha sido «*puesto*». Su positividad –aclara– reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo sistema normativo análogo (como el Derecho natural)». Y concluye Kelsen: En el sistema de tipo dinámico la norma básica «es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico»⁵¹.

Como indicábamos al principio el proceso de evolución del pensamiento jurídico que va del *iusnaturalismo* al *iuspositivismo* implica, de modo paralelo, el paso de una concepción del ordenamiento como sistema de tipo estático (propia del *iusnaturalismo*) hacia una idea del ordenamiento como sistema dinámico, que es la coherente con los supuestos y principios propios del positivismo jurídico. Veamos ahora que factores o resortes impulsaron este tránsito y, en particular, la significación y virtualidad que tuvo al respecto la idea de *seguridad jurídica* en cuanto fin del Derecho.

III. SUPUESTOS DE LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO COMO ORDENAMIENTO DINÁMICO: SIGNIFICADO Y FUNCIÓN DE LA IDEA DE SEGURIDAD JURÍDICA

1. Planteamiento de tema

De un lado, la concepción del Derecho como sistema u ordenamiento que implica la idea de unidad entre sus normas, con la significación y alcance ya indicados; de otro lado, el aludido proceso de su evolución desde una inicial concepción del Derecho como ordenamiento estático hacia su configuración como ordenamiento dinámico, constituyen una construcción del pensamiento jurídico occidental⁵² a

⁵¹ *Teoría pura del Derecho* (1.ª ed.) cit., pp. 136 y 137. Véanse también, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., pp. 132 ss.; *Teoría pura del Derecho* (2.ª ed.) cit., pp. 204 ss.

⁵² Harold J. BERMAN, al trazar los rasgos característicos de la tradición jurídica occidental, dice: «En la tradición jurídica occidental se concibe el Derecho como un todo coherente, como un sistema integrado, como un *cuero*, y se supone que este

la que contribuyeron de modo decisivo, en diferentes momentos, tres ideas capitales pertenecientes, respectivamente, a los ámbitos de la Teología, la Política y el Derecho. Dichas ideas fueron:

1. La idea-creencia del monoteísmo judeo-cristiano de la existencia de un *único Dios, creador y ordenador* (legislador) del universo, y la consiguiente configuración de la noción de Reino de Dios como modelo o arquetipo de la vida política.

2. La *idea de soberanía* (poder soberano) como categoría central de la moderna Filosofía política y su configuración como principio y eje vertebrador del Estado moderno. (Construcciones de Bodino y Hobbes.)

3. La idea de *seguridad jurídica* como fin del Derecho, según los planteamientos de la Filosofía del Derecho, en especial de la Filosofía jurídica positivista.

Las líneas que siguen pretenden solo llevar a cabo una reflexión sobre la significación y el alcance de la idea de seguridad jurídica en la configuración del Derecho como sistema u ordenamiento dinámico.

2. La concepción positivista del Derecho y la idea de seguridad jurídica

El *positivismo jurídico* es una corriente de pensamiento plural y compleja que tiene como denominador común la reducción del Derecho al Derecho positivo. No existe más Derecho que el Derecho positivo. Dentro de esta corriente de pensamiento el *positivismo jurídico normativista (legalista)* ve en el Derecho positivo una creación del poder político y un instrumento de poder para la ordenación y control de la vida social. Desde esta perspectiva el fin fundamental del Derecho no es ya la realización de las exigencias de la idea moral de justicia, —Kelsen es radicalmente claro en este sentido⁵³— aunque en alguna medida pueda y sea conveniente que lo haga⁵⁴, sino la satisfacción

cuerpo se desarrolla, a lo largo del tiempo, de generaciones y de siglos. El concepto del Derecho como un *corpus iuris* puede considerarse implícito en cada tradición jurídica en que el Derecho es visto como algo distinto de la moral y de la costumbre». *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. esp. de M. Utrilla de Neira, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 19.

⁵³ Dice Kelsen: «las normas jurídicas no son válidas porque [...] tengan un contenido cuya fuerza obligatoria sea evidente por sí misma. No son válidas por el valor intrínseco de la exigencia que de las mismas emana. *Las normas jurídicas pueden tener un contenido de cualquier clase*. No hay ninguna especie de conducta humana que, por su misma naturaleza, no pueda ser convertida en un deber jurídico correlativo de un derecho subjetivo [...]. Una norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla, y sólo por ello». *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., p. 133. Véase también la *Teoría pura del Derecho* (1.ª ed.) cit., pp. 136 ss.; y *Teoría pura del Derecho*, 2.ª ed. cit., p. 205.

⁵⁴ Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, 1.ª ed. cit., pp. 65 y 66; HART, H. L. A., *op. cit.*, pp. 230 y 256; GONZÁLEZ VICEN, F. *Sobre el positivismo jurídi-*

del valor de la seguridad jurídica. La seguridad jurídica se convierte así en la finalidad primaria, fundamental, del Derecho⁵⁵.

Las raíces más próximas de esta idea las encontramos en dos planos diferentes: De un lado (*plano filosófico*), en el racionalismo de la Ilustración y en el contractualismo liberal, preocupados por el valor de la certeza y de la seguridad en la vida social y política; empeñados en la superación del *ius incertum* propio del Antiguo Régimen y en el pleno triunfo de la legalidad racionalista y segura que representaba la idea de codificación⁵⁶. De otro lado (*plano ideológico*), en los intereses y mentalidad de la clase burguesa que había accedido al poder y luchaba por consolidarse en él⁵⁷.

La concepción del positivismo normativista que acabamos de esbozar implica muchas cosas en el orden jurídico. Entre ellas, y por lo que al objeto de nuestro estudio se refiere, dicho positivismo supuso:

A. *La conversión del Derecho en mera técnica de control social*

El positivismo concibe el Derecho como instrumento puramente técnico, neutro (desprovisto de todo valor o significación ética), cuyo único fin es la ordenación y el control social mediante la coacción organizada⁵⁸. Para Kelsen el Derecho no es más que un orden coactivo, una mera técnica de control social cuya «función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres»⁵⁹.

En la concepción positivista el Derecho pierde así su tradicional dimensión ética y se convierte en una mera regla técnica cuyo único

co, en «Estudios de Filosofía del Derecho», Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979, pp. 200 y 201.

⁵⁵ PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ed. Ariel, Barcelona, 1991, pp. 12, notas 9 y 19.

⁵⁶ *Ibidem* pp. 16 y 19.

La incertidumbre, la inseguridad del Derecho del Antiguo Régimen obedecía fundamentalmente a dos razones: De un lado, a la imperfección formal y técnica del mismo (profusión, dispersión normativa, etc.) que se intentaría superar mediante la simplificación y la unificación del Derecho a través de la codificación; de otro lado, al exorbitante y arbitrario poder del monarca absoluto, atento siempre a las fluctuantes consideraciones de la «razón de Estado», *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, pp. 97 ss.

⁵⁷ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, 1.ª ed. cit., pp. 65 y 66; GONZÁLEZ VICEN, F., *op. cit.*, p. 181; PÉREZ LUÑO, A. E., *op. cit.*, p. 35, nota 6.

⁵⁸ BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico* (Lezioni di Filosofia del Diritto raccolte dal Dr. N. Morra, Anno Accademico 1960-61). Cooperativa Libreria Universitaria Torinese, Editrice, Torino, pp. 160, 165 ss., 183 ss.

⁵⁹ *Teoría pura del Derecho* (1.ª ed.) cit., p. 74, *vid.* pp. 70 ss. Véase también su estudio *El Derecho como técnica social específica*, en el vol «¿Qué es Justicia?», Estudio preliminar y trad. esp. de A. Calsamiglia, Ed. Ariel, Barcelona, 1982, pp. 152 ss. Análoga posición puede verse en A. ROSS, *op. cit.*, p. 58.

criterio de valor es la eficacia, la utilidad —que nada tiene que ver con la justicia⁶⁰—, que se va a configurar preferentemente bajo la forma de seguridad.

B. *La transmutación del orden de los fines del Derecho*

La reducción del Derecho a mera técnica de control social provoca un lógico cambio en el plano de la consideración de sus fines. Desde esta nueva perspectiva el fin y criterio supremo de la juridicidad no puede consistir ya, como hemos adelantado, en el valor ético de la justicia sino en el más neutro y técnico de la seguridad jurídica, que es ahora la forma que adopta la utilidad. «Si no puede fijarse lo que es justo —reconocerá Radbruch desde su inicial relativismo—, hay que establecer lo que debe ser jurídico, y eso sí, por una magistratura que esté en situación de hacer cumplir lo establecido»⁶¹. De este modo la seguridad jurídica, que en rigor es sólo una parte o elemento de la justicia (puede haber seguridad sin justicia pero no puede existir justicia sin seguridad), desplaza a la justicia y se convierte, para el positivismo jurídico, en el fin último del Derecho el cual, como ya se ha indicado, puede asumir como propio cualquier contenido aunque sea injusto⁶².

3. **Incidencia de la seguridad jurídica en la configuración del Derecho**

La seguridad jurídica en cuanto fin del Derecho proyecta sobre el mismo (*ad intra*) una serie de exigencias de carácter formal y técnico que determinan un mayor grado de perfección estructural y funcional del Derecho. En virtud de ello el Derecho se convierte, en orden a su conocimiento y aplicación, en un instrumento más sencillo, ágil, dinámico y eficaz. Dentro de las múltiples exigencias que la seguridad jurídica proyecta sobre el Derecho⁶³ interesa destacar aquí las relativas a la *ordenación del Derecho*, la *practicabilidad* del mismo y al criterio de *fundamentación de la validez de sus normas*. La conjunción de todas ellas conduce a la articulación y configuración del Derecho como ordenamiento de tipo dinámico.

A. *La ordenación del Derecho*

La facilidad y la seguridad en el conocimiento y aplicación del Derecho exigen la ordenación de sus normas; esto es, el paso de la

⁶⁰ Vid. VECCHIO, G. DEL, *op. cit.*, pp. 500 ss.

⁶¹ *Filosofía del Derecho*, trad. esp. de J. Medina Echavarría, 1.ª ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 96, véanse las pp. 101, 108 y 109.

⁶² Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* (1.ª ed.), cit., pp. 136 ss.; *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., p. 133. *Teoría pura del Derecho*, 2.ª ed., cit., p. 205.

⁶³ Vid. mi *Sistema de Teoría Fundamental del Derecho*, cit., pp. 211 ss.

«dispersión normativa» –en la que se encuentra el Derecho en las primeras fases de su desarrollo– a la agrupación, sistemátización y unificación de sus normas. Se trata de un proceso que comprende como momentos fundamentales del mismo: 1. La agrupación y sistemática del Derecho ya existente (*compilación o recopilación*). 2. La unificación del Derecho mediante la formulación de un Derecho nuevo a través de una ley o cuerpo legal que regula de forma articulada y sistemática la materia de una determinada rama o sector de la vida jurídica (*codificación*). 3. En un plano estructural y técnico más profundo la articulación del Derecho como ordenamiento y, dentro del mismo, el paso de la concepción del Derecho como ordenamiento estático a la idea de ordenamiento dinámico⁶⁴.

B. *La practicabilidad del Derecho*

Se trata de la cualidad consistente en la aptitud o idoneidad que debe poseer el Derecho para permitir su más fácil y segura interpretación y aplicación. A este respecto la seguridad jurídica exige que, en la medida de lo posible, las normas, tanto en el enunciado de sus prescripciones como en el establecimiento de los hechos y circunstancias de los que se hace depender su aplicación, no se remitan a ideas o nociones indeterminadas (buenas costumbres, peligrosidad social, orden público, etc.) que implican siempre *juicios de valor* (respecto de los cuales es difícil llegar a un acuerdo) sino a *hechos* susceptibles de fácil y segura comprobación empírica. Con esta finalidad la seguridad jurídica se ha servido con frecuencia de los recursos técnicos de la *presunción* y de la *ficción jurídicas*. Así por ejemplo, cuando –salvo que se demuestre lo contrario– se hace depender la adquisición de la plena capacidad de obrar (mayoría de edad) no del grado de madurez psicológica conseguido por la persona (lo cual supone siempre un *juicio de valor*) sino del *hecho* de alcanzar una determinada edad, fijada por igual para todos⁶⁵.

C. *La fundamentación de la validez de las normas jurídicas: Tránsito del ordenamiento estático al ordenamiento dinámico*

El desplazamiento de los «juicios de valor» por la «verificación de los hechos», que posibilita la practicabilidad del Derecho, lo traslada el positivismo jurídico al problema de la validez de las normas jurídi-

⁶⁴ *Ibidem* pp. 215 a 217, *vid.* SEVE, R., *Système et code*, en «Le Système juridique», *cit.*, p. 77 ss.

⁶⁵ *Vid.* RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. esp. de W. Roces, 4.^a ed. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1974, p. 40; HENKEL, H. *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Fundamentos del Derecho), trad. esp. de E. Gimbernat, Ordeig, Taurus Ed., Madrid, 1968, pp. 543 ss.; ALCHOURRON, C. E., y BULYGIN, E., *Sobre el concepto de orden jurídico*, *cit.*, p. 405.

cas; concretamente al tema de la determinación del fundamento, del criterio de validez de las mismas. De acuerdo con esta idea para el positivismo jurídico la validez de una norma (su pertenencia al sistema normativo del ordenamiento) –norma que como hemos visto puede asumir cualquier contenido⁶⁶– no debe depender de un *juicio de valor* (de la consideración de su justicia o injusticia; de la adecuación o conformidad de su contenido con el contenido de una norma superior...) sino de un *hecho* comprobable por la experiencia; de la referencia y constatación del órgano que ha creado la norma y del procedimiento mediante el cual lo ha hecho. En este sentido dice Kelsen: «Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado (...), sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta.»⁶⁷

Desde esta perspectiva la seguridad jurídica, en cuanto fin del Derecho, exige una especial configuración del ordenamiento jurídico. Dicha configuración no es otra que la constituida por el ordenamiento de tipo dinámico. Ello significa que la seguridad jurídica impulsa el desplazamiento de la concepción del Derecho como *ordenamiento estático* (en el cual la validez de sus normas particulares depende de la adecuación o conformidad de sus contenidos con el contenido de la norma suprema –lo cual implica ya un *juicio de valor*–, según el modelo lógico de la deducción o inferencia de lo particular a partir de lo general⁶⁸) y su sustitución por la idea de *ordenamiento dinámico* en el que la validez de sus normas aparece referida sólo al *hecho* de haber sido producidas conforme al procedimiento establecido en la norma fundamental o básica⁶⁹.

D. *La seguridad jurídica y las notas esenciales del ordenamiento jurídico*

La seguridad jurídica no sólo impulsa el paso del ordenamiento de tipo estático al ordenamiento de carácter dinámico sino que, además, proyecta sobre éste sus exigencias y eficacia conformadora aspirando a dotarlo de las notas, propias de los sistemas normativos, de unidad (independencia), coherencia y plenitud⁷⁰, con el fin de potenciar su aptitud para crear «certeza ordenadora». En este sentido tenemos:

1. *La unidad*, como nota del ordenamiento jurídico, posee, ante todo, una dimensión dogmática significando que todas las normas que

⁶⁶ Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, 2.ª ed. cit., p. 205.

⁶⁷ *Ibidem* p. 205, *vid.* pp. 201 ss., 205 ss.

⁶⁸ *Ibidem* p. 203.

⁶⁹ *Ibidem* p. 204.

⁷⁰ Vid. ALCHOURRON, C. E., y BULYGIN, E., *Introducción a la Metodología*, cit., pp. 100 ss.

integran el sistema, de modo inmediato o mediato, encuentran el fundamento último de su validez en una única norma –norma fundamental (Kelsen), regla de reconocimiento (Hart), etc.– que constituye la base de todo el ordenamiento⁷¹.

Esa norma básica que fundamenta todo el sistema dotándolo de unidad –permitiendo así una fácil y segura identificación de las normas válidas– es la que, al mismo tiempo, permite caracterizar a dicho sistema como autónomo o independiente. La *autonomía o independencia* del ordenamiento jurídico significa que éste encuentra en su propia estructura –sin necesidad de apelar o abrirse a otros sistemas o normas situados fuera del mismo– el fundamento último de su validez.

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica la nota de unidad así entendida –al permitir una fácil y segura identificación de las normas que pertenecen al sistema– es la que posibilita dar una respuesta clara y certera a la *pregunta por el Derecho válido, por el Derecho vigente*. Su función es la de permitir de forma segura, inequívoca, la identificación de las normas válidas, del Derecho vigente. Por ello nada tiene de extraño que Hart denomine a la norma básica del sistema jurídico «regla de reconocimiento».

2. La *coherencia* en cuanto nota del ordenamiento significa *ausencia de antinomias*, de normas contradictorias en el mismo. En cuanto tal la coherencia es una clara aspiración, una exigencia de la seguridad jurídica –con independencia de que de hecho pueda o no pueda alcanzarse– toda vez que el fenómeno de las *antinomias* (conflicto, incompatibilidad de normas que pertenecen al mismo sistema y tienen el mismo ámbito de validez⁷²) genera perplejidad, incertidumbre, frustrando la pretensión de la seguridad jurídica de crear certeza ordenadora. De ahí que, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, la aspiración, la necesidad de coherencia constituya la condición necesaria para responder de modo cierto, seguro, a la *pregunta acerca de lo que el Derecho prescribe*.

3. La idea de *plenitud* del ordenamiento jurídico significa que en el mismo encontraremos siempre, de forma explícita o implícita, la norma o principio adecuados para resolver cualquier problema que pueda plantearse. La plenitud supone pues ausencia de *lagunas jurídicas*⁷³.

⁷¹ Vid. BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 256 ss.; *Teoria dell'Ordinamento giuridico*, cit., pp. 39 ss., 51 ss. Véase también KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* (1.ª ed.), cit., pp. 135; *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., p. 129 ss.; *Teoría pura del Derecho*, 2.ª ed., cit., p. 44 ss. y 214.

⁷² BOBBIO, H., *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 162, 163, 260 ss.; *Teoria dell'Ordinamento giuridico*, cit., pp. 82 ss. y 90.

⁷³ BOBBIO, H., *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 163, 260 ss., 268 ss.; *Teoria dell'Ordinamento giuridico*, cit., pp. 125 ss.; véase también KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* (1.ª ed.), cit., pp. 172 ss.; *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., p. 174 ss.; *Teoría pura del Derecho*, 2.ª ed. cit., p. 254 ss.

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica la plenitud se configura como la respuesta a *la pregunta* acerca de la *capacidad o aptitud del ordenamiento para dar solución a cuantos problemas jurídicos puedan surgir en la vida social*.

La plenitud del ordenamiento se configura como una presunción lógica, necesaria, impuesta por la adopción como propios, por parte del positivismo jurídico, de dos principios consagrados ya por el Derecho positivo resultante del proceso de codificación. Dichos principios fueron: 1º. La obligación del juez, dentro del ámbito de su jurisdicción, de resolver todos los problemas que le fueren sometidos, so pena de incurrir en responsabilidad. 2º. La obligación de resolver dichos problemas de acuerdo con las normas del sistema jurídico vigente y no conforme a los principios o ideas subjetivas del juzgador. El juez no puede crear Derecho⁷⁴.

El deber del juez de decidir siempre conforme al Derecho establecido se configura asimismo como una exigencia de la seguridad jurídica que genera «certeza ordenadora» y permite la previa «calculabilidad» del contenido de las decisiones jurídicas, circunstancia ésta de indudable trascendencia para la práctica jurídica⁷⁵.

Universidad de Murcia, 27 de febrero de 2001

⁷⁴ Vid. RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 121 y 122; BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 268 ss.; *Teoría dell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 129 y 130. Véase al respecto el art. 1.º, 1 y 7, del Código Civil español.

⁷⁵ Vid. HENKEL, H., *op. cit.*, pp. 549 a 552.

**Sobre el arte legislativo de birlibirloque.
La LOPRODA y la tutela de la libertad informática
en España**

Por ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO
Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. EL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL ARTÍCULO 18.4: LA LORTAD Y LA LOPRODA.—2. LA LOPRODA: ¿UN EJEMPLO DE ARTE LEGISLATIVO DE BIRLIBIRLOQUE?—3. FINES Y ESTRUCTURA NORMATIVA DE LA LOPRODA.—4. LAS OPCIONES LEGISLATIVAS DE LA LOPRODA.—5. ¿FICHEROS ROBINSON O FICHEROS PECERA?—6. CORSI E RICORSI DE LA LOPRODA.—7. ASPECTOS INCONSTITUCIONALES DE LA LOPRODA.—8. PRESENTE Y FUTURO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN ESPAÑA.

**1. EL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL ARTÍCULO 18.4:
LA LORTAD Y LA LOPRODA**

Con la promulgación de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD)¹ España se incorporó al grupo de Estados que cuentan con normas específicas para la protección de informaciones personales. Se concluía así una larga etapa de incertidumbres y vacíos normativos, al tiempo que se iniciaba otra cargada de expectativas sobre las anheladas virtualidades de la LORTAD para poner

¹ Publicado en el «Boletín Oficial del Estado» núm. 262, de 31 de octubre de 1992.

coto, y evitar en adelante, los abusos informáticos contra la intimidad, así como contra otros derechos fundamentales, perpetrados en nuestro país. Conviene indicar que dicha Ley Orgánica llegó tarde y mal. Lo primero, porque desde la promulgación de la Constitución, en virtud del expreso mandato de su artículo 18.4, el legislador español debía establecer una norma de tutela de las libertades en relación con el uso de la informática. Esa exigencia de desarrollo legislativo fue luego corroborada y urgida en virtud de diversos acuerdos internacionales. Así la obligación adquirida por la ratificación en 1984 del Convenio de protección de datos personales (108) de 1981 del Consejo de Europa, cuyo artículo 4 exige a los países signatarios establecer en su Derecho interno las normas necesarias para garantizar la eficacia de los principios consagrados en dicho texto ².

A su vez, al *Acuerdo de Schengen* suscrito inicialmente por Alemania, Francia y los países del Benelux en 1985 y desarrollado por un Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990, se han adherido otros Estados de la Unión Europea (España, Italia, Grecia, Portugal...). Dicho tratado internacional se refiere a la supresión gradual de controles entre las fronteras comunes de los países signatarios. Para ello se regula el flujo de informaciones personales en función de la cooperación policial. El objetivo principal del Sistema de Información Schengen (SIS) es la comunicación de informaciones para el control de las personas «indeseables» y/o «inadmisibles» dentro de las fronteras del «espacio Schengen». Para el logro de ese objetivo entró en funcionamiento una gran base de datos policiales situada en Estrasburgo y sometida a la legislación francesa de protección de datos personales. Al igual que el Convenio del Consejo de Europa exige que para la transmisión de esas informaciones existan en cada país receptor normas internas sobre protección de datos personales que satisfagan los principios del Convenio del Consejo de Europa (arts. 117 y 126) ³. Como es notorio ese compromiso nacional e internacional fue demorado y pospuesto hasta la promulgación de la LORTAD a finales de 1992.

Ese retraso no evitó determinadas imperfecciones en la LORTAD, que menoscabaron su contenido. Porque cabía el consuelo de confiar que nuestro retraso legislativo nos permitiría beneficiarnos de las experiencias previas del Derecho comparado de la informática. No ha

² Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «La incorporación del Convenio Europeo sobre protección de datos personales al ordenamiento jurídico español», en el núm. 17 monográfico de *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, sobre «Informática y Derecho», 1989, pp. 27 ss.; id., *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, en colab. con M. G. Losano y M. F. Guerrero Mateus, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 163 ss.

³ Vid. LOSANO, M. G., «Il Trattato di Schengen e le frontiere europee» en *Data Manager*, 1991, núm. 114, pp. 27 ss.; SÁNCHEZ BRAVO, A., *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, con prólogo de A. E. Pérez Luño, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998, pp. 164 ss.

sido así y el texto promulgado incurrió en algunas deficiencias que pudieron y debieron ser evitadas.

La LORTAD llegó tarde para evitar el escándalo que, en la etapa previa a su promulgación, agitó a nuestra opinión pública, en relación con el tráfico informatizado de datos de carácter personal, que supuso la confirmación de un peligro desde hace tiempo anticipado. Los 21 millones de ciudadanos españoles, inmediata o potencialmente, agredidos en su intimidad y otros derechos fundamentales abrieron una brecha en la inconsciencia cívica y política sobre los peligros que entrañan determinadas manipulaciones de las nuevas tecnologías. Fue preciso llegar a esta situación para que el conformismo cotidiano de quienes tienen como misión velar por la tutela de las libertades, y quienes tienen como principal tarea cívica el ejercerlas, se viese agitado por la gravedad del riesgo y la urgencia que revestía su respuesta.

No es lícito, al menos para juristas, políticos y tecnólogos, aducir sorpresa o desconocimiento de los eventuales peligros implícitos en el uso de las nuevas tecnologías. Desde hace décadas, quienes han evaluado el impacto de la informática en las libertades, han alertado sobre esos peligros, y cualquier especialista mínimamente avisado incurriría en negligencia inexcusable de haberlos desatendido. Es cierto que España, aun siendo una sociedad avanzada, dista de los países con tecnología punta. De ahí que, entre nosotros, se juzgara mayoritariamente como una amenaza remota las advertencias y experiencias de asalto informático a las libertades, que con el descubrimiento de la red de «piratas» informáticos, se convirtió en una siniestra realidad.

Nuestra sociedad y nuestros poderes públicos permanecieron ajenos e inertes ante una serie de atentados informáticos a la privacidad perpetrados en nuestro entorno político-cultural. Para describirlos no hay que recurrir a una retórica apocalíptica, basta la expresión estricta de un atestado. Desde los años setenta es notorio que bancos de datos del sector público norteamericano, pertenecientes al Pentágono, la CIA o el FBI, procesan informes sobre actitudes individuales y comportamiento político que afectan a millones de ciudadanos. Datos que recabados en función de la defensa nacional o de la seguridad pública han servido, en determinadas ocasiones, para prácticas de control político y discriminación ideológica. La comunidad académica de USA sufrió una conmoción al saber que, durante la etapa de contestación estudiantil, diversas Universidades que contaban con bibliotecas informatizadas proporcionaron a la policía relaciones exhaustivas de las lecturas de aquellos profesores y/o alumnos sospechosos de ser contestatarios o disidentes. Desde hace años las agencias de información comercial y de crédito norteamericano almacenan datos personales que conciernen a cientos de millones de individuos, que tras su adecuada programación, pueden transmitirse a sus clientes en más de 10.000 aspectos diferentes (por edad, profesión, sexo, ingresos,

automóvil o vivienda poseídos, pertenencia a sindicatos, partidos, o sociedades mercantiles, culturales o recreativas...) ⁴.

En Francia el detonante fue un proyecto del Instituto Nacional de Estadística, por el que se pretendía atribuir a cada ciudadano un «número de identificación único» para todas sus relaciones con la administración. La fatal coincidencia, para los propugnadores del sistema, de que sus siglas respondieran a la palabra SAFARI, contribuyó a sensibilizar a partidos políticos, medios de comunicación y ciudadanos ante la amenaza de verse convertidos en las piezas a cobrar en el «safari informático». El proyecto fue finalmente suspendido y supuso una eficaz llamada de atención sobre la peligrosidad de las técnicas de *over-all computer*, o sea, del cruce de ficheros que permiten un control exhaustivo de la población, así como el trazado de un completo perfil de las personas ⁵.

Estas circunstancias pesaron en 1983 en una célebre Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, que a instancia de los Verdes, declaró parcialmente inconstitucional la Ley del Censo de Población que obligaba a los ciudadanos germanos a suministrar datos personales para fines estadísticos. En dicha decisión jurisprudencial se reconocía el derecho a la «autodeterminación informativa», hasta entonces invocado por la doctrina jurídica, y concretado en la facultad de todo ciudadano de las sociedades democráticas de determinar: quién, qué, cuándo y con qué motivo puede conocer datos que le conciernen ⁶.

⁴ Cfr. los capítulos 8 y 9 de este libro; *vid.* también, PÉREZ LUÑO, A. E., *Nuevas tecnologías, sociedad y Derecho. El impacto socio-jurídico de las N. T. de la información*, Fundesco, Madrid, 1987, pp. 123 ss.

⁵ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, cit., pp. 137 ss.

⁶ La doctrina germana ha calificado a la Sentencia sobre la Ley del Censo de Población de «Sermón de la Montaña» en materia de protección de datos personales (cfr. mi libro, *Nuevas tecnologías, sociedad y Derecho*, cit., 126 ss). En esa línea de lenguaje metafórico evangélico, entiendo que pudiera apelarse de Sentencia del «Buen Samaritano», la decisión de nuestro Tribunal Constitucional 254/1993 de 20 de julio. En ella el TC reconoce y ampara el derecho de los ciudadanos a conocer los datos personales que les conciernen y se hallan registrados en archivos informatizados administrativos. Esta decisión tuvo como antecedentes las Sentencias de la Audiencia Territorial de Pamplona (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de febrero de 1989 y del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 30 de abril de 1990, que habían desestimado el acceso de un ciudadano a sus datos personales incluidos en archivos automatizados de la Administración del Estado, alegando la falta de desarrollo legislativo del Convenio europeo de protección de datos personales. Frente a esas sucesivas denegaciones del acceso a los datos personales, basadas en una motivación que metafóricamente pudiera calificarse de «farisáica» y «levítica» el TC actuó en este supuesto como un «Buen Samaritano». La del TC se mueve en un doble plano argumentativo: 1) De un lado, acoge la dimensión positiva del derecho a la intimidad como facultad de control sobre los datos relativos a la propia persona. Acepta también expresamente, por vez primera, las nociones de «libertad informática» y *habeas data*, como integrantes de la garantía de la intimidad frente a la informática consagrada en el artículo 18.4 CE (FJ 7). Estos conceptos y categorías han sido ampliamente utilizados por la doctrina y jurispuden-

No huelga advertir que en nuestro propio país existían también antecedentes inquietantes del *affaire* de la red de piratas informáticos. Desde hace tiempo las instituciones y personas más receptivas a los riesgos de contaminación informática de las libertades han mostrado su preocupación por la persistencia en archivos policiales, ahora informatizados, de datos relativos a actividades políticas, o conductas «desviadas» realizadas en el régimen anterior; el «caso Curiel» constituye un elocuente testimonio. También se han presentado quejas ante el Defensor del Pueblo por la transmisión incontrolada de historias clínicas, así como de datos sobre actitudes y circunstancias personales de funcionarios y trabajadores. Contando con esos notorios antecedentes, patrios y foráneos, mostrar sorpresa resulta una actitud de ignorancia culpable o de cinismo. El tráfico de informaciones personales descubierto en nuestro país es el precipitado inevitable de unos riesgos, advertidos desde hace tiempo, y a los que los poderes públicos no supieron, o no quisieron, poner coto antes.

Cualquier inventario que pretenda dar cuenta de los más importantes asedios tecnológicos que hoy se perpetran contra la esfera de las libertades debe hacer obligada mención a Internet. La navegación por el ciberespacio, que permite Internet, ha abierto inmensas posibilidades de conocimiento, actuación y comunicación. No obstante, junto a esas incuestionables ventajas y avances, la red ha hecho surgir en los últimos tiempos, graves motivos de inquietud. La difusión de pornografía infantil, o de propaganda de organizaciones terroristas, así como numerosas actividades fraudulentas y atentados masivos contra la intimidad y la imagen de las personas, conforman el reverso oscuro de Internet.

cia extranjeras en materia de protección de datos personales y estimo que me incumbe una cierta responsabilidad en su difusión en nuestra experiencia jurídica; 2) El otro aspecto nuclear de ese fallo reside en la reafirmación por parte del TC de su doctrina tendente a reconocer la aplicación inmediata de los derechos fundamentales, en este caso de la libertad informática que dimana del artículo 18.4 CE, sin que sea necesaria una *interpositio legislatoris*, es decir, un desarrollo legislativo, para su plena eficacia (FJ 6). El TC estima que el cumplimiento o no por los poderes públicos de los tratados internacionales, en particular del Convenio europeo de 1981, es independiente para asegurar la protección de los derechos fundamentales establecida en el artículo 53.3 de la CE (FJ 5). De lo que implícitamente se infiere que el TC no cuestiona la plena incorporación del Convenio europeo al ordenamiento jurídico español, en virtud del artículo 96.1 de la CE, y su plena eficacia; a lo que, por otra parte, también sería de aplicación su propia jurisprudencia impugnatoria de la *interpositio legislatoris* en materia de derechos fundamentales. Tesis que se corrobora por la expresa llamada del TC, apoyándose en el artículo 10.2 CE, al Convenio como cauce para configurar el sentido y alcance de la libertad informática consagrada en el artículo 18.4 de la CE. En diversas publicaciones de estos últimos años he venido insistiendo en la eficacia inmediata del artículo 18.4 CE, así como en la del Convenio europeo, por lo que debo congratularme de que este planteamiento haya hallado acogida en esta decisión del TC (cfr., mis trabajos: *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, cit., pp.163 ss.; *La incorporación del Convenio Europeo sobre protección de datos personales al ordenamiento jurídico español*, en el núm. 17 monográfico de «ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales», sobre *Informática y Derecho*, pp. 27 ss.

La LORTAD se mostró, desde su mismo origen, como un texto normativo insuficiente para dar una respuesta adecuada a los riesgos y atentados tecnológicos liberticidas aquí aludidos. Sus instrumentos de garantía dirigidos a la protección de datos personales se revelaron harto discutibles⁷. No debe causar extrañeza, por todo ello, que la LORTAD fuera una ley controvertida desde el momento de su promulgación. Distintos artículos de esta disposición fueron objeto de recursos de inconstitucionalidad, incoados por diferentes instituciones⁸. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 290/2000 de 30 de noviembre, no entró a enjuiciar los motivos de inconstitucionalidad, por lesión del contenido esencial del artículo 18.4 y otros preceptos de la CE, aducidos por 56 diputados del Grupo Parlamentario Popular y del Defensor del Pueblo al considerar que se había producido pérdida sobrevenida del objeto del recurso, por haberse derogado la LORTAD y por el hecho de hallarse recurrida también la norma derogatoria, tal como habrá ocasión de exponer *infra*. El fallo de dicha sentencia declaró también la inadmisibilidad del recurso interpuesto por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y por el Parlamento de Cataluña en lo referente a la supuesta invasión por parte de la LORTAD de competencias de las Comunidades Autónomas en materia de protección de datos personales. A juicio del Tribunal Constitucional, la garantía de los derechos fundamentales amparada por la Constitución, así como la igualdad de todos los españoles en su disfrute, legitiman las competencias en todo el territorio nacional y para todo tipo de ficheros, sean de titularidad pública o privada, de la Agencia y el Registro Central de Protección de Datos⁹.

En cualquier caso, resulta evidente que la LORTAD ha tenido una vigencia efímera. Apenas siete años separan la fecha del 29 de octubre de 1992 en que fue promulgada de la del 13 de diciembre de 1999

⁷ Cfr. GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., *La protección de los datos personales en el Derecho español*, con prólogo de A. E. Pérez Luño, Universidad Carlos III & Dykinson, Madrid, 1999, pp. 119 ss.; LOSANO, M. G., *La legge spagnola sulla protezione dei dati personali*, en «Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica», 1993 núms. 4/5, pp. 867 ss.; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *Informática y protección de datos personales. Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación de Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 47 ss.; DEL PESO NAVARRO E. y RAMOS GONZÁLEZ M. A., *Confidencialidad y seguridad de la información: la LORTAD y sus implicaciones socioeconómicas*, Díaz de Santos, Madrid, 1994, pp. 73 ss.

⁸ La Comisión de Libertades e Informática (CLI) solicitó del Defensor del Pueblo la presentación de un recurso de inconstitucionalidad contra la LORTAD, en base a un dictamen del Prof. Diego López Garrido, Catedrático de Derecho Constitucional. El Defensor del Pueblo interpuso recurso de inconstitucionalidad el 28 de enero de 1993 (recurso 219/1993). Asimismo han presentado recursos de inconstitucionalidad contra la LORTAD: El Partido Popular (recurso 236/1993) y el Parlamento (recurso 226/1993) y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña (recurso 201/1993). Cfr. «Boletín Oficial del Estado», del 19 de febrero de 1993.

⁹ STC 290/2000, FFJJ 10 ss. y fallo.

en la que se ha producido su derogación a través de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPRODA) ¹⁰.

2. LA LOPRODA: ¿UN EJEMPLO DE ARTE LEGISLATIVO DE BIRLIBIRLOQUE?

En una brillante y lúcida reflexión sobre la tauromaquia, José Bergamín la califica como el *ARTE DE BIRLIBIRLOQUE*, es decir como: «el arte de poner y quitar» ¹¹. Las vicisitudes y circunstancias que han rodeado la génesis y que concurren en el contenido de la LOPRODA invitan a conjeturar si el legislador responsable de su promulgación no es un consumado cultor del *arte legislativo de birlibirloque*; por decirlo con la sugerente imagen literaria de Bergamín. Para corroborarlo, basta observar que:

a) El legislador de la LOPRODA ha *puesto* en la nueva Ley Orgánica 15/1999 la mayor parte de limitaciones y excepciones injustificadas a las garantías de la libertad informática que concurrían en la LORTAD. Se da la circunstancia, ciertamente paradójica, que el Grupo Parlamentario Popular impugnador, como se ha indicado, de la LORTAD, contra la que 56 de sus diputados presentaron recurso de inconstitucionalidad por entender que afectaba el contenido esencial de la libertad informática que dimana del artículo 18.4 CE, ha apoyado la aprobación del texto de la LOPRODA en el que básicamente se reproducen los motivos anteriormente invocados para recurrir la constitucionalidad de la LORTAD.

b) El legislador de la LOPRODA ha *quitado* la Exposición de Motivos en el nuevo texto. La doctrina científica había puesto de relieve la incongruencia entre la generosidad de propósitos garantistas proclamados en la Exposición de Motivos de la LORTAD al consagrar la libertad informática, y la cicatería con la que ese derecho se veía limitado en sus artículos ¹². Para eludir esa posible crítica el legislador de la LOPRODA ha cortado el «nudo gordiano» del problema, al suprimir cualquier referencia, a los presupuestos, fundamentos y

¹⁰ La Disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (BOE 298/1999 de 14 de diciembre 1999) declaró expresamente la derogación de la LORTAD.

¹¹ BERGAMÍN, J., *El arte de birlibirloque*, Turner, Madrid, 1985, p. 23

¹² Cfr. CASCAJO CASTRO, J. L., *Tratamiento automatizado de los datos de carácter personal*, en el vol.col. a cargo de J. M. SAUCA, *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 374 ss.; PÉREZ LUÑO, A. E., *La LORTAD y los derechos fundamentales*, cit., pp. 405 ss.; id., *La LORTAD entre las luces y las sombras*, cit., pp. 83 ss.; id., *Manual de informática y derecho*, cit., pp. 47 ss.

propósitos del nuevo texto legal. La LOPRODA pudo, de forma expeditiva, la Exposición de Motivos y, al prescindir de ella, rompe con una de las grandes tradiciones de la buena legislación.

Al no existir Exposición de Motivos no se aduce expresamente una de las claves determinantes de la promulgación de la LOPRODA: la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva europea de protección de datos personales. La Unión Europea, elaboró la Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de julio de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. En dicha Directiva se pretende armonizar la fluidez de la transmisión de datos en el seno de la Unión Europea para la mayor eficacia de los poderes públicos y desarrollo del sector privado, con la defensa de los datos personales. Para ello se prevé la existencia en cada Estado miembro de una autoridad independiente para garantizar la tutela de los datos personales y velar por la aplicación correcta de la Directiva (art. 28). Asimismo, se contempla la existencia de una autoridad comunitaria denominada «Grupo de protección de las personas» que estará integrada por representantes de las autoridades de control nacionales y un representante de la Comisión, los cuales contribuirán a la interpretación homogénea de las normas nacionales adoptadas en aplicación de la directiva, así como informarán a la Comisión de los conflictos que puedan surgir entre la legislación y las prácticas de los Estados miembros en materia de protección de datos personales (arts. 30 y 31). La Directiva establece la expresa obligación de los Estados miembros de adaptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para incorporar su texto y darle cumplimiento en los respectivos ordenamientos internos (art. 32) ¹³.

Una crítica radical insinúa una sospecha: que al legislador de la LOPRODA le había movido el secreto deseo de mantener el *statu quo* en la protección de datos establecido por la LORTAD, introduciendo sólo los cambios formales mínimos impuestos por la necesidad de adaptación de la Directiva 95/46 ¹⁴. Desde tales premisas se llegaría a

¹³ Cfr. RIPOL CARULLA, S., «El proyecto de Directiva comunitaria sobre protección de datos: una valoración española, en Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho» (Mérida, septiembre 1992) publicadas en *Informática y Derecho*, 1994, vol. 4, pp. 321 ss. y SÁNCHEZ BRAVO, A., «El tratamiento automatizado de bases de datos en el marco de la Comunidad Económica Europea: su protección»; *ibídem*, pp. 341 ss.; *id.*, *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, cit., pp. 123 ss.; *id.*, *Internet y la sociedad europea de la información: implicaciones para los ciudadanos*, con Prólogo de A. E. PÉREZ LUÑO, publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001, pp. 73 ss. *Vid.*, también, PÉREZ LUÑO, A. E., *El concepto de interesado en la Directiva Comunitaria 95/46*, en el vol. col. *La protección del derecho a la intimidad de las personas (fichero de datos)*, Escuela judicial & Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 13 ss.

¹⁴ Cfr. GONZÁLEZ-TABLAS, R., «El derecho y las nuevas tecnologías», Conferencia pronunciada en el Parlamento de La Rioja, el 20 de febrero de 2001, cuyo texto en curso de publicación debo a la deferencia de su autor; SÁNCHEZ BRAVO, A., «La Ley

un juicio global negativo, que cabría resumir en la célebre expresión de uno de los protagonistas del *Gattopardo*, la obra inolvidable de Giuseppe Tomasi di Lampedusa, cuando afirmaba que: «es necesario que algo cambie, para que todo siga igual».

Subsiste, en todo caso, la impresión de que el legislador de la LOPRODA ha dado muestras de una cierta propensión hacia esa actitud que, he denominado, *arte legislativo de birlibirloque*; o sea, a una tendencia a poner lo que se debería haber quitado y a quitar lo que se debería haber puesto y, en definitiva, a escamotear garantías básicas de la protección de datos. Porque, en efecto, al quedar formalmente derogada la LORTAD se producía la pérdida sobrevenida del objeto de los recursos de inconstitucionalidad contra ella interpuestos. Al propio tiempo, se abría un largo periodo para dirimir la posible inconstitucionalidad de las normas de la LOPRODA que reproducían aspectos impugnados de la LORTAD. Pero el artificio de birlibirloque ejercitado por el legislador tan sólo ha obtenido éxito a medias. El Tribunal Constitucional que ha demorado en ocho años la resolución de los recursos interpuestos contra la LORTAD y que, efectivamente, admitió la pérdida sobrevenida del objeto del recurso de inconstitucionalidad contra la misma fundados en la lesión del contenido esencial de la libertad informática que dimana del artículo 18.4 CE, resolvió con ejemplar celeridad el único recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo contra la LOPRODA¹⁵. De forma simultánea, en la fecha de 30 de noviembre de 2000, el TC emitía las dos sentencias que, respectivamente, resolvían los recursos presentados contra esos textos legislativos. Con ello, el legislador de la LOPRODA no ha podido evitar que fueran declarados inconstitucionales determinados párrafos de los arts. 21.1 y 24. 1 y 2 de dicha norma; si bien, al no haberse reproducido otros motivos de impugnación presentados contra la LORTAD y que siguen vigentes en la LOPRODA, ha eludido la condena de inconstitucionalidad de determinados aspectos de ésta, que siguen planteando fundadas dudas sobre su conformidad con la Constitución.

Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal: Diez consideraciones en torno a su contenido», en REP, 2001, núm. 111, pp. 201 ss. Menos pesimista en cuanto a la valoración inicial de la LOPRODA se muestra, GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «La nueva Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, ¿Un cambio de filosofía?» en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2000, núm. 34, pp. 299 ss.; El interrogante certeramente conjeturado por la profesora Ana Garriga Domínguez, en torno a si la LOPRODA implica un cambio de filosofía en la tutela de los datos personales, estimo que puede ser respondido afirmativamente; con tal que la misma sea entendida como una nueva modalidad de «filosofía parda». Sobre la hipertrofia y ambigüedad en los usos lingüísticos del término «filosofía», *vid.*, PÉREZ LUÑO, A. E., «Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica», 7.^a ed., Mergablum, Sevilla, 1999, pp. 20 ss.

¹⁵ Recurso del Defensor del Pueblo, de 14 de marzo de 2000 (BOE de 8 de abril de 2000), núm. 1463/2000, que ha sido resuelto por la STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000.

3. FINES Y ESTRUCTURA NORMATIVA DE LA LOPRODA

El objetivo básico perseguido por la LOPRODA es garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar (art. 1).

El texto no alude expresamente a su cometido, que precisamente constituye su propia razón de ser, de haberse promulgado para el desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución. Tampoco hace referencia explícita al cumplimiento del compromiso de transposición de la Directiva europea 95/46. Omite, por tanto, cualquier referencia al obligado cumplimiento del mandato constitucional, así como el que dimana de la Directiva europea.

Su rango normativo es el de Ley Orgánica. No obstante, a tenor de lo dispuesto en su Disposición final segunda, los Títulos IV, VI excepto el último inciso del párrafo 4 del artículo 36 y VII, la disposición adicional 4, la disposición transitoria primera y la final primera tienen el carácter de Ley ordinaria.

Para el cumplimiento de su objeto fundamental se estructura un sistema de garantías y medidas cautelares, que pretende recoger las orientaciones del Derecho comparado en materia de protección de datos personales. En particular la LOPRODA parece querer optar por el modelo de las denominadas «Leyes de protección de datos de la *tercera generación*». La experiencia legislativa de estos últimos años registra una sucesiva decantación desde las leyes de la *primera generación*, basadas en la autorización previa de los bancos de datos en una etapa en la que los equipos informáticos eran escasos, voluminosos y fácilmente localizables; a las leyes de la *segunda generación*, cuyo principal objetivo fue la garantía de los datos «sensibles», por su inmediata incidencia en la privacidad o su riesgo para prácticas discriminatorias; y, en la actualidad, a las de la *tercera generación*, que se han hecho cargo de la revolución microinformática con la consiguiente difusión capilar de los bancos de datos. Ello ha hecho prácticamente inviable el control previo de los equipos informáticos, sobre el que operaron las normas de la primera generación; al tiempo que la tutela de las informaciones ya no puede quedar circunscrita al factor estático de su *calidad*, según el criterio predominante en la segunda generación de leyes de protección de datos, sino que debe hacerse extensiva a la dinámica de su uso o *funcionalidad*¹⁶.

¹⁶ Sobre las generaciones de leyes de protección de datos y sus características cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «Libertad informática y leyes de protección de datos personales», cit., pp.152 ss.; íd., «La LORTAD y los derechos fundamentales», en *Derechos y Libertades*, núm. 1, 1993, pp. 405 ss.; íd., «La LORTAD entre las luces y las sombras», en *Informática y Derecho*, núm. 6-7, 1994, pp. 83-87; íd., «Manual de informática y derecho», Ariel, Barcelona, 1996, pp. 47 ss.

La LOPRODA tiende a concebir la protección de los bancos de datos personales desde una perspectiva funcional; no se limita a su tutela en cuanto meros depósitos de informaciones, sino también, y sobre todo, como una globalidad de procesos o aplicaciones informáticas que se llevan a cabo con los datos almacenados. Así parece desprenderse de la definición de *tratamiento* de datos, que viene entendida como: «operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias» (art. 3.c). Asimismo, se refuerza esa orientación de la LOPRODA al definir el *procedimiento de disociación* como: «todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable» (art. 3.f).

Se trata de evitar los efectos negativos de los perfiles de personalidad elaborados en función de las informaciones contenidas en bases de datos personales. Dichos perfiles se pueden considerar como la reputación o fama, que es expresión de la dignidad y el honor y que puede ser valorado, favorable o desfavorablemente, para las más diversas actividades públicas o privadas. La vida cotidiana de los ciudadanos se ve afectada por una serie de valoraciones sobre su conducta, que pueden ser tomadas en consideración para las más diversas circunstancias, tales como: obtención de un empleo, la concesión de un préstamo o la admisión en determinadas instituciones, o colectivos.

La LOPRODA dedica, por entero, su artículo 13 a prevenir estas circunstancias, a través de lo que denomina como: *Impugnación de valoraciones*. A tal efecto, se prescribe en esa norma, que los ciudadanos tienen derecho a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos, sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad. Por ello, el afectado podrá impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento, cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad.

Cuando se de tal circunstancia la persona concernida tendrá derecho a obtener información del responsable del fichero sobre los criterios de valoración y el programa utilizado en el tratamiento que sirvió para adoptar la decisión en que consistió el acto.

Tan sólo la valoración sobre el comportamiento de los ciudadanos, basada en un tratamiento de datos, podrá tener valor probatorio a petición del propio afectado (art. 13.4).

La LOPRODA se propone, por tanto, tutelar la calidad de los datos, pero no en sí mismos, sino en *función* de evitar que su informatización permita o propicie actividades discriminatorias.

El texto de la LOPRODA se halla integrado por 49 artículos distribuidos en 7 Títulos, 6 disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y 3 disposiciones finales. En su *estructura normativa* pueden distinguirse conceptualmente dos sectores básicos:

1) Una *parte general o dogmática* dedicada a la proclamación de la libertad en la esfera informática en la pluralidad de sus facultades y manifestaciones, e integrada por los Títulos:

I, en el que se formulan las *disposiciones generales* de la Ley referidas a su objeto, ámbito de aplicación y definiciones;

II, donde se contienen los *principios* de la protección de datos con referencia expresa a las exigencias de: calidad de los datos, información y consentimiento de los afectados, protección especial de datos sensibles y relativos a la salud, seguridad de los datos, deber de secreto y garantías para la comunicación de los mismos y el acceso por cuenta de terceros;

III, referido a los *derechos* que dimanán del reconocimiento de la libertad informática y que se desglosan en: la impugnación de valoraciones basadas exclusivamente en datos automatizados, y en las facultades de información, acceso, rectificación y cancelación. Asimismo se consignan los instrumentos para la tutela de esas facultades y el derecho a la indemnización.

2) Una *parte especial u orgánica* en la que se establecen los mecanismos organizativos y/o institucionales a que deben acomodarse o que deben supervisar el funcionamiento de las bases de datos a fin de garantizar la libertad informática. Se incluyen aquí los Títulos:

IV, que prevé unas *Disposiciones sectoriales* para reglamentar los *Ficheros de titularidad pública* (Capítulo I) donde se contemplan los requisitos para su creación, modificación o suspensión, los supuestos de cesión de datos entre las Administraciones Públicas, el régimen de ficheros de los cuerpos de seguridad y las excepciones a los derechos; y los *Ficheros de titularidad privada* (Capítulo II) que contiene previsiones normativas en orden a su creación, notificación e inscripción registral, comunicación de cesión de datos, régimen de datos incluidos en las fuentes de acceso público, prestación de servicios de tratamiento automatizado de datos personales o sobre solvencia patrimonial y crédito, ficheros con fines publicitarios y de prospección comercial, censo promocional, así como los códigos tipo para la estructura, funcionamiento, seguridad y garantías de los ficheros privados.

V, que disciplina el *movimiento internacional de datos* y donde se acoge, de forma implícita, el principio básico de reciprocidad del Convenio 108 de protección de datos personales del Consejo de Europa, que supedita el flujo internacional de datos, necesario para el desa-

rollo cultural, económico y de la seguridad mutua de los Estados, a la existencia en el país receptor de los datos personales de garantías similares a las del trasmisor, en este caso a las que se establecen en la LOPRODA; salvo excepciones motivadas por acuerdos internacionales, o se trate de prestar o solicitar auxilio judicial o sanitario internacional, o se refiera a transferencias dinerarias conforme a su legislación específica.

VI, donde se regula la naturaleza y régimen jurídico de la *Agencia de Protección de Datos*, y se especifican las competencias de su Director, del Consejo Consultivo y el objeto del Registro General; al tiempo que se prevén las relaciones de esta institución con las correspondientes de las Comunidades Autónomas.

VII, íntegramente consagrado a tipificar el sistema de *infracciones y sanciones* previstos por la LOPRODA. Se trata de un conjunto de supuestos genéricos de responsabilidad administrativa por infracciones, leves, graves y muy graves, que pueden dar lugar a sanciones disciplinarias, para responsables de ficheros públicos, o pecuniarias en el caso de ficheros privados. En ambos supuestos, para infracciones muy graves, se contempla la posibilidad de inmovilizar los ficheros .

4. LAS OPCIONES LEGISLATIVAS DE LA LOPRODA

Para analizar los aspectos más interesantes y polémicos de la LOPRODA, confrontaré su texto con las grandes opciones legislativas que, en trabajos anteriores ¹⁷, he considerado como informadoras de las normas sobre protección de datos personales:

1) Elección entre un modelo de *ley única y global* (denominada por la doctrina norteamericana *Omnibus Act*) o por una serie de *leyes particulares sectoriales* para distintos aspectos de la tecnología de la información y de la comunicación que requieren una reglamentación peculiar (*sector by sector* en la terminología anglosajona). En este aspecto parece más oportuna una solución *mixta*, tendente a conjugar una disciplina unitaria con un marco jurídico adaptado a las exigencias de determinados aspectos jurídicos (responsabilidad penal, archivos públicos, datos estadísticos, sanitarios...) o tecnológicos específicos (telecomunicaciones, videotex, transferencia electrónica de fondos...).

La LOPRODA parece inclinarse por este sistema mixto, pero no resuelve todos los problemas de concordancias, reiteraciones y antinomias que pueden surgir en este sector de nuestro ordenamiento jurídico. Al entrar en vigor la nueva Ley de protección de datos su normativa coexistirá con una serie de leyes sectoriales y dispersas (en

¹⁷ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «Libertad informática y leyes de protección de datos personales», cit., pp. 152 ss.

materia: civil, penal, tributaria, sanitaria, estadística, o de telecomunicaciones) en cuyo articulado se contienen disposiciones sobre el uso de la informática en relación con los derechos fundamentales. Ello puede dar lugar a solapamientos, reiteraciones y contradicciones (antinomias) que debieran ser previstos y evitados.

La LORTAD había derogado expresamente, en su Disposición derogatoria, la normativa de tutela civil de la intimidad establecida, de forma transitoria, en la ley 1/1982 de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La LOPRODA, aunque no contiene ninguna referencia explícita sobre el particular, por haber derogado a su vez a la LORTAD, parece que debe ser considerada como el marco normativo de tutela frente a los atentados civiles contra la intimidad perpetrados a través de medios informáticos.

La LOPRODA contiene una remisión a la legislación estadística [art. 2.3.b)] y sanitaria de protección de datos [arts. 8 y 11.2.f)]. Pero no se ha planteado la articulación del régimen de sanciones administrativas previstas en la LOPRODA con las sanciones penales que para las infracciones informáticas más graves a la intimidad se prevén en el vigente Código Penal (art. 197 ss.). Tampoco existe alusión expresa a las disposiciones sobre protección de datos personales contenidas en la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública (art.13); y de la Ley 31/1987 de Ordenación de las Telecomunicaciones (arts. 2.2 y 5.4), así como, de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (Exposición de Motivos, arts. 37, 50 y 54.3) ¹⁸. En otros ámbitos normativos con incidencia en la protección de datos sí se ha producido una remisión específica de la LOPRODA, que establece la modificación del artículo 112.4 de la Ley General Tributaria (disposición adicional cuarta), así como del artículo 24.3 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (disposición adicional sexta).

La LOPRODA hubiera debido establecer, por imperativos de seguridad jurídica, una ordenación armonizadora de todas las reglamentaciones sectoriales y dispersas existentes en nuestro ordenamiento en materia de protección de datos. Este tipo de disposiciones han sido denominadas por Mario G. Losano, *normae fugitivae*, «pues encontrándose allí donde no deberían, no son fáciles de hallar, organizando una fuente de problemas legislativos incluso graves» ¹⁹.

¹⁸ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «Panorama general de la legislación española sobre protección de datos», en el vol. col., «Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información. Encuentro 1991», Fundación Citema, Madrid, 1992, pp. 25 ss. También deberá tenerse presente la normativa comunitaria europea en la materia, vid. sobre ello los trabajos citados en la nota 30.

¹⁹ LOSANO, M. G., «Los Proyectos de Ley italianos sobre la protección de los datos personales», en el vol. col., «Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica» (Actas del Coloquio Internacional celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986), ed. a cargo de A. E. Pérez Luño, Tecnos & Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1987, p. 279.

2) Decisión en favor de textos normativos integrados por *disposiciones casuísticas y pormenorizadas* o por una técnica legislativa de *cláusulas o principios generales*. Este último procedimiento es particularmente aconsejable para regular materias que, como la informática, se hallan inmersas en los constantes cambios e innovaciones tecnológicas. De este modo, la reglamentación legal a partir de unos standards flexibles evita la necesidad de introducir variaciones constantes en las normas y permite a los órganos encargados de su aplicación (tribunales, comisiones, comisarios o agencias...) adaptar los principios a las situaciones que sucesivamente se presenten.

La LOPRODA parece querer responder a esa orientación presentándose como un texto de principios básicos y remitiendo a la vía reglamentaria la concreción de gran parte de su contenido. Este sistema cuenta a su favor con su idoneidad para favorecer la actualización constante y necesaria de los principios de la Ley Orgánica, sin necesidad de recurrir a su modificación²⁰. Su principal riesgo reside en degradar el rango jerárquico de las normas que deben regular aspectos jurídicos fundamentales vinculados al ejercicio de la libertad informática. No puede tampoco soslayarse el peligro de degradación del *status* de garantías jurídicas de la libertad informática, que dimana de las facultades normativas omnímodas y ampliamente discrecionales que ello comporta en favor de la Agencia de Protección de Datos.

No huelga tampoco advertir, que el reconocimiento de una amplia parcela de autonomía en los ficheros del sector privado, a través de la posibilidad de elaborar códigos tipo deontológicos (art. 32), tiende también a facilitar la adaptación de los principios normativos básicos de la LOPRODA a las constantes transformaciones tecnológicas.

3) Preferencia por un modelo de tutela *estática*, basado en la «calidad» de las informaciones, o bien por un sistema de protección *dinámica*, centrada en el control de los programas y su utilización. Sobre esta disyuntiva conviene tener presente que la experiencia de estos últimos años sobre la aplicación de las leyes de protección de datos ha puesto de relieve, de un lado, la dificultad de establecer un catálogo exhaustivo de los datos real o potencialmente «sensibles», y de otro, la evidencia de que cualquier información, en principio neutra o irrelevante, puede convertirse en «sensible» a tenor del uso que se haga de la misma, todo ello sin desconocer la importancia que

²⁰ Para el desarrollo reglamentario de la LORTAD se promulgaron sucesivamente: el R.D. 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos; el R.D. 1332/1994, de 20 de junio, que desarrolló determinados aspectos de la LORTAD; y el R.D. 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprobó el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal. La Disposición transitoria tercera de la LOPRODA mantiene la vigencia de estos textos reglamentarios hasta tanto se lleven a efecto las disposiciones reglamentarias específicas de desarrollo de la LOPRODA, a las que alude su Disposición final primera y siempre que las subsistentes no se opongan al contenido de la misma.

reviste la protección de determinado tipo de datos, en razón de su «calidad», es decir, por su inmediata referencia a la intimidad o el resto de las libertades.

La LOPRODA ha optado aquí por una solución sincrética que combina la tutela estática en función de los datos sensibles (art. 7), con la tutela dinámica a través de la Agencia de Protección de Datos (arts. 37 y 40). Respecto a los primeros hay que reprochar a la LOPRODA el haber planteado la tipificación de las informaciones especialmente sensibles en función de la ideología, religión o creencias expresadas en el artículo 16 de la Constitución española; cuando resultaba mucho más completo y pertinente haber tomado como punto de referencia el artículo 14 de la propia Constitución que previene cualquier actividad discriminatoria –hay que entender que también las realizadas a través de la informática– por razones de «nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social».

En relación con la *Agencia de Protección de Datos*, ente de Derecho público sobre el que gravita la implementación de la LOPRODA y de sus garantías, hay que decir de inmediato que constituye uno de los aspectos más negativos e insatisfactorios de la Ley. Suscita perplejidad y estupor que la Ley 15/1999 proclame la «plena independencia» de su Director (art. 36.2). Conviene señalar al respecto que, a diferencia de lo que es norma habitual en el Derecho comparado de los *Ombudsmen* especializados en la protección de datos (el caso de los *Datenschutzbeauftragter* de las leyes germanas, en las que parece haberse inspirado la LOPRODA, es bien elocuente)²¹, el Director no es nombrado por el Parlamento, sino por el Gobierno a quien también corresponde su cese (art. 36). Además, a diferencia de los *Ombudsmen* para la protección de datos extranjeros que presentan sus informes anuales (muy importantes para conocer el «quién es quién» en materia de agresiones a las libertades informáticas) a las Cámaras representativas, el Director español lo deberá hacer ante Ministerio de Justicia [art. 37. k)]. Ello condiciona gravemente la neutralidad y la propia credibilidad de esa institución, que aparece como un mero delegado gubernativo para la informática. La propia opción terminológica de la LOPRODA abona esa impresión. Así, frente a otras posibles denominaciones ligadas a la figura del *Ombudsman*, tales como las de Defensor, Comisario, Comisionado, Mediador..., la expresión «Director de la Agencia» evoca la transposición mimética de la noción norteamericana de *Government Agency* y refuerza la orientación gubernamental que sugiere esta institución.

²¹ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «Nuevas tecnologías, sociedad y Derecho. El impacto socio-jurídico de las N. T. de la información», Fundesco, Madrid, 1987, pp. 149 ss.; íd., «La Contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del Defensor del Pueblo», en *Anuario de Derechos Humanos*, tomo 4, 1987, Homenaje a Joaquín Ruiz Giménez, pp. 259 ss.

No más indulgente es el juicio que merece la representatividad del órgano colegiado, que asesora al Director de la Agencia en calidad de Consejo consultivo (art. 38). De los nueve miembros que lo integran, cinco proceden de instituciones políticas (un diputado, un senador, un representante de la Administración Central, designado por el Gobierno, un representante de la Administración Local, propuesto por la Federación Española de Municipios y Provincias, un representante de cada Autonomía que haya creado una agencia de protección de datos) y los cuatro restantes representan a instituciones culturales e instancias cívicas (un miembro de la Real Academia de la Historia, un experto en la materia, propuesto por el Consejo Superior de Universidades, un representante de los usuarios y consumidores y un representante del sector de ficheros privados).

Esta composición del Consejo Consultivo parece querer responder a un criterio de representatividad ponderada de distintos sectores públicos y privados con interés en la garantía de la protección de datos. No obstante, en una democracia parlamentaria, como lo es la española, en la que el Gobierno emana de las opciones políticas mayoritarias, este procedimiento de elección de los miembros del Consejo puede dar lugar a que se produzca una hegemonía fáctica y decisiva de esa mayoría parlamentaria en los cinco miembros políticos del Consejo y, en consecuencia, en la labor del Consejo Consultivo en su conjunto. A ello se añade el desequilibrio que supone que se incluya una representación del sector empresarial de ficheros privados, pero no la de los sindicatos o asociaciones de técnicos informáticos. Asimismo, hubiera sido deseable la presencia de representantes de otras Reales Academias como las de Ciencias Morales y Políticas y la de Jurisprudencia y Legislación, o de un representante de los Colegios de Abogados en dicho órgano consultivo.

Se criticó, respecto de la LORTAD, en opinión que compendia con exactitud las inquietudes que suscita este ente de Derecho Público, que: «la Agencia de Protección de Datos ha nacido con una aureola de misterio, debido, fundamentalmente, a redacciones y definiciones ambiguas en su regulación. Quizá ahora lo más pertinente sea que el propio órgano de control disipe con diligencia y eficacia las dudas planteadas ante su configuración»²². Estas apreciaciones críticas son cabalmente predicables respecto de la LOPRODA, que en este, como en otros muchos aspectos, se limita a reproducir la reglamentación contenida en la LORTAD.

²² CASCAJO CASTRO, J. L., «Tratamiento automatizado de los datos de carácter personal», cit., p. 374. Con respecto a los propósitos de la etapa inicial de la Agencia resulta de interés el trabajo de su primer Director J. J. Martín Casallo, «Agencia de Protección de Datos: qué es y qué finalidad persigue», en *Actualidad Informática Aranzadi*, 1994, núm. 13, pp. 1-2; para un estudio más amplio y pormenorizado del funcionamiento de la Agencia, *vid.*: De ASÍS ROIG, A. E., «La actividad sancionadora de la Agencia de Protección de Datos», en *Actualidad Informática Aranzadi*, 1997, núm. 22, pp. 1 ss.

Tiende también a reforzar la perspectiva dinámica del sistema tutelar implantado por la LOPRODA, su definición y regulación de los ficheros y tratamientos de datos, que, como he indicado, no se hallan concebidos como meros depósitos de informaciones, sino como una globalidad de procesos o aplicaciones informáticas que se llevan a cabo con los datos almacenados y que son susceptibles, si llegasen a conectarse entre sí, de configurar un *perfil de la personalidad*. Como he tenido ocasión de indicar *supra*, la LOPRODA, en cuanto integrante de las normas de protección de datos de la tercera generación, se propone establecer un sistema funcional y dinámico de tutela, que permita a los ciudadanos la impugnación de las valoraciones personales derivadas de usos indebidos de ficheros y tratamientos informatizados.

4) Opción entre restringir la disciplina de los bancos de datos personales a aquellos que pertenecen al *sector público* o extenderla también a los que operan en el *sector privado*. En este punto conviene recordar la admisión paulatina, en la doctrina y la jurisprudencia sobre los derechos fundamentales, del principio de su *Drittwirkung*, o sea, de su eficacia ante terceros o en relaciones entre particulares. En la fase correspondiente a los derechos de la primera generación se consideraba que estos sólo eran ejercitables ante los poderes públicos, que tradicionalmente habían sido sus principales violadores. No obstante, en las generaciones sucesivas de derechos fundamentales se amplió su incidencia al plano de las relaciones privadas, al adquirirse conciencia de que también en ellas pueden surgir situaciones de amenaza y agresión para el disfrute de las libertades. De forma análoga, las leyes de protección de datos de la primera generación tendieron, sobre todo a posibilitar el control de los sistemas automatizados administrativos. Con posterioridad pudo comprobarse que el peligro podía también proceder de los bancos de datos privados (grandes multinacionales, agencias de información y de crédito...) y que urgía evitar situaciones de impunidad para quienes producían este daño a las libertades y de indefensión de quienes son sus víctimas. Ello hace aconsejable una disciplina de todos los bancos de datos personales, con independencia de su titularidad pública o privada, introduciendo en la reglamentación aquellas salvedades que se estimen convenientes.

Estas consideraciones pueden también hacerse extensivas a la conveniencia de que la norma de protección de datos haga llegar sus instrumentos de garantía no sólo a los sistemas automatizados, sino también a los archivos o registros manuales referidos a informaciones personales, introduciendo aquí también las eventuales especificaciones.

La LOPRODA acoge estas directrices al conjugar la protección de datos personales recogidos en ficheros públicos y privados, estableciendo un diferente sistema de garantías. Quizá en este punto la principal objeción que pudiera hacerse a la Ley es la patente debilidad del sistema de tutela de los bancos de datos privados respecto a los que

operan en el sector público. Mientras que para la creación o modificación de estos últimos se exige una norma general publicada sometida a control jurisdiccional, y se hallan sometidos al control y tutela de los entes u órganos públicos de los que dependen, así como al de los Defensores del Pueblo estatal y, en su caso, autonómicos y al de la Agencia de Protección de Datos; los ficheros privados quedan sólo sometidos a la supervisión de dicha Agencia. Como he indicado las agresiones de este sector no son menores que las que provienen del poder, por lo que la diferencia de regímenes de protección no tendría porque traducirse en merma de los instrumentos de garantía frente a los abusos perpetrados desde la esfera de los grandes intereses económicos privados.

La LOPRODA acoge la posibilidad de extender la aplicación de su sistema de garantías a los ficheros convencionales [(art. 2.1; 3.b) y c) y disposición adicional primera].

5) Delimitación de un ámbito subjetivo de tutela restringido a las *personas físicas* o ampliado a las *personas jurídicas*. La primera alternativa es la que cuenta con mayor número de precedentes en el Derecho comparado de la protección de datos. Esto se debe a que, inicialmente, esta legislación fue pensada para proteger la intimidad y las libertades individuales, así como a las dificultades que suponía extender este sistema a las personas jurídicas. Ahora bien, a medida que el proceso de datos se proyecta a las empresas, a las instituciones y asociaciones, se hace cada vez más evidente la conveniencia de no excluir a las personas jurídicas del régimen de protección que impida o repare los daños causados por la utilización indebida de informaciones que les conciernen. En efecto, la defensa de la intimidad y los demás derechos fundamentales no es privativa de los individuos, sino que debe proyectarse a las formaciones sociales en las que los seres humanos desarrollan plenamente su personalidad. De ahí, que al converger intereses sociales, jurídicos y políticos resulte más conveniente la exigencia de reconocer a las personas colectivas el derecho fundamental a la protección de los datos que les conciernan. Todo ello de acuerdo con la tendencia hacia la ampliación de las formas de titularidad que constituye uno de los rasgos caracterizadores de la tercera generación de derechos ²³.

²³ Cfr. CRUZ VILLALÓN, P., «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, núm. 35, pp. 63 ss. Sobre el distinto alcance de la titularidad en los derechos humanos y en los derechos fundamentales, vid. PÉREZ LUÑO, A. E., «Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos», en curso de publicación en el vol. col., «¿Hay derechos colectivos?», Universidad Carlos III de Madrid. Conviene advertir que el sujeto titular de los derechos humanos es siempre la persona física individual; en cambio los derechos fundamentales, en su condición de derechos humanos positivizados, sí admiten formas de titularidad colectiva. Por ello, no existe inconveniente en predicar la titularidad de las personas jurídicas respecto al derecho fundamental a la libertad informática.

Haciéndose eco de estas exigencias la norma italiana de protección de datos, es decir, la Ley n. 675, de 31 de diciembre de 1996, se denomina y define como norma de: «*tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali*». Dicha norma orienta su finalidad a la protección de las libertades y derechos de las personas físicas, en particular de su intimidad e identidad personal, y asimismo de los derechos de las personas jurídicas y otros entes o asociaciones (art. 1). Fiel a tal propósito define los «datos personales» como las informaciones relativas a personas físicas o jurídicas identificables, aunque sea indirectamente, e incluyendo el número de identificación personal [art. 2.c)]. De ahí, que a los efectos de esa ley, se definan como sujetos «interesados» a las personas físicas, las personas jurídicas, entes o asociaciones a las que se refieran los datos [personales [art. 2.f)].

En este aspecto se pueden considerar menos innovadores, que la norma italiana, el Convenio 108 del Consejo de Europa, y la Directiva europea 95/46. Ambos textos coinciden en limitar a las personas físicas, con exclusión de las jurídicas, la titularidad de la protección. El Convenio, pese a establecer un sistema protector cuya titularidad como regla quedaba circunscrita a las personas físicas, abría la posibilidad de que cada uno de los Estados parte pudiera ampliar su régimen de tutela a las personas y entes colectivos [art. 3.2.b)]; posibilidad que ha hallado eco en la precitada ley italiana. La Directiva impide la posibilidad de hacer extensiva a las personas jurídicas el ámbito de su tutela al indicar expresamente que: «las legislaciones relativas a la protección de las personas jurídicas respecto del tratamiento de los datos que las conciernan no son objeto de la presente Directiva» (Considerando 24). Esta restricción se halla confirmada en el artículo 1.1 en el que se establece el objeto de la Directiva circunscrito en la protección de los datos de las personas físicas, así como en el artículo 2.a en el que se definen los datos personales como informaciones referentes a una persona física identificada o identificable

La LORTAD, al igual que en lo concerniente a los ficheros manuales, preveía en el Proyecto inicial remitido por el Gobierno a las Cortes²⁴ la posibilidad de extender su sistema de protección, pensado básicamente para las personas físicas, a las jurídicas (disposición final tercera). No obstante, tras el debate parlamentario, fue suprimida esta posibilidad, que ya no se incluyó en el texto definitivamente promulgado de la LORTAD, por lo que, en este punto, pudiera afirmarse que la reforma introducida por las deliberaciones de las Cámaras se tradujo en una manifiesta *reformatio in peius*.

La LOPRODA ha mantenido también en este punto el criterio restrictivo de la titularidad del derecho fundamental a la libertad informá-

²⁴ Dicho texto fue publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados» núm. 59-1, de 24 de julio de 1991.

tica, al limitarlo a las personas físicas. De forma expresa, cuando delimita su objeto (art. 1) así como al establecer la definición de los «datos de carácter personal» (art. 3.a), y el concepto de «afectado o interesado» (art. 3.e), circunscribe su ámbito de tutela a las personas físicas.

Especial interés reviste, como fórmula para paliar ese régimen restrictivo, el artículo 200 del Código Penal de 1995 que extiende a las personas jurídicas la tutela penal de la intimidad, cuando se descubren o revelan datos reservados de personas jurídicas sin el consentimiento de sus representantes legales. En este supuesto el nuevo Código Penal corrige uno de los aspectos más insatisfactorios de la vigente LOPRODA. De este modo, se podrá evitar la indefensión de las personas jurídicas ante tratamientos indebidos de sus datos. Pero ello puede determinar que se tramiten por vía penal la defensa de intereses colectivos que hubieran debido tutelarse en la LOPRODA, contrariando el principio de «intervención mínima» invocado en su Exposición de Motivos como uno de los principios inspiradores de nuestro nuevo Código Penal.

5. ¿FICHEROS ROBINSON O FICHEROS PECERA?

Un aspecto de la LOPRODA que merece consideración a parte es el referido a sus soluciones normativas para prevenir y sancionar los riesgos que, en orden a la intimidad de los datos personales, se derivan de las prácticas abusivas del *correo electrónico* y del *tráfico de datos*; peligros a los que aludía al iniciar estas consideraciones.

Vivimos en una sociedad en la que la información es poder y en la que ese poder se hace decisivo cuando, gracias a la informática, convierte informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas. La información ha devenido símbolo emblemático de una sociedad que se designa a sí misma como sociedad de la información o sociedad informatizada. En esa situación no sería lícito negar a los *poderes públicos* el empleo de las nuevas tecnologías de la información. En las sociedades avanzadas y complejas del presente la eficacia de la gestión administrativa, la erradicación de actividades antisociales y delictivas cada vez más sofisticadas y la propia moralización de la vida cívica exigen contar con un amplio y organizado sistema informativo. Pero ello no debe implicar que los ciudadanos queden inermes ante el inventario, utilización y transmisión de datos que afecten a su intimidad y al ejercicio de sus derechos.

De modo análogo, en la *esfera privada*, una vez convertida la información en protagonista del nuevo «sector cuaternario», ahora añadido a los tres sectores económicos tradicionales, se ha desatado la fiebre del acopio de datos. Las sociedades y empresas de hoy miden su dinamismo y empuje por la cantidad y calidad de sus informaciones. La trascendencia económica de la información ha generado un apetito insaciable de obtenerla por cualquier medio y a cualquier pre-

cio y es directamente responsable de determinadas prácticas abusivas que hoy, por desgracia, acechan el libre ejercicio de la privacidad en nuestra vida cotidiana.

Para justificar la espiral de datos personales de las agencias de información comercial y financiera se ha llegado incluso a la perversión del lenguaje. Así se alude ahora a los denominados «ficheros Robinson», en los que deberían inscribirse aquellos ciudadanos que no quieran ver perforada su privacidad por la recepción de propaganda no deseada, quedando, de este modo, a salvo del mercado «blanco» o «negro» de archivos de información. Ya el nombre de esos ficheros denuncia parcialidad del juicio. Supone que el ciudadano normal es el que acepta gustoso la contaminación de su vida privada por los intereses consumistas de los mercaderes de publicidad. El ciudadano insólito será aquel que se obstina en salvaguardar su derecho fundamental a la intimidad y se autoconfina en un aislamiento paragonable al sufrido por Robinson en su isla solitaria. Podría objetarse a este torpe mensaje ideológico subliminal que precisamente son las sociedades tecnológicas del presente las que han dado origen al fenómeno de las «muchedumbres solitarias» de seres gregarios, espectadores inertes y manipulados por y desde mil formas de propaganda. Todavía es más importante aducir que en un Estado de Derecho ningún ciudadano debe verse obligado a inscribirse en un archivo adicional de datos, para que sean respetados sus derechos y libertades. Parecería grotesco que, en una sociedad democrática, el respeto de la dignidad, de la libertad personal o de conciencia, o el secreto de las comunicaciones quedara limitado a aquellos ciudadanos que expresamente lo solicitasen. Por idéntica inferencia, no deben ser los ciudadanos normales que quieren ejercer su derecho constitucional a la intimidad, sino quienes deseen hacer dejación de este derecho, los que se inscriban en listas o ficheros.

El ciudadano de la sociedad tecnológicamente avanzada sabe que existen los medios para que su formación escolar y universitaria, sus operaciones financieras, su trayectoria profesional, sus hábitos de vida, viajes y esparcimientos, sus preferencias adquisitivas comerciales, su historia clínica, o sus propias creencias religiosas y políticas se hallen exhaustivamente registradas en bancos de datos informatizados susceptibles de ser cruzados, y ofrecer así un perfil completo de la personalidad. Tal situación ha dado origen al denominado «síndrome de la pecera», es decir, la psicosis que aqueja a los ciudadanos de vivir en una casa de cristal en la que todas las acciones pueden espiadas y controladas. Por ello, en aras de la clarificación de las cosas, sería deseable que los ficheros de quienes expresamente no desean ver tutelada su intimidad respecto al tráfico de sus datos personales se denominasen «ficheros pecera», expresión mucho más próxima a su auténtico significado que el equívoco apelativo de «ficheros Robinson».

¿Cuál es la respuesta aportada por la LOPRODA para poner coto a esta situación? Vaya por delante que tampoco en este punto la Ley se

muestra a la altura de las expectativas de los ciudadanos mas sensibles en la tutela de sus datos personales. En primer lugar, la LOPRODA exceptúa del ámbito de su tutela: «A los ficheros de información tecnológica o comercial que reproduzcan datos ya publicados en boletines, diarios o repertorios oficiales». La LOPRODA define como «fuentes accesibles al público» y, por tanto, como depósitos de datos que no tienen carácter personal: «aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación» (art. 3.j). Según dicho precepto tienen la consideración de fuentes de acceso público: el censo promocional, los repertorios telefónicos y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación.

La LOPRODA, tras establecer el principio general y básico de que cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero (art. 5.4); deja sin efecto esta garantía en aquellos supuestos en que «los datos procedan de fuentes accesibles al público y se destinen a la actividad de publicidad o prospección comercial, en cuyo caso, en cada comunicación que se dirija al interesado se le informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento así como de los derechos que le asisten» (art. 5.5).

Al regular el régimen de uso de los datos contenidos en las fuentes de acceso público, la LOPRODA dispone, en lo fundamental, que los datos personales que figuren en el censo promocional, o las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales, deberán limitarse a los que sean estrictamente necesarios para cumplir la finalidad a que se destina cada listado. «La inclusión de datos adicionales por las entidades responsables del mantenimiento de dichas fuentes requerirá el consentimiento del interesado, que podrá ser revocado en cualquier momento» (art. 28.1). Asimismo, se prescribe que «los interesados tendrán derecho a exigir gratuitamente la exclusión de la totalidad de sus datos personales que consten en el censo promocional por las entidades encargadas del mantenimiento de dichas fuentes» (art. 5.2) ²⁵.

²⁵ La LOPRODA regula, el censo promocional, en los siguientes términos: «Quienes pretendan realizar permanente o esporádicamente la actividad de recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial u otras actividades análogas, podrán solicitar del Instituto Nacional de Estadística o de los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas una copia del censo promocional, formado con los datos de nombre, apellidos y domicilio que constan en el censo electoral» (art. 31.1). El plazo de vigencia para el uso de dicho censo será de un año. Transcurrido el plazo citado, la lista perderá su carácter de fuente de acceso público (art. 31.2). La LOPRODA remite a la vía reglamentaria la fijación de los procedimientos mediante los que los interesados podrán solicitar no aparecer en el censo promocional. Entre tales procedimientos, que serán gratuitos para los interesa-

Se prevé, asimismo, el régimen jurídico de los tratamientos con fines de publicidad y de prospección comercial. La Ley 15/1999 determina que quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, utilizarán nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos figuren en fuentes accesibles al público o cuando hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento. Si esos datos proceden de fuentes accesibles al público, en cada comunicación que se dirija al interesado se informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento, así como de los derechos que le asisten. Al ejercitar su derecho de acceso los interesados tendrán la facultad de conocer el origen de sus datos de carácter personal, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos. Los interesados tendrán derecho a oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos que les conciernan, en cuyo caso serán dados de baja del tratamiento, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud (art. 30).

Son varias e importantes las objeciones críticas que pueden argumentarse respecto a ese planteamiento normativo. Me limitaré a exponer las dos que me parecen de mayor entidad. La primera se refiere a que esta disciplina contradice, de manera flagrante, el principio fundamental en la protección de datos de la *finalidad* (consagrado en el art. 4. 1 y 2 de la propia LOPRODA); ya que no es aceptable que informaciones recabadas y publicadas en función de intereses colectivos y sociales puedan ser incontrolada e impunemente utilizadas para fines e intereses privados comerciales y, por tanto, ajenos a aquellos que justificaron su recogida y su publicidad. La segunda a que acoge implícitamente la peligrosa y nociva filosofía subyacente a la práctica de los «ficheros Robinson». La LOPRODA invierte la carga de la prueba, al exigir del ciudadano que desea ver salvaguardada su vida privada la actuación expresa tendente a la defensa de su derecho, en lugar de hacerla recaer en las empresas que realizan la actividad, las cuales debieran probar que existe una autorización previa de cuantas personas figuran en sus bases de datos de información comercial. Todo ello, contradice los principios de la información previa y del consentimiento de las personas concernidas proclamado en la LOPRODA (arts. 5 y 6) y entraña el consiguiente riesgo de conculcar la interpretación lógica y sistemática del artículo 18 de la Constitución, al implicar un manifiesto e injustificado menoscabo del derecho fundamental a la intimidad.

Una modalidad insoslayable de marketing directo, de actualidad y agresividad creciente en su asedio a la vida privada, es la que se vehi-

dos, se incluirá el documento de empadronamiento. Asimismo, se prevé que trimestralmente se editará una lista actualizada del censo promocional, excluyendo los nombres y domicilios de los que así lo hayan solicitado (art. 31.3).

cula a través de Internet. Son cada vez más numerosas las empresas que utilizan la red para enviar cantidades masivas de propaganda y mensajes publicitarios al buzón del correo electrónico de miles de cibernautas, llegando en ocasiones a bloquear el servicio. Los destinatarios de esa publicidad se ven obligados a malgastar un tiempo y un esfuerzo baldíos, quedando inermes ante esas prácticas publicitarias abusivas, que se realizan con plena impunidad. Para reglamentar esa situación el Ministerio de Ciencia y Tecnología ha elaborado un Anteproyecto de Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, con fecha de 18 de enero de 2001. En dicho texto, se prevé que las comunicaciones de marketing por correo electrónico *no solicitadas* deben llevar una indicación que hagan referencia inequívoca a su carácter publicitario (art. 22). Al propio tiempo, se reconoce la posibilidad de que los titulares de cuentas de correo electrónico se opongan a la recepción de mensajes publicitarios a través de la red, inscribiéndose en listas de exclusión, que deberán ser respetadas por las empresas de marketing electrónico (art. 23). Este anteproyecto corrobora la implantación general de un sistema tan provechoso para los intereses comerciales, como insatisfactorio para la tutela de la intimidad, como el que se desprende de la utilización de los «ficheros Robinson»²⁶.

6. CORSI E RICORSI DE LA LOPRODA

Ha adquirido notoriedad la idea de Giambattista Vico a tenor de la cual la historia se resuelve en una sucesión cíclica de «*corsi e ricorsi*»²⁷; es decir, en una serie de avances y retrocesos que jalonan el devenir cultural de la humanidad. Esos avances y retrocesos se manifiestan también en la historia de las normas e instituciones jurídicas y, en concreto, puede ser predicado respecto del alcance general de la LOPRODA.

La LOPRODA ha representado un *avance* en la delimitación de las garantías jurídicas tendentes a la protección de datos personales.

²⁶ GONZÁLEZ-TABLAS SASTRE, R., «Datos informáticos y marketing directo», ponencia dada en El Escorial en el curso «Intimidad y asedio informático», 1998, organizado por la Fundación General de la Universidad Complutense. En esta Ponencia se abordaba el tema de si la autorregulación profesional es una garantía suficiente en la práctica del marketing directo; enfocándose la tensión entre los derechos constitucionales a la intimidad y a la libertad de empresa. Cfr. sobre el significado jurídico de Internet, PÉREZ LUÑO, A. E., «Internet navegaciones y abordajes», en *La Ley* (Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía), 1997, pp. 1 ss.; íd., «Impactos sociales y jurídicos de Internet», en *Argumentos de razón técnica*, núm. 1, 1998, pp 33 ss.; íd., «Aspectos y problemas jurídicos de internet», en el vol. col., a cargo de Javier de Lorenzo, «Medios de comunicación y sociedad: de información, a control y transformación», Consejo Social de la Universidad de Valladolid, 2000, pp. 107 ss.

²⁷ VICO, G. D., «Scienza nuova seconda», 1730, capov. 915 ss.

No obstante, al propio tiempo, ha entrañado un *retroceso* en las expectativas legítimamente forjadas en la ciudadanía sobre la amplitud y eficacia del derecho a la libertad informática que dimana del artículo 18.4 de nuestra vigente Constitución, texto pionero junto al portugués en el reconocimiento de tal derecho en el constitucionalismo actual comparado.

La LOPRODA presenta en su *haber*, como uno de sus logros más significativos, la definición de los *principios básicos* que informarán la actuación de los bancos de datos automatizados que procesen informaciones personales (arts. 4 a 12). Entre los mismos figuran los de la *calidad* de los datos (deberán ser adecuados y pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido); la *transparencia* (que exige informar a los afectados por la recogida de datos personales sobre la finalidad, obligatoriedad, consecuencias y derechos que implica su tratamiento automatizado); el *consentimiento* (como garantía de los afectados que es requisito general para cualquier proceso informatizado de datos personales); la protección reforzada de los *datos sensibles* (informaciones que hacen referencia a convicciones personales o datos susceptibles de engendrar tratos discriminatorios por motivos de raza, salud, vida sexual...); la tutela especial de los datos relativos a la *salud*; la *seguridad* (frente a la alteración, pérdida o acceso indebido a los datos personales); el *secreto* (que obliga a no revelar las informaciones personales a quienes intervienen en cualquier fase de su tratamiento automatizado); la *cesión* (limitada al uso para fines legítimos y con el previo consentimiento del afectado); y las garantías para el acceso a los datos personales por cuenta de *terceros*.

El otro aspecto abiertamente positivo de la LOPRODA consiste en el reconocimiento y tutela jurídica de la *libertad informática* (a ello se consagran sus arts. 13 a 19). La libertad informática se concibe como el nuevo derecho de autotutela de la propia identidad informática. Su función se cifra en garantizar a los ciudadanos unas facultades de información, acceso y control de los datos que les conciernen. Dicha libertad informática ha sido concebida por la doctrina y la jurisprudencia germanas como un derecho a la autodeterminación informativa, que se refiere a la libertad para determinar quién, qué y con qué ocasión pueden conocer informaciones que conciernen a cada sujeto. En la situación tecnológica propia de la sociedad contemporánea todos los ciudadanos, desde su nacimiento, se hallan expuestos a violaciones de su intimidad perpetradas por determinados abusos de la informática y la telemática. La injerencia del ordenador en las diversas esferas y en el tejido de relaciones que conforman la vida cotidiana se hace cada vez más extendida, más difusa, más implacable. Por ello, al tradicional *habeas corpus* corresponde en las sociedades tecnológicas del presente el *habeas data*. El *habeas data* constituye, en suma, un cauce o acción procesal para salvaguardar la libertad informática, que cumple una función paralela, en el seno de los derechos humanos de la tercera generación, a la que en los de la primera gene-

ración correspondió al *habeas corpus* respecto a la libertad física o de movimientos de la persona. No es difícil, en efecto, establecer un marcado paralelismo entre la «facultad de acceso» en que se traduce el *habeas data* y la acción exhibitoria del *habeas corpus* ²⁸.

Pero junto a estos avances innegables, hay que apuntar en el *debe* de la LOPRODA determinados fallos e insuficiencias que no pueden ser soslayados. Así, quizá el aspecto más discutibles e inquietante de la Ley Orgánica 15/1999 sea el de sus constantes y significativas *excepciones*, que limitan el alcance práctico del ejercicio de las libertades informáticas. Los constitucionalistas y, en especial, los estudiosos de los derechos fundamentales, suelen criticar la práctica desvirtuadora de algunos textos normativos que, tras solemnes y generosos reconocimientos de las libertades, recortan su ejercicio y las vacían de contenido al establecer un régimen de excepciones y limitaciones no menos generoso. Corresponde a Karl Marx el mérito de haber evidenciado esta práctica condenable en su crítica a la Constitución francesa de 1848. «Cada artículo de la Constitución –denunciaba Marx– contiene su propia antítesis, su propia Cámara alta y baja. En la frase general la libertad, en su explicación la anulación de la libertad. Por ello, mientras formalmente se respetase la libertad, aunque por vía legal se impidiera su ejercicio, la libertad quedaba intacta por más que se negase su significación común y popular» ²⁹.

Por ello, no puede dejar de suscitar inquietud el que la LOPRODA, tras proclamar las garantías en orden a la protección de datos y derechos de las personas, establezca excepciones relevantes referidas a: la información de los afectados (art. 5.3 y 5); a su consentimiento (art. 6. 2); a las garantías de los datos sensibles (art. 7.3 y 6); así como a la exigencia del consentimiento previo del interesado para la cesión de sus datos personales (art. 11.2). la posibilidad de que las Fuerzas de Seguridad del Estado puedan informatizar datos sensibles sin control judicial, fiscal o de la propia Agencia de Protección de Datos (art. 22.2 y 3). Se formulan también relevantes excepciones al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación (art. 23). Excepciones y límites que pueden afectar al contenido esencial de la garantía reconocida en el artículo 18.4 de la Constitución y sobre las que, por tanto, se cierne la sombra de la inconstitucionalidad ³⁰; sin mencionar aquí aquellos aspectos que, como

²⁸ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «Intimidad y protección de datos personales: del “habeas corpus” al “habeas data”», en «Estudios sobre el derecho a la intimidad», ed. a cargo de L. García San Miguel, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 36 ss.

²⁹ K. MARX, «Der achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte», en «Marx Engels Werke», Dietz, Berlin, 1978, vol. 8, p.

³⁰ Los comentarios críticos, sobre estos aspectos, referidos a la LORTAD son también predicables de la LOPRODA. Cfr. CASCAJO CASTRO, J. L., «Tratamiento automatizado de los datos de carácter personal», cit. pp. 366 ss.; Lucas Murillo de la Cueva, P., «Informática y protección de datos personales», cit. pp. 99 ss.; así como el dictamen 179 del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña del que fue Ponente el Prof. F. de Carreras Serra, en «Dictámenes 1991/1992», vol. X, Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, Barcelona, 1993, pp. 285 ss. Debe tenerse presente, a efectos

de inmediato se tendrá ocasión de exponer, han sido expresamente declarados inconstitucionales.

También resulta cuestionable el sistema de garantías jurisdiccionales previsto por la LOPRODA. Así, el artículo 18.1 remite a la determinación por vía reglamentaria de las reclamaciones que puedan presentarse ante la Agencia de Protección de Datos por violación de sus disposiciones. Ello contraría la exigencia de reserva de ley que se infiere del artículo 53.1 de la Constitución española para regular los cauces procesales de tutela de los derechos fundamentales y, por tanto, del artículo 18.4 de la Constitución española. A ello se añaden las posibles dudas que pueden derivarse de cuanto dispone el apartado 4 de dicho artículo 18, al señalar que: «Contra las resoluciones de la Agencia de Protección de Datos procederá recurso contencioso-administrativo». Esa «procedencia» debe entenderse que, en ningún caso, puede implicar la «improcedencia», o diferimiento del acceso al amparo judicial ordinario, a través del procedimiento preferente y sumario y, en su caso, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional previsto en el artículo 53.2 de la Constitución española para la protección reforzada de los derechos fundamentales incluidos en la Sección primera del Capítulo segundo de la Constitución española, entre los que se halla el consagrado en el artículo 18.4³¹.

de la determinación del *contenido esencial* del artículo 18.4, que debe ser respetado necesariamente en su desarrollo legislativo según establece el artículo 53.1 de la Constitución española, el carácter informador del Convenio 108 del Consejo de Europa sobre protección de datos personales. Tal exigencia se desprende del artículo 10.2 de la CE que, en orden a la interpretación de los derechos y libertades, establece la relevancia hermenéutica de los Tratados internacionales ratificados por España. Pero en este caso, la necesidad de hacer plenamente compatibles los textos del Convenio 108 y la LOPRODA viene determinada además por el hecho de que aquél, una vez ratificado (lo fue el 27 de enero de 1984) y publicado (en el BOE de 15 de noviembre de 1985) por España, se ha incorporado a su derecho interno (en virtud del art. 96.1 CE); según se ha tenido ocasión de exponer *supra* al comentar la STC 254/1993 en la nota 23. Por tanto, cualquier divergencia determinaría una antinomia en el seno de nuestro ordenamiento. A tal efecto, conviene recordar que el artículo 6 del Convenio 108 exige «garantías apropiadas» para el tratamiento automatizado de datos sensibles; garantías que la LOPRODA debilita con su amplia habilitación de excepciones. Es cierto que el Convenio admite excepciones a su sistema de derechos y garantías, pero sólo cuando ello «constituya una medida necesaria en una sociedad democrática» (art. 9.2), pero la noción de *necesidad* «en una sociedad democrática» ha sido interpretada restrictivamente por la jurisprudencia de la Comisión y el Tribunal europeos, lo que contrasta con el carácter genérico y difuso de las excepciones que posibilita la LOPRODA. A ello, se añade la exigencia de respetar las garantías que para la protección de datos se desprenden de la Directiva 95/46, que necesariamente la LOPRODA debería haber adaptado en su texto, según se ha indicado anteriormente. No huelga tampoco advertir que, esa vaguedad e imprecisión al tipificar las excepciones pudiera suponer una vulneración del principio de seguridad jurídica amparado por el artículo 9.3 de la CE. Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «La seguridad jurídica», Ariel, Barcelona, 2.ª ed., 1994.

³¹ Vid. sobre este punto, la Comunicación de M.ª E. Goyo Santa Cecilia sobre *Garantías del ciudadano ante la LOPRODA: posibles vías de defensa y protección de sus derechos fundamentales*, en *Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho* (Mérida, septiembre 1992) publicadas en «Informática y Dere-

7. ASPECTOS INCONSTITUCIONALES DE LA LOPRODA

Las limitaciones y excepciones mas graves establecidas por la LOPRODA fueron objeto del ya mencionado recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo ³². Dicho recurso tuvo por objeto ciertos incisos de los artículos 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley 15/99, que, a juicio del Defensor del Pueblo, vulneran frontalmente la reserva de ley del artículo 53.1 de la Constitución española, y el artículo 18.1 y 4 de la Constitución española, al no respetar el contenido esencial del derecho fundamental al honor y a la intimidad personal y familiar así como el derecho fundamental a la libertad informática. Los preceptos impugnados disponen lo siguiente:

Art. 21.1: «Los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones Públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán comunicados a otras Administraciones Públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso, o cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.»

Art. 24: «1. Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 5 no será aplicable a la recogida de datos cuando la información al afectado *impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas* o cuando afecte a la Defensa Nacional, a la seguridad pública o a la *persecución de infracciones penales o administrativas.*»

«2. *Lo dispuesto en el artículo 15 y en el apartado 1 del artículo 16 no será de aplicación si, ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado hubieran de ceder ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección.* Si el órgano administrativo responsable del fichero invocase lo dispuesto en este apartado, dictará resolución motivada e instruirá al afectado del derecho que le asiste a poner la negativa en conocimiento del Director de la Agencia de Protección de Datos o, en su caso, del órgano equivalente de las Comunidades Autónomas».

El objeto de la impugnación del Defensor del Pueblo había circunscrito sus denuncias de inconstitucionalidad únicamente a los incisos que figuran en cursiva en los preceptos que se acaban de transcribir. Debe indicarse, además, que los apartados 1 y 2 del artículo 5 de la LOPRODA, a los que se remite el artículo 24.1, establecen ciertos

cho», 1994, vol. 4, pp. 201 ss. Aunque estas reflexiones se hallaban referidas a la LORTAD, son también plenamente predicables respecto a la LOPRODA, que reproduce el mecanismo de tutela previsto en aquella.

³² Vid. la nota 32.

requisitos o garantías del derecho a la información en la recogida de datos, entre ellos la indicación de los destinatarios de la información, exigiéndolos tanto si se lleva a cabo de otra forma como mediante cuestionarios o impresos. Y el artículo 15 así como el apartado 1 del artículo 16, a los que se ha remitido el artículo 24. 2, hacen referencia, respectivamente, al derecho de acceso a los datos personales en cuanto a su contenido origen y uso, el modo de llevarlo a cabo y el tiempo de su ejercicio, así como al deber del responsable del tratamiento de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación de los datos en el plazo de diez días.

Estima el Defensor del Pueblo, que los derechos de los afectados a ser informados y a consentir así como los de acceso, rectificación y cancelación, integran el derecho fundamental de todos a controlar la recogida y el uso de aquellos datos personales que puedan poseer tanto el Estado y otros Entes públicos como los particulares. Lo que forma parte del contenido esencial (art. 53.1 CE) de los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE). Por lo que cualquier restricción de aquellos derechos lo es de estos derechos fundamentales y menoscaba su contenido esencial. Restricción que a juicio del Defensor del Pueblo se ha producido en la Ley impugnada por dos órdenes de razones.

En primer término, la posibilidad prevista en la LOPRODA de que una norma reglamentaria pueda autorizar la cesión de datos entre Administraciones Públicas para ser empleados en el ejercicio de competencias o para materias distintas a las que motivaron su originaria recogida sin necesidad de recabar previamente el consentimiento del interesado (art. 11.1 LOPRODA, en relación con lo dispuesto en los arts. 4.1 y 2 y 5.4 y 5), es decir, la cesión de datos sin consentimiento autorizada por una norma infralegal, soslaya que el artículo 53.1 CE reserva en exclusiva a la Ley la regulación y limitación del ejercicio de un derecho fundamental, vulnerando por consiguiente el derecho fundamental mismo, al privarle de una de sus más firmes garantías.

En segundo lugar, las habilitaciones a la Administración Pública establecidas en el artículo 24. 1 y 2 LOPRODA para que ésta pueda decidir discrecionalmente cuándo denegar al interesado la información sobre la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, sobre la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información, del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas, sobre las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos, sobre la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, sobre la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante (art. 5.1 de la LOPRODA, cuyo apartado 2, al que también remite el art. 24.1 de la LOPRODA, dispone: «Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma clara-

mente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior»); o para que también pueda decidir sobre cuándo denegar los derechos de acceso, rectificación y cancelación de esos datos personales (art. 24.2, en relación con los arts. 15 y 16.1, de la LOPRODA), suponen en ambos casos, en opinión del Defensor del Pueblo, desnaturalizar el derecho fundamental a la intimidad frente al uso de la informática (art. 18.1 y 4 CE), pues le priva de sus indispensables medios de garantía consistentes en las facultades a disposición del interesado cuyo ejercicio le permitirían saber qué datos posee la Administración sobre su persona y para qué se emplearán.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, estimó plenamente el recurso del Defensor del Pueblo, emitió un fallo en el que decide: «1.º Declarar contrario a la Constitución y nulo el inciso “cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso o” del apartado 1 del artículo 21 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. 2.º Declarar contrarios a la Constitución y nulos los incisos “impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones públicas” y “o administrativas” del apartado 1 del artículo 24, y todo su apartado 2».

No es esta la sede propicia para un comentario demorado en pormenores sobre la sentencia 292/2000. Sus argumentos incurren en cierta prolijidad y autopoiesis, es decir, de autorreferencias constantes a sus propias decisiones precedentes³³. Compendiados en sus rasgos nucleares, los motivos de inconstitucionalidad aducidos por el TC serían los siguientes:

a) El TC reitera en esta decisión su doctrina a tenor de la cual los límites a los derechos fundamentales serán conformes a la Constitución, si y sólo si, están justificados, son proporcionales y se establecen por ley.

Al ser la Ley la única habilitada por la Constitución para fijar los límites a los derechos fundamentales y, en el caso presente, al derecho fundamental a la protección de datos, «esos límites no pueden ser distintos a los constitucionalmente previstos, que para el caso no son otros que los derivados de la coexistencia de este derecho fundamental con otros derechos y bienes jurídicos de rango constitucional, el apoderamiento legal que permita a un Poder Público recoger, almacenar, tratar, usar y, en su caso, ceder datos personales, sólo está justificado si responde a la protección de otros derechos fundamentales o

³³ Sobre la concepción autopoietica del Derecho, a partir de las tesis de Niklas Luhmann y Gunther Teubner, *vid.* PÉREZ LUÑO, A. E., con la colaboración de Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González-Tablas y Antonio Ruiz de la Cuesta, «Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica», Tecnos, Madrid, 1997, pp. 121 ss.

bienes constitucionalmente protegidos. Por tanto, si aquellas operaciones con los datos personales de una persona no se realizan con estricta observancia de las normas que lo regulan, se vulnera el derecho a la protección de datos, pues se le imponen límites constitucionalmente ilegítimos, ya sea a su contenido o al ejercicio del haz de facultades que lo componen» (FJ 11). La Ley limitativa será también contraria a la Constitución, si regula los límites de forma tal que «hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga. Y así será cuando la Ley, que debe regular los límites a los derechos fundamentales con escrupuloso respeto a su contenido esencial, se limita a apoderar a otro Poder Público para fijar en cada caso las restricciones que pueden imponerse a los derechos fundamentales, cuya singular determinación y aplicación estará al albur de las decisiones que adopte ese Poder Público, quien podrá decidir, en lo que ahora nos interesa, sobre la obtención, almacenamiento, tratamiento, uso y cesión de datos personales en los casos que estime convenientes y esgrimiendo, incluso, intereses o bienes que no son protegidos con rango constitucional» (FJ 11).

A juicio del TC, cuando se da ese supuesto la Ley habrá vulnerado el derecho fundamental en cuestión. De una parte, porque habrá frustrado la función de garantía propia de toda reserva de ley relativa a derechos fundamentales al renunciar a fijar por sí misma esos límites, dado que la reserva de Ley impone al legislador, además de promulgar esa Ley, regular efectivamente en ella la materia objeto de la reserva; de otra, porque permite que el derecho fundamental ceda ante intereses o bienes jurídicos de rango infraconstitucional en contra de lo dispuesto en la propia Constitución, que no lo prevé así. Tal Ley habrá infringido el derecho fundamental porque no ha cumplido con el mandato contenido en la reserva de ley (arts. 53.1 y 81.1 CE), al haber renunciado a regular la materia que se le ha reservado, remitiendo ese cometido a otro Poder Público, anulando así una de las garantías básicas de los derechos fundamentales en nuestro Estado de Derecho (art. 1.1 CE).

b) Entiende el TC que esta doctrina es plenamente aplicable al presente recurso de inconstitucionalidad. En efecto, las normas legales impugnadas, o sea, los artículos 21.1 y 24.1 y 2 LOPRODA, regulan el ejercicio de facultades que integran el contenido del derecho fundamental a la protección de datos personales. Al haber establecido dichas normas restricciones al ejercicio de este derecho o, según aquí ocurre, ha previsto supuestos en los cuales se deja a la Administración Pública competente la facultad de conceder o denegar discrecionalmente el ejercicio de estas facultades por las personas concernidas, en tales casos, evidentemente, se ha producido una vulneración de las garantías legales con las que nuestra Constitución ha querido asegurar el respeto por todos del derecho fundamental.

Constituyen facultades inherentes al ejercicio del derecho fundamental a la libertad informática, las que competen a su titular a ser

informado y a consentir la cesión de sus datos personales. Sin embargo, es suficiente según el artículo 21.1 LOPRODA que la comunicación de tales datos entre Administraciones Públicas, para el ejercicio de competencias diferentes o que versen sobre materias distintas, sea autorizada por una norma reglamentaria.

Importa advertir que el TC mantiene una interpretación restrictiva en torno a las remisiones legislativas al reglamento como vía para la fijación del estatuto de los derechos fundamentales. La postura del TC se cifra en el criterio de admitir sólo la remisiones legales cuando las mismas restrinjan el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley.

Por tal motivo, al establecer el artículo 21.4 LOPRODA que esas cesiones no requieren del previo consentimiento del afectado permite al reglamento imponer un límite al derecho fundamental a la protección de datos personales, que defrauda la previsión del artículo 53.1 de la Constitución. El motivo de la inconstitucionalidad del artículo 21.1 de la LOPRODA resulta evidente. Dicha norma en este punto no ha fijado por sí misma, como le impone la Constitución (art. 53.1 CE), los límites al derecho a consentir la cesión de datos personales entre Administraciones Públicas para fines distintos a los que motivaron originariamente su recogida, y a los que alcanza únicamente el consentimiento inicialmente prestado por el afectado (art. 11 LOPRODA, en relación con lo dispuesto en los arts. 4, 6 y 34.e LOPRODA), sino que se ha limitado a identificar la norma que puede hacerlo en su lugar. Norma que bien puede ser reglamentaria, ya que con arreglo al precepto impugnado será una norma de superior rango, y con mayor razón para el caso de que la modificación lo sea por una norma de similar rango, a la que crea el fichero (y ésta basta con que sea una disposición general, que no una Ley, publicada en un Boletín o Diario oficial –art. 20.1 LOPRODA) la que pueda autorizar esa cesión inconsentida de datos personales, lo que resulta contrario a la Constitución (FFJJ 12 a 14).

c) En lo referente a lo dispuesto de los incisos impugnados del artículo 24.1 y 2 de la LOPRODA, procede recordar que, según sostiene el TC, la reserva de Ley prevista en el artículo 53.1 de la Constitución española respecto a la regulación de los límites de un derecho fundamental no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias como el que incide en artículo 21.1 de la LOPRODA, sino que también implica otras exigencias, de claridad y precisión, respecto al contenido de la Ley que establece tales límites. En el caso que es objeto de recurso, el empleo por la LOPRODA en su artículo 24.1 de la expresión «funciones de control y verificación», abre un espacio de incertidumbre tan amplio que provoca una inadmisibles consecuencia. La LOPRODA, al habilitar a la Administración para que restrinja derechos fundamentales invocando semejante expresión está renunciando a fijar ella misma los límites, apoderando a la Admi-

nistración para hacerlo. De este modo, permite incluir en tal facultad toda actividad administrativa, ya que toda actividad administrativa que implique entablar una relación jurídica con un administrado, que así será prácticamente en todos los casos en los que la Administración necesite de datos personales de alguien, conllevará de ordinario la potestad de la Administración de verificar y controlar que ese administrado ha actuado conforme al régimen jurídico administrativo. Lo que, a la vista del motivo de restricción del derecho a ser informado del artículo 5 de la LOPRODA, deja en la más absoluta incertidumbre al ciudadano sobre en qué casos concurrirá esa circunstancia (si no en todos) y sume en la ineficacia cualquier mecanismo de tutela jurisdiccional que deba enjuiciar semejante supuesto de restricción de derechos fundamentales sin otro criterio complementario que venga en ayuda de su control de la actuación administrativa en esta materia.

Los mismos reproches merece, para el TC, el empleo en el artículo 24.2 de la LOPRODA de la expresión «interés público» como fundamento de la imposición de límites a los derechos fundamentales del artículo 18.1 y 4 de la Constitución española, «pues encierra un grado de incertidumbre aún mayor. Basta reparar en que toda actividad administrativa, en último término, persigue la salvaguardia de intereses generales, cuya consecución constituye la finalidad a la que debe servir con objetividad la Administración con arreglo al artículo 103.1 CE» (FJ 17).

El TC extiende también las causas de inconstitucionalidad a los otros dos casos de restricciones impugnados por el Defensor del Pueblo: la relativa a la persecución de infracciones administrativas (art. 24.1) y la garantía de intereses de terceros más dignos de protección (art. 24.2 de la LOPRODA).

El interés público en sancionar infracciones administrativas no puede estimarse suficiente, como se evidencia en que ni siquiera se prevé como límite para el simple acceso a los archivos y registros administrativos contemplados en el artículo 105 b) de la Constitución española. Por ello, la posibilidad de que, en función del artículo 24.1 LOPRODA, la Administración pueda sustraer al interesado información relativa al fichero y sus datos según dispone el artículo 5.1 y 2 LOPRODA, invocando los perjuicios que semejante información pueda acarrear a la persecución de una infracción administrativa, «supone una grave restricción de los derechos a la intimidad y a la protección de datos carente de todo fundamento constitucional. Y cabe observar que se trata, además, de una práctica que puede causar grave indefensión en el interesado, que puede verse impedido de articular adecuadamente su defensa frente a un posible expediente sancionador por la comisión de infracciones administrativas al negarle la propia Administración acceso a los datos que sobre su persona pueda poseer y que puedan ser empleados en su contra sin posibilidad de defensa alguna al no poder rebatirlos por resultarle ignotos al afectado». Recuerda oportunamente el TC que la propia LOPRODA esta-

blece en su artículo 13 que los ciudadanos «tienen derecho a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos, sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad». Criterios difícilmente compatibles con la denegación del derecho a ser informado del artículo 5 LOPRODA acordada por la Administración Pública con el único fundamento de la persecución de una infracción administrativa.

Por último, el apartado 2 del artículo 24 LOPRODA establece que los derechos de acceso a los datos (art. 15.1 y 2 LOPRODA) y los de rectificación y cancelación de los mismos (art. 16.1 LOPRODA) podrán denegarse también si, «ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado hubieran de ceder ante... intereses de terceros más dignos de protección». Para el TC, resulta evidente que tras lo ya dicho, a la vista de que este inciso permite al responsable del fichero público negar a un interesado el acceso, rectificación y cancelación de sus datos personales, y al margen de que esos intereses puedan identificarse con los derechos fundamentales de ese tercero o con cualquier otro interés que pudiere esgrimirse, «semejante negativa conlleva abandonar a la decisión administrativa la fijación de un límite al derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal sin ni siquiera establecer cuáles puedan ser esos intereses ni las circunstancias en las que quepa hacerlos valer para restringir de esa forma este derecho fundamental».

Concluye, de este modo, el TC sosteniendo que la misma falta evidente de certeza y previsibilidad del límite que el artículo 24.2 LOPRODA impone al derecho fundamental a la protección de los datos personales (art. 18.4 CE), y la circunstancia de que, además, se trate de un límite cuya fijación y aplicación no viene precisada en la LOPRODA, sino que se abandona a la entera discreción de la Administración Pública responsable del fichero en cuestión, «aboca a la estimación en este punto del recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo al resultar vulnerados los artículos 18.4 y 53.1 CE» (FJ 18).

En su *Nomografía o el arte de redactar leyes* Jeremy Bentham denuncia la ambigüedad y la oscuridad como «imperfecciones primarias» de la leyes, que generan «imperfecciones de segundo grado» entre las que destaca la incertidumbre respecto a la expresión y el significado de las leyes ³⁴.

De cuanto se ha expuesto se infiere que la LOPRODA ha incurrido, en esas imperfecciones de forma tan grave que aparte de los artículos 18.1 y 4, 53.1 y 81.1 de la Constitución española, se lesionaría el mandato constitucional de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la propia Constitución española. Si en el ámbito de la tauromaquia el ejercicio del

³⁴ BENTHAM J., «Nomografía o el arte de redactar leyes», ed. y Estudio preliminar a cargo de V. Zapatero, BOE & CEPC, Madrid, 2000, pp. 30 ss.

arte de BIRLIBIRLOQUE, no se halla exento del riesgo de cornadas y revolcones, en su versión legislativa el recurso a dicho arte entraña el riesgo de la declaración de inconstitucionalidad; algo que el legislador de la LOPRODA podía y debía haber evitado.

8. PRESENTE Y FUTURO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN ESPAÑA

La tardanza en regular la protección de datos personales ha creado importantes problemas jurídicos. La demora ha sido culpable de numerosas situaciones de confusión e incertidumbre. Baste mencionar las sucesivas decisiones discrepantes de juzgados y tribunales y el propio cambio de rumbo del Consejo General del Poder Judicial, en relación con el acceso a las sentencias por parte de agencias de información o entidades financieras, que no persiguen el fin general de la publicidad procesal, sino el de elaborar registros informatizados de *morosos* o insolventes³⁵. Esta cuestión ha sido regulada en la LOPRODA, que establece el carácter exclusivamente público de los ficheros de datos personales relativos a infracciones penales o administrativas (art. 7.5), así como las garantías que deberán concurrir en los ficheros automatizados privados sobre datos relativos a solvencia patrimonial y crédito (art. 29).

La nueva ley de protección de datos quizá llegue también tarde para evitar el deslizamiento de nuestro sistema hacia el «identificador único», para cuya fáctica consagración el NIF representó un hito decisivo. Porque no se discute la existencia de documentos que permitan determinar las relaciones del ciudadano con las distintas administraciones, lo que resulta de dudosa constitucionalidad (a la vista del inequívoco propósito, de evitar que en nuestro país se dieran supuestos análogos al *affaire* SAFARI, explicitado por los grupos políticos que contribuyeron a incluir el art. 18.4 en la Constitución) es que esos distintos documentos identificativos consistan en el DNI con un dígito que facilita su procesamiento informático y eventual cruce de ficheros³⁶.

³⁵ Cfr. el «Informe sobre el derecho de acceso de los particulares al texto de las sentencias dictadas por los Tribunales, en relación con el concepto de publicidad y de interesado recogido en los artículos 120 de la Constitución, 236 y 266 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», en el «Boletín de Información» del Consejo General del Poder Judicial, 1991, abril, núm. 99, Anexo IV, pp. 30 ss. Debo agradecer al Magistrado Miguel Carmona Ruano, Presidente de la Audiencia Provincial de Sevilla, su valiosa documentación sobre este asunto, así como el texto todavía inédito de su trabajo sobre la materia titulado: «Archivos informáticos de datos personales carentes de control y garantías. Una visión judicial». Sobre esta materia *vid.*, también, el reciente y completo estudio del profesor Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *El acceso a la información judicial*, en «Revista Galega de Administración pública», 2000, núm. 24, pp. 192 ss.

³⁶ Por estas razones no puedo adherirme a la argumentación y fallo de la STC 143/1994, de 9 de mayo, en la que se admite la constitucionalidad del NIF. La tesis central del TC reside en sostener que el RD 338/1990 regulador del NIF es un instrumento

En este aspecto la única garantía que aportó, durante el plazo de su vigencia, la LORTAD consistió en limitar la posibilidad de cruce de los ficheros automatizados administrativos. Si bien establecía la salvedad de que la cesión «hubiese sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición posterior de igual o superior rango que regule su uso» (art. 19.1). Con ello se dejaba abierta la posibilidad de una regulación por vía reglamentaria de la cesión de datos, lo que aparte de incidir en el *contenido esencial* de la libertad informática consagrada en el artículo 18.4 CE, implicaba menoscabo del *principio de seguridad jurídica* (art. 9.3 CE) y de la *reserva de ley* exigida para la regulación de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE).

Estos argumentos críticos, avanzados en su día contra la LORTAD³⁷, han sido los básicamente acogidos e invocados por el Defensor del Pueblo en su recurso de inconstitucionalidad contra la LOPRODA, que en este punto reitera las injustificadas limitaciones establecidas en la Ley 5/1992 por ella derogada. El TC en su sentencia 292/2000, cuyos extremos básicos han sido ya analizados, estimó las razones de inconstitucionalidad aducidas frente a ese planteamiento, que implica la práctica indefensión de los ciudadanos frente al cruce de ficheros administrativos. Cabe confiar que, por efecto de esa sentencia, se regule la comunicación de datos entre las Administraciones Públicas con las garantías que exige la tutela de la libertad informática.

No huelga recordar que el TC, en algunas decisiones posteriores a su sentencia, pionera en esta materia, 254/1993, cuya función garantista de la libertad informática ha sido ya ponderada³⁸, ha proseguido

para la lucha contra la defraudación fiscal. A juicio del TC no puede admitirse un derecho absoluto e incondicionado a la reserva de los datos económicos de los contribuyentes con relevancia fiscal, ya que de admitirse se haría imposible la consecución de los fines del sistema tributario previstos por el artículo 31.1 CE. Al ser legítima la finalidad perseguida «tampoco puede considerarse la norma como desproporcionada o contraria al contenido general del derecho, habida cuenta de la estricta relación de causa a efecto existente entre el contenido de la información y la finalidad descrita; del carácter restrictivo y teleológicamente orientado a operaciones sujetas a tributación con que se concibe la carga de informar del NIF» (FJ 6). Con ello, el TC desvía la cuestión nuclear que se debate tras la implantación del NIF, es decir, su contribución a conformar un sistema de «identificador único» en el ámbito administrativo. Porque no se discute el derecho de la Administración a evitar el fraude fiscal atribuyendo núms. de identificación a los ciudadanos, sino que ese identificador sea el mismo que el existente para otras relaciones administrativas; y lo que precisamente, se debate es que el NIF y otros documentos de identificación administrativa (por ejemplo, el núm. de registro del personal de los Profesores de los Cuerpos del Estado) coincida con el núm. del (DNI), con un dígito final. En el Derecho comparado de la protección de datos se tiende a considerar que los riesgos subyacentes al «identificador único», no pueden ser del todo anulados por normas que regulen el «cruce de ficheros». El inevitable margen de «porosidad» de estas normas deja siempre resquicios para las agresiones a la intimidad. De ahí, que esta decisión del TC, desde el punto de vista de la tutela de la libertad informática conformadora del contenido del artículo 18.4 CE, deba considerarse regresiva respecto a la anterior STC 254/1993, que se ha tenido ocasión de comentar en la nota 23.

³⁷ Vid. lo expuesto en la 6.ª ed, pp. 381-82 de este libro.

³⁸ Vid. *supra*, 23

su actividad tutelar de los datos personales. Entre las decisiones más relevantes de esa línea jurisprudencial, merece ser destacada la STC 11/1998, que declaró contrario a los derechos a la libertad sindical y a la protección de datos personales (art. 28 CE), en relación con el artículo 18.4 de la Constitución española, el uso por una empresa del dato de la afiliación sindical, incluido en un fichero automatizado, para detraer haberes de los trabajadores con ocasión de una huelga promovida por determinado sindicato. Esta doctrina jurisprudencial ha sido reiterada en otras Sentencias del propio TC, entre las que merecen destacarse la STC 33/1998, la STC 35/1998 y, de modo especial, la STC 94/1998. En esta última se consideró que, la utilización de un dato sensible, que había sido recabado con una determinada finalidad, al utilizarse para otra radicalmente distinta, implicaba un grave menoscabo del legítimo ejercicio del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) y de la libertad informática (art. 18.4 CE). Asimismo, debe ser reseñada la STC 202/1999, en la que, con ocasión de la denegación a un trabajador de la cancelación de sus datos médicos en un fichero informatizado de una entidad de crédito sobre bajas por incapacidad temporal, se apreció que el almacenamiento sin cobertura legal en soporte informático de los diagnósticos médicos del trabajador sin mediar su consentimiento expreso constituía una desproporcionada restricción del derecho fundamental a la protección de datos personales.

En estos pronunciamientos se ha ido perfilando una doctrina del TC dirigida a *extraer del* artículo 18.4 de la Constitución española, una doble consecuencia en orden al sistema constitucional de los derechos fundamentales: 1) de una parte, un *instituto de garantía o derecho instrumental* tendente a tutelar el pleno ejercicio de todos los derechos fundamentales, en particular de la intimidad, frente a cualquier abuso informático; 2) de otra, como un *derecho autónomo a la libertad informática*, entendida como el poder de control de los ciudadanos de las informaciones que les conciernen, y que se desglosa en facultades de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de sus datos personales, que integran la acción de *habeas data*³⁹.

Evidencia el interés y la atención prestados por el TC español a cuanto atañe a la tutela de la libertad informática la propuesta de uno de sus miembros, el magistrado y catedrático de Derecho Constitucional don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, tendente a la elaboración por parte de la justicia constitucional de ese derecho, que no ha sido reconocido, expresamente, en la Constitución española. Legítima esta tesis la exigencia de no dejar indefensos los nuevos intereses o necesidades básicas no reconocidos formalmente en los textos constitucionales. Uno de esos nuevos derechos es, sin resquicio a duda, la libertad informáti-

³⁹ Sobre esta doble función jurídico fundamental del artículo 18.4 CE, inferida por la jurisprudencia del TC, cfr., GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «La nueva Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal», ¿Un cambio de filosofía?, cit., pp. 305 ss.

ca. El profesor y magistrado Jiménez de Parga se muestra decididamente partidario de las normas constitucionales que, como la norteamericana y en época más reciente la argentina o la portuguesa, prevén una cláusula abierta al proclamar sus catálogos de derechos fundamentales; frente al modelo de cláusula cerrada, que es el más frecuente en el Derecho constitucional comparado y, al que responde nuestra Ley de leyes. En los modelos de cláusula cerrada o *númerus clausus*, incumbe a la jurisprudencia constitucional llenar ese vacío. En aras de ello, propugna la elaboración por parte del TC del derecho a la libertad informática, a partir del valor de la dignidad humana reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución española, del propio artículo 18.4 de la Constitución española, así como de otros valores, principios, derechos fundamentales y de los tratados internacionales sobre la materia ⁴⁰.

Estimo que este planteamiento se inscribe en una concepción generacional de los derechos humanos, en cuyo seno la libertad informática representa una de las categorías conformadoras de los denominados «derechos de la tercera generación». Una concepción generacional de los derechos implica reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenten nuevos derechos. Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y/o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, prenormativas y axiológicas. Pero los derechos humanos no son meros postulados de «deber ser». Junto a su irrenunciable dimensión utópica, que constituye uno de los polos de su significado, entrañan un proyecto emancipatorio real y concreto, que tiende a plasmarse en formas históricas de libertad, es decir, en la categoría jurídico positiva de los derechos fundamentales; lo que conforma el otro polo de su concepto. Falto de su dimensión utópica los derechos humanos perderían su función legitimadora del Derecho; pero fuera de la experiencia y de la historia perderían sus propios rasgos de humanidad ⁴¹.

De lo anteriormente expuesto se infiere que el juicio global que merece la LOPRODA no puede ser plenamente positivo. Entiendo que

⁴⁰ Voto particular del magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la STC 290/2000. Puntualiza este prestigioso constitucionalista, a quien tanto deben mi formación jurídica y mi vocación universitaria, que aunque comparte el fallo de la sentencia, entiende que el TC debería haber elaborado expresamente ese nuevo derecho a la libertad informática, que no aparece incluido, al menos de forma expresa, en el texto de 1978.

⁴¹ Cfr., PÉREZ LUÑO A. E., «La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales», en el vol. col., *Problemas de legitimación en el Estado social*, a cargo de E. Olivas, Trotta, Madrid, 1991; pp. 91 ss.; *Le generazioni dei diritti umani*, en el vol. col. a cargo de F. Riccobono, *Nuovi diritti dell'età tecnologica* (Atti del Convegno tenuto a Roma presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 5 e 6 maggio 1989), Giuffrè, Milano, 1991, pp. 139 ss.; *Las generaciones de derechos fundamentales*, en «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», 1991, núm. 10, pp. 203 ss.

antes de promulgarse la versión definitiva de la LOPRODA hubieran podido y debido evitarse los defectos que ahora tiene. No ha sido así y la Ley 15/1999 constituye una lamentable ocasión perdida de dotar a nuestro ordenamiento jurídico de una norma más adecuada de protección de las libertades en la esfera informática. Mi comentario no se consuela con el tópico conformista de que es mejor una ley defectuosa que carecer de cualquier reglamentación legal, entre otras cosas, porque el artículo 18.4 de la Constitución, el Convenio Europeo y la Directiva 95/46 constituyen dos normas básicas vigentes en nuestro ordenamiento, que, aunque exigen un desarrollo legal, ofrecían a la jurisprudencia un cauce orientador mejor que una ley desorientadora y que precariza algunas de las principales garantías que dimanaban de esos textos; lo que ha desembocado en la declaración de inconstitucionalidad de alguno de sus artículos. No deseo que esta reflexión pueda pecar de parcialidad, al no reconocer aspectos positivos en la LOPRODA. Ahora bien, entiendo que de su articulado pudiera decirse, en síntesis, que sus mayores aciertos residen en aquellos puntos en los que se ha limitado a transcribir garantías existentes en otras normas del Derecho comparado de la protección de datos, en particular del Convenio europeo y de la Directiva 95/46. Por contra sus aspectos más discutibles e insatisfactorios son, precisamente, aquellos en los que el texto pretende aportar soluciones originales. Entre ellas ocupan un lugar destacado las constantes y significativas excepciones que limitan el alcance práctico del ejercicio de las libertades informática.

Hay que convenir con el profesor José Luis Cascajo en que: «Como ha ocurrido en otros sectores del ordenamiento jurídico, las ambigüedades legislativas en origen suelen permitir comportamientos administrativos incorrectos. Estos se pueden corregir, ciertamente, por vía judicial en su fiscalización de las aplicaciones arbitrarias, pero no sin notables esfuerzos que debieran ser evitados»⁴². En coincidencia básica con estas apreciaciones señaló también Mario G. Losano, al iniciarse la efímera vigencia de la LORTAD, algo que mantiene actualidad tras la promulgación de la LOPRODA, al indicar que aquella fue: «el punto de partida para una futura actividad gubernativa y jurisprudencial de la que dependerá su eficacia y, con ello su homogeneidad respecto a las leyes análogas extranjeras. Homogeneidad que es fundamental para el flujo internacional de datos»⁴³. Esa aspiración hacia pautas homogéneas internacionales en la protección de datos, ha hallado un importante estímulo en el Proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000. Dicho texto consagra su artículo 8 a la tutela del derecho a la protección de datos y ofrece una fórmula compendiada de las garantías básicas de esa libertad⁴⁴.

⁴² CASCAJO CASTRO, J. L., «Tratamiento automatizado de los datos de carácter personal», cit., p. 372.

⁴³ LOSANO, M. G., «La legge spagnola sulla protezione dei dati personali», cit., p. 888.

⁴⁴ El artículo 8 de la Carta Europea establece: «1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán

Hay que deplorar en cualquier caso, que deba confiarse a nuestra, cada vez más atareada e hipertrofiada, magistratura la corrección de las numerosas imperfecciones técnico-legislativas y materiales de la LOPRODA. De nuevo surge la duda de si este texto va a servir para evitar litigios o, en su caso, para orientar y facilitar la actuación de los tribunales o, más bien, para todo lo contrario.

Las sociedades actuales precisan de un equilibrio entre el flujo de informaciones, que es condición indispensable de una sociedad democrática y exigencia para la actuación eficaz de los poderes públicos, con la garantía de la privacidad de los ciudadanos. Ese equilibrio precisa de un «*Pacto social informático*» por el que el ciudadano consiente en ceder al Estado datos personales, a cambio del compromiso estatal de que los mismos se utilizarán con las debidas garantías⁴⁵. Ese gran reto social, jurídico y político constituye el horizonte a alcanzar por la LOPRODA; y a todos, en cuanto ciudadanos deseosos de una convivencia en libertad, nos importa que no defraude el logro de ese objetivo.

En las sociedades avanzadas del presente la protección de datos personales tiende, en definitiva, a garantizar el *equilibrio de poderes y situaciones* que es condición indispensable para el correcto funcionamiento de una comunidad democrática de ciudadanos libres e iguales. Para su logro se precisa un adecuado ordenamiento jurídico de la informática, capaz de armonizar las exigencias de información propias de un Estado avanzado con las garantías de los ciudadanos. Pero estas normas de Derecho informático exigen, para su plena eficacia, impulsar la conciencia y el compromiso cívicos de hacerlas una experiencia tangible en la vida cotidiana. Es tarea de todos contribuir a evitar una paradoja dramática: compensar nuestro retraso en la incorporación al desarrollo tecnológico con la vanguardia mundial en la piratería del *software*, la delincuencia informática, y las agresiones informáticas a la libertad.

de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente».

⁴⁵ Cfr. CASTELLS ARTECHE, J. M., *La limitación informática*, en la obra *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Cívitas, Madrid, 1991, pp. 924 ss.; DENNINGER, E., *El derecho a la autodeterminación informativa*, trad. cast. De Pérez Luño, A. E., en el vol. col., *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, cit., pp. 268 ss.; LOSANO, M. G., *Para una teoría general de las leyes sobre la protección de los datos personales* en el vol. col., *Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información. Encuentro 1991*, cit., pp. 15 ss.; PÉREZ LUÑO, A. E., *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, cit., pp. 137 ss.; SÁNCHEZ, E., *Los derechos humanos de la tercera generación: la libertad informática*, en *Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho* (Mérida, septiembre 1992) publicadas en «*Informática y Derecho*», 1994, vol. 4, pp. 165 ss.; VALERO TORRIJOS, J., *Administración pública, ciudadanos y nuevas tecnologías*, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, tomo III, pp. 2943 ss.

Tópica y humanismo jurídico

Por MANUEL JESÚS RODRÍGUEZ PUERTO

Universidad de Cádiz

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS ROMANISTAS DEL RENACIMIENTO Y LA NOCIÓN DE TÓPICO—3. LA TÓPICA ACTUAL.

1. INTRODUCCIÓN

En su *Tópica y Jurisprudencia*, Theodor Viehweg hace referencia a los diversos precedentes históricos de su Teoría: Aristóteles, Cicerón, el Derecho romano, el Derecho Común medieval o Vico¹. Es discutible hasta qué punto las propuestas de Viehweg concuerdan con esos modelos², pero esa comprobación requeriría un espacio mucho mayor del ahora disponible. Ahora sólo me referiré a la corriente que produjo las primeras manifestaciones expresadas de tópica jurídica surgidas en nuestra cultura. Me refiero al Humanismo jurídico y a los diversos tratados que con esa denominación aparecen a lo largo del siglo XVI.

Viehweg conocía los esfuerzos metodológicos realizados por los integrantes del Humanismo jurídico, aunque no los estudió con detalle³.

¹ Cfr. *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung*. München, München, 1974 (5.ª ed.), caps. II, IV y V, *per totum*.

² Vid. por ejemplo, BLÜDHORN, J., «Kritische Bemerkungen zu Theodor Viehwegs Schrift: Topik und Jurisprudenz», en *Revue d'Histoire du Droit*, XXXVIII, 1970, *per totum*. Este autor considera que Viehweg no ha expuesto correctamente el contenido de la Lógica aristotélica y la relación que en ella poseen la Analítica y la Dialéctica.

³ En *Topik und Jurisprudenz*, hay referencias a los autores del Humanismo jurídico del XVI al analizar el *mos italicus*. Viehweg menciona a Petrus Andreas Gammarrus, Johannes Apel, Claudio Cantuuncula o Johannes Oldendorp, y con algo más deta-

Quizá sea interesante aludir ahora a la relación de sus teorías con las de los juristas del XVI, y no por un mero placer arqueológico, sino porque las diferencias entre ambas maneras de entender la Tópica pueden ser útiles para comprender el alcance de la obra de Viehweg.

2. LOS ROMANISTAS DEL RENACIMIENTO Y LA NOCIÓN DE TÓPICO

A pesar de los nombres de algunas de sus obras, establecer si los representantes del Humanismo jurídico hacían tópica jurídica no es una tarea tan fácil como puede parecer, sobre todo porque no está claro en qué consiste exactamente la Tópica. Según G. Otte, básicamente hay tres acepciones de este concepto. La primera consiste en una racionalización de la búsqueda de las premisas necesarias para la argumentación. En este caso, la tópica se basa en catálogos de puntos de vista utilizables en la discusión. En segundo lugar, puede ser una forma de reconocimiento de validez, basada en el consenso y la discusión. Finalmente, puede entenderse como una forma de razonamiento opuesta al sistema y determinada por la conformación del problema en cuestión⁴.

La forma de entender la cuestión tópica de la época humanista podría incluirse bajo la primera acepción. Señala Otte que la tópica jurídica desde la Edad Media hasta el siglo XVII consistió en catálogos generales de tópicos que actuarían como arsenales de argumentos de tipo formal utilizables en todo tipo de controversias⁵. A partir de los siglos XII y XIII son redactadas recopilaciones de argumentos, destinadas a la discusión de cuestiones jurídicas, partiendo del presupuesto de la imposibilidad de dar una única respuesta correcta a determinados problemas⁶. Consecuentemente, según este mismo autor, la teoría tópica de esos años consiste en un medio de introducir en la discusión jurídica cualquier argumento concebible⁷, y una interpretación de este tipo es la que parece tener en cuenta Viehweg cuando alude a la jurisprudencia romanista como un proceder tópico. Sin embargo, la cuestión puede ser algo más complicada. Es verdad que el saber jurídico medieval partía de una

lle a Mateo Gribaldo, pp. 73, 75 y 76 de la ed. cit. También señala que a partir del siglo XVI se reprochó a los representantes del *mos italicus* la falta de sistema (p. 64). Hay referencias bastante sucintas a las reformas metodológicas propias del Humanismo en su artículo «Perspectivas históricas de la argumentación jurídica: la época moderna», en *Tópica y Filosofía del Derecho*, trad. de J. Malem, Barcelona, Gedisa, 1991, pp. 151 y 161-162.

⁴ Cfr. «Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben», en *Rechtstheorie*, I (1970), pp. 185, 188, 191.

⁵ Cfr. OTTE, G., «Zwanzig Jahre...», cit., p. 187.

⁶ Cfr. OTTE, G., «Theologische und juristische Topik im 16. Jahrhundert», en *Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie von 16. bis zum 18. Jahrhundert*. Ed. por J. Schröder. Stuttgart, Franz Steiner, 1998, p. 19.

⁷ Cfr. *Theologische und juristische Topik...*, cit., p. 24.

consideración casuística de la actividad *práctica*, y concebía la decisión en este ámbito como un proceso de contraposición sucesiva de argumentos hasta llegar a una solución razonable⁸. Por lo demás, ésta era una mentalidad bastante extendida por la cultura medieval: la *disputatio*, la discusión y la alegación de opiniones diversas para llegar a la verdad, era una actitud intelectual difundida entonces, y no sólo en el ámbito del Derecho: la estructura de los artículos que forman la *Suma Teológica* de Tomás de Aquino es un buen ejemplo de ello⁹. Cabe preguntarse entonces si todos los argumentos empleados por los juristas del *ius commune* eran tópicos. A lo largo de su etapa medieval los argumentos utilizados por estos autores pueden agruparse en tres categorías: los textos de la Compilación justiniana, el argumento de autoridad, normalmente referido a juristas prestigiosos y lo que algunos autores han denominado *rationes*, es decir, argumentos de origen diverso que basaban su relevancia en consideraciones de utilidad, justicia natural, lógica, etc.¹⁰. En este tercer grupo pueden ser incluidos los tópicos o *loci communes* de naturaleza formal que con cierta frecuencia utilizaban los juristas. Estos incluían, ya en la época de los Glosadores, los tópicos *a diffinitione, a descriptione, a toto, a partibus, a divisione, a causis, ab effectu, ex consequentibus*, etc.¹¹. Su origen está sobre todo en Boecio y lo que éste transmite de Cicerón, y una serie de autores, que conformaron la *logica vetus* propia de las escuelas medievales¹². En bastantes ocasiones estos tópicos se empleaban en conjunción con el texto jurídico romano, ya que servían, como el *locus a simili*, para facilitar su entendimiento y aplicación.

Ahora bien, no todas las decisiones y argumentaciones que aparecen en las Glosas y Comentarios del Derecho Común se basan en el empleo de esos tópicos. Desde ese punto de vista, no estamos ante una jurisprudencia tópica. En cambio, si entendemos esta noción, según la clasificación de Otte, como un proceder basado en la contraposición de puntos de vista, puntos de vista que no funcionan como

⁸ Vid. CARPINTERO, F., «En torno al método de los juristas medievales», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, p. 52 (1982), *per totum*.

⁹ Viehweg ve en esto una prueba del carácter tópico de la cultura medieval, aduciendo el ejemplo de Santo Tomás y de Bartolo. Cfr. *Topik und Jurisprudenz*, cit., p. 70.

¹⁰ Cfr. LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 104 ss.; CARPINTERO, F., «En torno al método...», cit., pp. 625 ss.

¹¹ Vid. OTTE, G., *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, Frankfurt am Mainz, Vittorio Klostermann, 1971, pp. 186-226. Sin embargo, a juicio de este autor, no todos estos instrumentos son tópicos en un sentido estricto; algunos, como el *locus a simili*, son más bien tipos de razonamiento, concretamente entimemas. Cfr. también sobre el empleo de los *loci*, HORN, N., «Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren: Baldus philosophus», en *Ius Commune*, I, 1967, pp. 115, 118, 129.

¹² Cfr. HORN, N., «Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren...», cit., p. 129. Indica este autor que Baldo, uno de los juristas medievales más cultos, cita poco los escritos de lógica de Aristóteles.

axiomas, sino como premisas abiertas a la discusión según las exigencias del problema, tal vez sí pudiéramos considerarla como tal, entendiendo por tópicos las leyes del *Corpus Iuris*, las *regula iuris*, las opiniones de los juristas, etc. Sin embargo, los autores medievales no emplearon el término *locus* en ese sentido.

En este punto, la irrupción del Humanismo jurídico supone un cambio destacado. En efecto, los juristas influidos por esta corriente estimaban que el modo de proceder medieval había disuelto el saber jurídico en un mar de opiniones inabarcables, debido principalmente al desorden y al abuso del argumento de autoridad, sobre todo a partir del siglo XV. Los humanistas, que valoraban particularmente el orden y la claridad en la exposición de todas las materias rechazaron ese proceder y abogaron por un nuevo acercamiento al material jurídico de base romanista¹³. Uno de los medios que emplearon para llevar a cabo esa tarea fue precisamente la Dialéctica, de tal forma que los *loci communi* comenzaron a desempeñar un papel diferente del que habían tenido en la jurisprudencia medieval. En ese proceso fue decisivo el prestigio extraordinario de Cicerón entre los Humanistas. Sus obras fueron muy influyentes en el ámbito jurídico, y de su estela, nacieron libros tan representativos de la cultura humanista como la *Dialéctica* de Rodolfo Agricola.

El modelo ofrecido por este tipo de escritos, en los que se ofrecían los «lugares» a partir de los cuales puede ser conocida una realidad, es utilizado por algunos juristas, que, a partir de las primeras décadas del siglo XVI publican obras destinadas a presentar los contenidos del Derecho común de una forma ordenada. En esos casos, las instituciones aparecen clasificadas según sus definiciones, sus géneros, partes, etcétera, siguiendo las directrices de la nueva Dialéctica de los Humanistas. El *Iurisprudentia liber unus* de Sebastian Derrer¹⁴, o la *Methodica dialectices ratio ad iurisprudentiam adcomodata* de Johann Apel¹⁵. Claro está que no se trata de obras de tópica destinadas a la argumentación, sino de intentos de organizar el material jurídico romanista, empleando para ello los instrumentos proporcionados por la reciente cultura humanista. Y es necesario recordar que muchas de estas obras, como Apel reconoce expresamente¹⁶, tienen una finalidad más bien didáctica e introductoria al mundo jurídico.

¹³ Vid. la descripción del *ius commune* decadente en Carpintero, F., «“Mos italicus”, “mos gallicus” y el Humanismo racionalista», en *Ius Commune*, VI, 1977, pp. 117 ss. Sobre la actitud de los juristas humanistas y sus preferencias metódicas, vid. mi estudio *La Modernidad discutida. Iurisprudentia frente a iusnaturalismo en el siglo XVI*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1999, pp. 244 ss. y la bibliografía allí citada.

¹⁴ Vid. *Iurisprudentia liber unus*, Paris, 1539, tít. VI y VII, por ejemplo, en los que emplea la definición, la división, el género o la especie para clasificar diferentes figuras como el *ius scriptum* o el *ius commune*.

¹⁵ He manejado la edición de Nürmberg, 1535.

¹⁶ Cfr. *Epistola nuncupatoria*, de la *op. cit.* Las páginas de esta edición no están numeradas.

En cualquier caso, estas pretensiones atraviesan todo el siglo XVI y llegan hasta el XVII. Johann Althusius utiliza un esquema basado en la Dialéctica renacentista –concretamente en la de Pierre de la Ramèe o Petrus Ramus– para presentar una visión general de toda la materia jurídica propia de los romanistas¹⁷.

Todas estas obras son catálogos de instituciones jurídicas y no compendios de argumentos de tipo formal. Además, siguiendo las directrices trazadas ya por Agricola, el punto de partida inicial debe ser la definición de forma que nos encontramos con la exigencia de partir siempre desde lo más general para ir luego a lo más particular. Esta querencia hacia el orden recuerda bastante a la propia de un sistema, y esto nos lleva a una cierta contradicción. Como es bien sabido la tópica propuesta por Viehweg se caracteriza fundamentalmente por su oposición a los planteamientos sistemáticos. Ahora bien, los «lugares comunes» propios de la Dialéctica o tópica ciceroniana son empleados a veces por los juristas humanistas para redactar libros apariencia «sistematizadora»¹⁸. Para solventar esa perplejidad es necesaria una breve precisión sobre la idea de sistema.

Recordemos que Viehweg identificaba la idea de sistema con la de un sistema deductivo axiomático en el que todas las reglas jurídicas debían derivarse de manera necesaria de los axiomas iniciales¹⁹. Los defensores del mantenimiento de la idea de sistema lo han criticado por reducirla a esa noción tan estricta que nadie defiende hoy en el ámbito de la ciencia jurídica, y sostienen también que no es razonable renunciar completamente a toda sistematización, ya que eso supondría introducir el caos en el Derecho, en la medida en que no sería posible establecer ninguna idea directriz para comprender el orden jurídico. La idea de sistema ahora defendida no consiste en una estructura cerrada y absoluta, basada en procedimientos deductivos, porque es preciso satisfacer constantemente nuevas exigencias y problemas que no están recogidos –o al menos no en todas sus facetas– en el sistema²⁰. En ese sentido, M. Kriele afirma que un sistema no deductivo puede ser visto

¹⁷ Vid. *Dicaeologicae libri tres totum et universum ius, quo utimur, methodice complectentes*, Frankfurt a.M., 1649. Reprint de Scientia, Aalen, 1967.

¹⁸ Es preciso advertir que la Dialéctica no fue el único procedimiento empleado por los juristas del XVI en sus afanes ordenadores. Hubo otros criterios, como el modelo de las *Instituta* del Corpus Iuris, el del *Digesto*, etc., los métodos expuestos por Galeno, etc.

¹⁹ Vid. *Topik und Jurisprudenz*, cit., cap. III, pp. 33 ss., y cap. VII, pp. 81 ss.

²⁰ Vid. las críticas a Viehweg en LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 155, 438-439, 479. Vid. también CANARIS, C.-W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts* (Berlin, Duncker & Humblot, 1969). La racionalidad sistemática de estos autores se basa en criterios axiológicos y teleológicos y no en un proceder deductivo.

Acerca de esta cuestión J. Esser explica que hay un ciclo presente en toda cultura jurídica, que se inicia con el descubrimiento de nuevos problemas, el establecimiento de principios, su consolidación en un sistema y la nueva apertura de ese sistema. Por

como un catálogo de tópicos y que la oposición sistema y problema no se encuentra en los defensores clásicos de la tópica²¹. De hecho, el mismo Viehweg ha admitido la existencia de diversas nociones de sistema diferentes a la deductiva, incluso la de un sistema «dialéctico-clásico» o «tópico». Este peculiar sistema de origen retórico tiene un carácter argumentativo y está orientado al problema. En realidad no es otra cosa que una colección de tópicos o puntos de vista, en constante movimiento debido al origen de nuevos problemas, de forma que puede ser considerado un «sistema abierto». Viehweg explica que los conjuntos de tópicos de este tipo tienen un carácter fundante, y de él se derivan otros sistemas como el de tipo deductivo. El conjunto de tópicos tiene un carácter cetético –según la terminología del autor alemán– ya que sirve como instrumento de búsqueda de premisas y paso previo para la formación de un sistema de tipo dogmático, donde las premisas están ya consolidadas y son bastante inamovibles²².

Viehweg indica que hay ejemplos históricos de tales catálogos de tópicos, como los existentes durante la época del Renacimiento, que fueron, según su opinión, suficientemente conocidos y adecuados para una posterior sistematización. Una reordenación del contenido de esos catálogos sirvió para obtener sistemas deductivos como los de los siglos XVII y XVIII, aunque esos esfuerzos no consiguieran un éxito completo²³.

Desde luego, debemos tomar precauciones a la hora de estudiar la posible «sistematicidad» de las aspiraciones de los juristas de aquellos años y su relación con los sistemas jurídicos posteriores. En primer lugar, porque ellos no utilizaron ese término. Pero además, sus ideas no coincidían con la noción de ciencia jurídica y sistema que

tanto, no es posible establecer una contraposición cerrada entre pensamiento problemático y pensamiento «cerrado» o sistemático en el Derecho; ambos son necesarios. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. de E. Valentí. Barcelona, Bosch, 1961, p. 19. En una línea parecida *vid.* Stoljar, S., «System and Topoi», en *Rechtstheorie*, 12, 1981, pp. 386 ss.

²¹ Cfr. KRIELE, M., *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976 (2.ª ed.), pp. 145-146, 117-120, 150. Aunque Kriele no hace referencia a los juristas del XVI, creo que su reflexión es relevante para la comprensión de la tópica en el siglo XVI.

²² Cfr. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtstforschung*, en *System und Klassifikation in Wissenschaft und Dokumentation*, ed. por A. Diemer. Meisenheim am Glan, Anton Hain, 1968, pp. 101 y 104. Viehweg distingue entre cetética y dogmática. Para la primera la discusión siempre está abierta; para la segunda, hay premisas y argumentos que componen un punto de partida que no se discute. Según Viehweg el pensamiento dogmático es imprescindible para el pensamiento en la vida cotidiana (*Umgangsdanken*), pero peligroso para la investigación científica y filosófica. Cfr. «Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin», en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 2, 1972, p. 446. Sobre esta relación entre tópica y pensamiento cetético e investigador, *vid.*, GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo/Civitas, 1988, cap. VI, pp. 224 ss.

²³ Cfr. VIEHWEG, T., «Systemprobleme in Rechtsdogmatik...», *cit.*, p. 102.

triunfará con la Modernidad, y que es identificable, en líneas generales, con el objeto de la crítica de Viehweg. Efectivamente, si hoy casi todos reconocen que existen diversas nociones de sistema, hay que reconocer también que la concepción predominante durante muchos años ha sido la deductiva (en sus diversas variantes), centrada en el establecimiento de un punto de partida único a partir del cual pueda deducirse el resto de la materia jurídica²⁴.

Las pretensiones ordenadoras de la jurisprudencia del XVI no iban por ese camino, como ha señalado la doctrina²⁵. Su función era más bien la de catalogar y ordenar lo existente, y no la de desarrollar una construcción jurídica derivada desde un punto de vista unitario, fundamentalmente porque ese fin estaba muy lejos de la mentalidad de los juristas humanistas. Ellos parten de una consideración multifacética de la realidad jurídica, y creen que ésta no puede reducirse a un principio único, o a una sola idea de justicia. De ahí que sea difícil establecer una relación, sin solución de continuidad entre las obras humanistas y las primeras sistematizaciones jurídicas de la Modernidad. Por otra parte, la actitud de los juristas humanistas es una muestra de que no existe una contraposición necesaria entre la tópica y la idea de sistema, entendida en un sentido amplio²⁶.

²⁴ Esta definición aproximativa a lo que ha supuesto tradicionalmente el sistema es la que ofrece H. Coing, en «Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft», en *Zur Geschichte des Privatrechtssystem*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1962, p. 9. Por supuesto hay mucho que matizar en este concepto de sistema y su asunción por la cultura jurídica moderna. En primer lugar, porque el desarrollo del pensamiento sistemático en esta época es bastante complejo, ya que no posee un solo modelo. Conviven los planteamientos analíticos-sintéticos típicos de las ciencias naturales y el modelo axiomático deductivo de corte euclídeo, que influirán en grado distinto en los autores de la época. Vid. RÖD, W., *Geometrischer Geist und Naturrecht*, München, Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1970; OTTE, G., «Das sogenannte mos geometricus in der Jurisprudenz», en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico*, 8, 1979, ambos *per totum*.

²⁵ Cfr. TROJE, H. E., «Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts», en *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahr*, ed. Por J. Blüdhorn y J. Ritter. Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1969, pp. 66-68 y 76-77; SCHRÖDER, J., «Die Ersten juristischen Systematiker. Ordnungsvorstellungen in der Philosophie und Rechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts», en *Festschrift für Sten Gagner zum 3. März 1996*; Hrsg. von M. Kriechbann, Ebelbach, 1996, y «Die Ordnungsvorstellungen des 16. Jahrhunderts», en *Ius Commune*, XXIV, (1997), ambos *per totum*.

²⁶ H. E. Troje señala que la tópica poseía una doble función en el Humanismo jurídico: proporcionar argumentos y aportar principios ordenadores de carácter general, destinados a una ordenación tópica y no sistemática-deductiva. Cfr. «Die europäische Rechtsliteratur unter dem Einfluss des Humanismus», en *Ius Commune*, III, 1970, p. 52. A. Mazzacane recuerda que los intentos sistematizadores del siglo XVI pertenecen a una cultura retórica muy diferente de la que dará lugar a los sistemas cerrados propios, por ejemplo, de la Pandectística, y precisa que la intención de los juristas humanistas está en la «Ordnung der Deutung, die der Ordnung der "Dinge" zu entsprechen vermag». «Methode und System in der deutschen Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts», en *Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie von 16. bis zum 18. Jahrhundert*, cit., p. 130.

Unos puntos de vista sobre la realidad

Esa visión del mundo jurídico aparece de forma clara en una serie de obras de los juristas humanistas más cercanas a la imagen habitual de tópica, es decir, a tratados sobre argumentación. Uno de los más completos es el redactado por el alemán Johann Oldendorp (1480-1567).

Escribe este autor que el *locus* suele entenderse como aquella nota o aspecto a partir de la cual puede hallarse algo, en la medida en que se trate de algo probable. Añade que según Aristóteles y Cicerón, el *locus* es la «sede del argumento» desde la que puede obtenerse veracidad (*fidem*) acerca de los asuntos dudosos²⁷. Así como el lugar o «sede natural» contiene una cosa corporal, así el «lugar civil» contiene argumentos o razones por las cuales puede mostrarse la verdad de aquello de lo cual se discute, tanto si es cuestión de derecho como de hecho²⁸. Estos *loci* pueden tener un origen doble: la razón natural y el uso continuado de las cosas. A partir de estas instancias se establecen unas fórmulas mediante las que se prueba y demuestra la cosa de la cual hay cuestión y controversia²⁹. El tópico, por tanto, no es algo que proceda de una decisión arbitraria. Según la opinión de Oldendorp, el arte de los tópicos sirve para la discusión escolástica y forense, y mediante él obtenemos el conocimiento de lo bueno y de lo equitativo. «Pues, así como el fuego late en el sílex, de forma que no aparece si no es arrancado, el derecho ínsito en las circunstancias de los hechos no puede ser conocido, si no se investiga mediante la disputación sutil y metódica a partir de estos tópicos»³⁰. En consecuencia, el arte tópico es el arte de razonar desde los lugares adecuados

²⁷ «Locus itaque accipitur hic, pro communi quadam nota, cuius admonitu, quatenus aliquid probabile sit, inveniri potest. Cicero secundum Aristotelem vocat Topica, quasi sedes argumentorum seu rationum, quibus rei dubiae fidem facere licet». *Topica legalia, en Opera*. Tomo I. Basilea, 1559 (Reprint de Scientia, Aalen, 1966), p. 83.

²⁸ «Sicut enim locus vel sedes naturalis, rem quamlibet corporalem continet. Ita locus civilis, argumenta seu rationes complectitur, quibus ostendi potest veritas eius, de quo quaeritur controvertiturve, vel iure vel facto». *Ibidem*.

²⁹ «Quam ob rem ductu naturalis rationis, et longo rerum usu, constitutae sunt certae formulae, quibus ad probandam demonstrandamque rem, cuius quaestio vel controversia incideret, uteremur sine ullo errandi periculo». *Ibidem*.

³⁰ «Huic arti deservit disputatio scholastica et forensis: utpote, per quam exercemus et profitemur noticiam boni et aequi. Quemadmodum enim ignis in silice latet, nec adparet nisi excutiatur: Ita ius in facti circumstantiis situm, non potest intelligi, nisi subtiliter et artificiose ex hisce locis disputando investigetur». J. OLDENDORP, *Topica...*, cit., p. 83. Traduzco «artificioso» por «metódica», ya que la palabra española «artificioso» tiene un sentido un tanto peyorativo que no expresa lo que Oldendorp quería decir: el trabajo con los tópicos debía tener el carácter de un *ars*, lo que para los juristas humanistas suponía que debía obedecer a unas reglas y a un orden determinados y no estar sometido al arbitrio personal. Podemos traducirlo por método, pero teniendo en cuenta que el término no posee aún el significado que le darán los autores modernos, a partir sobre todo del siglo XVII.

para probar lo verdadero, refutar lo falso, discernir las argumentaciones justas de las viciosas, y evitar que las pruebas falsas oscurezcan la verdad³¹.

En estas reflexiones, Oldendorp enlaza la existencia de tópicos con la posibilidad de conocer la verdad jurídica. El saber jurídico, como habían proclamado ya los juristas romanos, ha de partir de una noticia de lo bueno y lo equitativo, y la clarificación de esas nociones es la finalidad de la tónica³². Ello se debe a que muchas veces los requerimientos de la justicia no aparecen con toda claridad al jurista y es necesario inquirir con la ayuda de ciertas técnicas tales exigencias que están presentes en las circunstancias de la vida cotidiana. Desde el punto de vista de Oldendorp —que ejemplifica toda una mentalidad de siglos— el «lugar común» expresa de forma compendiosa un punto de vista, un dato de esa realidad humana que ha de ser tenido en cuenta a la hora de calibrar una solución jurídica.

Como señalé antes, Oldendorp sostiene que el tópico es la faceta de la realidad de la que procede el argumento. Eso quiere decir que los principios o reglas jurídicas no son en sentido estricto tópicos, sino que encuentran su justificación en su referencia a un tópico o aspecto de la realidad que resulta relevante en un problema determinado. Esas facetas están integradas por los siguientes tópicos: autoridad, lo encadenado, lo correlativo, los antecedentes y las consecuencias, las diferencias, los contrarios, la excepción, el escrito, la sentencia, el orden, la materia objeto de cuestión, los extremos, los ejemplos, la comparación entre similares, mayores y menores³³. Bajo esas etiquetas Oldendorp introduce ejemplos de Derecho común. La tónica viene a ser, entonces una especie de esquema —por emplear un término actual— para ordenar los argumentos jurídicos de tipo material existentes en el seno del *ius commune*. Es preciso tener en cuenta que la justificación de tales argumentos reside en su capacidad para recoger una propuesta de solución justa: por esto la tónica no tiene para estos autores un carácter puramente retórico. Respecto al tópico

³¹ «Quam ob rem hanc Topicen, hoc est, artem ex legitimis locis ratiocinandi, sic tractabo, ut in utranque partem possis, tam ea quae vere adseris adprobare, quam ea, quae falso obiiciuntur confutare: simul etiam discernere iustas argumentationes, a viciosis. Ne sub imagine falsarum probationum obscuretur veritas. Argu. 1. Filio quem pater. Digesto de liber et posthu. Et en sub autoritate iuris scientiae, perniciose erretur, 1. Si servum stipulatus, parágr. sequitur videre, Digesto, de verborum obligatione». J. OLDENDORP, *Topica...*, cit., p. 85.

³² Oldendorp, como todos los juristas de su época, afirma la existencia de unos principios morales básicos, captados mediante evidencia, que constituyen la ley natural. Igualmente mantiene la existencia del Derecho de gentes formado a partir de las necesidades comunes de todos los hombres. Cfr. *Isagoge, seu elementaria introductio, ad studium iuris et aequitatis*, en *Operae*, cit., pp. 2 ss. Su doctrina es la habitual en el *ius commune*. Sobre estas doctrinas vid. Carpintero, F., «Sobre la génesis del Derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XIV-XVII», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII, 1975, *per totum*.

³³ Cfr. J. OLDENDORP, *Topica...*, cit., pp. 102-103.

ab auctoritate, por ejemplo, Oldendorp afirma que la cita de un jurista prestigioso –algo muy frecuente en el Derecho común– sólo posee valor si esa decisión está basada en el derecho y la equidad³⁴. El peso de este argumento no está basado en la cantidad de autores que lo utilizan sino que procede de la «cualidad del negocio», o de la razón³⁵. Esto es más evidente aún en el tópico *ab honesto et utili*, ya que se fundamenta en las exigencias de la utilidad humana o en unos principios de moral últimos e irrenunciables propios de la vida humana³⁶. Por otra parte, el *locus a comparatione* exige estimar las circunstancias y características de las situaciones y negocios jurídicos, para poder aplicar la solución de un caso a la de otro. La adecuada apreciación de este tópico procede de una serie de ponderaciones y valoraciones acerca de realidades de tipo social, algo que no puede efectuarse, si el jurista no está convencido de la posibilidad de derivar criterios normativos de esas realidades³⁷. Es lo que otros integrantes del *ius commune* habían denominado el *locus a simile*, que servía para razonamientos oscilantes entre la interpretación extensiva y la analogía. Para estos juristas, el «triunfo» del tópico procede directamente de esas realidades, y no de su éxito retórico en la discusión.

Otro de los compendios de tópicos más completos de la jurisprudencia humanista fue el de Claudio Cantiuncula. Él parte, como era habitual, de las nociones de Aristóteles, Cicerón y Boecio, y conceptúa los tópicos como sedes de los argumentos a partir de las cuales se extraen argumentos probables³⁸. Para entender mejor su papel, Cantiuncula distingue lo necesario de lo probable, siguiendo fielmente las ideas de Boecio. Según este autor, todos los argumentos pueden ser probables y necesarios, probables y no necesarios, otros necesarios pero no probables y finalmente, el cuarto tipo incluye a los que no son necesarios ni probables. Probable es aquello que parece tal a todos, a la mayoría, o a los sabios; y de éstos a todos, a la mayoría, o a los más prestigiosos y principales³⁹. Respecto a esto poco importa que sea

³⁴ «Haec auctoritas, quanquam publice, conceditur, effectus tamen publicae auctoritatis non habet. Nempe, quod professoribus creditur: non, quia dixerunt aut scriperunt: sed quoniam ius et aequitatem responderunt vel adserverunt». J. OLDENDORP, *Topica...*, cit., p. 103.

³⁵ «Maioris partis auctoritas, non semper ex numero personarum, sed ex negotii qualitate, vel ex ratione fuerit aestimanda». J. OLDENDORP, *Topica...*, cit., p. 109.

³⁶ «Hi loci generalissimam in toto iure vim & potestatem habent: sic coherentes, ut alter comprehendat alterum. [...] Cum enim ordinationes politicae, ac omnes plane res, gratia hominis sint comparatae: consequitur necessatio, universam iuris institutionem non alio pertinere, quam ad honestam hominum utilitatem. [...] Recte igitur hunc locum appellaverimus, ab epieikeia, hoc est, a convenientia. quid enim convenientius humanae societati, quam honesta utilitas?». J. OLDENDORP, *Topica...*, cit., p. 110.

³⁷ Cfr. J. OLDENDORP, *Topica*, cit., p. 160.

³⁸ «Loci sunt argumentorum sedes unde probabilia educuntur argumenta: ad id quod in controversia positum est comprobandum». C. CANTIUNCULA, *Topica legalia*, Basilea, 1545, p. 1.

³⁹ Naturalmente, esto proviene de la noción aristotélica de tópico.

verdadero o falso, si parece probable a estos grupos de personas. Por su parte, lo necesario es lo que no puede ser de forma distinta a como de hecho es. A partir de esto, lo probable y necesario es aquello que además de cierto, parece a todos así, de forma que no se suscita discusión. Si afirmamos que al añadir algo a una cosa concreta se produce un todo más grande decimos una verdad que nadie discutirá. Lo probable y no necesario es aquello que aceptamos con facilidad, aunque no sea una verdad firme, por ejemplo que toda madre ama a su hijo. Lo necesario y no probable se refiere a verdades que encuentran un asentimiento difícil. Finalmente, lo que no es probable ni necesario carece de veracidad y tampoco está presente en la opinión de los hombres. De aquí no es posible extraer argumentos, ya que éstos sirven para arrojar luz sobre los asuntos dudosos, basándose en la verdad o en la opinión. Sin embargo, Cantiuncula no aclara en qué categoría se incluyen los tópicos jurídicos y se limita a señalar que en la sucesiva exposición de tópicos podrán hallarse varios ejemplos de esta distinción⁴⁰. Dado que los tópicos sirven para proporcionar argumentos, y que éstos pueden pertenecer a las categorías anteriores con exclusión de la última, parece razonable pensar que los argumentos surgidos de los tópicos podrán ser de cualquiera de esas tres clases. Esos tópicos son: el prejuicio, la definición, la etimología, lo analógico, el todo, la parte, el género, la especie, la forma, el orden, lo similar, la diferencia, el contrario, el anexo, el conexo, el antecedente, lo consecuente, lo repugnante, lo correlativo, la causa, el efecto, la comparación, el escrito, la sentencia contra lo escrito y lo verosímil; éste último se despliega a su vez en diversos «lugares» como la costumbre, la opinión, la naturaleza, la cualidad del asunto o de la persona, el tiempo, el lugar, los signos y circunstancias⁴¹.

De forma muy parecida a Oldendorp, algunos de los tópicos enumerados por Cantiuncula suponen cierta presencia de la veracidad. El *locus a definitione*, por ejemplo, refleja la realidad en que consiste una cosa⁴². Por cierto que en Cantiuncula sin embargo, encontramos ya cierta inclinación al «sistema», en la medida en que el orden de los tópicos muestra preferencia hacia una cierta ordenación desde lo más general como las definiciones y los géneros, a lo más particular.

Otro ejemplo de esta mentalidad tópica es Mateo Gribaldo Moffa quien escribe que los lugares comunes no son otra cosa que modos de argumentar mediante los que se llega a la verdad más fácilmente. Al lado de los «lugares», Gribaldo recomienda el uso de las «sedes materialium», que permiten organizar la materia jurídica de forma que el jurista pueda situar con relativa facilidad el asunto controvertido⁴³.

⁴⁰ Cfr. C. CANTIUNCULA, *op. cit.*, pp. 1-2.

⁴¹ Cfr. C. CANTIUNCULA, *op. cit.*, pp. 3-4.

⁴² Cfr. C. CANTIUNCULA, *op. cit.*, pp. 21-22.

⁴³ «Nam communes locos hic nihil aliud volo, quam modos argumentandi, quibus ad veritatem facilius pervenitur. Memoriam vero (quae in iuris professores ob

Por tanto, para él la tópica no tendría una función ordenadora, sino meramente argumentativa. Por lo demás, los tópicos que expone son los habituales entre los romanistas: definición, causa, antecedente, género, diversidad de tiempo y lugar, materia, cualidad, cantidad, etc.

Estas visiones de la tópica tienen detrás toda una Filosofía jurídica que normalmente no aparece explicitada en los tratados de argumetación de aquella época. Como ha mostrado F. Carpintero, esa mentalidad supone que es posible conseguir resultado objetivos en el Derecho, en la medida en que la decisión jurídica asume las exigencias y necesidades propias de la vida personal y social. Para ello, estos juristas cuentan con los principios de la ley natural como directrices básicas, con las normas y reglas de Derecho positivo y con las circunstancias del caso que determinan en buena medida el sentido que tendrán esos principios y esas normas a la luz del problema concreto⁴⁴. A causa de esa relevancia de las circunstancias, normalmente cambiantes, estos juristas estiman que lo justo es en buena medida contingente y está sometido al cambio histórico⁴⁵.

Continúa Carpintero indicando que los romanistas bajomedievales y humanistas estaban convencidos de la existencia de relaciones humanas que, aun creadas por el hombre, no son, sin embargo, completamente disponibles, sino que poseen una estructura en buena medida objetiva e independiente de apreciaciones subjetivas⁴⁶. El hombre en sociedad vive inserto en una serie de situaciones típicas que proporcionan criterios jurídicos y que muchas veces no tienen que ver con la voluntariedad de los integrantes de tales situaciones⁴⁷. Para el *ius commune*, esa vinculación del Derecho a lo dado socialmente no alcanza del todo a lo que los escolásticos llamaban «primeros principios de la razón práctica», que forman un conjunto de exi-

scriptorum multitudinem magis, quam in alio genere hominum desideratur) vehementer adiuvant materiarum sedes. Cum enim tot casuum quotidie emergentium definitiones, totque decisionum cumulos retinere, memoriae fragilitas non patiat, saltem eius rei sedes, in qua universa materia communi Doct. calamo pertractatur, in proprium habenda est». «De methodo ac ratione studendi in iure», en *Cynosura Iuris*. Spira, 1588, p. 116. Como indiqué más arriba, Mateo Gribaldo es el único jurista de la época humanista que Viehweg trata con un poco de detenimiento dentro de sus referencias al *mos italicus*, aunque junto a otros juristas claramente humanistas como Apel. Cfr. *Topik und Jurisprudenz*, p. 73. Esto muestra que en el ámbito de la tópica jurídica, aunque las diferencias entre medievales y renacentistas son evidentes, hay una línea de continuidad. Significativamente, la obra de Gribaldo que he citado está incluida en la *Cynosura iuris*, un compendio de obras sobre método jurídico muy influidas por la cultura humanista del XVI.

⁴⁴ Cfr. CARPINTERO, F., «Historia y justicia según los juristas de formación prudencial», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, pp. 368-369; «Nuestros prejuicios acerca del llamado derecho natural», en *Persona y Derecho*, 27, 1992, pp. 46, 52-53, 173.

⁴⁵ Cfr. CARPINTERO, F., «Historia y justicia según los juristas...», cit., p. 368.

⁴⁶ Cfr. «Nuestros prejuicios...», cit., p. 172.

⁴⁷ Cfr. CARPINTERO, F., «Persona y "officium": derechos y competencias», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXXIII, 1996, pp. 5-7, entre otras.

gencias éticas siempre leídas desde el caso concreto, pero no inducidas desde él.

Toda la serie de exigencias que depende de la variedad de asuntos y circunstancias de la vida social, puede ser captada –desde el punto de vista de los romanistas– mediante la adecuada ponderación de los tópicos. Esto supone, por un lado, rechazar la identificación del Derecho con el simple arbitrio humano. Por otro, reconocer que el Derecho normalmente no pertenece al ámbito del conocimiento de las verdades evidentes y necesarias. Esta idea la expresó con notable concisión Gregorio Hopper en el *Prefacio* a la obra de su padre Joachim Hopper *Seduardus sive De Vera Iurisprudencia ad Regem libri XII*⁴⁸. Escribe que el objeto de atención del jurista no está formado por lo que resulta indudable, ni por lo incompresible, sino que está situado en un lugar medio ocupado por lo verosímil, cuyas razones pueden ser investigadas y conocidas⁴⁹. A este sector de lo verosímil pertenece la tónica, ceñida a verdades argumentables y discutibles, abiertas al cambio y la diversidad de opiniones, pero siempre con referencia a una realidad que va más allá del acuerdo voluntarista de los participantes en la discusión⁵⁰. Al fin y al cabo, como reconoce Pierre de la Grégoire, las distintas situaciones exigen diferentes consejos y remedios⁵¹.

Que la realidad jurídica era así les parecía tan claro que no se preocuparon demasiado por fundamentarlo. Los autores del XVI más proclives a la teorización alegaron que el derecho se fundamenta en la *natura*. Con esto no pretendieron afirmar la existencia de un orden natural de normas a partir de las cuales debía ser deducido el orden jurídico positivo. Más bien, querían indicar que había un fundamento ontológico para el Derecho y que éste no se reducía al arbitrio de los poderosos

⁴⁸ Amberes, 1590. Es un extenso tratado que pretende exponer los principios básicos de justicia y la manera de trasladar esos principios a la vida social, primero mediante la legislación del monarca y posteriormente mediante las decisiones de los juristas tomadas a partir de esas leyes. J. Hopper (1523-1576) fue un jurista humanista que, además desempeñó cargos de consejero para la Corona española en lo referente a los Países Bajos.

⁴⁹ «Tertii medique generis sunt ea quae nec omnibus indubitata sunt, nec item inextricabilia: sed quorum rationes longius a communi sensu remotae expediri tamen, et quaerendo investigari possunt, atque intelligi vel verae, vel verisimiles. Horum longe maxima pars est, non quidem fortuitu; sed ita constituenta perfectissima naturae harmonia: ac in iis propria vis et efficacia Iurisconsulti cernitur. [...] Cum enim dixerimus, verum Iurisconsulti obiectum, medium locum inter indubitata, quae sensui cuiuslibet patent; et inexplicabilia, in quibus ut penitus abstrusis abditidque ingenii acies deficit, obtinere». Praef. p. 4.

⁵⁰ No estoy de acuerdo con G. Otte cuando señala que la tónica el *ius commune* tenía una preocupación pragmática ajena a la búsqueda de la verdad jurídica. Cfr. «Theologische und juristische Topik...», cit., p. 24.

⁵¹ «Cum diversi eventus, diversa postulent consilia et remedia». *De iuris arte, methodo et preceptis*. Lugduni, 1580, cap. III, 18, p. 72. Grégoire (1540-1599), también conocido como Petrus Gregorius Tholosanus, fue uno de los representantes más destacados del Humanismo jurídico francés.

sino que había razones objetivas para establecer la solución justa. Esas razones eran de diverso tipo: los principios básicos del Derecho natural –no hacer daño al inocente, dar a cada uno lo suyo, etc.– y también las necesidades propias de la vida social ofrecían esas razones. La mayoría de estos juristas mantenían la naturaleza social del hombre, en un sentido aristotélico no siempre explícito. El *Seduardus* de Hopper, citado más arriba, es un ejemplo de esta actitud, cuando presenta una amplia lista de relaciones y situaciones humanas como «fuentes» para los principios de justicia. Una característica de esas distintas situaciones es su variedad: obedecen a diferentes necesidades y demandas de justicia. El *ius commune* parece entender a la realidad humana como algo múltiple e irreductible a una sola faceta. Si el Derecho debe partir de relaciones humanas que no aceptan la reducción a un principio o ideal de justicia únicos, la tópica era útil al reflejar esa variedad de exigencias que daban sentido al saber jurídico⁵².

3. LA TÓPICA ACTUAL

Quizá Viehweg no habría considerado tópica esta forma de ver las cosas, si atendemos a la noción de tópico expuesta a lo largo de su carrera. En su *Topica y jurisprudencia* hacía referencia a los *topoi* como puntos de vista sobre un problema, sin explicitar mucho su estatus. Debido a esa relativa indefinición, era posible entenderlos como criterios jurídicos materiales, incluso fundados en algún criterio de justicia relativamente objetivo, de la cual procedería su fuerza vinculante. No obstante, también escribía que las premisas se legitimaban por la aceptación del interlocutor y que el debate es la única instancia de control⁵³. Posteriores reflexiones de Viehweg se han decantado por lo que denomina una teoría jurídica o argumentativa de tipo retórico, que deja al lado los problemas de la verdad jurídica.

Para ese fin, Viehweg distingue dos tipos de pensamiento que se han desarrollado en la Historia de la Filosofía occidental: el modelo retórico y el antirretórico. El primero se caracteriza por estar ceñido a la situación controvertida, es decir, por establecer los criterios de racionalidad siempre desde el problema concreto. En cambio, el modelo antirretórico se basa en el ofrecimiento de soluciones que no estén vinculadas a ningún contexto concreto⁵⁴.

⁵² I. Maclean ha resaltado que los juristas del Renacimiento confiaban en la «existencia previa del mundo» y basaban en ello sus interpretaciones y razonamiento. Cfr. *Interpretation and Meaning in the Renaissance. The Case of Law*. Cambridge, Cambridge University Press, p. 213.

⁵³ Cfr. *Topik und Jurisprudenz*, cit., pp. 42-43.

⁵⁴ Cfr. VIEHWEG, T., «Antirhetorische und Rhetorische Kontrolle rechtlicher Argumentationen», en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en*

Para explicar mejor esa contraposición, cita la distinción presente en la semiótica de Ch. Morris entre sintaxis, semántica y pragmática. La primera se ocupa de las relaciones de los signos entre sí, la segunda de las relaciones de los signos con los objetos que representan; finalmente, la pragmática estudia la forma en que los signos son empleados por los integrantes de una situación determinada⁵⁵. Viehweg conecta esta distinción con los modelos básicos del pensamiento occidental que ha mencionado. Así, el antirretórico asume una visión sintáctica y semántica, mientras que el retórico adopta un carácter pragmático. Esta relación tiene consecuencias muy relevantes a la hora de establecer procedimientos argumentativos, porque los partidarios del modelo antirretórico establecen criterios de corrección fundamentalmente de tipo sintáctico, lo que, a juicio de Viehweg, supone conceder una gran importancia a las conexiones lógicas en el proceso decisorio.

En cambio, el modelo retórico explica todas las argumentaciones mediante una visión pragmática del lenguaje, que hace depender el papel de tales argumentos de la conformación de una situación de discurso concreta. Por discurso entiende Viehweg una «acción recíproca con función social». La Retórica, en consecuencia, trata del uso que dan los participantes del discurso a sus pretensiones dentro de un contexto determinado. La tópica jurídica desempeña precisamente esa función para el ámbito jurídico, y los tópicos no son otra cosa que tales pretensiones dentro del discurso jurídico. Viehweg indica que los tópicos no tienen una función descriptiva en sentido semántico, es decir, que no dependen de ninguna realidad previa, sino que poseen sólo una función directiva; son «ofertas directivas con fines comunicativos» utilizables en una situación específica y, por tanto, justificables sólo desde el punto de vista pragmático de la argumentación⁵⁶.

memoria y homenaje al Catedrático D. Luis Legaz y Lacambra. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales/Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1985, pp. 847-848 del t. II. Cfr. también de VIEHWEG, «Rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung und zeitgenössische Rhetorik», en *Estudios en honor del Dr. Luis Recaséns Siches*, ed. por F. E. Rodríguez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, pp. 939-940.

⁵⁵ Cfr. VIEHWEG, T., «Antirhetorische und rhetorische...», cit., p. 848. «Rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung...», cit., p. 940.

⁵⁶ Cfr. VIEHWEG, T., «Antirhetorische und rhetorische Kontrolle...», cit., pp. 850-851. En «Acerca de la tópica, especialmente en el ámbito jurídico» (en *Tópica y Filosofía del Derecho...*, cit., p. 198), también señala que los tópicos son ajenos a una «función reflejante» del lenguaje, que Viehweg ejemplifica en el primer Carnap, y defiende un acercamiento a estas cuestiones como el defendido por el segundo Wittgenstein. Opina que es un error difundido en el mundo jurídico la creencia en objetos que preexisten al lenguaje jurídico, como también es un error pensar que la solución jurídica proviene del significado de las palabras del texto. Para Viehweg, en cambio, lo justo procede de una «situación comunicativa compleja», a partir de los textos jurídicos. Cfr. Viehweg, T., *Topik und Jurisprudenz*, cit., p. 114 (la idea aparece en el párrafo 9, añadido en la 5.ª ed.). Sobre la preponderancia del plano pragmático cfr. también VIEHWEG, T., «Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der

Es llamativo que considere los aspectos semántico y sintáctico como «no situativos», y entienda que la forma de pensamiento no retórica y semántica pretende dar un significado estable e independiente de la situación en la que debe utilizarse el argumento del que se trate⁵⁷. Esto parece indicar que, desde su punto de vista, toda referencia a una realidad previa a la proposición lingüística que forma el argumento ha de ser considerada como algo estático e inmutable. Para Viehweg lo concreto, situacional y circunstancial no puede ser objetivo.

La tónica, en consecuencia, es un *ars inveniendi* que proporciona criterios para la argumentación y permite controlarla racionalmente⁵⁸, pero partiendo de esa visión lingüística-pragmática. Y ocurre que no queda muy clara cuál es la garantía de esa racionalidad, entre otras cosas, porque las declaraciones de Viehweg son un tanto concisas. Sus referencias a la situación de discurso, a la situación o a las obligaciones comunicativas propias de un Estado de Derecho⁵⁹, parecen tener en mente una cierta idea de consenso o acuerdo social, como medio justificativo. Aunque desde luego no se trata de un modelo discursivo acabado, porque eso supondría hacer de la tónica un método formal y la llevaría al ámbito de la sintaxis. La propuesta de Viehweg –aunque considerablemente ambigua– aludiría más bien a una especie de consenso producido en un contexto social histórico determinado por el juego de ideas y exigencias propias de los miembros de esa sociedad⁶⁰. En cualquier caso, los tópicos no tienen relación con la idea de verdad jurídica, y no ponen de manifiesto aspectos de la realidad que demandan una atención por parte del jurista. Viehweg sí afirmaría que los tópicos exigen atención, pero por motivos aleatorios, ya que su aceptación depende de los participantes del discurso. Como señala J. A. García Amado, la clave de este planteamiento parece estar en el consenso de los interlocutores, ya que la tónica sólo entiende al

Rechtsdisziplin», cit., p. 442. Este planteamiento se inserta en una actitud general de la Metodología jurídica influida por el «giro pragmático» en las concepciones sobre el lenguaje. Partiendo de las aportaciones del segundo Wittgenstein, estas reflexiones fundan el significado de los términos jurídicos en el uso práctico del lenguaje, de tal forma que aquél no viene dado por una semántica de objetos claros y terminados, sino por la asunción del uso del término en cuestión en una situación concreta. Cfr., por ejemplo, MÜLLER, F., *Juristische Methodik*. Berlin, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, pp. 133-134.

⁵⁷ Cfr. VIEHWEG, T., «Rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung...», cit., p. 941.

⁵⁸ Cfr. VIEHWEG, T., «Rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung...», cit., p. 943.

⁵⁹ Cfr. VIEHWEG, T., «Rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung...», cit., p. 944.

⁶⁰ R. Alexy, defensor de una ética basada en las reglas del discurso práctico criticaba la tónica porque instalaba la discusión como única instancia de control, pero sin establecer reglas que procedimentales que puedan evitar los inconvenientes de un consenso puramente fáctico. Cfr. su *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 42.

derecho desde la comprensión pragmática de los textos lingüísticos⁶¹. García Amado indica, además, que la tónica supone el rechazo de cualquier tipo de realidades preestablecidas, seguras, y previas a las que los tónicos hayan de hacer referencia. Al contrario, éstos sirven para construir lo real mediante su interacción por medio de una praxis comunicativa⁶².

De esa forma, la tónica actual se presenta como un método argumentativo basado exclusivamente en una discusión contextual. La justificación tendría un carácter puramente retórico, es decir que depende sólo del éxito en la argumentación y no de la referencia a otro tipo de exigencias de justicia⁶³. Estas explicaciones parecen identificar

⁶¹ Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tónica jurídica*, cit., pp. 123, 341, 344.

⁶² Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *op. cit.*, pp. 300 y 309. Canaris criticaba a Viehweg por considerar la discusión retórica como único criterio de corrección en el Derecho. Cfr. *Systemdenken und Systembegriff*, cit., pp. 140-141, 150-151. Una crítica similar es la expuesta por DIEDERICHSEN, U., «Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz», en *Neue juristische Wochenschrift*, 9, 1966, p. 702. Por su parte, G. Otte mantiene que, si el fundamento de la tónica es el *Anerkennung* de las premisas mediante una discusión, la jurisprudencia actual no es tónica. Cfr. «Zwanzig Jahre Topik-Diskussion...», cit., p. 191.

Las tesis de la tónica recuerdan a la «Nueva Retórica» de Perelman, rechaza cualquier pretensión de verdad por considerarla dogmática y totalitaria. El único fundamento justificador ofrecido por el autor belga es la aceptación mediante el éxito retórico, ante el auditorio universal. Vid. MANASSERO, M.^a A., *De la argumentación al derecho razonable. Un estudio sobre Chaim Perelman*. Pamplona, EUNSA, 2001, pp. 96, 115, 157, entre otras. Esta autora señala que la teoría de Perelman, a pesar de sus críticas expresas contra la epistemología moderna, conserva bastantes presupuestos del positivismo lógico, *op. cit.*, p. 121.

⁶³ T. M. Seibert entiende que una tónica entendida desde el punto de vista semántico es un error; la tónica se fundamenta en un análisis retórico-lingüístico centrado en el diálogo y en la situación discursiva. Cfr. «Topik als Problematisierung von Aussagesätzen», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 59, 1973, pp. 50, 51, 54. Schreckenberger, W., *Semiótica del discurso jurídico*. Trad. de E. Garzón Valdés. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, pp. 30-31. J. Wroblewski, que no pertenece al ámbito de las teorías tónicas mantiene que la discusión acerca de las premisas últimas en las que ha de fundarse en razonamiento tiene un carácter tónico o retórico entendiendo por tal que un resultado sólo puede proceder de la discusión y la contraposición de opiniones, ya que no hay fundamento objetivo material para la obtención de dichas premisas. «Justificación de las decisiones jurídicas», en «Sentido» y «Hecho» en *el Derecho*, trad. de J. Igartua y F. J. Ezquiaga, San Sebastián, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco/Laboratorio de Sociología Jurídica, 1989, p. 49. Por su parte, J. Esser, al defender la tónica para la discusión con elementos extradogmáticos (que son fundamentales en su teoría de la argumentación). Para Esser es clave el consenso, aunque un consenso elaborado a partir del sustrato de la precomprensión. Cfr. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Frankfurt a.M., Athenäum, 1972, pp. 157 y 172. Los tónicos proceden de ese ámbito precomprensivo y se justifican mediante la discusión.

Algunos defensores de la tónica adoptan una actitud algo diferente. N. Horn la acepta porque sirve para superar la dogmática jurídica positivista, que reducía todo el derecho a la ley. La tónica proporciona una racionalidad que ya no estará basada en la referencia a la ley, sino en un procedimiento basado en la discusión racional y en la ponderación de argumentos. Estos argumentos o tónicos, tendrán un carácter opinable y procederán de la «comunidad social», la tradición, el orden social, las convic-

estos procedimientos con un acuerdo de voluntades y esto requiere una explicación requiere una explicación algo más detenida, porque puede servir para insertar la tónica de Viehweg en una tradición filosófica diferente a la que aparentemente pertenece.

Él plantea en su obra una defensa de la Retórica como alternativa a los planteamientos sistemáticos que habían triunfado con la Modernidad desde el siglo xvii⁶⁴. Probablemente la Filosofía jurídica más representativa de esa época sea la llamada Escuela de Derecho Natural Moderno, y es innegable que en ella aparece con toda claridad la querencia hacia el sistema que dominará en el ámbito iusfilosófico durante siglos. En ese sentido, en los mismos inicios de esta corriente, Thomas Hobbes explicaba que el razonamiento ha de partir de una definición inicial e ir de una consecuencia a otra de forma rigurosa, de tal modo que no puede existir certeza en la última conclusión si asegurar la misma certeza en todos los pasos del razonamiento⁶⁵. Algunos años después, Samuel Pufendorf defenderá la posibilidad de demostraciones rigurosas en los saberes prácticos, a partir de unos principios ciertos y claros⁶⁶. Cito estos dos autores para ejemplificar una actitud común a la época: la necesidad de establecer un punto de partida único a partir del cual desarrollar todo un edificio teórico.

Para el Iusnaturalismo Moderno ese punto de origen que da sentido a todo el edificio es el pacto o contrato social, como elemento fundamentador de todo el orden jurídico y político. F. Carpintero ha mostrado que los iusnaturalistas modernos entienden al hombre inserto en un «estado de naturaleza» en el que no existen obligaciones ni instituciones jurídicas supraindividuales. Sólo existen individuos libres que dirigen su vida según su arbitrio. Si ese es el ser «natural» del hombre, la construcción del orden jurídico que respete esos presupuestos

ciones generales, etc. Es decir, que los tópicos se basan en un consenso, pero no en uno conseguido mediante el comportamiento retórico, sino previo a la discusión. Cfr. «Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 20, 1967, p. 607. F. Puy ha defendido la tónica como un arte de la invención para «tener presentes en cada situación vital las razones que recomiendan y las que desaconsejan dar un determinado paso...». *Tópica jurídica*. Santiago, Imprenta Paredes, 1984.

⁶⁴ Esta es una actitud difundida. S. Ijsseling opone el pensamiento retórico al ansia de certeza y seguridad que aparece con la filosofía cartesiana. Cfr. *Rhetorik und Philosophie*. Stuttgart / Bad-Canstadt, Frommann Holzboog, 1988, p. 96.

⁶⁵ Cfr. HOBBS, T., *Leviathan. The English Works of Thomas Hobbes*. Ed. by W. Molesworth, 1839. Reprint de Scientia, Aalen, 1966, parte I, cap. V, p. 31. Hobbes añade que razonar no es otra cosa que sumar y restar los conceptos, a imagen de lo que se hace en aritmética. Esto se aplica a todos los saberes, Política y Derecho inclusive. *Op cit.*, p. 30.

⁶⁶ Cfr. *Elementorum Jurisprudentialis Universalis libri Duo*. Reprint de la edición de 1667 (Cambridge), Oxford, Clarendon, 1931 *praefatio*, p. IX. *De Jure Naturae et Gentium libri octo*. Francofurti et Lipsiae, 1759, parte I, lib. II, cap. II, pp. 22-24. Sobre el método en Pufendorf, por ejemplo, *vid.*, KOBUSCH, T., «Pufendorfs Lehre vom moralischen Sein», en *Samuel Pufendorf und die europäische Frühaufklärung*. Ed. por F. Palladini/G. Hartung. Berlin, Akademie, 1996, pp. 63-64.

sólo puede consistir en un pacto por el cual todos los individuos se obliguen a cumplir las exigencia de esa nueva instancia creada por ellos mismos⁶⁷. Siguiendo la interpretación de Carpintero, quizá podamos decir que una de las causas de esta actitud sea un cierto rechazo de «las cosas», entendiendo por tales –de forma muy imprecisa– todas las circunstancias y elementos que rodean a la persona y constituyen su ámbito de desarrollo. Los autores modernos pretendieron diseñar un Derecho completo prescindiendo de cualquier realidad ajena a la libertad individual⁶⁸. Todos los aspectos exteriores a la persona individual fueron contemplados como una masa amorfa de la que no podía proceder ninguna normatividad, ya que ésta sólo podía nacer de una imposición, bien de un ser supremo o de la voluntad libre del hombre. Esa libertad desarrollada sin directrices externas, se convierte en un arbitrio indeterminado que sólo encuentra límites en el encontronazo o en el acuerdo con otras voluntades⁶⁹.

Consecuentemente, el sistema propuesto por la línea fundamental del Iusnaturalismo moderno resulta ser un expediente formal. No postula la existencia de un conjunto de normas inmutables desde las que pueda ser deducido el contenido de un ordenamiento, sino que establece el pacto como instancia legitimadora para la realidad jurídica. Un contenido sólo será jurídico si procede de ese pacto, o del órgano creado mediante él⁷⁰.

Esta indiferencia ante las realidades y circunstancias extraindividuales que conforman la vida humana ha impregnado de forma decisiva la evolución del pensamiento filosófico moderno, de tal forma que

⁶⁷ Cfr. CARPINTERO, F., «Voluntarismo y Contractualismo: una visión sucinta de la Escuela del Derecho Natural», en *Persona y Derecho*, 13, 1985, pp. 64, 67, 73, entre otras.

⁶⁸ Thomas Hobbes escribía que lo bueno y lo malo sólo son nombres que el sujeto da a lo que le resulta beneficioso o perjudicial. Cfr. *Leviathan*, cit., p. I, cap. VI, p. 41 y cap. 15, p. 145. Es cierto que Hobbes niega la libertad humana, pero su noción de derecho natural, como poder sin restricciones que posee el individuo, coincide en líneas generales con la noción «moderna» de libertad.

Hay que recordar que la intención de los iusnaturalistas modernos era liberar al ciudadano europeo de la rigidez estamental propia de la sociedad del Antiguo Régimen. Ese afán liberador, de cuyas consecuencias positivas no es posible dudar, les llevó a prescindir en las condieraciones morales y jurídicas de todo elemento exterior a la libertad humana.

⁶⁹ Cfr. CARPINTERO, F., *Persona y «officium»: derechos y competencias*, cit., p. 33. Estos planteamientos individualistas fueron llevados a su más alto grado de refinamiento intelectual por los kantianos. Vid., CARPINTERO, F., *La cabeza de Jano*. Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1989, *per totum*.

⁷⁰ Cfr. CARPINTERO, F., «Los tres iusnaturalismos», en *Ars Iuris*, 12, 1994, p. 101. Problema diferente, y nunca del todo resuelto, es el de por qué cumplir la palabra dada, fundamento último del pacto. Para solucionarlo se barajaron diferentes posibilidades, desde el mandato divino hasta las meras consideraciones utilitarias. Sobre este problema, cfr. CARPINTERO, F., «Deber y fuerza: La Modernidad y el tema del deber jurídico», en *Obligatoriedad y Derecho*, Universidad de Oviedo, 1990, pp. 166 ss.

cualquier intento de tener en cuenta esas realidades en los ámbitos moral y jurídico es rechazada como «falacia naturalista» siguiendo la expresión de G. E. Moore. Me parece que la Retórica «pragmática» de Viehweg se mueve en ese plano típicamente «moderno». Evidentemente, las diferencias que existen entre sus explicaciones y las teorías de los iusnaturalistas son enormes, pero quizá coincidan en el núcleo del asunto, ya que la visión pragmatista de Viehweg y sus seguidores tampoco tiene en cuenta «las cosas», ya que, según ellos, el tópico no refleja realidad alguna, al ser tan sólo una fórmula de acción que ha de enfrentarse con otros tópicos rivales. El campo de actuación de estos tópicos es un contexto argumentativo, que desempeña un papel diferente al que tenía el problema en la tópica *premoderna*. No es una situación objetiva –como el parentesco, una relación profesional, etc.– de la que broten exigencias de orden jurídico, más bien es una especie de zona de encuentro de pretensiones o voluntades de la que surge un resultado mediante la contraposición, el intercambio y el acuerdo. Ahora bien, sin una referencia a medidas relativamente independientes de esas voluntades⁷¹, todo quedará limitado a un juego de voluntades vacías, cuyo resultado puede ser arbitrario o impuesto. El contexto argumentativo se transforma en un diálogo en el que el contenido de lo propuesto por los interlocutores no tiene relevancia. No se trata, en tal caso, de descubrir ninguna exigencia jurídica, que por su complejidad requiera discusión, sino más bien de constituir la mediante el comportamiento retórico⁷².

Un procedimiento de este tipo no parece diferir demasiado del expediente utilizado por los iusnaturalistas modernos; para ellos, no había otro baremo jurídico objetivo que el pacto, para la tópica no hay otro que el triunfo en un discurso entendido pragmáticamente. Es cierto que hay una aparente divergencia entre ambas teorías, porque Viehweg no propone ningún procedimiento como hacían –siquiera de manera sucinta– los iusnaturalistas. Para Viehweg, ese tipo de justificaciones se remiten a una rechazable visión sintáctica del lenguaje⁷³, pero, de hecho, el pacto de los modernos lo que hace es legitimar el triunfo pragmático en el juego de voluntades individuales.

Estas particularidades hacen dudosa la pertenencia de Viehweg a la tradición de la tópica jurídica, y parecen incluirlo en la que vino a

⁷¹ Cfr. F. CARPINTERO, «Persona y “officium”: derechos y competencias», cit., p. 17, entre otras.

⁷² A. Ollero ofrece una reflexión crítica acerca de un consenso que renuncia a cualquier pretensión de verdad anterior al acuerdo mismo. Cfr. en *Derechos Humanos y Metodología Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 24, 104 ss.

⁷³ Viehweg señala que los sistemas racionalistas y deductivos de la Modernidad implantaron una forma de pensamiento no-situativo de tipo sintáctico. Sin embargo, señala que en el ámbito jurídico los axiomas que forman los sistemas han sido desarrollado a partir de la lucha política, por lo que han de entenderse de una manera pragmática y extrasintáctica. Cfr. *Topik und Jurisprudenz*, cit., p. 113.

sustituirla. Esa sustitución se basó sobre todo en el abandono de la mentalidad *prudencial* típica del *ius commune* y en la defensa de un modelo teórico constructivo que creara una nueva sociedad desde presupuestos individualistas. La Modernidad entendió el individualismo como un rechazo de la ontología y ese rechazo sigue presente en la idea de tópico expuesta por Viehweg⁷⁴. Por supuesto, él podría decir que los presupuestos epistemológicos actuales impiden que se pueda aceptar ahora algo similar a lo que defendían los juristas del Derecho Común. En consecuencia, la única tópica posible actualmente es la de tipo retórico-pragmático. No es posible analizar ahora el valor de tales presupuestos, pero quizá pueda pensarse que Viehweg está empleando una etiqueta antigua para nombrar un planteamiento moderno.

Curiosamente, mayores similitudes con la tópica aparecen en autores que no se engloban de forma clara bajo esa etiqueta. Así, H. A. Schwarz-Liebermann, trata los axiomas jurídicos de una manera parecida a los tópicos romanistas. Indica este autor que los axiomas materiales de la lógica jurídica son instrumentos y representaciones valorativas obtenidos a partir de la experiencia, una experiencia que en parte es subjetiva y en parte objetiva y que aparece siempre como un contexto concreto y circunstancial a partir del cual se obtienen las valoraciones. El axioma, que Schwarz-Liebermann identifica expresamente con el tópico no tiene, en consecuencia un carácter arbitrario, sino que, ceñido al contexto histórico se relaciona con las cosas y refleja «lo vivido»⁷⁵.

⁷⁴ M. Kriele, tras señalar que para la tópica la verdad se fundamenta en el diálogo, advierte que no toda concepción antipositivista es tópica, ya que ésta no implica aceptar la existencia de un derecho natural o unos valores objetivos. Cfr. *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit., pp. 148 y 150.

⁷⁵ Cfr. SCHWARZ LIEBERMANN VON WAHLENDORF, H. A., «Grundlagen der juristische Axiomatik», en *Rechtstheorie*, 11, 1980, pp. 325-326, 330. Un análisis más detenido de la relación entre los tópicos o axiomas y la realidad humana de la que surgen, se encuentra en su libro *Réflexions sur la nature des choses et la logique du droit*. París, La Haye, Mouton, 1973. Vid., especialmente el cap. *Logique et rhétorique*, en el que habla del orden tópico de la «naturaleza de las cosas», pp. 124-125.

Valorar (o cómo hablar de lo que se debe callar). Nuevas bases para el emotivismo

Por GEORG H. VON WRIGHT

Universidad de Helsinki

1. La teoría de los valores está en uno de los rincones más oscuros de la filosofía. Incluso las formas más normales de hablar sobre los valores se caracterizan por la ambigüedad y la confusión. Para disponer de una mejor perspectiva parece por ello necesaria una crítica de los usos lingüísticos ordinarios. Esto es lo que ocurrirá en mi artículo. Con este propósito hablaré de «valoraciones» y no de «valores». «Valoraciones» se refiere a algo que *hacemos*, y de lo que se puede dar una descripción relativamente unívoca. «Valores» parece referirse a un reino de entidades difíciles o hasta imposibles de abarcar. Es más, en sentido estricto puede que tal reino ni siquiera exista en absoluto.

Empezaré con una referencia al punto de vista de Wittgenstein en el *Tractatus*. De acuerdo con él, los enunciados con significado son o verdaderos o falsos, de modo que si no son verdaderos son falsos, y si no son falsos son verdaderos. Esto significa que un enunciado que *es* verdadero *podría haber sido falso*, y que un enunciado que *es* falso *podría haber sido verdadero*. Esto es, que los enunciados con significado son *contingentemente* verdaderos o falsos. Tienen sentido en virtud de sus relaciones bipolares con la verdad y la falsedad. Las denominadas *verdades necesarias* son tautologías: no *dicen* nada. Las falsedades necesarias son contradicciones: tratan de decirlo todo. Los enunciados sin valor de verdad carecen de sentido. Es el caso, desde la perspectiva del *Tractatus*, de los enunciados éticos, estéticos y religiosos. No *dicen* nada, pero sin embargo pueden *mostrar* cosas de importancia.

Creo que se trata de un punto de vista consistente, aunque difícil de entender. En mi artículo haré un esfuerzo por hacerlo inteligible. No obstante, en mis argumentaciones no seguiré al Wittgenstein del *Tractatus*, ni tampoco al de las *Investigaciones filosóficas* y otros escritos posteriores.

2. Existe una frecuente y criticable confusión sobre el uso del término «valor» que debe ser aclarada antes de continuar. Entenderé por términos valorativos las palabras que se caracterizan por oponerse a sus correspondientes términos contrarios, de forma que cada palabra en sí misma se usa normalmente con un significado aprobatorio, y la contraria con un significado desaprobatorio. Ejemplos: «bueno-malo», «bello-feo», «justo-injusto», «amable-repulsivo». Estas palabras son adjetivos. De sus formas sustantivizadas se suele decir que denotan valores. Por ejemplo, bondad, belleza o justicia. Esta postura me parece desafortunada, puesto que, como ya se ha insinuado, sugiere que los valores son una clase de «entidad» que habita en un «reino de valores». Sería mejor evitar el uso de esta expresión. Pero su uso se ha hecho común, al menos entre los filósofos.

Hay un gran número de cosas denominadas comúnmente «valores» que son conceptualmente de una naturaleza diferente de la de aquéllas que se acaban de mencionar. Por ejemplo, democracia, libertad de expresión, de culto y de mercado, igualdad de oportunidades, derecho a la alfabetización y a la información. Se habla de valores a los que una persona o una sociedad tiende, de valores occidentales, de valores culturales y religiosos. Pero las cosas a las que tiende una persona o una sociedad no son en sí mismos *valores*. Son objetos de valoración, *cosas valoradas*. Cuando la valoración se hace desde el punto de vista de la bondad en cualquiera de sus muchas formas, la cosa valorada es en sí misma llamada también *un bien*. La democracia, por ejemplo, puede ser estimada o valorada como una buena cosa; pero eso no significa que sea en sí misma un valor. Cuando, por ejemplo, el Guillermo Tell de Schiller dice que «la vida no es el mejor de los bienes» («*Das Leben ist der Güter höchstes nicht*»), la vida no es tratada como un valor sino como un bien. Dejar clara la distinción entre valores y cosas valoradas (bienes) es a mi juicio de gran importancia para un correcto entendimiento del tema del presente artículo. La cuestión es complicada por el hecho de que los valores pueden ser también objetos de valoración. Por ejemplo, cuando se los sitúa en un lugar más bajo o más alto de la escala de valores. Pero éste es un caso excepcional que no trataré aquí.

3. Una valoración presupone un *sujeto* valorante y un *objeto* valorado. El sujeto es normalmente un individuo humano, aunque puede también ser una colectividad, como por ejemplo una sociedad, una tribu o una «cultura». También tiene sentido hablar de valoraciones de sujetos animales, como cuando hablamos del apego de un perro a su dueño o de sus gustos hacia determinadas comidas. Pero las valoracio-

nes humanas tienen además peculiaridades conceptuales que las distinguen de las animales, haciéndolas más ricas y variadas.

Las valoraciones dependen del tiempo, son cronodependientes. El mismo objeto puede ser valorado de modo diferente por un mismo sujeto en distintos momentos. Cuando el sujeto es una colectividad, de sus valoraciones se puede decir que son histórico-dependientes. Esta dependencia es de particular interés cuando el sujeto es lo que llamamos una «cultura».

De acuerdo con los rasgos mencionados, propongo considerar las valoraciones como *ineludiblemente subjetivas y relativas*. Esto significaría un memento para todos aquéllos que buscan o que creen conocer «valores objetivos (eternos, perpetuos)». Yo diría que, simplemente, no existen tales cosas. O que, si existieran, serían valores en algún sentido muy especial, un sentido que yo no acierto a comprender. Hablar de valoraciones éticas o estéticas objetivamente válidas me parece algo carente de sentido a no ser que se trate de un modo de poner énfasis o subrayar las valoraciones relevantes del propio sujeto. Quizá se pueda pensar que es deseable o importante que las valoraciones en cuestión sean comúnmente compartidas por todos los sujetos. Pero siendo conscientes de que esto es en sí mismo una valoración, que, como tal, es subjetiva y cronodependiente.

Las valoraciones sólo pueden ser «objetivamente válidas» en el relativo sentido de que pueden *durar* y ser estables durante un largo período de tiempo, o en el de que son *compartidas* en un determinado momento por un buen grupo de gente (sujetos valorantes).

4. ¿Qué es entonces una valoración? Mi respuesta es: una valoración es una actitud aprobatoria o desaprobatoria de un sujeto *s* respecto a un objeto *o*. No argumentaré a favor de mi respuesta, sino que la consideraré verdadera como definición de *ese* concepto de valoración al que nos estamos refiriendo. Pueden existir otros conceptos de valoración de interés para la filosofía de los valores. Si es así los ignoraré. Se trata ciertamente de otros usos de las *palabras* «valor» y «valoración». Un ejemplo lo tenemos cuando estimamos el valor en dinero que puede alcanzar un objeto en una transacción de compra-venta. Pero este uso de «valor» y «valoración» se corresponde con un dominio conceptual diferente de aquél en el que nos estamos moviendo ahora. Otro significado común de «valoración» y «valorar» lo tenemos cuando estimamos la cercanía de algo hacia un determinado criterio de excelencia. Un profesor estima (valora) los exámenes de sus alumnos como «aprobados» o como «suspensos», o los puntúa en una escala que va del 1 al 10. Este tipo de valoración es semejante a una gradualización. No me parece natural llamar al resultado de una gradualización un «juicio de valor». Pero una gradualización puede *dar origen a* genuinas valoraciones. El profesor denomina como «excelente» el examen del alumno que puntúa con un 10. *Esto* sí es un juicio de valor.

Las valoraciones son actitudes emocionales. Aprobar algo equivale a considerarlo «positivo», a «valorarlo positivamente», y desaprobado algo equivale a considerarlo «negativo», a «valorarlo negativamente».

¿No hay también un término medio? ¿No hay valoraciones que ni aprueban ni desaprueban, sino que consisten en actitudes de indiferencia? Se trata de una interesante cuestión. Propongo responder que no. Un sujeto *s* puede no aprobar ni desaprobado un objeto *o*. Probablemente sea esto lo que ocurre con la mayoría de sujetos y objetos. Pero ésta no es una actitud emocional, ni por consiguiente una valoración.

Las valoraciones no son ni verdaderas ni falsas. No tiene sentido atribuirles valor de verdad. Pero sí tiene sentido –al menos en un buen número de casos– comparar las valoraciones y clasificarlas según su intensidad. Uno puede, por ejemplo, desaprobado una cosa con mucha más intensidad que otra. O aprobar una cosa mucho más que otra. Esto último significa que el sujeto tiene dos valoraciones positivas, pero no que, además, albergue una «valoración de indiferencia». No hay tal cosa.

Una clasificación de las valoraciones no tiene por qué ser necesariamente una clasificación de preferencias. Pero las nociones de valoración y de preferencia están relacionadas. La noción de indiferencia es propia de una lógica de la preferencia. No discutiré aquí sus problemas.

5. Las valoraciones son hechos contingentes relativos a sujetos que valoran. Aunque una valoración no es en sí misma ni verdadera ni falsa, el enunciado según el cual *s* tiene una determinada actitud valorativa respecto a *o* es verdadero o falso. ¿Cómo se establece su valor de verdad?

Valorar un objeto es algo que normalmente manifiesta o *muestra* en sí mismo unas reacciones conductuales de un sujeto respecto al objeto. Tal reacción consiste en que el sujeto dice de algo que es bueno, que es bello o que le gusta. Otras típicas reacciones son la de alabar el objeto, la de desear su disfrute o posesión, la de protegerlo frente a peligros o infortunios o la de impedir los intentos de otros sujetos de apropiarse de él. Algunas de tales reacciones, como por ejemplo las verbales, son exclusivamente humanas, mientras que otras son comunes a hombres y animales. La mayoría de las reacciones son frecuentes en la mayoría de las personas. La presencia o ausencia de algunas de las reacciones basta usualmente para convencernos de la existencia o inexistencia de la actitud emocional en cuestión. Pero hay también un gran número de casos dudosos o indecibles. Las reacciones conductuales que revelan una actitud pueden además ser *suprimidas*, como ocurre por ejemplo cuando alguien se dice a sí mismo: «no debo mostrar mi enfado con él». O pueden ser *simuladas* al fingir aprobar o desaprobado algo sin que de hecho lo hagamos, como ocurre cuando un actor aparenta en el escenario «sentir» amor u odio. No obstante, no se pueden suprimir o simular a menos que se esté ya familiarizado con las reacciones espontáneas que acompañan a la emoción en cuestión.

Las valoraciones tienen lo que propongo llamar «un residuo de significado», el cual excluye su identificación con una conducta real. Una actitud emocional es algo *mental*, y por consiguiente no identificable con nada *físico*, bien sea una conducta premeditada o bien sea un proceso neurológico.

6. La noción de *juicio de valor* ocupa un importante lugar en la teoría tradicional de los valores. Desafortunadamente, este concepto es oscuro y ambiguo.

Por un juicio de valor entenderé aquí una *forma de palabras* (usualmente un enunciado) que, o bien es usada para decir que un sujeto *s* valora un objeto *o* positiva o negativamente, o bien es usada para expresar (revelar) una valoración.

Distinguiré además dos tipos de juicios de valor, ejemplificables mediante los enunciados «Me (dis)gusta esto» y «Esto es bueno (malo)». El primero es un enunciado en primera persona, el segundo es impersonal y no se refiere a ninguna persona.

El primer tipo de juicio puede ser usado por una persona para hacer una aserción sobre sí mismo que diga que *él* valora una determinada cosa positiva o negativamente. Esta aserción o es verdadera o es falsa, dependiendo de si realmente *tiene* tal valoración. Puede por ejemplo estar engañando o estar equivocado respecto a sus propias reacciones. Si estamos ansiosos por saber si su aserción es verdadera, debemos aplicar a su caso criterios conductuales como los antes mencionados. Sus palabras en sí mismas pueden constituir una de las formas de conducta (en este caso verbales) mediante las cuales la persona en cuestión expresa su valoración de la cosa en cuestión. Así que lo que dice no es ni verdadero ni falso, sino un determinado tipo de exclamación. (De acuerdo con una bien conocida teoría, esto es lo que los juicios de valor realmente *son*.)

Considérese ahora el enunciado «a *s* le gusta *o*», usado por alguien que no es *s*. Tal enunciado *sólo* puede ser usado como una aserción verdadera o falsa *sobre* las valoraciones de otra persona. No se puede usar para expresar (revelar) una valoración. (Yo no puedo hacer *tus* valoraciones.) Por esta razón incluso es dudoso que se le pueda llamar *juicio de valor*. En todas las biografías y en todos los estudios de las *mores* de una tribu o de una sociedad abundan los juicios de valor de este carácter «espurio».

Dijimos que el modelo del segundo tipo de juicio de valor podía ser «Esto es bueno». Parece la típica oración con sujeto y predicado que atribuye una propiedad, en concreto la bondad, a algún objeto, el «esto». Pero esta apariencia es errónea.

El uso normal de enunciados como «esto es bueno, bello, excelente,» etc., es valorativo. A diferencia de los enunciados de la forma «Me gusta esto», no pueden ser *también* usados para describir, verdadera o falsamente, cómo son las valoraciones de un sujeto. «Es bueno» sólo puede ser usado para expresar (revelar) las valoraciones

de quien lo usa respecto a la cosa en cuestión. Contrariamente a lo que parece, el enunciado es intrínsecamente de primera persona. Si las palabras son «Esto es bueno» la valoración está aprobando, mientras que si por el contrario dicen «Esto es malo» está desaprobando. Como tales palabras no dicen nada que sea verdadero o falso. Dicen tanto como lo que dice el enunciado «Me gusta esto» cuando se usa expresivamente para hacer una valoración, pero no cuando se usa como una aserción *sobre* mí (mi gusto). Cuando se usa evaluativamente, el enunciado «Me gusta esto» no es (lógicamente) una oración de sujeto y predicado. Así que el «Esto es bueno» que sólo puede ser usado evaluativamente no sigue tampoco la forma (lógica) sujeto-predicado. Éste me parece un caso relevante de forma gramatical de enunciado que no refleja su forma lógica.

Retornemos ahora por un momento al punto de vista de Wittgenstein en el *Tractatus* según el cual el discurso evaluativo carece de sentido en tanto que intento de *decir* algo, pero puede sin embargo *mostrar* algunas cosas de importancia.

Si por «decir algo» entendemos realizar una descripción (verdadera o falsa) de hechos, entonces los juicios de valor del tipo de «Esto es bueno» no dicen nada, puesto que no pueden ser usados para *describir* cómo son las valoraciones de un sujeto, sino sólo para *expresar* (revelar) valoraciones. Y puesto que los juicios del tipo de «Me gusta esto» no son tampoco descriptivos de hechos cuando se usan evaluativamente, de ello se sigue que el discurso evaluativo en su globalidad no es descriptivo de hechos, y por consiguiente no dice nada. Ahora bien, aunque las actitudes no pueden ser plasmadas en palabras, su residuo de significado les permite *mostrar* por sí mismas en sus reacciones conductuales cuáles son nuestros (únicos) criterios para su presencia o ausencia.

Así es como yo entendería el punto de vista de Wittgenstein respecto al discurso valorativo como intento de decir lo indecible. Y pienso que esta actitud, así entendida, es correcta. Aunque no puedo asegurar que se trate de una correcta interpretación de Wittgenstein.

La forma gramatical del juicio de valor «esto es bueno» le da una apariencia de «objetividad», de decir algo verdadero o falso, que realmente no posee. La equivocidad de su forma lógica ha tergiversado muchas de las discusiones filosóficas y de las teorías sobre los valores de todos los tiempos. Esta postura mía puede parecer excesivamente osada, así que pienso modestamente que requiere que la matice añadiendo «a menos que esté equivocado».

La opinión de que la forma lógica de «esto es bueno» es la misma que la de «me gusta esto» no es desde luego desconocida en filosofía. Se la conoce con el nombre de «la teoría emotivista de los valores». Quizá su autor más representativo fue mi compatriota Edward Westermarck, uno de los padres de la sociología. Lo que yo haré ahora no será más que tratar de proponer un nuevo «Begründung» para una teoría que, aunque con fuerza a principios del siglo XX, fue paulatina-

mente perdiendo reputación. Mis esfuerzos se dirigirán a procurar restaurar su respetabilidad.

7. Resulta esclarecedor hacer una comparación entre los juicios de valor y el discurso normativo. Los enunciados típicamente normativos son los mandatos («se debe hacer esto»), las permisiones («se puede hacer esto») y las prohibiciones («no se debe hacer esto»). Los enunciados mencionados están expresados en el modo indicativo y tienen la típica forma gramatical de las aserciones. Pero de acuerdo con una tesis comúnmente admitida, que además pienso que es correcta, no son ni verdaderos ni falsos. En la terminología del *Tractatus*, «carecen de significado», no «dicen» nada. (Hubo una época en la que se solía decir que los enunciados normativos eran «alógicos», «ateoréticos».) Sin embargo, los entendemos y sabemos cómo usarlos. Esto muestra lo limitada que es la terminología del *Tractatus*. Es importante el hecho de que los enunciados normativos puedan no ser ni verdaderos ni falsos, pero no es realista decir que por esta razón «carecen de significado» o no «dicen» nada. (El propio Wittgenstein abandonó más tarde este modo de hablar.)

Se ha resaltado numerosas veces que los enunciados normativos son particularmente ambiguos. En ello se asemejan a los enunciados valorativos del tipo de «me gusta esto». Los enunciados normativos pueden usarse para *expresar* mandatos, permisiones y prohibiciones, pero sólo para *describir* que un mandato, una permisión o una obligación ha sido establecido («existe»). Igualmente, «me gusta esto» puede expresar mi valoración de algo o ser una aserción sobre mis gustos (valoraciones).

8. Las normas, aunque no son verdaderas o falsas, pueden ser explicadas o justificadas. La justificación más común es la «teleológica», que consiste en indicar un fin o propósito que teóricamente se logra con la observancia de la norma. El fin es normalmente algo valorado como deseable o bueno por quien establece la norma, y también, si es posible, por sus destinatarios, así que se puede afirmar que la justificación teleológica de las normas hace normalmente referencia a valores.

Las valoraciones también pueden ser explicadas o justificadas. ¿Por qué una persona aprueba o desaprueba algo? Se podría pensar que la respuesta típica no es teleológica, sino que hace referencia a cosas como el *gusto* («me gustan los vinos franceses»), el *hábito* («siempre lo hacía»), la *educación* («me han enseñado a hacerlo») o el deseo de *imitar* («le admiro»). Pero del mismo modo que ni la justificación más convincente de una norma la hace verdadera, tampoco ninguna justificación aceptable de una valoración puede asegurarle la verdad objetiva.

La justificación teleológica de las normas es típicamente anticipatoria («Las nuevas regulaciones harán más seguro el tráfico»), mientras que la justificación de las valoraciones hace típicamente referencia a la forma de ser y al estilo de vida de los sujetos que valoran.

9. Existe otra relación entre lo normativo y lo evaluativo que debe ser advertida. Las valoraciones que en una sociedad o comunidad son consideradas especialmente importantes, y se debe por tanto procurar que sean compartidas por el mayor número posible de miembros de la colectividad, se «elevan» algunas veces al rango de normas (por ejemplo, de deberes o prohibiciones cuyo incumplimiento o transgresión están conectados con castigos o con algún otro tipo de «sanción»). Así que en las valoraciones que se dan en una sociedad hay un embrión de orden jurídico. Un orden jurídico tiene con frecuencia su origen en el hecho de que las valoraciones «cristalizan» en normas. Esto no hace que las valoraciones sean «más verdaderas», pero les da una mayor importancia o «dignidad».

Del mismo modo que las valoraciones son expresiones de *emociones* aprobatorias o desaprobatorias, se podría decir que las normas expresan la *voluntad* (personal o impersonal) del legislador o de la autoridad normativa de que los ciudadanos sigan en su conducta unas determinadas reglas. Por lo tanto, en la vida o «naturaleza» humana las valoraciones tienen un fundamento *emotivo*, y las normas un fundamento *volitivo*. Correlativamente, se podría asimismo decir que las aserciones y descripciones están basadas en la búsqueda *cognitiva* humana del conocimiento verdadero.

En la civilización contemporánea se ha tendido a enfatizar en exceso lo cognitivo a expensas de lo emotivo y lo volitivo. Esta tendencia se ha reforzado tras los recientes desarrollos de las tecnologías de la información.

Se habla de un nuevo tipo de sociedad, la «sociedad de la información», con nuevas reglas que habremos de ajustar, y que, no obstante, nos conduce a una perspectiva del hombre unilateral y empobrecida. El hombre no es sólo un ser que *conoce*, sino que también *siente* y *tiene voluntad*. Esto es algo que ninguna antropología filosófica puede ignorar.

10. Se suelen distinguir varios *reinos* de valores (vease *supra* ep. 1. y 2.). Se habla de valores morales y estéticos, de valores políticos y sociales, de valores religiosos, etc. Sin embargo, no está muy claro lo que significa esta categorización. Estamos en otro rincón oscuro de la filosofía de los valores tradicional.

Por ejemplo, ¿son la bondad y la maldad típicos valores morales? Pienso que todos estamos de acuerdo en que «bueno» y «malo» son términos usados correctamente en numerosos contextos que nada tienen que ver con la moralidad. Por ejemplo, cuando hablamos de una «buena comida» o de una «buena cabeza». En mi libro *The Varieties of Goodness* (1963) elaboré un elenco de los usos no morales de «bueno».

De forma análoga se podría hablar de la variedad de la belleza y enumerar los usos frecuentes de la palabra «bello» que nada tienen que ver con el arte. (Confío en que alguien escriba algún día un libro con el título sugerido.)

La moralidad, el arte, la religión y la política representan muy diferentes *formas de vida* humana o de cultura. Casi todos los fenómenos que abarcan son *objetos* de valoración potencial. Ésta es su conexión con la filosofía de los valores. Un tema filosófico tradicionalmente conflictivo es el de la medida en que se pueden especificar tales formas de vida. ¿*Qué es la moral?* y ¿*qué es el arte?* son cuestiones sobre las que se ha discutido a lo largo de toda la historia de la filosofía.

Dijimos que las valoraciones son actitudes emocionales aprobatorias o desaprobatorias. Preguntémonos ahora: ¿es por ejemplo la (des)aprobación moral, como actitud emocional, diferente de la (des)aprobación estética? Estos dos tipos de *valoración* son desde luego característicamente diferentes en muchos aspectos, pero su diferencia principal se refiere a los *objetos*, y no a las *actitudes* evaluativas. Lo que es objeto de valoración moral es diferente de lo que es objeto de valoración estética; las «materias» morales son diferentes de las materias de estética. Tales diferencias se reflejan también en los típicos términos valorativos usados para valorar. En las materias morales «bueno» es más común que «bello», mientras que en las materias estéticas ocurre (quizá) al revés. Pero «bueno» se acoge también en contextos estéticos, y «bello» en contextos morales. La cuestión filosóficamente relevante concierne por tanto principalmente al criterio según el cual se trata de un *objeto* de valoración moral o de un *objeto* de valoración estética, más que al criterio según el cual se trata de un caso de (des)aprobación moral o de un caso de (des)aprobación estética.

Si se acepta esto, la distinción entre los diferentes «reinos de valores» deja de ser una distinción entre diferentes clases de valor, y pasa a ser una distinción entre diferentes tipos de objetos de valoración. Esto es lo que cuenta respecto a las diferencias entre los «reinos». Resulta engañoso llamarles reinos de *valor*, puesto que la distinción se da entre los *fenómenos*, entre los fenómenos morales, estéticos, políticos, sociales, religiosos, etc. y entre las correlativas esferas de vida humana o de cultura. Como ya se indicó, estas distinciones son problemáticas y conflictivas, y probablemente lo seguirán siendo siempre. Pero en sentido estricto no constituyen problemas de «filosofía de los valores».

11. Una última cuestión: ¿se puede decir aprobatoriamente de algo que es feo o que es malo? Evidentemente, alguien puede aprobar algo que yo desapruedo en tanto que feo o malo. Pero la cuestión es si una misma persona puede pensar que algo es feo o malo, o cruel o injusto, y aun así aprobarlo. Si esta persona habla en serio, consideraríamos verdaderamente sus valoraciones como algo «perverso». Pero, ¿en qué consistiría tal perversidad? No haría falta que *llamara* feas a las cosas bellas, ni que *llamara* injustas a las acciones justas, sino que por el contrario podría llamar malo, feo o injusto a sus objetos de evaluación positiva. Nosotros podríamos tomar sus valoraciones como

una enfermedad y podríamos tratar de cambiarlas ajustándolas a las nuestras, de modo que dejara de aprobar lo que se admite que es malo o injusto. Asumo que existen técnicas educativas para conseguir la conversión de las valoraciones.

Pero hay también otra posibilidad que debe considerarse. Si un sujeto persiste en sus valoraciones «perversas» y encuentra que muchas otras personas las comparten, esto puede empujarle a un cambio, no de evaluación sino de *vocabulario*. Estaría entonces intentando invertir los valores (*Umsturz der Werte*) más que acabar con la bondad (*Umwertung der Güter*). El acto que previamente admitía como injusto y aun así aprobaba no lo llamaría ahora «injusto», sino que por el contrario lo llamaría «justo». (E igualmente: las cosas que aprueba, pero que inicialmente había llamado «malas» –posiblemente por tener en cuenta los usos convencionales–, las llamaría ahora «buenas», y las cosas que aprobaba aun admitiendo que eran feas, las llamaría ahora «bellas»). Pero para considerar tales cambios como una inversión (*Umsturz*) y no ignorarlas como meras perversiones, deben lograr cierta aceptación social y convertirse en una forma establecida (o al menos conocida) de lenguaje evaluativo.

La crítica de Nietzsche a la moralidad cristiana representó un intento de *Umsturz*. Las cosas que habían sido desaprobadas por la cultura aristocrática precristiana como débiles y malas fueron posteriormente valoradas como fuertes y saludables por la cultura proletario-cristiana, modificando así el correspondiente vocabulario. Para Nietzsche la (re)valoración cristiana era perversa, y tenía su origen en los «resentimientos» de los perdedores. Nietzsche quería restaurar las valoraciones precristianas, y por eso llamó «débil» a lo que nosotros pensábamos que era fuerte, y llamó «malas» a las cosas que los cristianos pensaban que eran elogiadas.

Tengo la impresión –no sé si acertada o equivocada– de que algo parecido está ocurriendo actualmente en el arte moderno, tanto en las artes plásticas como en la música y en la literatura. Algunas veces me digo a mí mismo que lo bello como categoría estética central está en un proceso de sustitución por su opuesto, lo feo o repulsivo. Si esto es verdad y si los fenómenos persisten durante un largo período de tiempo, podría ocurrir que algún día no sólo cambiaran las valoraciones, todavía «perversas» para los nostálgicos, sino que cambiara también el modo de hablar de las cosas. Pero tales cambios, cuando ocurren, es más probable que se den lenta y casi imperceptiblemente, a que se implanten de una forma «revolucionaria». Son algo así como cambios de gusto reflejados en el estilo artístico, y, viceversa, cambios de estilo que producen cambios de gusto.

Creo que la revalorización de la arquitectura gótica medieval es un claro ejemplo. Tras haberse destacado lo alejada que estaba por su origen bárbaro de un sentido culto de lo bello, comenzó paulatinamente a apreciarse su elegante detallismo y a considerarse como un modelo de belleza (piénsese por ejemplo en la catedral de Chartres).

Últimas conclusiones

Concluiré haciendo otra afirmación provocativa sobre filosofía de los valores. Yo solía decir, desde luego en broma, que me gustaría fundar un movimiento purista mundial con el objetivo de suprimir los usos lingüísticos ordinarios del término «valor» en los que su significado es equivalente a «bien». Los bienes tienen una intrínseca (aunque *oblicua*) conexión con los valores en virtud del hecho de que son objetos de *valoración*. Las valoraciones se expresan en el lenguaje por medio de adjetivos evaluativos como «bueno», «bello», «justo», «simpático», etc., de cuyas formas sustantivizadas se dice que denotan valores: la bondad, la belleza, la justicia, la simpatía, etc. La ontología de los valores se convierte así en un problema para el filósofo. ¿Son los valores entidades? ¿Cuál es su modo de existencia? Yo preferiría llamarles «ficciones lingüísticas».

Traducción castellana de Carlos Alarcón Cabrera

III
DEBATES

Sobre las normas de competencia: Algunas observaciones a las tesis de Jordi Ferrer

Por ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE

Universidad de Granada

Es del todo innecesario advertir acerca de la importancia que una adecuada reconstrucción conceptual de la competencia y de las normas que la delimitan tiene para la teoría del derecho, tanto por el interés del problema en sí como por las múltiples y capitales cuestiones de la teoría del derecho que se ven implicadas en cualquier planteamiento al respecto: el carácter sistemático y dinámico de los ordenamientos jurídicos, la validez jurídica –entendida ya como legalidad ya como pertenencia a un sistema–, y en especial el papel que la competencia de los órganos encargados de la producción de normas tiene a la hora de afirmar o negar su validez, el problema de la existencia de las normas o de los órganos encargados de su producción, etcétera. Por estos motivos, la obra de Jordi Ferrer¹ que sirve de *excusa* para iniciar este debate. Su objetivo declarado, la reconstrucción desde una perspectiva analítica de la estructura y las funciones de las normas de competencia en los sistemas jurídicos, no puede menos que ser considerado como oportuno y sugerente. Estamos además ante un trabajo ambicioso al incorporar su autor el *sanísimo* compromiso metodológico (quizá ausente en otros tratamientos del tema) de no cerrar el análisis de la noción sobre sí mismo, de no limitarse a exponer teorías cuyos objetos parezcan nominalmente asimilables; antes al contrario, Ferrer declara su intención de contextualizar su estudio, de enmarcar cada aportación y cada

¹ FERRER BELTRÁN, J. *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, BOE/CEPC, 2000, Madrid.

conclusión en una red o andamiaje conceptual más amplio, donde también estarán implicados conceptos como validez, existencia de las normas, nulidad, sanción, etcétera (p. 4). Este lance es, por cierto, magistralmente sorteado por Ferrer quien es muy meticulado y preciso a la hora de hacer y deshacer todos y cada uno de los nudos de la red conceptual que teje, depurándolos conceptualmente y relatándolos con claridad y coherencia.

En la Parte Primera del libro son presentadas las dos teorías básicas a propósito de la estructura de las normas de competencia («Sobre el carácter de las normas de competencia»): la primera tesis viene siendo denominada *reductivista*, pues reduce las normas de competencia a normas de conducta, esto es, a normas que presentan algún carácter deóntico, ya sean normas que indirectamente imponen obligaciones ya sean normas que conceden permisos a las autoridades para realizar acciones normativas. La segunda tesis –la *no reductivista*– es caracterizada negativamente por el rechazo a cualquier lectura en clave deóntica de las normas de competencia y positivamente por atribuirles carácter definitorio.

Así en los capítulos I y II del libro se analizan las tesis reductivistas que asimilan a las normas de competencia a normas de conducta. Estas tesis son presentadas fundamentalmente a partir de los planteamientos al respecto de H. Kelsen, si bien se incorporan también la concepción sobre las normas de competencia de G. H. von Wright, considerado también un *clásico* de la concepción permisivista y la propuesta teórica de C. E. Alchourrón y E. Bulygin quienes, inicialmente, también consideraron a las normas de competencia como normas de conducta, en concreto, normas que permiten introducir nuevas normas en el sistema.

En el capítulo III Ferrer nos presenta diversas teorías no reductivistas, en concreto analiza las tesis de H. L. A. Hart para quien las normas de competencia serían normas secundarias, es decir, reglas cuyo objeto está constituido por otras reglas y también la propuesta de Alf Ross, quien, en la lectura de Ferrer, consideraría a las normas de competencia como disposiciones útiles para identificar las normas de conducta que establecen directamente obligaciones. En la misma línea se manifestaría la teoría elaborada por Alchourrón y Bulygin a partir de su trabajo «Definiciones y normas»², cuando, tras rechazar las anteriores lecturas permisivistas de las normas de competencia, pasarán a concebirlas como reglas conceptuales o determinativas, es decir, definiciones. Concluye la revisión de las teorías no reductivistas con el estudio de la propuesta de M. Atienza y J. Ruiz Manero a propósito de las normas de competencia.

² ALCHOURRÓN C. E y BULYGIN, E., *Análisis lógico y derecho*, CEC, Madrid, 1991. Original publicado en *El Lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió* de Bulygin, E., Farrel, D., Nino, C. y Rabossi, E. (comp.) Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

La Segunda Parte de la obra contiene la propuesta personal de Jordi Ferrer: una original e interesante teoría no reductivista.

Una de las primeras y gratas sorpresas la encontramos en la pretensión de Ferrer de no eludir una demarcación precisa de la referencia de la expresión «normas de competencia». Un propósito este que resulta muy loable, pues no son infrecuentes los estudios de la noción en los que no se precisa nítidamente su referencia o bien que aportan ejemplos y supuestos difícilmente referibles a un mismo marco conceptual. La demarcación precisa de la referencia de la expresión «normas de competencia» la lleva a cabo Ferrer considerando dos elementos tenidos como característicos de este tipo de normas: el elemento personal u órgano competente y el elemento material u objeto sobre el que versa la competencia. La referencia de la noción *normas de competencia* quedaría así circunscrita a aquellas «reglas que atribuyen a determinados individuos la capacidad de crear normas válidas (según el sistema de referencia) o de realizar actos jurídicos válidos (según ese mismo sistema)» (pp. 125-126).

Otro mérito conexo a este afán de Ferrer por delimitar conceptualmente la referencia de la expresión «normas de competencia» es su esfuerzo por distinguir con claridad entre las reglas que «indican cómo debe actuar ese órgano para realizar actos jurídicos válidos o emitir normas jurídicas válidas» y las normas que «establecen meras obligaciones, sin que su cumplimiento tenga ninguna incidencia en la validez de los actos que se realicen o de las normas que se dicten» (p. 128). Las normas de competencia serían normas del primer tipo; el segundo, sin embargo, alude claramente a las normas de conducta referidas al órgano jurídico y cuyo *incumplimiento* podrá acarrear la imposición de algún género de sanción (excluida expresamente la posible nulidad de los actos jurídicos llevados a cabo por el órgano). Éstas son normas primarias y sanamente, a mi juicio, han quedado desplazadas del análisis del problema de las normas de competencia. Efectivamente, el incumplimiento de la norma que *obliga al juez a no dictar resoluciones injustas a sabiendas* podrá suponer la imposición al magistrado de una sanción de inhabilitación, multa o cualquier otra, pero esta norma ha de ser conceptualmente distinguida de las diversas normas en que se manifiesta la obligación de resolver conforme a derecho de un singular órgano y cuyo no seguimiento conllevará la nulidad o invalidez de la disposición adoptada pero no la sanción al sujeto o sujetos integrantes del órgano en cuestión. Hay sobre esta cuestión, no obstante, algún área de oscuridad: así cuando Ferrer parece rechazar que las prohibiciones u obligaciones vinculadas al *lex superior* puedan actuar como normas sobre la producción jurídica, pues en algún momento —en la página 157 del libro de Ferrer— parecen quedar circunscritas a prescripciones en sentido estricto cuyo incumplimiento podrá dar lugar a la sanción del infractor pero no a la nulidad de sus actos jurídicos. No quedaría del todo dilucidado, por tanto, si estas normas vinculadas al *lex superior* son condiciones de

actualización de la competencia, tesis que considero correcta y coherente con el planteamiento del Ferrer o si, por el contrario, son «normas de conducta acerca del ejercicio de la competencia», interpretación esta posible, si bien, quizás por contradictoria con el resto de los planteamientos de Ferrer, debiera ser rechazada.

A partir de estas operaciones teóricas preliminares creo que es posible reconstruir las tesis de Ferrer a partir de tres ideas básicas: *a)* el análisis de la competencia como propiedad disposicional institucional; *b)* el rediseño de las relaciones de normas de competencia con las de procedimiento y con otros tipos de normas que actúan como condiciones de actualización de la competencia, como sería el caso de las normas de orden superior; y, por último, *c)* el papel de la competencia en tanto que condición de validez de las normas jurídicas.

a) La competencia es analizada por Ferrer como una propiedad asignada por una norma a un concreto órgano, esto es, como una propiedad disposicional institucional por depender de la existencia de reglas (pp. 129-143). Normas de competencia serán entonces aquellas «reglas que atribuyen a un determinado sujeto *s* la propiedad de “ser competente” para realizar un determinado acto jurídico *a* sobre una materia *m*» (p. 127).

b) Mención expresa merece la distinción entre la noción de competencia y la de *condiciones de actualización de la competencia*. Este recurso permite a Ferrer abordar con éxito el espinoso problema de las relaciones entre competencia y procedimiento: al considerar a la competencia como una propiedad disposicional de ciertos órganos, las exigencias derivadas de las reglas de procedimiento pasan a actuar como condiciones de actualización de competencia, pero, en ningún caso, como elementos necesarios para la definición del órgano competente. Algo similar ocurre con las limitaciones al contenido de las normas establecidas en normas de rango superior: éstas son también condiciones de actualización de la competencia, sin que la vulneración puntual de lo dispuesto en alguna de esas normas afecte a la consideración de la autoridad *infractora* como órgano competente. En suma, una cosa sería la cuestión *qué sujeto puede llevar a cabo un determinado acto o producir un cierto resultado institucional* y otra muy distinta la de *cómo se produce* o también la de *qué contenido puede –o no puede– tener dicho acto*. Es, sin duda, mérito del autor de este libro el haber distinguido entre estas tres cuestiones y también el haber mantenido con nitidez la distinción a lo largo de la obra.

c) La propiedad institucional *ser competente* de los órganos encargados de la producción de normas actúa como condición necesaria de la validez de la producción jurídica ejecutada. No es, sin embargo, condición suficiente de validez, pues para ello habría que tomar en consideración también a las normas referidas a la actualización de la competencia, esto es, las normas de procedimiento y las que se deriven de la aplicación del principio *lex superior*. La posesión de la propiedad y la verificación cabal de todas y cada una de las condiciones de actualización de la competencia sí que actúan como condiciones conjuntamente necesarias y suficientes de validez.

Como ya advertía, el análisis de la competencia y de las normas de competencia elaborado por Ferrer es interesante y enriquecedor. Sin embargo, a mi juicio, al final quedan en pie algunas zonas de incertidumbre, justificables en todo caso a la vista de lo ambicioso de los objetivos que inicialmente se marcó mi interlocutor. Quizá habría que tener en cuenta que las dimensiones de una propuesta ambiciosa, como ésta, se miden, sin duda, por la cantidad de problemas que inaugure y no tanto por *cierres estipulativos* de todas y cada una de las cuestiones abordadas. No obstante, no descarto que la causa de algunos –e incluso todos– de los problemas que voy a comentar a continuación me sea imputable en tanto que *mal lector* del libro de Ferrer.

Mis consideraciones apuntan a ese intrincado nudo de la *red* en el que se encuentran conceptos como competencia, validez y existencia. En este sentido articularé mis comentarios entorno a los siguientes aspectos:

- 1) La naturaleza de los actos llevados a cabo en ejercicio de la competencia.
- 2) La relación entre las condiciones necesarias y/o suficientes para poder hablar de órgano competente y el carácter de los actos llevados a cabo por este órgano.
- 3) La estructura de las normas de competencia y su relación con el problema de la existencia de los actos o normas jurídicas.

1) La competencia es definida por Ferrer como la «capacidad atribuida por reglas de un determinado sistema jurídico S_j, de producir actos jurídicos válidos de acuerdo con ese mismo sistema S_j» (p. 130). La referencia a «actos jurídicos válidos» resulta perturbadora porque la validez de un acto, según el propio Ferrer, se sustancia en su legalidad y ésta obviamente comprende también el seguimiento de las normas de procedimiento y de las relevantes en función del principio *lex superior*. Dicho claramente, mientras que la competencia es la capacidad de crear actos jurídicos según el procedimiento establecido –¿de qué otro modo llegarían a ser válidos?–, las normas de competencia se definen con exclusión expresa de las normas procedimentales haciendo referencia apenas al órgano y a la materia sobre la que aquél es declarado competente. Una definición de competencia coherente con la previa definición de normas de competencia quizá tendría que haber obviado cualquier referencia a la «validez» y –en la línea de los *actos correctos* o simplemente *jurídicos* a que se refiere Hernández Marín³– preconizado algo así como que competencia es la capacidad de ciertos órganos de crear actos jurídicos –sin más– sobre determinadas materias según las reglas de un sistema jurídico S_j.

³ Vid. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 310.

2) Otro espinoso asunto es el análisis de las condiciones necesarias y/o suficientes de *existencia* de los órganos jurídicos encargados de la producción jurídica y su relación con las condiciones –necesarias y/o suficientes– de validez o legalidad de los actos producidos por aquellos órganos. La definición o precisión de las condiciones de mera existencia de órganos o actos jurídicos es un asunto espinoso y difícil, en parte dada su condición de problema de *frontera* entre la teoría del derecho y otros análisis marcadamente sociológicos, con lo que ni los tratamientos puramente normativos ni otros de corte empírico nos satisfacen plenamente.

En todo caso, se hecha en falta un pronunciamiento preciso a propósito del problema de las condiciones suficientes o necesarias para entender constituido a un determinado órgano jurídico. Bien es verdad que el tema no es central, esto es, que no afecta a la condición de *órgano competente* según la propuesta de Ferrer pues ésta depende de la existencia de una norma atributiva de competencia; pero no es menos cierto que la noción de *existencia* tal y como está siendo manejada ahora parece ser uno de esos nudos o conceptos clave en el diseño de la red conceptual en la que Ferrer quiere abordar y explicar los problemas de la competencia y las norma de competencia. También el recurso frecuente a nociones como las de *órgano a secas* y *órgano competente* e incluso *órgano actuando conforme a todas las normas, incluidas las procedimentales, vinculadas con la producción jurídica* justificaría un pronunciamiento sobre el problema que nos ocupa.

Pero veamos cómo sería posible reconstruir la postura de Ferrer sobre este asunto. Ya señalé que Ferrer rechaza la asimilación del *órgano competente* al *órgano que actúa válidamente*. Lo hace en algún momento de un modo muy ilustrativo al discriminar entre cuatro situaciones diversas referidas a una reunión de unos parlamentarios que podría desarrollarse de los siguiente modos:

- a) al margen de las normas relativas a la constitución de las sesiones del Congreso de los Diputados, aunque luego los parlamentarios actúan conforme al procedimiento legislativo establecido y proceden a *dictar una ley*;
- b) nuevamente al margen de las normas referidas a la constitución del Congreso, si bien a continuación ni siquiera se sigue el procedimiento establecido a la hora de proceder al *dictado de la norma*;
- c) según las normas sobre la convocatoria y constitución del Congreso y actuando a continuación los Diputados conforme al procedimiento establecido para dictar leyes;
- d) y, por último, esa misma reunión de diputados debidamente constituidos como Congreso si bien en este caso no actúan conforme a las normas del procedimiento establecidas para dictar válidamente leyes.

Ferrer da por sentado que en el supuesto c) se «emitido una ley válida de acuerdo al sistema jurídico español»; en este caso el órgano actúa

válidamente, lo que, dicho sea de paso, presupone su competencia. Poco se puede añadir, salvo una pequeña matización: si suponemos que una norma sólo habrá sido válidamente emitida cuando se hayan respetado escrupulosamente todas y cada una de las condiciones de actualización de la competencia y, que por tanto, éstas actúan conjuntamente como condiciones necesarias y suficientes de validez ¿no sería un tanto precipitado decir que la debida constitución de un órgano como tal y el cumplimiento de las normas relativas al procedimiento para producir nuevas normas tienen como efecto inmediato la producción de una norma válida? Tengo la impresión de que estamos ante una cuestión puramente terminológica que se solventa diferenciando entre dos afirmaciones básicas referidas a la situación descrita: una cosa sería decir que «se ha emitido válidamente un ley» (lo ocurrido y correcto para describir el caso c) y otra distinta que «se ha emitido una ley válida» (lo que Ferrer dice en la página 128). En «emisión válida de una ley» «válida» adjetiva a «emisión» y no a «ley»; esta situación se verificaría cuando el acto de promulgación de una ley se ha llevado a cabo por el órgano competente y según el procedimiento previsto, sin considerar otros factores, como el contenido del documento promulgado, por ejemplo. Si el contenido del texto promulgado es o no es compatible con las determinaciones de las normas de orden superior, es una cuestión bien distinta y que se expresa mediante la segunda afirmación referida, donde «válida» va referido a «ley» y no a «emisión». De este modo discriminaríamos entre las condiciones de validez del acto de emisión de la norma donde tendrían cabida los requisitos de carácter procedimental y los relativos a la constitución del órgano jurídico como tal y, de otro lado, los requisitos que afectan al contenido de la norma y a su correspondencia o no contradicción con el del otras normas del sistema que actúen como condicionantes materiales de su validez.

Pero volvamos al problema de la existencia de los órganos jurídicos encargados de la producción de normas. A estos efectos, los supuestos interesantes son los otros tres, esto es, los a), b) y d). Ferrer, acertadamente a mi juicio, se niega a asimilar los casos a) y b) al d), por el sencillo motivo de que a su juicio mientras que «en los supuestos a) y b) no se diría siquiera que el Congreso de los Diputados se ha reunido, de modo que lo realizado en esos casos no sobrepasa el nivel de las actuaciones puramente particulares», en el último caso «sí puede decirse que el Congreso estaba debidamente reunido, de modo que en algún sentido, sus actuaciones eran *oficiales*» (p. 128).

Y ¿cuáles son las condiciones necesarias para poder afirmar que estamos en presencia de un órgano jurídico de alguna clase (un Congreso, un Tribunal, el Pleno de un Ayuntamiento, etc.) o que estamos ante un *órgano oficial*? Ferrer parece considerar que el cumplimiento de «algunas reglas habitualmente llamadas procesales son constitutivas del propio órgano» y que cuando se sigue lo dispuesto en estas reglas «el Congreso estaba debidamente reunido, de modo que en algún sentido, sus actuaciones eran *oficiales*».

Llama la atención poderosamente el recurso al término «debidamente» porque no sé si es empleado como sinónimo de «válidamente» o, al contrario, es empleado *deliberadamente* con la intención de evitar la utilización de esa segunda expresión, esto es, de «válidamente». Cabría preguntarse entonces lo siguiente: si un «órgano válidamente constituido» es aquél que cuya convocatoria y constitución ha sido absolutamente escrupulosa con las normas al respecto sobre el procedimiento establecido —a esto apuntaría, creo, la expresión «válidamente constituido»—, ¿qué diferencias hay —si es que hay alguna— entre este órgano y el órgano debidamente constituido?

Para ilustrar la pregunta, consideremos estas tres diferentes variantes en el ejemplo que formula Ferrer:

- e) Un grupo de parlamentarios, previa su convocatoria en la que se han seguido todas y cada una de las reglas establecidas, se reúne y da curso a ciertas iniciativas legislativas.
- f) Un grupo de parlamentarios, previa su convocatoria en la que se han seguido todas y cada una de las reglas establecidas salvo la que establece que los diputados serán citados con diez días de antelación a la convocatoria, pues dos o tres de ellos resultaron citados apenas siete o seis días antes de la fecha marcada, se reúnen y dan curso a ciertas iniciativas legislativas.
- g) Un grupo de parlamentarios se reúnen en una playa sin previa convocatoria ni orden del día y allí mismo deciden dar curso a ciertas iniciativas legislativas de sus miembros.

Supongo que Ferrer estará de acuerdo conmigo en que ninguna de las dos últimas convocatorias fue *válida*, esto es, en ambas se produjo alguna desviación respecto a las normas relativas a la *válida constitución del Congreso* lo que nos permite precisamente hablar de *invalidéz*. Ahora bien ¿es correcto asimilar la situación f) a la g) y contraponerlas a la e)? Creo que no, pues mientras que en f) —como en e)— tendría sentido hablar del *Congreso*, en g) creo que no. Nuevamente abuso de la paciencia de Ferrer y le pregunto: ¿hay entre f) y g) alguna diferencia conceptualmente relevante?, ¿y algún parecido de esa misma clase entre f) y g)? y finalmente, ¿es f) un caso de órgano *debidamente reunido* al que él alude?

Si la respuesta a la última pregunta formulada es positiva y las distinciones previas son juzgadas como relevantes, quizá hubiera sido preciso indicar, aun genéricamente, qué naturaleza tienen las condiciones necesarias y suficientes de la *debida* constitución de los órganos que parecen actuar como condiciones mínimas de existencia del órgano y que parecen ser distintas de las condiciones *necesarias y suficientes de su válida constitución*.

Como dije Ferrer consideraría que «algunas de las reglas habitualmente llamadas procesales son constitutivas del propio órgano» (p. 128). Sin embargo, se echa en falta una delimitación mayor y algún pronunciamiento acerca de la naturaleza de estas reglas, quizá

al modo de A. G. Conte⁴ señalando que son aquellas que nos permiten pensar, concebir o percibir al órgano como tal. También me inclino a pensar que la naturaleza última de este tipo de reglas es social, esto es, que están en relación con las creencias y actitudes de los sujetos de un grupo social determinado –al modo de las normas vigentes a las que se refieren Moreso y Navarro⁵, esto es, aquéllas que un grupo de sujetos de una sociedad determinada *crea* que son normas jurídicas y reconoce que tienen que ser tenidas en cuenta por funcionarios y particulares– y no tanto con parámetros o estándares fijados en normas a modo de condiciones necesarias y/o suficientes de existencia de los órganos jurídicos. Esta solución nos coloca ante una auténtica encrucijada conceptual, pues así las cosas el grado de rigor de la *debida constitución* de un órgano podría variar en función, por ejemplo, de la mayor o menor estabilidad del sistema político vinculado al ordenamiento jurídico que nos sirva de referencia. Esto supondría aceptar que es difícil, sino imposible, encerrar a las condiciones en una formulación canónica mínima, pero en todo caso, creo que por este motivo no quedamos eximidos de la necesidad de abordar el asunto.

3) Estas últimas consideraciones condicionan también el diseño final del carácter y estructura de las normas de competencia de la propuesta de Ferrer quien recurre a la tipología desarrollada por A. G. Conte y asigna a las normas de competencia la estructura de reglas noético-constitutivas: son, por tanto, condición necesaria y suficiente de aquello sobre lo que versan. El objeto sobre el que versan (y que constituyen) las normas de competencia es la posesión de la propiedad disposicional «ser competente» o, dicho de otro modo, el objeto a que se refieren (o que constituyen) las reglas (noético-constitutivas) de competencia es al *órgano competente*, algo distinto, como hemos visto, del *órgano a secas* (¿o debidamente constituido?) y también del *órgano que dicta normas válidas*⁶.

Efectivamente veíamos que la existencia del *órgano a secas* dependía de sus propias reglas constitutivas o quizá de las reglas precisas para poder considerar que quedó *debidamente* (¿o válidamente?) convocado en la versión de Ferrer. Del otro lado, la validez de los actos del órgano depende, no sólo de que éste tenga atribuida por una norma la propiedad disposicional institucional *ser competente*, sino también de que se cumplan las condiciones de actualización de la competencia para cada caso concreto de ejercicio de la misma, esto es, que la emi-

⁴ Vid, por ejemplo, CONTE A. G. «Regole costitutive, condizione, antinomia» en Scarpelli, U. *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenza attuale*, Edizioni di Comunità, Milán, 1983.

⁵ Vid. MORESO J. J. y NAVARRO P., *Orden jurídico y sistema jurídico*, CEC, Madrid, 1993, p. 112.

⁶ Como hemos visto aún sería posible matizar un poco más y diferenciar a éste del *órgano que emite válidamente normas*, sin que, sin embargo, las normas emitidas sean válidas. Por motivos de simplicidad en la exposición prescindiré de esta última distinción.

sión del acto en cuestión se sigan las reglas de procedimiento establecidas y que el contenido de la norma emitida no sea incompatible con el de otras normas superiores del sistema.

El esquema es globalmente coherente aunque, a mi juicio quizá sea *innecesariamente* complicado. Pero veamos el por qué de esta supuesta complicación.

Creo que no resultará atrevido aventurar que uno de los principales objetivos que han movido a Ferrer a reconstruir la estructura y el carácter de las normas de competencia a partir de la noción de propiedad institucional *ser competente*, ha sido la de dar estabilidad a la noción misma de competencia y de órgano competente. Acertadamente, a mi entender, Ferrer ha considerado contraintuitivas los análisis teóricos del problema de la competencia propuestos por autores como Alchourrón y Bulygin por incluir a las condiciones de actualización de la competencia –reglas procedimentales y límites derivados del principio *lex superior*– en la definición de competencia y a ésta en la noción misma de órgano jurídico. Ferrer ha impugnado con argumentos convincentes las dos asimilaciones: un órgano competente que actúa de un modo procedimentalmente irregular o que dicta una norma cuyo contenido es contrario al de otra norma superior perteneciente al sistema jurídico de referencia, no ha de dejar de ser considerado por ese simple motivo *órgano competente* ni, por supuesto, tampoco *órgano jurídico*. El Congreso de los Diputados debidamente constituido actúa *oficialmente*, i.e. como Congreso, incluso cuando al actuar infringe alguna de las normas previstas en su reglamento para la promulgación de las leyes y, por este mero hecho, ni puede ser considerado una mera reunión privada de parlamentarios ni el resultado de su actividad asimilado a un texto elaborado por unos alumnos de prácticas de alguna asignatura de la licenciatura en derecho de alguna universidad.

Sin embargo, me pregunto si el recurso a la noción de propiedad disposicional institucional y a la consideración de las normas de competencia como reglas noético-constitutivas era la única vía para alcanzar ese objetivo y superar esas contraintuitivas conclusiones o, en cualquier caso, si es la vía más simple para hacerlo.

Creo que es posible sortear las no del todo satisfactorias conclusiones de reconstrucciones como las de Alchourrón y Bulygin y, de otro lado, articular una propuesta a propósito de las normas de competencia estructuralmente más simple que la de Ferrer, aunque no estoy del todo seguro, dada la complejidad del tema que nos ocupa, que esto pueda llegar a ser una ventaja. A la hora de elaborar una alternativa, yo partiría de la tipología de normas sobre la producción jurídica de R. Guastini⁷ y distinguiría los siguientes tipos de normas:

⁷ Por ejemplo en *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Milán, 1995, p. 136 ss. o en *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 309-311.

a) Reglas que confieren poderes que son las que adscriben a un determinado sujeto poder para la creación de un tipo de norma o fuente legal específica identificada con su correspondiente *nomen iuris*, como por ejemplo, la que podría extraerse del artículo 66 CE que confiere poder a las Cortes Generales para el ejercicio de la potestad legislativa, esto es, le confiere poder para producir un tipo de fuente específica denominada *ley*.

b) Reglas de procedimiento que regulan el modo de ejercicio de un poder conferido. Sería el caso de las que establecen cómo han de guiarse las Cortes Generales para producir *leyes* y valen como ejemplo las del Capítulo Segundo del Título III de la Constitución española.

c) Reglas que singularizan o determinan qué tipo de asuntos o qué materia habrá de ser regulada por un órgano específico. Los artículos 148 y 149 de la Constitución española son un ejemplo paradigmático de este tipo de reglas.

d) Reglas que reservan una competencia normativa o reglas que reservan para una determinada materia o asuntos una específica fuente legal, en el sentido de que ninguna otra fuente es adecuada para regular ese asunto y, además, que mediante la fuente legal afectada no es posible realizar delegación para regular el asunto de que se trate mediante cualquier otra fuente distinta. Un buen ejemplo sería el caso del artículo 53 CE que establece reserva de ley para regular el ejercicio de ciertos derechos y libertades: así las cosas, y prescindiendo de otras consideraciones, sólo los órganos a los que se hubiera atribuido poder para producir *leyes* podrían pretender regular el ejercicio de tales derechos y habrían de hacerlo precisamente mediante leyes y no mediante el recurso a alguna otra fuente cuyo poder de producción también les hubiera sido conferido.

e) Por último, reglas que limitan el contenido de una competencia normativa, esto es, reglas que *ordenan* o *prohíben*⁸ a un poder normativo dar a las normas un específico contenido. Así y según el artículo 53.1 CE ni siquiera las Cortes Generales, en el marco de su competencia y mediante una ley, podrían afectar al contenido esencial de ciertos derechos y libertades, contenido que actúa como un límite material al ejercicio de su poder en el marco de su propia competencia.

Mi propuesta⁹ es considerar a las primeras reglas aludidas reglas constitutivas y a las restantes reglas anankántico-constitutivas. Las reglas que confieren poderes, en tanto que normas que confieren poder a un órgano para producir un tipo específico de fuente, actuarían entonces como condiciones necesarias de existencia de esa precisa fuente, luego, en este sentido, son las reglas constitutivas de las

⁸ Lo correcto quizá fuera sería decir *que establecen que tal o cual contenido valdrá como condición necesaria de validez o suficiente de invalidez*.

⁹ La he desarrollado en «Reglas de competencia y existencia de las normas jurídicas» en *DOXA* núm. 22 (1999).

leyes, las sentencias, etc. Por poner un ejemplo simple, la regla «se confiere poder (exclusivo) al parlamento para la producción de leyes» sería entonces equivalente a la regla «(sólo) las decisiones del parlamento cuentan como leyes» –que a su vez no es sino una formulación de la conocida «*X cuenta como Y*»– y en ambos casos estaríamos en presencia de la regla constitutiva del tipo de fuente «ley» pues la regla misma *es* la condición necesaria de concebibilidad, pensabilidad y posibilidad de aquello a lo que se refiere ya que, en este caso, la ley ni es posible ni puede ser pensada o concebida como decisión de un órgano distinto del parlamento en cuestión. La vinculación del tipo de fuente con el órgano al que se confirió el correspondiente poder puede llegar muy fuerte, hasta el punto de alcanzar niveles definitorios. Así el haber recibido poder para producir un tipo de fuente de alcance general, a la que normalmente se la conoce como *ley*, no es sino un rasgo de la definición de una clase, más o menos constante, de órganos a los que se denomina *órganos legislativos*. En este sentido estas reglas son también constitutivas del órgano en cuestión.

En cuando a las restantes reglas, a saber, las reglas de procedimiento constitutivas, las de competencia, las de reserva y las *de contenido*, son reglas que condicionan si una fuente jurídica o tipo de norma –por ejemplo, una ley o una sentencia– puede alcanzar un determinado valor, en concreto, el de *ser válida*, esto es, el *haber sido regular o legalmente producida*. Por este motivo, la actuación fuera del marco diseñado por cualquiera de estas normas no llega a afectar a la existencia de la fuente como tal, sino a su validez. De ahí que puedan ser consideradas reglas anankástico-constitutivas, esto es, reglas que *ponen* condiciones necesarias de validez a normas o actos cuya existencia depende ya de sus propias reglas constitutivas.

En este análisis, como el de Ferrer, la competencia en ambos casos no pasa de ser una relación normativa entre un asunto o materia y un órgano¹⁰. Ambos analizan separadamente a la cuestión de la competencia de otras naturaleza bien diversa como son el procedimiento o los límites materiales al contenido de una norma que vinieran establecidos en normas de rango superior. Y, por último, en él también, como en el caso del de Ferrer, la competencia no pasa de ser una condición necesaria pero no suficiente de validez.

Ahora bien, hay un lectura distinta para el nudo de la red conceptual en que se encuentran competencia/validez, una por cada marco conceptual presentado: para Ferrer que un órgano quede investido con la propiedad disposicional institucional *ser competente* en virtud de una norma de competencia, no es sino una de las tres condiciones conjuntamente necesarias para considerar válidos a las normas producidas por ese órgano (las otras dos, recordemos, cumplimiento del

¹⁰ Quizá con un matiz diferencial que analizaré a continuación.

procedimiento y no incompatibilidad con normas de orden superior). Según el modelo alternativo que ahora presento, cuando un órgano que dicta una norma ha respetado todas y cada una de las condiciones puestas por las normas sobre la producción jurídica que le afectan, incluidas las de competencia, habrá dictado una norma válida.

¿Qué lectura es la correcta? No creo que tenga sentido hablar de corrección o incorrección en este caso. Los parámetros son otros: utilidad, claridad, etc. Desde esta óptica me atrevo a sugerir dos ventajas de mi alternativa frente a la de Ferrer.

En primer lugar creo que toma nota de la distinción entre poder para dictar un tipo de fuente jurídica concreta y competencia para regular una materia o asunto específico. En este sentido, imaginemos estas dos situaciones en cierto modo extremas, pero quizá por ello muy clarificadoras:

a) El Congreso de los Diputados aprueba documento denominado «sentencia» en el que se declara la inocencia de un sujeto imputado criminalmente por ciertos delitos y se le exonera de toda responsabilidad criminal.

b) El Congreso de los Diputados aprueba documento denominado «ley» en el que se declara la inocencia de un sujeto imputado criminalmente por ciertos delitos y se le exonera de toda responsabilidad criminal.

Al margen de la quiebra institucional a que pudiera llevar cualquiera de estas dos situaciones, hay algunas diferencias singulares entre ambas: pocos juristas, o ninguno, estarían dispuestos a reconocer al documento del Congreso del primer caso propuesto como una «sentencia»; tampoco creo que nadie disertara en las páginas de opinión de la prensa acerca de *que recurso formular contra la «sentencia» o ante qué órgano correspondería hacerlo*. El segundo supuesto, sin dejar de ser extravagante, sin embargo me parece matizadamente distinto: ¿no tendría algún sentido hablar en el segundo caso de conflicto de *competencias* entre poder legislativo y judicial o de *inconstitucionalidad* manifiesta de la *ley* y, por tanto, de la necesidad de su inmediata depuración por parte del Tribunal de Conflictos correspondiente o por el Tribunal Constitucional? En este segundo caso se discutiría, desde luego, no el poder del Congreso de dictar leyes —tan indiscutible como lo es el que no ostenta poder para producir sentencias—, sino su competencia para dictarlas sobre ese concreto asunto por ser materialmente jurisdiccional.

La explicación de este matiz es bien simple según el modelo de normas sobre la producción jurídica recién expuesto: lo *vulnerado* en el primer caso por el Congreso fue la regla que confiere poder en exclusiva a los jueces y tribunales para producir «sentencias»; en el segundo caso, el Congreso se atuvo a la norma que le confiere poder para producir leyes, si bien vulneró la norma que atribuye a los jueces competencia para declarar la responsabilidad por hechos criminales y

para hacer ejecutar las resoluciones penales¹¹. De ahí que en el primer caso el efecto del acto de *vulneración* sea la inexistencia de la fuente como tal –sería absurdo afirmar que estamos ante una sentencia–, mientras que en el segundo el efecto sea bien distinto: de un lado, el reconocimiento de la fuente como tal y al tiempo la afirmación clamorosa de su invalidez. Sin embargo, según la propuesta de Ferrer en ambos casos el Congreso habría actuado al margen de su competencia, con lo que las diferencias entre uno y otro quedarían sin explicar: así creo deducirlo de la nota 267 de su libro en la que asimila la norma que «constituye a las Cortes en competentes para emitir leyes» con las normas que establecen que materias han de regularse por ley, es decir, asimila la relación órgano/fuente a la relación órgano/materia y las refiere ambas a un mismo tipo de norma, las normas de competencia.

Por último creo que el modelo alternativo expuesto es estructuralmente más simple. En el esquema de Ferrer a la hora de analizar la validez de una norma jurídica habríamos de considerar tres estructuras distintas para las normas sobre la producción jurídica: las (eidético–) constitutivas referidas a la (*¿debid*?) constitución del órgano, las noético-constitutivas para las normas de competencia que actúan como condición necesaria y suficiente de la posesión de la propiedad disposicional «ser competente» y, por último, las reglas anankástico-constitutivas para las condiciones de actualización de la competencia, que serían condiciones necesarias de validez. En el modelo que propongo como alternativo sólo precisamos dos estructuras básicas: las reglas (eidético–) constitutivas que valen para dar cuenta tanto de las condiciones necesarias y suficientes de existencia del órgano en cuestión¹² y, en segundo lugar, las anakánstico-constitutivas para las condiciones necesarias de validez de acto o norma en cuestión, incluyendo las cuestiones de competencia, las procedimentales, las reservas y los condicionantes de contenido de rango superior.

Finalmente, sólo decir que mantengo viva la amarga sensación de haber abusado de la paciencia y la generosidad de mi interlocutor. Me alivia, no obstante, tener la certeza de que el modo en que resuelve las cuestiones abordadas en su obra, acreditan sobradamente su *competencia* para encarar con facilidad y soltura las consideraciones que he comentado, aliviando de ese modo la intensidad del sabor de la sensación a la que me refería.

¹¹ Mediante alguno de los tipos de fuente para cuya producción se les ha conferido el correspondiente poder, esto es, sentencias, autos y providencias por la correspondiente regla que confiere poder.

¹² Y paralelamente del tipo de fuente de que se trate, asunto este no muy claro en la propuesta de Ferrer.

De nuevo sobre las normas de competencia: Una réplica a Antonio Manuel Peña

Por JORDI FERRER BELTRÁN

Universidad de Girona

Si la calidad de un libro se pudiera medir por la calidad de los comentarios que merece, cosa que desgraciadamente sería al menos exagerado, yo debería estar tremendamente satisfecho. Este es el caso del trabajo antecedente de Antonio M. Peña. Aunque modestamente insiste en sus páginas en la posibilidad de haber realizado una deficiente lectura de mi libro *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica* (Madrid: CEPC-BOE, 2000), debo decir que tanto la comprensión que muestra de las tesis que allí defendí como las observaciones críticas que formula muestran su buen conocimiento del tema debatido y son una incitación clara a seguir pensando.

En cualquier caso, agradezco a Peña, y también al director del Anuario, Javier de Lucas, la oportunidad que me brindan para debatir un tema que me ha ocupado por mucho tiempo y para aclarar algunos aspectos que, con seguridad, desarrollé insuficientemente en el libro que sirve de excusa para este debate.

La presentación que Peña realiza de las tesis principales que sostengo en mi libro tiene el mérito nada desdeñable de ser fiel al objeto presentado. Por ello, no diré nada al respecto. Mis comentarios se centrarán, por tanto, en las observaciones críticas que se formulan en su trabajo.

Una respuesta intuitiva a la pregunta sobre qué son las normas de competencia podría ser simplemente: aquéllas normas que conceden o atribuyen competencias a las autoridades jurídicas. Si esta respuesta tiene algo que valga la pena ser rescatado es, a mi entender, que pone el acento en un aspecto que creo importante: un análisis satisfactorio

de las normas de competencia debe partir necesariamente de un análisis previo de la noción de competencia. Así, deberá responderse previamente a la pregunta ¿qué significa que alguien, un órgano, una autoridad, es competente?

En mi opinión, la competencia puede definirse como la capacidad, atribuida por reglas de un determinado sistema jurídico Sj, de producir actos jurídicos válidos de acuerdo con ese mismo sistema Sj. Esta definición conlleva por sí misma algunas consecuencias importantes. En primer lugar, supone que la competencia es siempre relativa a un determinado sistema jurídico. Además, es también relativa en un segundo sentido: lo es respecto de actos jurídicos específicos determinados por las reglas que confieren la competencia. Así, un sujeto no es competente sin más, lo es sólo para realizar algún o algunos actos jurídicos. En tercer lugar, se aprecia que la competencia tiene que ver con las posibilidades de actuación de los sujetos. En ese sentido, cuando se concede a un sujeto una competencia se amplían sus posibilidades de actuación, haciendo que a partir de ese momento esté a su alcance la obtención de resultados institucionales que previamente no podía conseguir, i.e., la promulgación de una ley, el dictado de una sentencia, etc. Esto no supone que con anterioridad a la atribución de la competencia no pudiera realizar las mismas acciones que puede realizar posteriormente (redactar un texto titulado «sentencia», etc.). Lo que cambia es el resultado institucional de esas acciones: a partir del momento en que el sujeto tiene atribuida la competencia, sus acciones (algunas de ellas) pueden producir resultados institucionales en el sistema jurídico de que se trate que antes no podía producir.

Ahora bien, una cosa es que se disponga de la capacidad de realizar actos jurídicos válidos (o de dictar normas jurídicas válidas) de acuerdo con un sistema jurídico determinado y otra muy distinta es que ello pueda realizarse de cualquier manera. Así, resulta relevante responder a la pregunta sobre el *cómo* puede ejercerse la competencia, en otras palabras, qué acciones deben llevarse a cabo para que se produzca el resultado institucional en cuestión.

En el libro analizo la capacidad, esto es, la competencia, en términos de propiedad disposicional institucional (*vid.* p. 129 ss.; si no se indica lo contrario, todas las páginas citadas hacen referencia a ese libro). Dado que Peña no discute en su trabajo este punto directamente, no insistiré más en ello. Las acciones que deben realizarse y los contenidos que éstas pueden o deben tener para que se produzca efectivamente el resultado institucional previsto (por ejemplo, el dictado de una sentencia) son vistas como las condiciones de actualización de la competencia.

Esta forma de entender la noción de «competencia» tiene la ventaja de dar cuenta de la distinción entre «ser competente» y «ejercer la competencia», así como del carácter estable del primer elemento frente al carácter necesariamente ocasional del segundo elemento de la distinción. Por otra parte, permite una clasificación de los distintos tipos de

normas referidos a la competencia que me parece clara y simple. Por un lado, las normas de competencia serían aquellas que atribuyen la capacidad, la competencia, a un sujeto *s* de realizar un determinado acto jurídico *a* sobre una materia *m*. Por otro lado, pueden encontrarse en nuestros sistemas jurídicos normas que establecen las condiciones de actualización, de ejercicio, de la competencia. La competencia es sólo una condición necesaria, pero no suficiente, para la validez del acto jurídico o de la norma jurídica. Es necesario también que se hayan cumplido las condiciones de actualización de la competencia. Ambas cosas, conjuntamente, son condición necesaria y suficiente de la validez. Por otra parte, puede haber en los sistemas jurídicos otros tipos de normas, en sentido estricto, o regulativas, que ordenen, prohíban o permitan el ejercicio en determinadas circunstancias de una competencia. El incumplimiento de estas últimas, no obstante, no puede suponer la invalidez del acto o de la norma, sino algún tipo de sanción al sujeto actuante.

Pues bien, en este marco se plantea la primera objeción de Peña. Señala mi interlocutor que no queda del todo dilucidado si las limitaciones al contenido de las normas impuestas por *lex superior* se incluyen en las condiciones de actualización de la competencia o bien deben entenderse como prohibiciones u obligaciones, esto es, como limitaciones impuestas por el último tipo de reglas de la clasificación que se acaba de presentar. Peña sugiere que la respuesta coherente con el resto de mi trabajo es que deben entenderse como condiciones de actualización de la competencia y no puedo más que darle la razón. No obstante, en el trabajo creo que este punto queda expresamente advertido ya en ese sentido (*vid.* p. 138 ss., 143, entre otras). Efectivamente, en la medida en que *lex superior* ponga condiciones para la validez de las normas inferiores que puedan dictarse, cuyo incumplimiento conllevaría la nulidad de las normas en cuestión, entiendo que, como ya indicara Hart, esa función no pueden realizarla reglas regulativas como las del tercer tipo indicado en el párrafo anterior.

Otra cosa es qué normas hay en nuestros sistemas que establezcan condiciones de actualización de la competencia (cuestión a la que me refiero en la p. 157 y que cita Peña). La respuesta es que la mayoría de las ellas son normas procedimentales que indican las formas mediante las que el sujeto competente podrá dictar una norma válida o realizar un acto jurídico válido. Esto tiene que ver con que en nuestros sistemas no es habitual, pero esto es absolutamente contingente, que se contengan normas expresas que prevean la invalidez de las normas inferiores contrarias a las normas superiores en la jerarquía. Por eso sostengo en el libro que *lex superior* debe entenderse que forma parte del criterio de identificación del sistema (p. 143 ss.).

A partir de aquí, Peña realiza dos observaciones de mayor calado a las tesis defendidas en el libro y propone, para finalizar, una reconstrucción alternativa que considera más ventajosa.

La primera de las observaciones incide sobre la definición de competencia que he presentado y su coherencia con la definición de norma

de competencia. Si le entiendo bien, Peña sostiene que, dado que *he dejado fuera* de las normas de competencia a las normas procedimentales (entre otras), se produce la consecuencia de que no hay una vinculación directa entre el hecho de que un sujeto sea competente para dictar una norma y la validez de la norma dictada por éste (esto es, que lo primero no es condición suficiente para lo segundo). *Por ello*, para ser coherentes, en la definición de la noción de competencia no debería hacerse mención, según Peña, a la validez del acto o de la norma.

No creo, por mi parte, que esto último se siga de lo primero o que la coherencia exija una definición distinta. En mi reconstrucción, la competencia es la capacidad para realizar actos jurídicos válidos (según un sistema jurídico determinado). Otra cosa es, como ya he señalado, qué debe hacer el sujeto competente para actualizar esa capacidad, esto es, para producir el resultado institucional consistente en un acto jurídico válido¹. Esto último sólo puede responderse haciendo referencia a las condiciones de actualización de la competencia. Por su parte, las normas de competencia conceden, atribuyen, la capacidad para realizar actos jurídicos válidos, es decir, la competencia. Sinceramente, no veo en ello nada «perturbador».

La segunda observación crítica tiene que ver con la noción de órgano. Los comentarios de Peña en este punto me permitirán esbozar algunas cuestiones que, como él mismo señala, quizá no han sido suficientemente analizadas en el libro. Por ello, me detendré algo más en este punto.

Como ya señalé en el libro (p. 127 ss.), la distinción postulada entre normas de competencia y reglas procesales supone que es posible identificar el órgano al que se conceden competencias con independencia de las reglas sobre el procedimiento. En cambio, la tesis mayoritariamente aceptada al respecto señala que la única forma de distinguir a un órgano jurídico de un conjunto de individuos en su

¹ La propuesta de Peña de recurrir a la noción de corrección, como sustitutiva de la validez, siguiendo una propuesta anterior de R. Hernández Marín (*Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 310) no me parece que resuelva el problema. Hernández Marín pretende dar cuenta con una noción unitaria de norma de competencia no sólo de aquellos enunciados que atribuyen a un sujeto la capacidad de dictar normas jurídicas, sino también de aquellos enunciados (que denomina normas de competencia en sentido amplio) que atribuyen la capacidad para realizar determinados actos. Así, según Hernández Marín (p. 335): «[a]quí se halla una razón para aproximar la interpretación de las normas de competencia y la interpretación de las normas de competencia en sentido amplio». En definitiva, Hernández Marín le parece forzado atribuir la calificación de jurídico o de válido a los actos y por ello propone unificar la calificación tanto para el caso de las normas como para el caso de los actos y hablar de corrección. Pues bien, en mi opinión no está nada claro qué quiere decir que un contrato es correcto, a no ser que sea, adecuado a derecho, por ejemplo. Pero en ese caso, considero preferible la calificación de «válido», aunque sólo sea por ser más adecuada a los usos de los juristas y del propio lenguaje normativo. De forma alternativa, en el libro propongo una definición de validez tanto para los actos como para las normas (*vid.* p. 155).

actuación privada es su adecuación a las reglas procedimentales y competenciales. Analizando este punto, propuse un ejemplo con cuatro hipótesis de actuación de los señores y señoras que forman el Congreso de los Diputados (y que Peña reproduce). Sostuve que, en mi opinión, debían distinguirse dentro de la clase de las reglas procesales tres subtipos muy distintos: aquéllas que establecen la forma de constitución, convocatoria, etc., que permiten decir que el Congreso está reunido²; aquéllas que establecen el procedimiento legislativo, esto es, los requisitos procedimentales para que el Congreso emita una ley; y aquéllas que imponen obligaciones o prohibiciones procesales. Las primeras, podrían considerarse como constitutivas del propio órgano, mientras que las segundas establecen condiciones de actualización de la competencia legislativa y las terceras son reglas regulativas acerca del ejercicio de esa competencia (y su incumplimiento no puede por razones conceptuales suponer la invalidez de la ley emitida). Pues bien, en ese contexto, sostuve que sólo en una de las hipótesis del ejemplo, en la que se habían cumplido las reglas para la constitución del Congreso y las reglas del procedimiento legislativo, se había emitido una ley válida por parte de ese órgano. Peña advierte con razón que esa es una conclusión apresurada, dado que habría que tener en cuenta también, al menos, si el contenido de la ley dictada es o no respetuoso con las normas superiores en la jerarquía normativa. No obstante, ello es debido a que el centro de atención en ese lugar era la distinción entre las normas de competencia y las reglas procesales y, a su vez, la distinción entre distintos tipos de reglas procesales.

Un problema distinto que resulta central en la discusión es cómo puede hacerse para distinguir entre un órgano jurídico y un órgano jurídico competente, supuesto que la distinción tenga sentido. Algunos de los teóricos del derecho más importantes de la segunda mitad del siglo veinte han negado que pueda hacerse esa distinción. En ese sentido, alguien actúa como órgano jurídico cuando ejerce sus competencias materiales, mediante el procedimiento establecido y respetando el contenido de las normas superiores. Es más, las competencias serían definitorias del propio órgano. Deberíamos entonces decir que si se dicta una ley inconstitucional, esa no es, en realidad, una ley (como ya sostenía Kelsen) e incluso que quien la dictó no era el Parlamento, puesto que no estaría entre sus competencias emitir leyes inconstitucionales.

² Se pregunta también Peña si la expresión, que creo usar únicamente en una ocasión, «debidamente reunido» aplicada al Congreso de los Diputados es sinónima o no de «válidamente reunido». Mi respuesta es que sí. Es más, creo que podría decirse, para simplificar el lenguaje en este caso, que el Congreso está reunido *tout court*. En otras palabras, si no se han seguido las reglas jurídicas para la reunión (constitución) del Congreso, éste no estará válidamente reunido, no estará debidamente reunido o, simplemente, no estará reunido: sus actuaciones no serán imputables al órgano jurídico sino a un determinado conjunto de sujetos particulares.

Esa conclusión, no obstante, me parece exagerada y se aleja claramente de los usos lingüísticos de los juristas. Además, no permite dar cuenta de algunas instituciones jurídicas muy habituales, como por ejemplo la presunción de constitucionalidad de las leyes (*vid.* p. 140 ss.). Por otra parte, por las mismas razones, creo que vale la pena distinguir entre la noción de órgano jurídico y la de órgano jurídico competente. Veamos un ejemplo: supóngase que una de las Salas del Tribunal Supremo dicta una sentencia de inconstitucionalidad de una ley. Manifiestamente, de acuerdo con nuestro Derecho vigente, es incompetente para ello. Ahora bien, creo que vale la pena mantener que esa *barbaridad* la ha realizado el Tribunal Supremo, esto es, el órgano jurídico en cuanto tal y no únicamente un conjunto de individuos privados. Creo que si se dice lo segundo se pierden diferencias que no deberían ocultarse. Dado que las disputas competenciales no son habitualmente tan burdas y obedecen en general a problemas interpretativos de la cláusula material de la competencia, parece razonable mantener que el sujeto actuante, aunque resulte finalmente incompetente, era un órgano jurídico y no un grupo de individuos como los estudiantes de una clase de derecho.

Así pues, ¿qué es necesario para que exista un órgano jurídico? En el libro hago referencia a la necesidad de que pertenezca al sistema jurídico alguna norma constitutiva que lo haya creado y que establezca los requisitos mínimos (de reunión o constitución del órgano) para que algún acto le pueda ser imputado. Peña plantea en este punto cómo podemos saber que un órgano está debidamente constituido, qué reglas mínimas es necesario cumplir para ello y si un mínimo incumplimiento de las reglas que establecen la forma de constitución del órgano debe hacernos decir que el órgano no estaba reunido y, por tanto, sus actuaciones lo son de unos sujetos privados. En mi opinión, la única respuesta que puede darse desde un punto de vista conceptual es que si se incumplen los requisitos para la constitución del órgano, entonces éste no queda constituido y no le es imputable acto alguno. Otra cosa es que se pueda discutir sensatamente acerca de cuáles son esos requisitos mínimos establecidos por el propio ordenamiento (lo que es un problema de interpretación); y otra aún qué puedan pensar o decidir en el nivel empírico los juristas y otros órganos jurídicos (lo que es un problema de sociología).

Puede plantearse aún una pregunta más acerca de la relación entre el órgano jurídico y las competencias: ¿es concebible un órgano jurídico sin competencias? Creo que esta pregunta está en el mismo nivel de otras como ¿es concebible una autoridad sin súbditos? En mi opinión, puede responderse negativamente en los dos casos. Es más, creo que esta es la sana intuición que está detrás de la tesis de que el órgano se define por sus competencias. El defecto de esa tesis sería entonces la exageración de aquella intuición.

Nada es pues, en mi opinión, un órgano jurídico si no dispone al menos de una competencia. Ahora bien, esto no supone aún que las

competencias de que disponga definan al propio órgano. En todo caso, se podría decir que es una característica definitoria de la noción de órgano jurídico la de tener al menos una competencia. Esta es una noción relacional a un determinado sistema jurídico. Está claro que un órgano lo es para aquél sistema que le ha atribuido al menos una competencia, pero no es órgano para los demás sistemas. Ahora bien, no es relacional a la materia, esto es, a la competencia. Lo que sostengo es que algo no es un órgano para algunas materias y no para otras: no sólo se es órgano (se actúa como tal) en aquellas materias para las que se dispone de competencia. Si así fuera no tendría sentido la distinción entre órgano *a secas* y órgano competente. En cambio, claramente, la noción de órgano competente sí es relacional respecto de la materia y del acto jurídico (recuérdese que en la reconstrucción que he defendido, las normas de competencia atribuyen competencia a un sujeto *s* para la realización de un acto *a* –dictar una sentencia, aprobar una ley, presentar una enmienda, etc.– sobre una materia *m*).

Supóngase que una Sala civil del Tribunal Supremo decide condenar a 10 años de cárcel a una de las partes en un proceso civil por daños por la comisión de un delito de estafa. Creo que no habrá dudas de que esa Sala no era competente para dictar una sentencia de ese tipo. Ahora bien, si hasta el momento de la decisión de dictar esa sentencia, la Sala se había constituido debidamente, o válidamente, creo que vale la pena dar cuenta de la situación diciendo que una Sala de lo civil del Tribunal Supremo dictó una sentencia (inválida) en la que se condena a una de las partes a diez años de cárcel. De otra forma, no se daría cuenta de la importante diferencia que hay entre que esa misma actuación y la que pudiéramos decidir un grupo de profesores en un seminario (o hasta los mismos señores y señoras que forman aquella Sala tomando cervezas en un bar). Hay una importante diferencia institucional entre el primer supuesto y estos últimos de la que se da cuenta si se atribuye la primera decisión al Tribunal y éstas últimas a un grupo de individuos particulares.

Otra cosa es determinar, *a priori*, cuál podría ser la consecuencia de una decisión como la del ejemplo tomada por un Tribunal de lo civil. Está claro que, siendo incompetente, la sentencia es inválida. Pero podría considerarse existente jurídicamente y, por tanto, recurrible. O, al contrario, ¿deberíamos decir que una decisión de ese tipo es inexistente jurídicamente, que su emisión no es un acto jurídico de acuerdo con el derecho español? Creo que la respuesta a esta pregunta cae necesariamente del lado de la sociología jurídica.

Desde una perspectiva positivista del derecho, puede decirse que el fenómeno jurídico se reduce a una serie de hechos entre los que destacan la emisión de prescripciones y otros tipos de normas por parte de algunos individuos y un entramado de creencias compartidas socialmente que hacen que esas prescripciones sean generalmente obedecidas y que se puedan individualizar algunos criterios que permiten la identificación del derecho. En pocas y toscas palabras puede decirse

que esto es lo que significa que el derecho sea un fenómeno social o institucional y puede ser una forma de entender la denominada tesis de las fuentes sociales. Pues bien, ante ciertas actuaciones que van más allá de las competencias jurídicamente atribuidas a un determinado órgano jurídico, la pregunta acerca del carácter jurídico de esa actuación rebasa los límites internos de lo previsto por el propio derecho (no se puede contestar jurídicamente) y debe situarse en el marco de esas creencias compartidas para determinar si la comunidad (los juristas o la sociedad) la seguirán considerando una decisión jurídica o bien será devaluada al nivel de la decisión entre particulares. Y no es posible enumerar las condiciones necesarias y suficientes para que suceda una cosa o la otra. No obstante, también a ese nivel puede resultar relevante si esa decisión fue adoptada por un órgano jurídico o no.

En este punto, puede abordarse ya la respuesta a la tercera de las cuestiones que plantea Peña en su trabajo. Aquí, más que una observación crítica, Peña realiza una propuesta, que ya había sido desarrollada en un artículo anterior³, y que considera ventajosa respecto a la que yo presenté en el libro. Dada la complejidad del problema, sería necesario el espacio mínimo de un artículo *ad hoc* para discutir como merece las ventajas y los posibles problemas de esa propuesta alternativa, que parte de la tipología de las normas sobre la competencia elaborada por Guastini. Por ello, me limitaré únicamente a unos pocos comentarios.

La tipología de normas sobre la competencia a la que me acabo de referir, distingue entre: 1) reglas que confieren poder a un sujeto para dictar normas de una fuente específica, identificada con su correspondiente *nomen iuris* (por ejemplo, ley, sentencia, etc.); 2) reglas de procedimiento; 3) reglas que determinan qué materias puede regular el sujeto en cuestión; 4) reglas que reservan una competencia normativa y, finalmente, 5) reglas que limitan el contenido de la regulación sobre una materia. Peña entiende que las primeras son reglas constitutivas y el resto son reglas anankástico-constitutivas⁴.

A partir de aquí, presenta las diferencias entre su propuesta y la mía en estos términos: «para Ferrer, que un órgano quede investido con la propiedad institucional *ser competente* en virtud de una norma de competencia, no es sino una de las tres condiciones conjuntamente necesarias para considerar válidas a las normas producidas por ese órgano (las otras dos, recordemos, cumplimiento del procedimiento y

³ V. A. M. PEÑA FREIRE: «Reglas de competencia y existencia de las normas jurídicas», en *Doxa*, núm. 22, 1999, p. 381 ss.

⁴ No discutiré este punto, aunque creo que debería ser afinado, puesto que la categoría de las reglas constitutivas no es excluyente, sino que incluye a la de las reglas anankástico-constitutivas. Por otro lado, este último tipo de reglas ponen una condición necesaria para que se produzca un resultado institucional y no estoy seguro que los cuatro tipos de reglas que Peña califica como tal pongan ese tipo de condición.

no incompatibilidad con normas de orden superior). Según el modelo alternativo que ahora presento, cuando un órgano que dicta una norma ha respetado todas y cada una de las condiciones puestas por las normas sobre la producción jurídica que le afectan, incluidas las de competencia, habrá dictado una norma válida».

Pues bien, en este punto sólo puedo decir que no alcanzo a comprender bien donde está la diferencia entre las dos propuestas supuestamente alternativas. Por ello, tengo también algunos problemas en reconocer ventajas de una frente a la otra.

Creo adivinar (más claramente en el trabajo citado en nota 3, al que Peña se remite) que el punto esencial en la propuesta de Peña es el acento que se pone en el primer tipo de reglas sobre la competencia de la tipología anteriormente presentada. Si entiendo bien, el cumplimiento de esas reglas, que atribuyen a un sujeto el poder para dictar normas con un específico *nomen iuris* sería, en la concepción de Peña, condición necesaria y suficiente para la existencia de la norma dictada en ejercicio del poder. El cumplimiento de las demás reglas sobre la competencia sería, en cambio, condición necesaria (y conjuntamente suficiente) de la validez de la norma dictada. Si Peña tuviese razón, efectivamente, dispondríamos de un criterio claro para determinar la existencia jurídica de las normas, contra lo que he defendido en párrafos anteriores.

No obstante tengo serias dudas de que ello sea así. Veamos el ejemplo que propone el propio Peña:

A) El Congreso de los Diputados aprueba un documento denominado «sentencia» en el que se declara la inocencia de un sujeto imputado criminalmente por ciertos delitos y se le exonera de toda responsabilidad criminal.

B) El Congreso de los Diputados aprueba un documento denominado «ley» en el que se declara la inocencia de un sujeto imputado criminalmente por ciertos delitos y se le exonera de toda responsabilidad criminal.

La reconstrucción de este ejemplo propuesta por Peña es la siguiente: «lo *vulnerado* en el primer caso por el Congreso fue la regla que confiere poder en exclusiva a los jueces y tribunales para producir “sentencias”; en el segundo caso, el Congreso se atuvo a la norma que le confiere poder para producir leyes, si bien vulneró la norma que atribuye a los jueces competencia para declarar la responsabilidad por hechos criminales y para hacer ejecutar las resoluciones penales. De ahí que en el primer caso el efecto del acto de *vulneración* sea la inexistencia de la fuente como tal –sería absurdo afirmar que estamos ante una sentencia–, mientras que en el segundo el efecto sea bien distinto: de un lado el reconocimiento de la fuente como tal y al tiempo la afirmación clamorosa de su invalidez».

Creo, no obstante, que la conclusión de Peña es demasiado optimista. Tengo serias dudas que se reconociera la existencia jurídica del

documento emitido en el supuesto B), aunque se usara el *nomen iuris* «ley», si la forma del texto fuera, por ejemplo, la de un texto con antecedentes de hecho, fundamentos jurídicos y fallo (y no la de un texto articulado), si se ignoran todas o buena parte de las normas de procedimiento para la aprobación de las leyes, etc. Si se admite que en ese caso pudiera no ser reconocida la existencia jurídica del documento, resulta entonces que el cumplimiento del primer tipo de reglas de la tipología de Guastini no es condición suficiente para ello. Y entonces desaparece la supuesta ventaja de la reconstrucción de Peña.

Por otro lado, en mi libro no ignoro la importancia que en la atribución de competencias puede tener la referencia a un tipo de fuente normativa. Esto queda recogido en la referencia a los actos jurídicos que incluye la formulación canónica de una norma de competencia (el sujeto *s* es competente para realizar el acto *a* sobre la materia *m*). El acto en cuestión puede ser, por ejemplo, emitir leyes, dictar sentencias, promulgar leyes, aprobar ordenanzas, etc.⁵ En todos esos casos se haría expresa referencia a los tipos de fuente, pero este es un rasgo contingente de las normas de competencia.

El trabajo de Antonio Peña es muy rico en matices y plantea muchos puntos importantes. Espero haber respondido mínimamente, al menos, a los más centrales. No es en absoluto retórico decir que me ha dado la oportunidad de repensar algunos aspectos de mi trabajo a la luz de nuevos argumentos y que éste es el mayor placer que aporta el quehacer filosófico.

⁵ Aunque no tiene que ser necesariamente un acto normativo en sentido estricto; puede ser también, ordenar el tráfico, presentar una enmienda a un proyecto de ley, acordar que se tenga por presentada una demanda, etc.

IV

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

ARNAUD, André-Jean, *Entre modernidad y globalización. Siete lecciones de historia de la filosofía del Derecho y del Estado*, traducción de Nathalie González Lajoie, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, 290 pp.

En esta traducción al castellano del libro de André-Jean Arnaud titulado *Entre modernité et globalisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État* [París, LGDJ, 1998] se han añadido, respecto de la versión francesa, dos lecciones más, publicadas con anterioridad en las revistas *Droit et Société* [35, 1997] y *Année Sociologique* [2, 1999]. La obra resultante es, de alguna manera, «el reflejo de una apuesta»: en efecto, si frente a los problemas que plantea la «globalización», si frente a su complejidad, «se llega a dudar entre la abdicación pura y simple, la conformidad escéptica o la resistencia» (p. 16), el autor cree que «un mejor conocimiento del fenómeno permitirá, quizá, adentrarse en una tercera vía (...), la de un análisis crítico al final del cual acaso sea posible no sólo considerar las cosas de manera diferente sino también adoptar una actitud constructiva» (p. 17).

Como jurista que es, el profesor Arnaud nos recuerda que no se puede cerrar los ojos ante un fenómeno que también atañe al derecho de forma directa, e inicia sus análisis con una lección titulada «La globalización: ¿volver a pensar el derecho?»¹. En dicha lección, en la que tras llevar a cabo una «*toilette*» epistemológica, trata de «determinar si el término “global” reviste una especificidad que justifica su uso, o si, por el contrario, su empleo no es más que la expresión de una moda»² (p. 25), pone de manifiesto el valor paradigmático de la «globalización». A continuación, y tras explicar cuándo cabe hablar de globalización, nos recuerda que ésta «amenaza con poner en

¹ Aunque la editorial decidiera unilateralmente titularla: «La globalización: ¿volver a pensar en el derecho?».

² Cabe señalar que en opinión de André-Jean Arnaud, no es trivial ni indiferente hablar de «mundialización», de «internacionalización» o de «globalización». En efecto, considera que la palabra «globalización» es distintiva y portadora de un significado específico. Se trata de una toma de conciencia de que muchos problemas (...) ya no pueden tratarse a través de una simple referencia a los Estados y sin tener en cuenta los vínculos que, de ahora en adelante, unen las diferentes partes del globo terrestre» (p. 32).

tela de juicio, de un modo bastante radical, la regulación jurídica de tipo clásico» hasta ahora privativa de los Estados soberanos dentro de los límites de su territorio o de los vínculos que les unían con otras naciones. De ahí que se plantee ¿qué «relación se está instaurando entre este tipo de Estado y las instancias con pretensiones planetarias que querrían imponer una especie de gobierno supra-estatal? ¿Qué regulación *sui generis* supone el desarrollo de los acuerdos regionales (en el sentido de regiones del globo) –tengan éstos objetivos puramente políticos o también políticos? ¿(...) en qué medida esta regulación entraña el riesgo de usurpar las prerrogativas estatales? ¿Qué impacto tendrá la puesta en práctica de los principios neoliberales de privatización y de vuelta a un Estado mínimo?» (p. 38). En definitiva, el autor considera que los «grandes problemas del momento se convierten (...), de forma prioritaria, en los problemas de la transformación del modo de producción del derecho, del modo de tratamiento de los litigios y de la protección de los individuos –asegurada hasta ahora por el Estado– contra la opresión de los grupos sociales vinculados al proceso de transnacionalización económica, social y política» (p. 41).

De esta breve presentación de la globalización surgen algunos temas e interrogantes mayores que «salpicarán las páginas siguientes»: «¿qué hay de la puesta en tela de juicio de los *fundamentos* de un derecho sobre el que hemos vivido hasta ahora? ¿qué hay de la pretensión de la globalización al *universalismo*? ¿qué sucede con el *lugar del Estado* en la *regulación por el derecho* en las diversas escalas: global, regional, nacional y local? ¿qué hay de la *prospectiva* acerca de lo que podría ser el derecho en el siglo que se abre ante nosotros?» (pp. 52-53).

En primer lugar, André-Jean Arnaud aborda «algunos temas cuya permanencia, más allá de los siglos y de los sistemas de pensamiento, no deja de ser turbadora» (p. 17). En efecto, se plantea qué puede haber de común entre las corrientes que están en el origen de nuestros sistemas jurídicos –en particular, el pensamiento iusnaturalista, racionalista y axiomático «moderno»–, por una parte, y las ideologías neoliberales portadoras del proceso de globalización, por otra. Y puesto que la lectura de los diferentes autores muestra la existencia de reminiscencias como la pretensión a lo universal, la protección de los «derechos del hombre» y la búsqueda de la equidad, dichas reminiscencias son objeto de las tres lecciones siguientes. Así, en la lección segunda, el autor propone una reflexión acerca de la especificidad del universalismo tanto en el contexto de la modernidad como en el contexto contemporáneo de la globalización, y advierte del peligro y de la simplificación que supone la identificación de ambos fenómenos. Si el fenómeno de la globalización «pasa por una visión universalizante», y si «la historia del pensamiento jurídico europeo coincide con la de un ascenso progresivo, lento pero inexorable, hacia el universalismo», cree que es «fundamental, para la puesta en evidencia de una especificidad de la globalización y la adecuada comprensión de esta última, comparar minuciosamente uno y otro proceso» (p. 57). Por otro lado, puesto que considera que los «derechos del hombre» constituyen un concreto ejemplo del resultado de este universalismo, y dado que se habla mucho, hoy, de «internacionalización» de los mismos, examina, en la lección tercera, el significado y el eventual alcance de una globalización de los derechos de la familia en el marco de la de los derechos humanos, no sin establecer una clara distinción entre promoción y protección de estos últimos (p. 91 ss.). En cuanto al concepto clave de equi-

dad, es objeto de la lección cuarta –titulada «De la equidad de los mercados a la unidad del mercado»³– en la que el profesor Arnaud procede al análisis de dicho concepto –común a los romanistas, por un lado, y a los pensadores del neoliberalismo, por otro– a través de algunos momentos destacados de la historia del pensamiento jurídico occidental y tratando de dar respuesta a los siguientes interrogantes: «¿qué filosofía sustenta el [actual] retorno, (...) de la equidad en el derecho?, ¿qué significado, qué connotaciones políticas, ideológicas, económicas conlleva este resurgimiento? ¿cómo gestionar la imbricación del positivismo legalista oficial con el nuevo recurso a la equidad?» (p. 124).

En la lección quinta, plantea la cuestión del lugar que ocupa el derecho del Estado en el contexto globalizado contemporáneo. «¿Realmente está amenazado tal y como algunos dicen que lo está el propio Estado?» En dicha lección, intenta abrir un debate, optando por una reflexión que asocie la mayor parte de los interrogantes acerca de los modos de producción del derecho en nuestras sociedades contemporáneas. «Y puesto que, en el fondo, se trata de la puesta en tela de juicio del Estado, Estado soberano, amo y señor, decidor y dispensador de derecho, regulador de conductas y controlador de la puesta en práctica de las normas jurídicas y de las reglas que de ellas se derivan» (pp. 164-165) empieza por examinar el lugar que ocupa, hoy, el derecho estatal en la regulación, para analizar, a continuación, los modos de producción y de implementación de la norma jurídica. En la lección sexta, André-Jean Arnaud aplica las conclusiones extraídas de la anterior a un sector muy específico de la globalización de los intercambios: el del derecho de los mercados financieros, y trata de responder a una serie de preguntas, desde este punto de vista, fundamentales: «¿los derechos estatales son todavía realmente eficientes en la regulación de los mercados financieros? (...) O, al contrario, ¿se pueden observar formas de regulación de (...) [dichos] mercados financieros alternativas o paralelas a las de los derechos estatales, y cuáles son éstas? –¿Qué consecuencias de un eventual cambio de paradigma en la regulación contemporánea de la sociedad podemos vislumbrar a partir de los ejemplos que aporta la de los mercados financieros? En otros términos, ¿depende todavía la regulación de los mercados financieros de un modo tradicional de concebir el lugar y la importancia del Estado y de su derecho en este tipo de intercambios sociales, y es extensible la observación al conjunto de la regulación por el derecho del Estado?» (pp. 205-206). Para responder a estas cuestiones, el autor se ocupa, en primer lugar, de la cualidad de los actores en el marco de una soberanía estatal «de la que se oye decir, de un modo recurrente, que la globalización la perjudica». Y basándose en los rasgos paradigmáticos de las innovaciones introducidas en la regulación de los mercados financieros, se dedica, luego, al análisis del «significado que revisiten estos cambios para el conjunto de la regulación hasta ahora operada por el derecho estatal» (p. 206).

Por último, en la lección séptima, André-Jean Arnaud plantea cuestiones relativas a las relaciones que podrían mantener los dos fenómenos que dividen hoy a la comunidad científica: el de la globalización y el del post-modernismo, en tanto que fenómenos que pretenden sustituir con sus propios cánones los de la modernidad. Asimismo, se ocupa de cuestiones rela-

³ Aunque de nuevo la editorial haya cambiado unilateralmente dicho título por el siguiente: «De la equidad de los mercados a la unidad del mercado».

tivas a su hipotética –o posible– contribución a la transformación del derecho contemporáneo. En efecto –afirma–, si «se intenta prolongar la reflexión acerca de la globalización en términos de pensamiento jurídico, nos encontramos con la problemática del postmodernismo en derecho». Si bien las dos problemáticas no suelen asociarse, considera, por su parte, «que los problemas que plantean (...) están íntimamente vinculados». (p. 241) y que postmodernidad «y globalización constituyen, de ahora en adelante, para los juristas, los retos de un nuevo combate entre libertarios y déspotas del mercado» (p. 274).

No cabe duda de que el autor, a través de las observaciones sociológicas que no faltan en estas lecciones y cuya dependencia de la historia del pensamiento jurídico y político occidental pone en evidencia, logrará su objetivo: el de que los «juristas, cualquiera que sea su papel –profesores, investigadores, operadores, administradores, (...)–» encuentren en su obra «las pistas críticas necesarias para dar lugar, quizás, a la formación de una opinión más matizada acerca del proceso de globalización desde el punto de vista de sus relaciones con el derecho» (p. 53).

Nathalie GONZÁLEZ LAJOIE
Universidad de León

CRUZ, Luis M., *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham*, Pamplona, Eunsa, 2000, 380 pp.

En un ensayo publicado en el año 1963 titulado *La cultura y lo humano* George Steiner nos ilustra sobre la misión, contenido, relevancia y alcance de la crítica. «El crítico vive de segunda mano. Escribe *acerca de*»¹. Esta subsidiariedad de la crítica no empece su importancia, pues aun a la sombra del objeto material de estudio –la obra literaria– ocupa un lugar modesto pero vital. Concreta su quehacer en una triple función. Primero, debe enseñarnos qué debe releerse y cómo. Segundo, la crítica puede establecer vínculos. La tercera función de la crítica es la más importante: se refiere al juicio de la literatura contemporánea². Más adelante, demanda permeabilidad, valiente e ilustrada, en el talante del lector y crítico: «Leer bien significa arriesgarse mucho. Es dejar vulnerable nuestra identidad, nuestra posesión de nosotros mismos»³. Finalmente, clausura este ejemplar prontuario con tono elocuente y reivindicativo: «Labor de la crítica literaria es ayudarnos a leer como seres humanos íntegros, mediante el ejemplo de la precisión, del pavor y del deleite. Comparada al acto de creación, es ésta una tarea secundaria. Pero nunca ha representado tanto. Sin ella, es posible que la creación misma se hunda en el silencio»⁴.

Teniendo presentes estas ambiciosas orientaciones resulta estimulante ocuparse de *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham*⁵, monografía del Dr. Luis Cruz originada en su tesis doctoral, defendida a finales de 1999, y apoyada en investigaciones previas sobre diversas cuestiones del vasto pensamiento benthamiano⁶.

¿Una reinterpretación de la teoría jurídica de Bentham en conexión con su filosofía política, o mejor, con el resto de su filosofía (psicología, ontología, antropología, etc.)? Éste es precisamente el propósito, culminado con convincente éxito, del libro, donde el autor nos propone una interpretación *revisada* de la filosofía jurídica y la filosofía política del autor inglés. Ya el título, epítome sugerente y acertado de la investigación, plasma el núcleo de la novedad de su lectura benthamiana. Consiste ésta en la combinación de la reflexión y la construcción jurídicas con su teoría de la acción humana, atravesada por nociones políticas, morales y psicológicas, e impulsado todo ello por una preeminente finalidad política reformista. El eje que articula todos estos elementos es la noción de *expectativa*. Este planteamiento, escasamen-

¹ STEINER, G., *Language and Silence*, New York, Atheneum, 1967. Traducción española de M. Ultorio, *Lenguaje y silencio. Ensayos sobre la literatura, el lenguaje y lo inhumano*, México, Gedisa, 1990, p. 23.

² *Ibidem*, pp. 28-31.

³ *Ibidem*, p. 32.

⁴ *Ibidem*, p. 33.

⁵ En adelante las referencias a las páginas de esta obra aparecen entre paréntesis en el texto.

⁶ CRUZ, L. M., «La ciencia del Derecho de Jeremy Bentham», *Persona y Derecho*, 37, 1997, pp. 153-181; del mismo, «Elementos retóricos en la argumentación jurídica y filosófica de Jeremy Bentham», en LÓPEZ EIRE, A.; LABIANO, J. M.; SEOANE, A.M. (eds.); *Retórica, Política e Ideología. Desde la Antigüedad hasta nuestros días*, vol. 2, Salamanca, Logos, 1998, pp. 329-335.

te destacado hasta la obra que aquí presentamos, despeja ciertas incógnitas en torno a la comprensión del pensamiento de Bentham y sugiere un nuevo punto de partida para el análisis de su teoría jurídica. La expectativa es desde ahora una categoría imprescindible para la interpretación de la teoría del Derecho de Bentham.

La *Introducción* describe y justifica la estructura de la obra, subrayando la tesis que atraviesa la investigación: el factor político no es, a diferencia de la interpretación más extendida de la obra jurídica de Bentham, el punto de llegada, sino el punto de partida de su concepto de Derecho. En otras palabras, la teoría del Derecho desarrollada por Bentham depende de su teoría de la acción social; sólo comprendiendo previa y adecuadamente la acción humana podrá comprenderse el Derecho (p. 9). Bentham es un reformador social que construye un sistema de legislación guiado por el principio de utilidad para proporcionar la felicidad a los individuos, la mayor felicidad para el mayor número; y esto se conseguirá a través del Derecho, entendido como un sistema público de organización de expectativas. La consecuencia de esta revisión del pensamiento de Bentham es relevante: su positivismo, a diferencia de la tesis sostenida por la mayor y más influyente nómina de intérpretes —encabezada por H. L. A. Hart—, no responde a exigencias de científicidad, sino que es el resultado de su filosofía política, de las exigencias prácticas de la vida social.

El desarrollo del libro es consecuente con lo anticipado en el capítulo introductorio. Tras un capítulo primero destinado a esbozar unos apuntes biográficos, en los que ya se reconocen los intereses reformistas que luego recorrerán y explicarán el pensamiento de Bentham, los capítulos dos y tres versan sobre el problema de la acción. Comienza por desbrozar los antecedentes filosóficos de la teoría de Bentham en el capítulo segundo, *El problema de la acción individual*. En primer lugar se detiene en el análisis de la filosofía sensista de John Locke, como intento de explicar la acción humana a partir de la noción de libertad. Bentham rechaza esta respuesta, al igual que la de Helvetius, reprochando a la filosofía sensista su incapacidad para resolver problemas prácticos. También se desmarca de algunos planteamientos de Hobbes, en torno al temor como sentimiento motivador de la conducta humana. La psicología social de Bentham es «un intento de dar un contenido social a la motivación del individuo» (p. 56), canalizando a través de los deseos sociales o expectativas, cuyo aseguramiento es el objeto del Derecho (pp. 57 y 59).

El placer y el dolor son los conceptos fundamentales de la teoría causal de la acción benthamiana: toda acción es causada por la tendencia a buscar el placer y evitar el dolor, y de su psicología hedonista: el comportamiento humano tiende al placer. Con el apoyo de la epistemología de David Hume, a partir de los conceptos de placer, dolor y, junto a ellos, el concepto de interés, construye su teoría de la motivación, en la que los motivos aparecen como modelos de expectativas (pp. 60-89).

Establecido el punto de partida para el estudio de las acciones humanas, corresponde al capítulo III, *Una teoría de la acción*, dar cuenta de la influencia de la teoría de la motivación en la acción humana; esto es, explicar cómo se deciden los diversos cursos de acción. Bentham confiere primacía a la voluntad frente al entendimiento. Aquélla es el motor de las acciones; es el interés el que mueve a la voluntad y explica la acción. Pero el entendimiento no resulta superfluo, pues sirve para hacerse cargo de las consecuencias de

los propios actos y para el correcto cálculo de los placeres, permitiendo que la voluntad opere con mayor eficacia (pp. 111-130).

El autor subraya la importancia de la naturaleza social del interés, en razón de su influencia en la noción de expectativa. Todo interés, que es una suerte de modelo dominante de expectativas, posee una «naturaleza social», ya que siempre se refiere a otros sujetos, aunque inmediatamente lo haga a un sujeto determinado. De esta dimensión social del interés, y por ende de la acción humana, extrae el profesor Cruz dos consecuencias. Una temporal: la acción humana mira al futuro, y otra espacial: la acción del individuo ha de tener en cuenta las acciones de los individuos que le rodean (pp. 100-103). La expectativa hace posible la interacción social y se configura a partir de la consideración del futuro y de los otros. En esta tesitura cobra especial relevancia la seguridad; asegurar las expectativas va a ser la condición más relevante para maximizar la utilidad o el placer de los individuos. Esta seguridad, congruentemente con lo anterior, no es un bien únicamente individual sino, fundamentalmente, un bien social. Por ello es esencial distinguir, con Bentham, entre dos tipos de utilidad: la utilidad original y la utilidad derivada de la expectativa. Es ésta, dependiente de la proyección hacia el futuro, la que provee conexión con la seguridad; y lo hace por medio de las instituciones del Derecho y la moral, cuya finalidad es minimizar las contingencias para asegurar las expectativas (pp. 103-110).

El factor que guía la acción son las consecuencias, cuya previsión está en relación inmediata con la consecución del placer: cuanto mayor número de consecuencias considere el individuo, mayor felicidad podrá obtener a través de su acto. La seguridad de las expectativas se convierte así en condición decisiva para el placer, de modo que todo individuo está interesado en una amplia configuración de expectativas. Ésta se lleva a cabo a través de una estructura pública: el Derecho, cuya función es, recordémoslo, minimizar la contingencia y garantizar la seguridad de las expectativas (pp. 130-134).

Para Bentham el Derecho es una técnica de organización y regulación de expectativas (p. 147), que hace posible la acción humana, guiándola racionalmente hacia la obtención de la mayor cantidad de placer. Para esta misión no está capacitado el Derecho de su tiempo, el *Common Law*. Todo el capítulo cuarto, «*Common Law*», *autoridad y Derecho*, es una detallada exposición crítica del *Common Law*, que pone de relieve de forma explícita cómo el concepto de Derecho de Bentham no puede considerarse un concepto descriptivo y avalorativo.

La categoría identificatoria de la naturaleza del *Common Law* es la costumbre. Bentham estudia y polemiza con Coke, Hale y, sobre todo, con William Blackstone, cuyos *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769) son el referente del Derecho existente entonces para él. La caracterización del *Common Law* como un Derecho consuetudinario justificado por su razonabilidad resulta problemática para Bentham. La clave de su discrepancia estriba en el fundamento de la autoridad. El *Common Law* es problemático no porque sea un Derecho basado en la costumbre sino porque pretende ser obligatorio por el mero hecho de ser consuetudinario. Bentham entiende que no es aceptable cifrar la autoridad del Derecho en una razón «artificial», que no es otra que el juicio individual del juez (pp. 169-170). Si el ciudadano sólo puede conocer la regla que ha de seguir tras la decisión del juez indicando la regla que debía haber seguido no es posible el aseguramiento de las expectativas. A esta retroactividad Bentham objeta, sobre todo, la imposibili-

dad de un obediencia racional y responsable. Como alternativa propone considerar la costumbre desde la perspectiva de la utilidad, que es para él el fundamento de la obligatoriedad y de la autoridad del Derecho. Más allá, apunta que la justicia está unida a la utilidad de expectativa que se sigue de las reglas que se desprenden de las costumbres (p. 193). Pero la costumbre, que reside en la utilidad de expectativa, es una razón para actuar pero no obligatoria *per se*. Para ello preciso el reconocimiento oficial que reside en el poder soberano; sólo éste puede elaborar reglas públicas que se ocupan de las conductas.

En cuanto a la obediencia, a través del *Common Law* el individuo es sometido en su conducta, lo que Bentham aprecia, ya que contribuye a la paz social; pero también en su juicio, lo que rechaza en la medida en que impide el advenimiento de una sociedad ilustrada. La divisa benthamiana «obedecer puntualmente, censurar libremente» no se corresponde con el *Common Law*, que se acomodaría mejor a «obedecer puntualmente, censurar puntualmente». Por el contrario, Bentham estima que la obediencia del individuo al soberano y a la ley se deriva de una regularidad de conducta que le permite configurar sus expectativas y obtener el máximo provecho. La coordinación eficaz de las expectativas únicamente puede hacerla el soberano. Por consiguiente, será obligatorio aquéllo que indique el soberano, que es además quien determina qué es justo e injusto.

El capítulo quinto, *Los perfiles de la teoría jurídica*, y el capítulo sexto, *La teoría de la ciencia jurídica*, exponen las características de la teoría del Derecho de Jeremy Bentham. A partir del eje formado por los elementos clave del pensamiento benthamiano: felicidad-utilidad-expectativa-seguridad-ley-Derecho, el Dr. Cruz expone las categorías de ley, sistema jurídico o ciencia jurídica, dejando patente un rasgo definitorio del pensamiento jurídico del autor inglés: el carácter funcional o pragmático del concepto de Derecho. El Derecho es la estructura que posibilita el cálculo racional de expectativas, y la ley se justifica de acuerdo con el logro satisfactorio de dicha finalidad. En orden a posibilitar la felicidad de la sociedad política la legislación no tiene otro objetivo que la seguridad. Ésta minimiza las contingencias, y posibilita el establecimiento de las expectativas; y lo hace mediante el Derecho, cuyo valor, a juicio del autor, es «el de crear y asegurar un orden social» (p. 248).

La dimensión relacional y temporal del Derecho resulta clara a la luz de su tarea principal: configurar una realidad social y crear un marco seguro para la acción humana, que haga posible el logro de la mayor felicidad de los individuos. En esta empresa el castigo es un medio auxiliar –aunque necesario–. Y es que el Derecho no es primariamente regulativo sino constitutivo. Para Bentham la codificación del Derecho civil es más relevante que la del Derecho penal, aun cuando aquélla descansa en ésta (pp. 253-254).

Esto implica desmarcarse de la corriente dominante en la exégesis del pensamiento jurídico de Bentham, liderada por Hart, editor y notable estudioso de la producción jurídica de su compatriota. Precisamente al debate con las interpretaciones más representativas del pensamiento de Bentham se dedica el séptimo y último capítulo, si bien a lo largo de los capítulos anteriores el autor ha ido intercalando sus reinterpretaciones de aspectos puntuales (cfr. entre otras pp. 64-66; 86-87 y 88-89; p. 215 n.17; p. 276 n. 50). Distinguiendo dos ámbitos, la Filosofía política y la Teoría del Derecho, el autor cuestiona la atribución de algunas notas al pensamiento de Bentham: el instantaneísmo que puede inferirse de la comprensión hartiana (cfr. pp. 258-

259); el egoísmo antropológico sugerido por Lyons (pp. 289-291); la visión individualista del principio de utilidad de Postema (pp. 302-304); la lectura represiva o punitiva del *Panopticon* por parte de Foucault, que el Pro. Cruz transforma en resocializadora a partir de una interpretación relacional basada en la expectativa (cfr. pp. 292-294, en relación con pp. 253-254). Y por encima de todas, la interpretación tradicional de la teoría jurídica de Bentham como doctrina descriptiva precursora del positivismo científico y avalorativo, propugnada por Hart, Cattaneo o Moreso (cfr. pp. 217, 285 y 294-299).

Más allá de afinidades o diferencias, la fidelidad al *dictum* del autor estudiado es condición primera de una investigación seria y profunda de su obra. Por ello ha de destacarse el rigor del Dr. Cruz en el tratamiento de las fuentes bibliográficas —tanto de Bentham como de los restantes autores estudiados—, objeto de un cuidadoso y exhaustivo manejo, así como de una atenta periodificación; han sido, además, recurso permanente para reforzar la exposición y, en mayor medida, para sustentar sus tesis. De ello se ha derivado una consecuencia beneficiosa, en particular para el lector y estudioso, que no es otra que garantizar la fidelidad de la exposición y la solidez de los juicios, permanentemente sometidos al contraste de las afirmaciones del propio Bentham (cfr. por ejemplo pp. 64-66). Esto resulta aún más evidente en aquellos supuestos en los que el profesor Cruz se desmarca de las tesis dominantes en pos de su interpretación revisada. Ha sido, en primer lugar, un buen lector, permeable al pensamiento de Bentham y fiel reproductor o *expositor*. Luego ha sido un riguroso crítico o *ensor*; pero sólo luego, tras examinar el *corpus* benthamiano. Su lectura panorámica de Bentham, donde la producción jurídica se ha acompañado de su obra psicológica, antropológica, moral, etc., ha enriquecido la obra, y le ha permitido contemplar en perspectiva y tomar distancia de interpretaciones de su pensamiento restringidas a una etapa concreta o a una única dimensión de su producción. En suma, nos ha enseñado cómo leer a Bentham, estableciendo los vínculos adecuados y formulando un fundamentado juicio sobre la literatura jurídica benthamiana.

Mención especial merecen los apéndices (pp. 317-353), auténtico tesoro para los estudiosos de la obra benthamiana. En ellos ha compendiado y estructurado la producción del filósofo inglés, hasta su fallecimiento en 1832, ampliando la labor de otros investigadores. El primero, *Cronología de manuscritos y publicaciones de Bentham* (pp. 317-340), consiste en un índice cronológico de las obras de Bentham; aún no definitivo —como se encarga de precisar el autor (p. 13)— pero probablemente el más actualizado hasta la fecha de los existentes. El apéndice II, *Ediciones de las obras de Bentham* (pp. 341-353), es un índice comparativo de las más importantes ediciones de su obra, en concreto las decimonónicas de Étienne Dumont y de John Bowring, y la de Werner Stark y la inacabada del Bentham Project, ambas iniciadas en el siglo veinte.

Iniciábamos el análisis de esta obra cuestionándonos la pertinencia de una interpretación, revisada, de la teoría jurídica de Bentham. La respuesta afirmativa que anticipamos la confirmamos ahora, tras la exposición de los contenidos y ramificaciones de la obra, que ponen en claro sus méritos y aportaciones. Éstos han sido sintetizados en tres apartados en el *Prólogo* (pp. XIX y ss., en particular pp. XXIV-XXVII) del profesor Serna, a la sazón director de la investigación. En primer lugar, la revisión de ciertos lugares comunes en la historiografía del pensamiento jurídico del siglo XIX, en particular la preterición de Bentham frente a discípulos suyos como J. S. Mill en

el terreno de la ética utilitarista, y J. Austin en el ámbito del Derecho. La investigación del profesor Cruz restituye la trascendencia de las aportaciones de Bentham en ambas áreas, y exige tomar en mayor consideración su influencia en ambas tradiciones filosóficas.

En estrecha relación con esto aparece la segunda valencia del libro: la reinterpretación de la doctrina común acerca del pensamiento de Bentham. Destaca la cuidadosa lectura de la obra del pensador inglés y su adecuada ubicación temporal, que ayudan a comprender la evolución de su pensamiento y justifica la interpretación revisada del Dr. Cruz. En este sentido, la noción de expectativa y la interpretación del principio de utilidad como utilidad derivada de la expectativa sirven para proponer una nueva comprensión de la Filosofía política del autor inglés, frente a la corriente dominante ejemplarizada por Halévy y seguida por epígonos como Long o Foucault. Asimismo, la concentración de la producción jurídica de Bentham en el último cuarto del siglo XVIII, o con mayor precisión, entre los años 1774-1775 (*Comment on the Commentaries*) y 1789 (*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*), junto con la exposición de la auténtica finalidad de su *Chrestomathia* (1816-1817), referente para diversos estudios de la teoría jurídica bethamiana, finalidad que no era sino reformista, resta valor a las afirmaciones del carácter científicista y la pureza metódica de la teoría del Derecho de Bentham y revalida la importancia de las exigencias prácticas o políticas en su configuración.

Esta última afirmación conduce a la tercera contribución: iluminar el debate en torno al positivismo jurídico y permitir una mejor comprensión de esta tradición. La obra sitúa a Bentham en el seno de la tradición positivista anglosajona, como notable precursor. Pero no en la senda del positivismo científico, como han pretendido Hart o Cattaneo, sino en la del positivismo ideológico o político, junto a Thomas Hobbes. El análisis de la teoría del Derecho de Bentham a la luz de la expectativa confirma que aquella no es una teoría descriptiva, resultado de la observación de la realidad, sino que el concepto de Derecho se construye, entre otros, con elementos de naturaleza política; es un concepto normativo. Por tanto, el Derecho no es el resultado de una previa teoría de la ciencia sino de una clara filosofía política –y social– antecedente.

A nuestro entender los méritos del libro son evidentes, y también lo son su actualidad y utilidad. El positivismo, ora por adhesión ora por rechazo o divergencia, se mantiene en vigor como referente para la reflexión iusfilosófica, en su polémica secular con el iusnaturalismo o, más recientemente con el no positivismo de autores como R. Alexy; o incluso, dentro de la propia tradición positivista, con intentos de revisión de sus presupuestos clásicos, como el denominado *Inclusive Legal Positivism* de J. Coleman, J. Mackie, P. Soper o W. Waluchow. Disponer de trabajos como el del profesor Luis Cruz, un hito más en el haz de investigaciones sobre el positivismo jurídico contemporáneo coordinadas y dirigidas por el profesor Serna (cfr. p. XV), resulta esencial para fijar adecuadamente los términos del debate y mostrar nuevas vías para la interpretación y renovación de las doctrinas en litigio. La interpretación de la teoría jurídica desde la antropología y la teoría social de la acción, desde el *homo expectans*, sugerida por el Dr. Cruz en su obra, es desde ahora una acertada y prometedora vía para la adecuada comprensión del fenómeno jurídico.

José Antonio SEOANE RODRÍGUEZ
Universidade da Coruña

DE ASÍS ROIG, Rafael, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista, Cuadernos «Bartolomé de las Casas»*, núm. 17, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid – Editorial Dykinson, 2001.

Rafael de Asís recoge y sintetiza en su, por ahora, último libro, algunas de las investigaciones y reflexiones que ha llevado a cabo en el marco del curso de doctorado *Concepto y fundamento de los derechos humanos*, que el catedrático de la Universidad Carlos III ha venido impartiendo durante los últimos diez años en el Instituto de Derechos Humanos *Bartolomé de las Casas*.

Se trata de un texto cuya utilidad algunos pondrán en duda, bien porque entiendan que versa sobre cuestiones imposibles de solventar; bien porque –todo lo contrario– estimen que ya están definitivamente resueltas. Y tampoco faltarán quienes (sobre todo desde la dogmática jurídica) afirmen que se ocupa de temas irrelevantes, pues lo único verdaderamente importante, cuando de derechos se trata, es lo concerniente a su protección.

Estas opiniones no son, en ningún caso, compartidas por el autor de esta obra, a pesar de que la experiencia acumulada durante estos años le han hecho ser consciente de la dificultad de lograr una propuesta no problemática sobre el concepto y el fundamento de los derechos. Sin embargo, este creciente escepticismo no ha llegado hasta el punto de hacerle desistir de tratar de encontrar respuestas definitivas al *qué* y el *por qué* de los derechos (o, si se prefiere una perspectiva funcional, al *para qué*), dada la enorme trascendencia que éstas tienen.

En efecto, estas cuestiones, junto a la indudable importancia teórica que tienen para la filosofía del Derecho, van también a condicionar la concepción misma que se maneje del conjunto del Ordenamiento, por lo que sus respuestas son vitales y todo esfuerzo encaminado en esa dirección, como es el caso de este libro, es de agradecer.

Y es, precisamente, en el ámbito de la protección de los derechos donde la posición que se mantenga sobre su concepto y fundamento va a tener una mayor proyección *práctica*, pues va a depender de ésta la decisión sobre qué derechos van a ser objeto de una protección específica y cuáles no, así como la forma en que se va a articular esa especificidad.

Asimismo, la atribución de significado que se haga al contenido esencial de un derecho va a depender de la concepción que se maneje del mismo. No es ésta cuestión baladí, pues, como es sabido, los derechos son normas materiales básicas cuyo contenido (o, la interpretación que del mismo se haga) va a proyectarse sobre todo el Ordenamiento jurídico.

Una vez expuestos algunos ejemplos de la trascendencia que puede llegar a tener la apuesta que se haga por una u otra concepción de los derechos, Rafael de Asís pasa a describir aquélla que considera más cercana a los ideales de racionalidad, conclusión y universalidad: la teoría dualista.

Esta concepción, cuyo principal exponente es Gregorio Peces-Barba, se presenta como una construcción mínima, que subraya la relevancia del análisis del concepto y fundamento de los derechos y que huye de un racionalismo extremo, pues concibe a éstos como fruto de la razón, pero también de la historia. Se trata, por otra parte, de un modelo predominantemente procedimental en el que los derechos cumplen una función instrumental básica: son

el vehículo ineludible para lograr no sólo el respeto, sino también la promoción de los diferentes planes de vida individuales.

Ahora bien, el rasgo fundamental de las tesis dualistas (y que, precisamente, le da nombre) es su vocación de superar el tradicional antagonismo entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Los derechos no pueden ya contemplarse desde el ámbito ético o desde el jurídico exclusivamente sino que, muy al contrario, han de tenerse en cuenta ambas perspectivas de forma conjunta. Esto es, no cabe concebirlos sólo como pretensiones morales, dotados de una justificación ética independientemente de su incorporación al Derecho (circunstancia que no sólo no les privaría de validez sino que, al contrario, sería éste quien quedaría invalidado) sino que para su consideración como auténticos derechos fundamentales válidos es imprescindible que hayan sido positivizados (*fuera del Derecho no hay derechos*)¹.

Y es precisamente aquí donde se origina una de las dudas de esta aproximación dualista ¿prevalece una de estas exigencias sobre la otra? Pues bien, si tenemos en cuenta que lo que esta teoría viene a decir es que donde el Derecho no reconoce derechos fundamentales, los ciudadanos no los poseen, y que aquellos derechos que el Ordenamiento jurídico considera fundamentales y que no tienen una justificación moral no deben ser denominados de esta forma, parece claro que el requisito de juridicidad prevalece sobre el de moralidad, pues sin el primero no hay derechos, mientras que sin el segundo sí que los hay –si bien no estarían justificados. Se trata, así, de una teoría de los derechos que, se diga lo que se diga, según el profesor De Asís, puede ser considerada como plenamente positivista, pues lo único que la separa del positivismo más «clásico» es la exigencia de justificación moral de aquello que quiere ser denominado como derecho. Pero esto de ninguna manera es contrario al positivismo, al menos a aquél que defiende una conexión aleatoria entre Derecho y moral.

Ahora bien, no vale cualquier concepción de Derecho y de moral, sino que el dualismo sitúa el discurso de los derechos dentro de unos marcos moral y jurídico (un *marco referencial*) determinados, para cuya correcta comprensión es conveniente tener presente la diferenciación que Rafael de Asís realiza entre metafundamento y fundamento de los derechos. La distinción entre ambos conceptos radica en si nos situamos en un ámbito de justificación abstracto o concreto, es decir, si los derechos se justifican sin apenas referencias a cualesquiera situaciones espaciales o temporales o con ellas.

Paralelamente, es posible distinguir entre metaconcepto y concepto. De nuevo, el primer término hace referencia a un ámbito conceptual abstracto, con mínimas referencias a circunstancias espaciotemporales, en tanto que el segundo lo hace a uno concreto, donde éstas sí aparecen plenamente.

Pues bien, el dualismo se caracteriza por manejar una idea de moral y de Derecho que se identifican, precisamente, con el metafundamento y el metaconcepto y que se constituyen, así, en presupuestos de este modelo.

El marco moral de referencia en el que se inserta el concepto de derechos que aquí se defiende puede ser descrito atendiendo a la construcción del

¹ Sin embargo, en sus últimos trabajos, el rector de la Universidad Carlos III ha añadido una tercera exigencia: su susceptibilidad de ser eficaces en la realidad social en que se insertan (y aun podría añadirse una cuarta: su carácter político, en tanto mediadores entre la ética y lo jurídico).

dinamismo de la libertad, elaborada por Gregorio Peces-Barba. Desde esta perspectiva se concibe al individuo como sujeto moral, lo que implica considerarlo como un ser dotado de dignidad y de capacidad de elección (libertad de elección) y con una vida orientada hacia el logro de planes de vida (libertad moral).

Se trata, por tanto, de un marco moral de carácter básicamente formal, pero no completamente vacío, sino que implica determinadas exigencias de tipo material. La primera de éstas sería el respeto a la idea de igualdad, pues se concibe a todos los seres humanos como dotados de igual capacidad de elección. Pero, además, para que esta libertad de elección pueda ser efectiva, es necesario la satisfacción real de ciertas necesidades básicas y, previa y fundamentalmente, es preciso que se garantice la posibilidad de subsistir, esto es, la integridad física. En definitiva, es posible afirmar que el discurso moral descrito a través del dinamismo de la libertad tiene un componente sustantivo que va a servir para restringir algunos de los posibles contenidos de la libertad moral, pues no se va a permitir la inclusión en la discusión moral de aquellas actuaciones dirigidas a acabar con la vida humana o, de forma más amplia, con la libertad de elección de los demás.

En cualquier caso, desde una idea de moralidad como la aquí defendida los derechos aparecerían justificados como aquellos instrumentos que permiten el logro de diferentes planes de vida, desde el presupuesto de la libertad de elección. Se trata de instrumentos que tienen una vertiente histórica, fruto de consensos y disensos, y que han ido surgiendo de forma escalonada, a lo largo de un proceso que podemos simplificar en tres fases: derechos individuales y civiles, derechos políticos y derechos económicos, sociales y culturales (correspondientes a los tres tipos clásicos de libertad: como no interferencia, como participación política y como instrumento promocional).

En cuanto al marco jurídico, que, teniendo en cuenta la distinción más arriba expuesta se presentaría como metaconcepto, viene dado por uno de los rasgos indispensables que identifican al dualismo, como es la necesidad de incorporar al Derecho las pretensiones morales básicas, lo que a su vez implica manejar un concepto de lo jurídico desde el que se preste atención al poder político.

En efecto, para este modelo el criterio último de validez del Derecho hay que buscarlo en el Poder, que se constituye como el hecho fundante básico que dota de validez al Ordenamiento jurídico (que, a su vez, se convierte en elemento racionalizador del poder). Los rasgos del marco moral antes apuntados, por su parte, se proyectan, en este modelo de conexión, tanto en la perspectiva externa como en la interna, señalando la necesidad de un poder que sea capaz de asumirlos y de un Derecho que sea capaz de incorporarlos.

En este sentido, (y pasando del metaconcepto al concepto, o lo que es lo mismo, de lo abstracto a lo concreto) la configuración del poder que se presenta como más idónea para la concepción de los derechos que aquí se defiende es la que se identifica con lo que Rafael de Asís denomina *Estado Democrático exigente*, que coincide, a grandes rasgos con la concepción que del mismo mantiene Habermas. Este modelo de Estado es definido por el autor como «un Estado de Derecho que se caracteriza por defender una serie de contenidos de moralidad en forma de derechos individuales y sociales, protección del pluralismo y participación, entendidos en términos procedi-

mentales y desde ellos se evalúan las decisiones del Poder proyectadas en el Derecho».

Pero éste no es simplemente uno de los posibles modelos de Estado de Derecho en que los derechos pueden tener cabida, sino el único válido para el dualismo, pues, concluye el catedrático de la Universidad Carlos III, «es posible afirmar que en la actualidad toda actuación contraria a los rasgos que identifican al Estado Democrático exigente es una actuación también contraria a los derechos, ya sea de forma directa o indirecta».

Ramón RUIZ RUIZ
Universidad de Jaén

DI BLASI, Fulvio, *Dios y la ley natural. Una relectura de Santo Tomás de Aquino*. Pisa, ETS, 1999.

Tomás de Aquino está considerado como uno de los grandes teóricos de la ley natural de todos los tiempos y su pensamiento, tanto metafísico como ético, goza hoy de una renovada popularidad, sobre todo por la atención que le han prestrado algunos pensadores contemporáneos de inspiración analítica. De hecho, en los últimos años se ha debatido acerca de la existencia de un auténtico «tomismo analítico».

Una contribución decisiva en este sentido ha provenido de los trabajos de Finnis, Grisez, Boyle y de todos aquellos autores que se han unido a éstos en su relectura neoclásica de la concepción moral tomista. Partiendo de algunos pasajes de la *Summa theologiae*, en los que se establece la distinción entre razón práctica y razón teórica, estos autores han tratado de encontrar en la concepción tomista de la ley natural una solución al postulado analítico de la ley de Hume: la originalidad de la razón práctica del Aquinate respetaría tal principio lógico, haciendo posible una concepción no falaz de la ética. Sin embargo, a los neoclásicos se les objeta que han separado excesivamente la razón práctica de la razón teórica impidiendo, así, la posibilidad filosófica de una ética basada en la *naturaleza*. Por otro lado, y en paralelo con lo anterior, el auge de la ética tomista está ligado al resurgimiento actual de la reflexión sobre la virtud: de hecho, son muchos los que ven en la ética de la virtud de Santo Tomás el camino idóneo para superar el racionalismo moral de los últimos siglos.

A pesar de los signos de revisión y de apertura, la correcta interpretación de la ley natural tomasiana todavía está lastrada por la influencia del voluntarismo y el racionalismo que, desde la tardía escolástica española, a través de la época dorada del Derecho Natural Moderno, se ha propagado, más o menos explícitamente, por todo el pensamiento ético-político contemporáneo. La idea de normas morales universales parece contrastar con la historicidad de la existencia humana, y la voluntad de Dios parece una referencia de carácter exclusivamente religioso y, por tanto, totalmente heterónimo y opresivo para la libertad humana.

Para comprender en plenitud la razonabilidad y coherencia del pensamiento ético de Santo Tomás de Aquino es necesario, de una parte, reconsiderar con atención todo el sustrato filosófico que, sobre una base natural, funda la idea de la relación del hombre con Dios; y, de otra, profundizar en su concepción de la intencionalidad del conocimiento que, tanto en el ámbito práctico como en el teórico, determina la certeza, aunque también la necesaria flexibilidad y gradualidad del saber humano. En la obra de Santo Tomás, la ley natural representa la admirable síntesis filosófica de todos estos elementos.

En este panorama aparece el reciente libro de Fulvio Di Blasi, que se inicia con una pertinente presentación de Mario A. Cattaneo, y que consta de una larga introducción, dividida en párrafos, y en tres capítulos: 1. *La posición neoclásica con respecto a la teoría convencional de la ley natural*; 2. *El presupuesto de la lex naturalis: el hombre capax Dei*; 3. *Lex y lex naturalis*.

La tesis de fondo es que los dos conceptos clave para comprender la concepción tomasiana de la ley natural son el de *naturaleza* (u orden natural) y el de *voluntad de Dios*. Ambos se entienden en sentido fuerte. El primero

impide decir que la ética de Santo Tomás no se funda sobre hechos de la naturaleza: lo que, sin embargo, han hecho las interpretaciones de Finnis, Grisez y Boyle. El segundo se enfrenta a cualquier interpretación filosófica que tienda a hacer superflua la referencia a Dios, o a eliminar el carácter de ley de la ley natural: es decir, la dependencia (no sólo remotamente metafísica sino inmediatamente ética) del elemento normativo de la voluntad creadora de Dios.

La larga introducción muestra el itinerario teórico que, partiendo del debate filosófico actual de carácter analítico, ha seguido el autor para llegar a la concepción clásica tomista de la ley natural. Comienza con una reconstrucción crítica del panorama ético-político anglosajón reciente, en el que se han venido desarrollando las nuevas tendencias iusnaturalistas; pero también presta atención al debate de fondo entre comunitaristas y liberales (tanto deontológicos como teleológicos), y a las recientes tendencias del liberalismo perfeccionista, del neocontractualismo y del egoísmo racional. Los puntos fuertes del discurso aquí son dos: la explicación de la teoría neoclásica de la ley natural (cuyos principales exponentes son Finnis, Grisez y Boyle), y la crítica naturalista aristotélica de Veatch a las éticas de inspiración analítica, tanto teleológicas como deontológicas. También se incluyen referencias a la valoración de Finnis sobre la *analytical jurisprudence* hartiana, y a las contrapuestas interpretaciones utilitarista y deontológica sobre el problema de los derechos humanos.

El capítulo primero tiene un sesgo historiográfico. En él se estudia el contraste entre la teoría neoclásica de la ley natural y la convencional, a la luz del debate entre nominalistas y antinomialistas que se desarrolló en los tres siglos siguientes a Santo Tomás. El debate actual tiende a repetir esas posiciones extremas. El objetivo de esta reconstrucción no es otro que destacar la centralidad de los dos conceptos de «naturaleza» y «voluntad de Dios» y proporcionar una correcta y definitiva interpretación de la tradición filosófica de la ley natural.

Es en el capítulo segundo cuando se aborda expresamente a Tomás de Aquino. Aquí se encuentra probablemente el aspecto más original de la reconstrucción de Di Blasi. En clara oposición con otras explicaciones recientes de la ética tomista, considera que Dios (o, mejor, la apertura del hombre a Dios: *homo capax Dei*) es el presupuesto central del pensamiento moral tomasiano. «Ni siquiera el conocimiento cierto de un orden objetivo de la naturaleza», afirma Di Blasi, «sería suficiente para explicar el sentido último del obrar moral y la percepción del deber, o de la obligación, por parte de la conciencia humana» (p. 89). «Si la ley natural remite a una posición filosófica en la que el sentido de la moralidad está en la obediencia a Dios», tal doctrina es «justificable, no sólo si la filosofía de Santo Tomás es capaz de llegar al conocimiento de Dios, sino también si consigue producir una concepción de tal conocimiento que permita explicar la totalidad del horizonte ético de los seres humanos» (p. 20). Di Blasi no se limita a aclarar el modo en que ha de entenderse el concepto de voluntad de Dios, sino que además ofrece una atenta reconsideración de las famosas vías para llegar a Dios y un interesante análisis de la relevancia ética que el problema de Dios reviste para el hombre.

El último capítulo, en sintonía con los anteriores, reinterpreta el concepto de *lex* y la tipología de las leyes establecida por el Aquinate (ley eterna, ley divina antigua y nueva, ley natural y ley humana) a la luz de la relevancia de

los conceptos de Dios y de orden natural. El resultado es un único concepto de ley aplicable a todos los diversos tipos: «La ley, así, aparece como *una disposición del intelecto de un gobernante (divino) que manda sobre una multiplicidad de cosas sometidas a él (todas las cosas existentes) dirigiéndola a un único fin/bien común* (Dios mismo como fin último). Esta definición, con los paréntesis, vale sólo para el concepto de ley eterna. Pero si eliminamos lo contenido en los paréntesis entonces incluye hasta la ley humana. De hecho, si se restringe el contenido del segundo paréntesis a *todas las cosas humanas* la definición se adapta tanto para la ley natural como para la divino positiva, antigua o nueva». Digno de mención es el original entrelazamiento entre *eficacia* de la ley y el concepto de inclinaciones naturales. Resulta también pertinente la crítica final a Abbà, que le da ocasión para referirse a la armonía existente entre los conceptos de ley y virtud, y para desenmascarar la idea de obligación legal como mandato exterior —o de la ley como sumisión a Dios o al superior político— que se esconde siempre detrás de interpretaciones que no acaban de comprender el complejo andamiaje teórico de Santo Tomás.

La lectura de este libro en nuestro país, y quizá su traducción al castellano, resultarían pertinentes. El tomismo fue hegemónico en la Universidad española de la postguerra. Esta «vuelta» a Santo Tomás, a través de las relecturas que se vienen haciendo en los Estados Unidos en los últimos quince años, es una ocasión excelente para depurar el pensamiento del Aquinate de algunas interpretaciones que se hicieron entonces en España y que sirvieron para oscurecer y, en definitiva, invalidar su pensamiento.

Vicente BELLVER CAPELLA
Universidad de Valencia

FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Le Droit et les Sens*, Paris, L'Atelier de L'Archer-PUF, 2000, 152 pp.

¿Un libro sobre interpretación jurídica que aborda el complejo espectro de los sentidos del Derecho?, ¿o un libro que explora la dimensión sensorial del derecho, su percepción a través de los sentidos, al modo y manera en que Ihering (*El fin en el Derecho*) pudo referirse, por ejemplo, al «ojo» o al «tacto» jurídico? En mi opinión, lo más estimulante de esta obra reside precisamente en participar de ambos sentidos. Porque, en efecto, Ferreira da Cunha ha logrado ofrecer a partir de la binaria signo y símbolo una sugestiva relectura/reescritura tanto de la simbólica del derecho cuanto del derecho como símbolo. El resultado, dispuesto en su ejercicio mediante tanteo de «ensayos», ensambla así en una obra que, antes de organización que de agregación, alcanza mucho más allá de la circunstancial diversidad de trabajos reunidos y desemboca en un espacio unificante. La argamasa se nutre del envolvente culturalismo humanista de su autor —quien cultiva con inteligencia analogías que a través de iluminadoras adyacencias, transforman en auténticas metáforas epistemológicas—, del siempre provechoso recurso a las relaciones entre las artes, la estética y el derecho, y del interés, hoy cada día más creciente, por la importación y exportación de paradigmas, conceptos, perspectivas. En esa mixtura, signo y símbolo se elucidan como mitología, mitocrítica y mitoanálisis hasta mostrar la presencia en el Derecho, sostenida y firme en el tiempo, de elementos históricos y culturales que actúan de soporte en las concepciones, pensamiento y ciencia jurídica actuales.

Concretamente, «Les symboles du droit. Essais d'iconologie» (cap. I, pp. 11-27), se instruye en una dirección que marcha desde la estética a la simbólica jurídicas, tomando referencia en la clásica tríada simbolista de la balanza, espada y venda. Su apelación permite así, en primer lugar, una concreción de lo jurídico a través de objetos materiales de cultura. Pero el examen de esa representación y su trifuncionalidad, sirve además, también, para signar la renovación de ideas e ideologías del Derecho. En un recorrido que abarca desde el rastreo casi arqueológico a la modernidad, aparecen marcas ostensibles, tales que medida de bienes y equilibrio de valores, coerción e imperatividad, función soberana, e imparcialidad, pero ya a la última fase, en punto a las versiones postmodernas del derecho, esa misma trinidad denota asimismo cierta transustancialización, cierta renovación no sólo externa, como orientada al signo de su reemplazamiento deconstructivo, delegislativo y decodificador bajo formas simbólicas de pacificación, contractualismo y negociación. En «La glaive et la loi. Essais d'iconoclastie» (cap. II, pp. 28-45) el icono de la balanza vale no únicamente en su aparente más tradicional y menos cuestionada función de objeto semiótico simbolizante de operaciones de medida y equilibrio, sino que abre en contrapunto a un dualismo simbólico. Es así, sin duda, un acierto que Ferreira da Cunha detecte el «peso del sentido» que supone el tránsito de la manifestación objetual griega, infiltrada del signo de poder divino, a la romana, humanamente caracterizable en la *iuris-prudentia*. Ciertamente y de ello sería revelador, a mi parecer, reparar en determinada escena del canto VIII, de *La Ilíada*: «Mientras duró la aurora y fue levantando el sacro día,/ los dardos hacían blanco en ambos lados, y la hueste caía. / Más cuando el Sol llegó al centro del cielo,/ entonces el padre de

los dioses desplegó la áurea balanza/ y puso las dos parcas de la muerte, de intensos colores, de los/ troyanos, domadores de caballos, y aqueos, de broncíneas túnicas./ La cogió por el centro y la suspendió, y se inclinó el día fatal / de los aqueos, cuyas parcas sobre la tierra, nutricia de muchos,/ se posaron, mientras las de los troyanos subían al ancho cielo»¹. A mi modo de ver este texto coincide con el relato ritualizado del juicio apocalíptico, de destrucción, puramente punitivo. Zeus, como tendencialmente cualquiera otra justicia divina, se ajusta a la posición de fiel de la Balanza, y opera un inhumano –extrahumano, al menos– «ajustamiento»: resolución y fin de la Historia, Final de los Tiempos, Juicio Universal. No obstante, olvidamos que la sublime excelencia de ese acto de Justicia, simbolizado en el grácil y elegante gesto de la equilibrada ascensión de la balanza, alzada en las manos de los dioses, así por encima de las bajas querellas (humanas), era en el fondo, a tenor del origen de la guerra de Troya y su prolongado y alternante desenvolvimiento en duelo por Helena, imprudente y hasta caprichoso, pues de todo aquel cataclismo de sufrimiento y sangre «causantes son los dioses» (III, 164). De este modo, es plenamente comprensible –y participable– la «iconoclasta» adhesión del autor más a la *Iustitia* romana, que no porta balanza alguna, que a la *Diké* griega.

Con el subtítulo de «Essais d'archéologie des sens» y rótulo principal de «Mythe, symbole et rituel aux racines du droit pénal», el capítulo III (pp. 46-57) nos interna en el ámbito de la reflexión criminológica. La activa intervención del autor en el Equipo interdisciplinar de Filosofía Penal del Instituto de Criminología de París II y su colaboración docente en esas materias en París XII, le otorgan una suficiencia de conocimientos temáticos del que aquí se ofrecen sobradas pruebas. Puede y debe recordarse asimismo, aparte otros múltiples trabajos aparecidos en la *Revue de Internationale de Philosophie Pénale et de Criminología de l'Acte*, donde una inicial versión del presente estudio fue en su día (1992-1993) publicada, su ensayo *A Constituição do Crime*². El enfoque aquí elegido se conduce, partiendo del principio de escasez de bienes, desde la mimésis de apropiación a la mimésis del antagonista hasta proyectar en el ritual de la pena. La percepción del profundo e intenso enraizamiento de la mítica del castigo simbolizado en el rito punitivo le inclina a sostener la naturaleza del derecho penal como esencialmente ligada a la muerte y de la pena como sustitución, o continuación por otras vías, de la

¹ Homero, *La Ilíada*, canto VIII, 68-72 (trad., prolog. y notas de E. CRESPO GÜEMES), Gredos, Madrid, 1991, 1996 1.ª reimp. La sonoridad homérica de este fragmento me parece superior a la de esta otra traducción, también espléndida: «Mientras había aurora/ y se iba acrecentando el sacro día,/ entonces de ambos bandos realmente/ los venablos sus blancos alcanzaban/ y las gentes caían./ Mas cuando el sol con ambos pies pisaba/ del cielo el punto medio,/ ya entonces, justamente, su balanza/ de oro el padre tendía/ y en los platillos de ella colocaba/ dos genios de la muerte dolorosa,/ uno de los troyanos,/ domadores de potros, y otro de los aqueos de lorigas de bronce./ Y habiéndola cogido por el medio,/ la alzaban y se inclinaba hacia abajo/ de los aqueos el día fatal./ Los genios de la muerte/ de los aqueos íbanse asentando/ sobre la tierra de muchos nutricia; en cambio, al vasto cielo/ se levantaron los de los troyanos». Homero, *La Ilíada*, canto VIII, 65-75 (trad y ed. de A. López Eire), Cátedra, Madrid, 1991².

² Vid. Paulo FERREIRA DA CUNHA, *A constituição do crime. Da substancial constitucionalidade do Direito penal*, Coimbra Editora, Coimbra 1998.

venganza (p. 50). En realidad, observando detenidamente la génesis y evolutiva penológica la parte primera de dicha conclusión en absoluto puede ser descartada. Es más, el componente de violencia y terribilidad en la sanción penal se presenta inseparablemente unido a importantes revestimientos estéticos donde se confirma y refuerza³. Forzosamente, en consecuencia, el variado y amplísimo ritual de enérgicas disciplinas, penitencias, y contrición / corrección implica para el *ius puniendi* un componente de *mortificación* tan recio como vigoroso todavía hoy. Más complejo resulta asumir en pleno, sobre todo en el derecho moderno y al interior de la organización institucional del Estado, que los rituales sacrificiales y victimarios no se hayan desprendido y aún conserven, por encima o por debajo del imperativo ético de restauración del ilícito, marcas cainíticas y caracteres fundamentalmente vindicativos. Pero preciso es admitir, a reserva de profundizar en esa línea, que lo provocador de la hipótesis no se diluye en la banalidad, cuando igualmente se ha de reconocer que el derecho penal continúa funcionando como auténtico derecho constitucional del Estado.

Un nuevo y diferente aporte a la filosofía simbólica del derecho, ahora como «Essais de synesthésie», hallaremos en «Le juriste, peintre de la nature» (cap. IV, pp. 58-78). Derecho y artes plásticas; *Ut pictura iuris*. Registro catalogado de desrealizaciones y reificaciones en *cuadro jurídico* que da a ver una construcción de lo natural: el derecho es, como toda pintura, un producto cultural que deriva, en última instancia, de una realidad, «des données de la nature» (p. 74). Pero, ¿naturaleza muerta o viva?, ¿fijismo o dinamismo?, ¿permanencia o fugacidad? Ferreira da Cunha se aleja en busca de la perspectiva tanto, si se me permite el símil, de la idea iusnaturalista de *bodegón* (mejor expresada por germanos y anglosajones con *sittleben* o *still life*, naturaleza inmóvil) cuanto de positivismo jurídico en versión de *action painting*, abocetando en las líneas maestras (ahora, *ut pictura poesis*) de tres poetas alemanes (G. Ph. Harsdoeffer, W. Busch y G. Benn) una composición crítica y dialéctica. Es necesario recordar también, no obstante, que en la pintura «del natural» a menudo el jurista mezcla los colores de su paleta influido por el imaginario de ciertos *predominios* cromáticos⁴.

El capítulo V, dedicado a «Esthétiques et juridicités. Essais de perspectives», y dirigido finalmente a evaluar las posibilidades estéticas formalistas e impresionistas del fenómeno jurídico, contiene un atractivo análisis de tránsito del «droit hedonistique» al «droit eudémonique», del «droit nominalista» al «droit onomastique», con una digresión, nada irrelevante, acerca del *art du bluff* (pp. 93-94). Penúltimo en el orden capitular, «La poésie, signe juridico-politique: l'exemple de l'Al-Andalus lusitanien» recupera como «Essais de lecture» (pp. 106-127), en la delicada bordadura verbal y sutiles filigranas de la poética arábí-portuguesa (fragmentos de Ibn As-Sid, Ibn

³ Vid., mi trabajo «Sobre la estetización de la violencia (Perspectivas del espacio estético en la filosofía jurídico-penal)», en *Contrastes. Revista Interdisciplinar de Filosofía (Málaga)*, vol. III, 1998, pp. 307-321, en análisis a Stamatios Tzitzis, *Esthétique de la violence*, PUF, Paris, 1997.

⁴ Vid. CORNELIUS CASTORIADIS, *L'institution imaginaire de la société* (en espec. 2.^a parte: «L'imaginaire social et l'institution»), Seuil, Paris, 1975. CASTORIADIS habla de «la institución imaginaria de la sociedad», que identifica con las pautas dominantes de la imaginación social, considerando que mientras prevalecen determinados prejuicios y propensiones tradicionales en la «imaginación institucionalizada» las actuaciones legislativas siguen siendo *letra muerta*.

Addum, Al-Baji, Al Marwani, Al-Qastalli, Ibn Sara, Ibn Basam, Al-Mu'Tamid, Ibn' Ammar, Ibn As-Sis, Al-Kutayyir. Al-Judami, Ibn Taifur, el gobernador del Alcázar de Sal' Abd Allah ibn Wazir, Abu Bark ibn Ruhain, Al Mirtuli), las sensibilidades iusfilosóficas y políticas que como orientaciones de moralidad jurídica pública y privada guían al musulmán hacia un ideal virtuoso de vida jurídico-moral, esencialmente opuesto al derecho coercitivo (p. 113).

Se cierra la obra con el capítulo del que toda ella toma título, donde su autor regresa en «Exercices interdisciplinaires» (pp. 128-148) sobre la huella de algunos signos, imágenes y mitos ya estudiados, que ahora remarca y ahonda todavía más con incrustaciones de sentido *au-dessus* lo simplemente figurativo y apariencial. En la labor de ese recamado se realza y desvela el secreto interior (pp. 145 ss), para inmediatamente desbordar en el silueteo de nuevos enigmas a cuya comprensión interpretativa volcará otra vez nuestra sed de conocimiento.

Me queda sólo destacar, al margen de mi personal disfrute, el grado de autenticidad del esfuerzo y resultados de esta mirada innovadora en la que se acierta a refundir el rigor analítico con la sugestión imaginativa. Hace ya años que al denunciar Gilbert Durand⁵ la paradoja de lo imaginario en Occidente y auspiciar en el estudio de las ciencias de lo imaginario nuevas bases metodológicas de aproximación al mito, ensalzaba la actitud y función de esa visión imaginativa que está más allá del lenguaje y las representaciones conceptuales y que constituye una esencial dimensión del saber humano, con poder de trascender la demostración lógica. De acuerdo también con Durand, es notorio que con frecuencia la cultura occidental ha menospreciado la dimensión peculiar del saber vehiculada en lo / el imaginario, y despreciado asimismo los signos, imágenes, mitos que expresan y manifiestan ese simbolismo... Y, no obstante, a pesar de tantos afanes iconoclastas, es asimismo evidente que su presencia retorna siempre en la obra de los grandes pensadores.

José CALVO GONZÁLEZ
Universidad de Málaga

⁵ GILBERT DURAND, *Lo imaginario*, trad. y epil. de C. València, Prol. de J. J. WUNENBURGER y Apéndice bibliográfico de M. PRAT, Eds. Del Bronce, Barcelona, 2000.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Filosofía, Política, Derecho. Escritos seleccionados*. Edición de Javier De Lucas, Universitat de València, Valencia, 2001.

El profesor Ernesto Garzón Valdés fue investido como doctor *honoris causa* por la Universitat de València, junto a sir John Elliot, el 12 de noviembre de 1998. Este libro, que forma parte de la colección *honoris causa* de esta Universidad, recoge además de su *curriculum vitae* y publicaciones, una selección de sus trabajos y las intervenciones del acto de investidura: la *laudatio* del profesor Javier De Lucas y la *lectio* «Sobre la ignorancia» del investido.

La lectura del libro logra que uno se reconcilie con la propia vocación universitaria, con la que casi constantemente nos peleamos por las decepciones e ingratitudes que se producen en el camino, por cuestiones que no tienen que ver con la propia idea de Universidad. Hay tres razones por las que el libro logra este cometido. Primero, porque aquí aparece reflejada la función y el papel del intelectual en nuestra sociedad, que el profesor Garzón representa en su trayectoria vital y científica. Segundo, por la propia lección en la que se analizan los conceptos de ignorancia, que nos hacen reflexionar sobre nuestra condición personal y académica. Y tercero, por los textos escogidos por el profesor De Lucas, en los que se plantean cuestiones que interpelan al Derecho, a la Filosofía y a la Política, y que permanecen de actualidad. Voy a referirme brevemente a estas tres razones.

En primer lugar, como recuerda el profesor Javier De Lucas en la *laudatio*: «la misión del intelectual es desenmascarar los mitos que encubren la injusticia y la arbitrariedad de la sociedad que le ha tocado vivir» (p. 22). Este marco ya es suficiente para una reconciliación. En la *laudatio* (pp. 15-22) se reflejan los motores en la trayectoria del profesor Garzón que son cuestiones centrales en la manera en la que hay que conocer el Derecho, y la finalidad de nuestras disciplinas: la filosofía jurídica y política. Podríamos concretarlos en tres: el papel del filósofo del Derecho, la actitud del docente y la función de la Ciencia del Derecho.

El papel del **filósofo del Derecho**, que se refleja en las actitudes del profesor Garzón, es el de ser «mediador», ser «constructor de puentes que permitan el conocimiento, el diálogo entre las comunidades científicas... [de manera] que abre caminos para que otros los transiten y con ello construye sociedades abiertas» (p. 18). Así, la **reflexión crítica** de la Filosofía del Derecho como conocimiento del Derecho no supone entenderla como fundamento último de los demás saberes, como «acomodador» (*Platzanweiser*) de las demás Ciencias. Se trata más bien de resaltar la función de «guarda-espacios» (*Platzhalter*) para la promoción del surgimiento de ideas creativas en las diversas áreas culturales, científicas, sociales, políticas...; y la función de «interprete mediadora» entre los distintos ámbitos de la vida y la cultura, sin por ello renunciar al papel de guardián o «protector» (*Hüter*) de la racionalidad¹.

¹ Estas ideas pueden encontrarse, por ejemplo, en J. HABERMAS, *Conocimiento e interés* (1968), trad. cast. M. Jiménez y J. F. Ivars y L. M. Santos, Madrid, Taurus, 1982; «¿Para qué seguir con la Filosofía?» (1971), en *Perfiles filosófico-políticos*, trad. cast. M. Jiménez, Madrid, Taurus, 1984, págs. 15-34; *La filosofía como guarda e intérprete* (1981), Valencia, Dirección General de Ordenación e Innovación Educativa, 1990.

La actitud del **docente** debe partir de la premisa de que la filosofía, no puede enseñarse, porque el único criterio de esta enseñanza consiste en *enseñar a hacer filosofía*. A filosofar, o sea, *a pensar por sí mismo*.² Como recuerda el profesor De Lucas en la cita del «Manifiesto de la juventud universitaria a los hombres libres de Suramerica» (1918): «la autoridad ... no se ejercita mandando, sino sugiriendo y amando: enseñando.» Y utilizando la propuesta de Kant: «lo que se espera de un profesor es que forme en sus estudiantes primero el entendimiento, luego su razón y por fin que haga de ellos sabios... para eso no debe enseñar pensamiento, sino enseñar a pensar.»

La filosofía debe entenderse como un **proceso**, como un ejercicio, y no como un resultado, porque la propia actividad filosófica implica «estar siempre en guardia»³. La Filosofía es un camino, un proceso de búsqueda de la verdad: su verdad es estar en camino, más que llegar. En este sentido «la Filosofía, y ésta sería después de todo la única forma de justificarla, no debería creerse ya en la posesión de lo absoluto, incluso debería excusar el pensar en ello para no traicionarlo, y pese a todo, no apartarse ni un ápice del concepto enfático de verdad. Esta contradicción es su elemento.»⁴

En definitiva, la **función de la Ciencia del Derecho** es la de proporcionar «herramientas conceptuales (...) que nos permiten crear modelos adecuados para esa particular función que es la propia de la filosofía práctica, de la filosofía del derecho, moral y política (...) pues alcanza su sentido sólo en el punto en que muestra aptitud para evaluar, orientar, justificar adecuadamente las prácticas, las normas y las instituciones sociales concretas.» (p. 20). Como señalaba el propio profesor Garzón en el prólogo a otro de sus trabajos: «Este interés por los esquemas conceptuales explica quizás mi predilección por los artículos y mi resistencia a escribir voluminosos libros. Una vez que se tiene el esquema conceptual (lo que suelo llamar la «parrilla»), la adición de datos me resulta una tarea más bien aburrida (que ni siquiera proporciona el placer de la carne sobre la parrilla, para continuar con la metáfora *pampeana*). Hasta qué punto he logrado construir buenas «parrillas conceptuales» es algo que juzgará el lector.»⁵

Estas líneas de actuación han llevado al profesor Garzón a ocuparse en su obra de los problemas con los que se enfrenta el Derecho, de problemas de difícil solución que son un desafío tanto para el docente como el investigador. Como señala el profesor De Lucas en la *laudatio* se pueden dividir sus trabajos en dos tipos de preocupaciones (p. 21): «En un primer momento ... se centran en la crítica al derecho natural, la recepción de la filosofía analítica en la filosofía jurídica y problemas políticos en el ámbito latinoamericano.» Posteriormente, «las cuestiones de ética normativa y de filosofía política centran su atención, en el marco general de la justificación del Estado social de derecho desde una perspectiva liberal: así, problemas como los deberes positivos, los límites de la autonomía individual y de la coacción, el principio de intervención y el paternalismo, la desobediencia al derecho, la

² I. KANT, «Respuesta a la pregunta. ¿Que es la Ilustración?» (1784), en *¿Qué es Ilustración?*, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 11.

³ I. KANT, *La contienda entre las facultades de filosofía y teología*, trad. cast. R. Rodríguez Aramayo, Madrid, CSIC/Debate, 1992, pág. 15.

⁴ La cita es de Th. W. Adorno y se encuentra recogida en J. HABERMAS, «¿Para qué seguir con la Filosofía?» (1971), en *Perfiles filosófico-políticos*, cit., p. 15.

⁵ E. GARZÓN VALDÉS, *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993, p. 16.

tesis del coto vedado y las necesidades como fundamento de los derechos, la tolerancia, o los límites del principio de mayoría y el fundamento de la legitimidad democrática.» Algunos de estos temas se reflejan en los textos escogidos en el presente libro.

En segundo lugar, resulta una delicia, también académica, la lectura de la lección «sobre la ignorancia», que refleja, sin duda, esa metodología analítica que sirve para mostrar, señalar y dejar abiertos los caminos con libertad crítica para quien lee o escucha. En la lección se exponen ocho tipos de ignorancia: excusante, presuntuosa, culpable, racional, docta, conjetural, inevitable, querida... Todo un ejercicio de modestia intelectual, agudeza en el análisis que estimula a plantearse no solo los presupuestos y límites del método científico, sino también de nuestro comportamiento y nuestro proceder. La lección concluye con un deseo: «contribuir a superar, desde una ignorancia querida, los peligros de una ignorancia presuntuosa» (p. 44), aquella en la que se plantea una «reducción exagerada de lo cognoscible a través de la aceptación excluyente de un único criterio de corrección, de un cierto rigorismo metódico procedente de las ciencias naturales...» (p. 26).

En tercer lugar, en el libro se han escogido trabajos que reflejan algunas de las preocupaciones del profesor Garzón. Las relaciones entre derecho y moral, ética y política, la razonabilidad como criterio de corrección, los problemas de la corrupción, el terrorismo de Estado, la tolerancia, la diversidad cultural y la privacidad. Sus posiciones en ellos son de sobra conocidas.

He de decir que los textos aquí recopilados, como otros del profesor Garzón, tiene la virtud de centrar los problemas y sirven para entender algunos asuntos complicados. Otros favorecen la perspectiva crítica e invitan a pensar sobre los problemas: de eso se trata, el estímulo que lleva a la acción y al inconformismo con lo establecido. Muchos de ellos han servido, y servirán para fomentar las discusiones con los alumnos en las asignaturas de Filosofía del Derecho o Derechos humanos. Los textos tienen la característica de llegar a los «núcleos» centrales de los problemas: expresan donde se halla la cuestión primordial; en otras ocasiones indican una dirección; en otras el «caso»... Suelen tener elementos, categorías, supuestos, clasificaciones que ayudan al docente a suscitar el interés del alumno. A veces algo tan difícil.

De entre la diversidad de temas, en lo que sigue me centraré en uno de ellos, del que se ocupa en uno de los textos, aunque tiene implicaciones en otros aquí recogidos, y en trabajos anteriores. Es el asunto de los derechos colectivos y la diversidad cultural⁶.

En «Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural» examina los siguientes problemas (p. 234): 1. La confusión entre tolerancia y relativismo moral. 2. La confusión entre diversidad cultural y enriquecimiento moral. 3. La confusión entre identidad personal e identidad social. 4. La confusión entre unidad cultural y unidad institucional. 5. La confusión entre sujetos jurídicos y sujetos morales. Examinaré a continuación algunas de sus propuestas y comentarios.

⁶ Además de en «Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural», pp. 233-271, cuya versión anterior se publicó en *Claves de Razón Práctica*, núm. 74, 1997; el tema lo trata en «El problema ético de las minorías étnicas», *Derecho, ética y política*, cit., pp. 519-540; y en ese mismo volumen «Pluralidad étnica y unidad nacional: consideraciones ético-políticas sobre el caso de México», pp. 911-942.

(1) **La confusión entre tolerancia y relativismo moral.** El profesor Garzón sostiene que el hecho de que existan diferentes culturas no implica que sean inconmensurables ni buenas en sí mismas por ser diferentes; porque la propuesta de inconmensurabilidad de las culturas lleva al «aislacionismo moral» (p. 238). En cambio, piensa que la *tolerancia sensata* no es relativista, presupone un mínimo de objetividad basada en los principios de universalidad e imparcialidad⁷: «Las buenas razones son las que parten de una actitud de imparcialidad, es decir, de la consideración de los demás en tanto seres autónomos, capaces de formular planes de vida respetables en la medida en que no violen el principio de daño sostenido por John Stuart Mill o no sean expresión de una incompetencia básica que dé lugar a formas de paternalismo éticamente justificable» (p. 234). Esto unido al derecho de autodefensa, que son principios aceptados por cualquier ser humano racional que «apuntan a necesidades universales de toda sociedad», y a partir de ahí «no cuesta mucho inferir un buen catálogo de derechos humanos» (p. 240). En las tesis del profesor Garzón se encuentra el límite a las decisiones en lo que denomina «coto vedado» de derechos primarios que escapan a toda decisión mayoritaria» (p. 266)⁸. En otros textos también lo concreta relacionándolo con la idea de legitimidad⁹. La tesis que mantiene es que «entre derecho y moral existe una relación conceptual, es decir, el sistema jurídico no puede existir sin la pretensión de la corrección moral de su regla de reconocimiento.» (p. 77) Y esa vinculación la establece por medio de diversas expresiones: «pretensión de legitimidad», «pretensión de corrección» o «pretensión de autoridad». Y su propuesta se concreta de la siguiente manera: «cabría la posibilidad de un objetivismo ético que aceptara, como punto de partida, el deber de satisfacer las necesidades básicas (naturales y derivadas) de las personas dentro del marco de la mayor libertad individual posible» (p. 89). También podrían tomarse como criterio objetivo «las declaraciones universales de derechos humanos suscritas por todos los Estados del mundo. En ellas se hace referencia también a normas suprapositivas, sin que esto implique una fundamentación metafísica, sino más bien la aceptación de una estructura

⁷ Esta fundamentación puede encontrarse también en otros trabajos, véase en este mismo volumen, «Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos», p. 168. Su posición sobre la tolerancia puede encontrarse en «No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia», pp. 273-289.

⁸ Esta tesis ha sido desarrollada en varios trabajos, entre ellos véase «Acerca del concepto de legitimidad», *Anuario de Derechos Humanos*, 5, 1988-1989, pp. 343-366; «Representación y democracia» (1989), en *Derecho, ética y política*, cit., pp. 631-650; «Algo más acerca del “coto vedado”», *Doxa*, 6, 1989, pp. 209-213; y en «Consenso, racionalidad y legitimidad», (1992) en *Derecho, ética y política*, cit., pp. 491-508.

⁹ Véase en este volumen: «Algo más acerca de la relación entre derecho y moral», pp. 69-90. Y en «Consenso, racionalidad y legitimidad», (1992) en *Derecho, ética y política*, cit., p. 469 dice: «También en los sistemas políticos que poseen legitimidad existe un “coto vedado” integrado por aquellos derechos derivados del principio de igualdad básica y de la superación y/o compensación de las desigualdades accidentales. El respeto de este “coto vedado”, es decir, del goce de los derechos en él incluidos a través de la vigencia de deberes negativos y positivos, es lo que confiere homogeneidad básica a la sociedad, a la vez que impone limitaciones a las decisiones gubernamentales, siendo aquí irrelevante el que aquéllas cuenten con el consentimiento o no de los gobernados.»

hipotética y presuntiva de los derechos humanos en tanto axiomas no derivables que constituyen un metasistema normativo y regulan el contenido de las normas de los sistemas jurídicos positivos» (p. 90).

Por otra parte, además, «la aceptación de valores éticos de vigencia universal» junto con «la exigencia de homogeneidad, parecen ser inconciliables con el respeto pleno de la identidad colectiva de las minorías étnicas»¹⁰. Para él «una sociedad es homogénea cuando todos sus miembros gozan de los derechos directamente vinculados con la satisfacción de sus bienes básicos»¹¹. Una consecuencia de esto es que «puede implicar, en algunos casos, la necesidad de su imposición, aun en contra de la voluntad de sus destinatarios (...). Por ello, en la zona comprendida entre la homogeneización y la dinamización suelen presentarse casos en los que pueden estar justificadas medidas paternalistas»¹².

A este planteamiento se le podrían realizar algunas objeciones desde el punto de vista interno de la argumentación utilizada¹³. En primer lugar, que si entre los derechos primarios figura la libertad nos encontramos con otro bien/derecho conectado con ella, que es la cultura como expresión y sustrato del pluralismo y la diversidad, y por lo tanto, la resolución del conflicto no resulta tan sencilla, pues también formaría parte del «coto vedado». En segundo lugar, si esto es así, y ya sea desde un punto de vista individual o colectivo, la idea de cultura y su garantía debe ser un bien protegible para el ejercicio de la libertad y el resto de derechos que forman parte del coto vedado. Frente a esto, el pluralismo debe considerarse como «el marco mismo de la convivencia social entendida como el espacio en que se encuentran –y confrontan– diferentes visiones del mundo, diversas identidades culturales, distintos códigos valorativos. Por eso la exigencia de que sólo la educación en el pluralismo como valor posibilita la existencia de una sociedad democrática, cuando ésta se enfrenta al reto del multiculturalismo; esto es, el carácter enriquecedor de la diversidad de propuestas valorativas, la necesidad de conocerlas y comprenderlas como un elemento que aumenta nuestra propia autonomía, nuestra formación, la capacidad de elección, y eso es tanto como educar en el diálogo intercultural, en la mutua interpelación que no rehúye la discusión de los propios presupuestos, de la responsabilidad, de la autocrítica»¹⁴.

Por último, tan solo realizaré una consideración en relación al «coto vedado». Es cierto que la referencia a esos «derechos» o «bienes» primarios que dotan de legitimidad al sistema político deben ser un límite. El problema

¹⁰ «El problema ético de las minorías étnicas», *Derecho, ética y política*, cit., p. 520.

¹¹ «El problema ético de las minorías étnicas», *Derecho, ética y política*, cit., p. 531.

¹² «El problema ético de las minorías étnicas», *Derecho, ética y política*, cit., p. 536.

¹³ Véanse estos y otros argumentos en J. DE LUCAS, «Nota sobre el debate acerca de los derechos colectivos (a propósito de la identidad cultural)», en *¿Hay derechos colectivos?*, ed. F. J. Ansuátegui Roig, Madrid, Universidad Carlos III, 2001.

¹⁴ J. DE LUCAS, «Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías (Los derechos de las minorías en el 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)», *Derechos de las Minorías en una sociedad multicultural*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Escuela judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1998, pp. 275-276.

es la determinación de qué, quién y cómo se establece el contenido de los mismos. El qué, el contenido, puede entenderse como abierto de la misma manera que no podemos pensar que nos encontramos en el momento más álgido de la Historia en el que el elenco de derechos resulte inamovible. Cómo se llega a determinarlos, tendrá que pasar por una discusión, acuerdo, consenso en el que se respeten unas mínimas reglas de juego, por ejemplo, la idea de democracia, pluralismo, también teniendo en cuenta a las minorías... Lo que supone que en ese proceso también formen parte esos colectivos que proponen valores que pueden ser «distintos» o conflictivos. De alguna manera, ellos también forman o van a formar parte de la comunidad política. Y esta forma de entender este «coto vedado» tiene que incorporar mucho de lo que se ha dicho antes en relación a la manera en la que hay que entender la investigación filosófica, como un **proceso**, como un ejercicio, no como un resultado. Ya que la propia actividad filosófica implica «estar siempre en guardia».

(2) La confusión entre diversidad cultural y enriquecimiento moral. El profesor Garzón sostiene que la diversidad cultural no conlleva necesariamente ningún enriquecimiento moral. Es cierto que «la verificación de la existencia de diferentes costumbres –conjuntamente con sus implicaciones normativas– no permite inferir sin más que deba ser el respeto incondicionado de aquéllas en aras de una supuesta vinculación entre diversidad cultural y enriquecimiento moral» (p. 241). Es decir, que no debe entenderse como una prescripción. Pero ¿qué puede hacer el Derecho ante los problemas que plantea la diversidad cultural? ¿Se pueden solucionar todos con el mismo patrón normativo, esto es, con los criterios antes expuestos provenientes del límite en el coto vedado?

La propia idea de libertad y pluralismo comporta el mantener que la diversidad cultural, como un hecho en el que se reconocen las diferencias entre las identidades culturales, es valiosa porque refleja o es una consecuencia del pluralismo. El pluralismo y la diversidad, como valor cultural, social y político debe entenderse como uno de los ingredientes esenciales de la democracia. En la actualidad, nos enfrentamos a él en clave conflictiva, tratando de resolver los problemas que se les plantean a nuestras sociedades por su evolución hacia la heterogeneidad, el multiculturalismo, la fragmentación social, el incremento de los fenómenos migratorios... Sin embargo, debería hacerse una lectura distinta: no se trata tanto de encontrar los mecanismos jurídicos y políticos de resolución de un problema que nos viene; sino más bien que el problema lo tenemos nosotros: la clarificación de la concepción que tenemos de la estructura social, jurídica y política en las sociedades actuales. Se trataría de la reconsideración de la diversidad como una reflexión para la consolidación de la legitimidad política y jurídica en nuestras sociedades¹⁵. Además, la idea de diversidad no puede entenderse reducida al plano individual, sino que las manifestaciones de la diversidad se realizan principalmente a través de colectivos, de grupos... Por ello, tan *natural* debe

¹⁵ Pueden verse estos argumentos en J. DE LUCAS, «Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías ...», cit., p. 280; «¿Tienen derechos específicos las minorías?», *Mil y una orilla, fronteras y minorías*, ed. F. Jarauta, Murcia, Cajamurcia, 1999, p. 40 ss.; «¿Qué significa tomar en serio los derechos de las minorías?», *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, volumen I, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1999, pp. 18-19.

resultar el reconocimiento de la diversidad individual como la colectiva. Y si se quiere, también al contrario: tan artificial es una como otra. Dicho de otra forma, entiendo la diversidad como un *fenómeno* cultural que se manifiesta y enriquece tanto al individuo como al grupo, y que es necesario para el progreso y desarrollo de las sociedades. Por otra parte, entiendo que la justificación final de la legitimidad moral en el individualismo (p. 243), es otro de los problemas que le impedirá entender la conexión entre autonomía y pluralismo.

Como se habrá notado, es claro que no estoy completamente de acuerdo con algunas de las posiciones que adopta el profesor Garzón; en otras, como por ejemplo el atractivo y la simpatía hacia J.S. Mill podría encontrarme más cercano. Sin embargo, pienso que de esto se trata: de lograr espacios en los que se pueda favorecer la discusión y enriquecer los puntos de vista, apartándose del dogmatismo. Este es el proceder que frecuenta el profesor Garzón que posibilita que sigamos aprendiendo.

Con esta reseña sólo pretendía dar noticia de un acto en la vida académica y un trabajo que se presentan por sí solos. Me hubiera gustado desde una «ignorancia precaria» o docta, como denomina el profesor Garzón, haber acotado el campo de lo que está por explorar y haber planteado con más eficacia los problemas y las preguntas adecuadas que me suscitan sus lecturas. Aunque lo *ignoro*, espero haberlo conseguido.

José GARCÍA AÑÓN
Universitat de València

MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora M., *La obediencia al Derecho en la España democrática*, Madrid, Dykinson, 2000, 363 pp.

En *La obediencia al Derecho en la España Democrática* (Dykinson, Madrid, 2000, 363 pp.) Nora María Martínez Yáñez afronta el reto de adentrarse en un tema ya clásico en la filosofía del Derecho, el de la obediencia al Derecho, situando en el punto de partida de la polémica española en torno a este tema un artículo de González Vicén redactado en 1978: «La obediencia al Derecho»¹. Precisamente el propósito de la autora será el de determinar las causas, el significado y el curso del debate sobre la obediencia al Derecho en nuestro país.

En la obra se defiende la existencia de tres obligaciones con sustantividad propia en relación con la obediencia al Derecho. Una obligación jurídica, que nace una vez constatada la validez formal de la norma que lo establece, una moral que deriva de «la realidad moral del individuo frente al Derecho» (p. 60) y una obligación política que depende de la legitimidad del sistema que produce las normas jurídicas.

Tomando como punto de partida del estudio dicho artículo de González Vicén, el lector podría pensar en un primer momento que el objeto de atención primordial de la obra sería el de la obligación moral de obedecer al Derecho que es, propiamente, a la que se refiere este autor. Sin embargo, si se observa el contenido de cada uno de los seis capítulos en los que está estructurada la obra, la conclusión debe ser distinta. En efecto, es cierto que en el capítulo primero se describe el curso del debate y las deficiencias de que adolece la polémica sobre la obediencia al Derecho; pero ya los capítulos segundo, tercero y quinto se dedican al estudio de la obligación política en exclusiva y los capítulos cuarto y sexto se refieren a dicha obligación, si bien como cuestión incidental. Por otro lado, cuantitativamente hablando, el estudio de la obligación política ocupa el grueso de la obra. De todo ello se puede deducir que la auténtica protagonista de este trabajo es la obligación política de obediencia al Derecho. Y de ahí también que no se pueda entender el predicado del título de la obra «en la España Democrática» como una mera circunscripción temporal del tema objeto de estudio, sino como una auténtica determinación de dicho objeto, que no es otro que la obligación política.

El artículo de Vicén plantea la pregunta de si el Derecho, por sí mismo, por su propia existencia, genera una obligación moral de obediencia. La respuesta de Vicén es la negación categórica a dicha pregunta. Y ello porque para este autor la fuente de las obligaciones morales se encuentra en la moral individual, en lo que podríamos denominar autoconciencia. En cambio, por lo que respecta a la desobediencia, la respuesta es distinta y, por lo tanto, cuando una norma entra en colisión con un imperativo moral individual hay una obligación moral de desobedecerla. Para que la pregunta que se plantea Vicén pudiese tener una respuesta positiva, sería necesario defender que Derecho y Moral son la misma cosa, de manera que del Derecho, por sí

¹ Fue publicado en 1979 en el volumen *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna. En 1981 se publica en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en Memoria y Homenaje al Catedrático D. Luis Legaz Lacambra (1906-1980)*, Tomo I, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (1983, pp. 421-458).

mismo puedan no sólo emanar obligaciones jurídicas, sino también morales. No se trata de averiguar si el derecho puede recibir un juicio positivo por parte de la Moral y que de ahí se derive una obligación moral de obedecerlo, sino que, sin necesidad de ese recurso a la Moral pueda extraerse del Derecho una obligación moral de obedecerlo. Según esto Derecho y Moral han de ser una y la misma cosa.

La cuestión así presentada desató las iras de la mayor parte de la doctrina española, porque en 1979, momento en que sale a la luz el artículo de Vicén, la implicación de la doctrina en la defensa del nuevo sistema democrático conllevaba la proclamación de su valor moral y la consiguiente obligación moral de obedecerlo. Martínez Yáñez hace un repaso de cada una de las intervenciones doctrinales que en el debate sobre la obediencia al Derecho se han producido en nuestro país, a lo largo de más de veinte años. El tema que en los primeros años de la polémica ocupaba la obra de una minoría de autores, pronto se va a convertir en un lugar común sobre el que todo filósofo del Derecho se siente obligado a opinar, produciéndose así lo que la autora denomina «desbordamiento cuantitativo» (p. 32).

En torno a 1990 la postura defendida por Vicén va siendo adoptada por más autores. Y ello por dos razones principales; por un lado, se ha producido la consolidación del proceso democrático abierto en 1978 y, por otro, se empiezan a denunciar las deficiencias de dicho sistema, con lo cual su pretendido valor moral decae en parte. En 1994 se va a producir un cambio en el objeto de atención de la doctrina que ahora se va a detener en la obligación política.

Un fenómeno especialmente destacable en relación con el tema de la obediencia al Derecho es el que la autora denomina «desbordamiento cualitativo» y que consiste en «la estratificación del mismo en diversas corrientes de opinión que en vez de colisionar y enfrentarse, como es la intención de los autores, se superponen de forma paralela, sin llegar a confundirse» (p. 46). Existe un desacuerdo verbal en torno a los conceptos que determinan la polémica: «obligación moral», «obediencia» y «derecho», lo que conduce a la existencia de distintas interpretaciones sobre el tema de la obediencia al derecho. Los autores que intervienen en la polémica pretenden estar discutiendo cuando en realidad están hablando sobre temas distintos, de acuerdo con la realidad moral y jurídica de cada uno de ellos.

González Vicén se plantea la pregunta de si el Derecho vale por sí mismo en el razonamiento moral. Para Martínez Yáñez ésta sería una perspectiva estrictamente jurídica diversa a la de otros autores, como la de Elías Díaz que juzga determinados factores políticos desde una perspectiva ética, determinando el resultado de este juicio una obligación que la autora entiende como obligación política. El punto de vista que adopta Vicén es descriptivo, es el de un observador externo al sistema, mientras que el de autores como Elías Díaz es interno al sistema democrático y prescriptivo, en el sentido de que defiende que dicho sistema «debe ser» obedecido. La confrontación entre ambas posiciones se vuelve imposible porque no se refieren a las mismas cuestiones. Siguiendo a Carrió, se incluye la contienda en la que participan estos autores en las «controversias generadas por un desacuerdo valorativo encubierto» (p. 57). La mayor parte de los autores que han intervenido en la polémica no han seguido las pautas conceptuales fijadas por el profesor de La Laguna, lo que ha conducido a equívocos y confusiones.

Vicén defiende, por un lado, un concepto de Moral de tipo individualista-existencialista, que parte de la conciencia individual de cada sujeto; por otro

lado, para él, el Derecho es un orden totalmente heterónomo. De estos dos presupuestos deduce el autor, de forma necesaria, que no existe una obligación moral de obediencia al Derecho. La tesis que defiende Martínez Yáñez es que «la clave de la solución negativa a la que llega el profesor de La Laguna reside en la forma en que está planteada la pregunta acerca de la obediencia al Derecho...» (p. 211). El Derecho ha de ser la única fuente generadora de la obligación moral con independencia del contenido de sus normas concretas, esto es, por su mera validez formal. De acuerdo con ello sólo si Derecho y Moral son lo mismo, podría afirmarse la existencia de una obligación de obediencia tal. Dado que González Vicén, como la mayor parte de la doctrina española, rechaza la unión conceptual entre Derecho y Moral, la conclusión ha de ser, necesariamente, la inexistencia de dicha obligación moral. Para la autora, «la única salida posible es la identificación entre Derecho y Moral o la convicción de que el Derecho es una realidad ontológica, válida por sí misma» (p. 215).

Dada la diferencia de planos en los que se mueven González Vicén y sus contradictores así como el tratamiento de problemas distintos por uno y otros, no es posible la comparación entre ellos, al menos por lo que se refiere al problema de la obediencia al Derecho.

Con todo, la posición mayoritariamente seguida por la doctrina española ha sido la defendida por Elías Díaz, quien se refiere a la obligación política. Así, los capítulos segundo y tercero se dedican, como hemos dicho, al estudio de esta obligación, así como de la obra de los autores que defienden la existencia de la misma. Las causas que motivan la mayor atención por parte de la doctrina a este tipo de obligación varían a lo largo del tiempo. Si en un primer momento se trataba de justificar el recién nacido Estado democrático, a partir de 1990 aparecen los primeros análisis críticos sobre el sistema, tras percibir sus imperfecciones.

En cuanto a los rasgos que distinguen la obligación política de las obligaciones moral y jurídica, la autora expone varios. En primer lugar, es una obligación que se predica del Derecho en su conjunto y no en relación con las normas particulares y con independencia del contenido de éstas. Entiende la autora que la primera característica distingue la obligación política de la jurídica, puesto que no hay una obligación jurídica de obediencia al ordenamiento en su conjunto. La obligación moral, por su parte, se refiere a cada norma en concreto y en relación con su contenido específico.

La determinación del nacimiento de la obligación política viene dada por la concurrencia de factores estrictamente políticos, lo que no ocurre ni con la obligación jurídica ni con la moral. Esto lleva a la autora a considerar la obligación política como «una categoría *diversa* del resto de las obligaciones y conceptualmente independiente de todas ellas» (p. 109). Y ello a pesar de que buena parte de la doctrina la considera como un tipo especial de obligación moral. La razón de esta divergencia de opiniones estriba en que la autora no comparte el presupuesto aceptado por dicha doctrina de que todas las obligaciones han de tener necesariamente carácter moral.

Para la autora la doctrina española entiende la Democracia como un referente ético, como forma de vida y ahí se encuentra la causa de que se entienda la obligación política de obedecer dicho sistema como una obligación moral. Esta moralización de la Democracia se produce a través de la combinación de dos factores. Por un lado la afirmación del valor ético del proceso democrático y, por otro lado, la atribución al sistema de contenidos materiales morales.

En la doctrina española, son muchos los autores que se refieren a la obligación política y a su estudio se dedica el capítulo quinto. Muchos de estos autores utilizan la expresión de obligación moral de obediencia al Derecho e incluso algunos rechazan la existencia de una obligación moral independiente. A pesar de ello son incluidos en este capítulo porque alegan factores políticos para admitir la existencia de dicha obligación moral de obediencia «aunque por lo general cuenten además con un determinado valor moral...» (p. 239). Entre las posturas defensoras de la obligación política, que son la mayoría, tenemos las teorías consensualistas que buscan el equilibrio entre la autonomía individual y la heteronomía jurídica y que en los sistemas democráticos viene determinado por la regla de la mayoría. Sus críticos acuden a las teorías discursivas, que hallan la solución en el consenso ideal derivado del diálogo intersubjetivo. Otras corrientes defensoras de la obligación política son el Neocontractualismo, el Iusnaturalismo y el Utilitarismo. Pero también existe una minoría de autores que niegan la existencia de una obligación política. Suelen ser escépticos sobre el correcto funcionamiento del sistema democrático.

En el capítulo cuarto se analiza la obligatoriedad u obligación jurídica. Autores como Bayón Mohíno entienden que es éste el problema central de la teoría jurídica pues en él alcanzan su punto álgido las complicadas relaciones entre el Derecho y la Moral. Para los autores que defienden la unión conceptual entre ambos órdenes normativos la cuestión no sería problemática puesto que la obligación jurídica sería una subespecie de la obligación moral.

Por otro lado, aún para los autores que defienden la separación conceptual entre Derecho y Moral es posible admitir la conexión entre ambos órdenes normativos en un plano meramente justificativo, colocando a la Moral como la razón última de la aceptación o rechazo de las normas jurídicas. Ocurre que si se acepta este postulado se cae en lo que ha sido denominado por Nino como la «paradoja de la superfluidad del Derecho» (p. 206), porque si para decidir si obedecemos o no las normas jurídicas hemos de acudir a los principios morales, ¿para qué son necesarias las primeras si los segundos ya nos dicen qué es lo que debemos o no obedecer?

En el capítulo sexto Martínez Yáñez nos ofrece su propuesta de solución del problema de la obligación moral de obediencia al Derecho. La existencia de esta obligación deriva del logro del equilibrio entre la autonomía de la Moral y la heteronomía del Derecho. Y parece que tal equilibrio no existe o así lo defiende la autora y que, por lo tanto, ambos extremos se excluyen mutuamente. Ahora bien, se sostiene que con una concepción del Derecho más elástica, que incardine el fenómeno de la normatividad en la existencia humana es posible disolver el dilema planteado. Y es ésta la concepción que ella defiende.

En este sentido, la autora nos ofrece una explicación antropológica del por qué causal del Derecho, en la que se vislumbra la influencia de Cotta. De acuerdo con dicha explicación, el Derecho no es un orden heterónimo que se impone al sujeto como algo completamente externo a él, sino un fenómeno esencialmente humano, absolutamente necesario para su propia existencia. De esta forma la contraposición autonomía del Derecho/heteronomía de la Moral, decae y ello porque el Derecho «no es algo ajeno al individuo, sino que se trata de un producto humano, fruto de la dinámica de la existencia y por ello plenamente integrado en la vida personal» (p. 293), esto es, se niega la heteronomía del Derecho.

En un primer nivel de análisis de la concepción antropológica del Derecho, que la autora denomina nivel existencial, el sujeto actúa para superar la precariedad que amenaza su vida y su existencia. El individuo toma conciencia primero de su yo que es un yo limitado y precario; posteriormente toma conciencia de los otros yo que le rodean, que, por medio de la interacción van a permitir también su desarrollo, pero que pueden poner en peligro su propia conciencia. Para evitar la destrucción de la conciencia nace la necesidad de la ley. Una ley «que no es aún moral, ni jurídica, ni política, pues en este momento inicial lo único que se manifiesta es la necesidad de una normatividad que ordene las diversas conductas, facilitando de este modo la realización de los fines existenciales a los que se dirige la vida humana» (p. 289).

El segundo nivel de análisis es el fenomenológico o fenoménico. Se pasa ya del yo individual a la actuación del individuo en sociedad. En este sentido, el Derecho surge en las relaciones humanas como respuesta a una necesidad de seguridad. Para alcanzar dicha seguridad, el Derecho cumple dos funciones primordiales, una función de ordenación y una función de redistribución.

Pero la negación de la heteronomía del Derecho no supone la afirmación de la autonomía puesto que aquél no deriva de la conciencia individual sino que representa «la síntesis alcanzada en la relación de reconocimiento y de intercambio personal que se da entre los individuos» (p. 293). Se apela por tanto a una Moral objetivada a través del diálogo intersubjetivo. No obstante, a pesar de que la tensión autonomía-heteronomía se aminora, no se elimina totalmente pues sigue existiendo el peligro de que las normas a las que debe someterse el individuo sean resultado de una voluntad externa y extraña al individuo.

El Derecho por tanto, no es un sistema normativo superfluo en la práctica y ello se demuestra por varias razones. En primer lugar porque en ocasiones los principios jurídicos no coinciden de ninguna manera con principios morales. Por otro lado, y como sugiere Bayón, incluso en los casos en los que coinciden, el Derecho no es superfluo puesto que no se pueden dejar estas cuestiones bajo la amenaza del incumplimiento por parte de los individuos y de ahí la necesidad de las normas jurídicas. En tercer lugar, el pluralismo ideológico y moral que caracteriza a las sociedades actuales, impide la existencia de una única moral que pueda plasmarse en normas jurídicas. Para la autora la imagen que mejor ilustra las relaciones entre Derecho y Moral es la de los dos círculos que se cortan dando lugar a una pequeña intersección común.

El hecho de que el Derecho consiga unos esquemas de cooperación y de coordinación social que facilitan la convivencia implica la existencia de una razón moral a favor de su obediencia. Por lo tanto, de acuerdo con la explicación antropológica del Derecho defendida por la autora, la relación existente entre el Derecho y la Moral consiste en que el razonamiento jurídico se integra en el moral, que lo fundamenta y justifica. De tal conexión se deriva una razón moral de obedecer al Derecho «pero la fuerza de esa razón dependerá de las circunstancias del caso y además, habrá de ser sopesada con el resto de las razones que personalmente tenga cada sujeto para actuar a favor o en contra del Derecho» (p. 312).

Martínez Yáñez rechaza el enfoque ético individualista basado en la conciencia individual. Por otro lado, elimina cualquier referencia al contenido de las normas. El único enfoque coherente para la defensa de una obligación moral de obediencia al Derecho es, por tanto, es el que se funda en razones

independientes del contenido de acuerdo con la función que el Derecho como institución desempeña en el seno de la sociedad. La explicación antropológica de la existencia del Derecho adoptada por la autora muestra que el Derecho es necesario para la existencia del ser humano y de las condiciones de su desarrollo y progreso. Incluso es el propio Derecho el que pone las condiciones para el surgimiento del ordenamiento moral. Para la autora, de esta concepción se derivan razones morales que justifican la existencia de una obligación moral de obediencia al Derecho.

Esta obligación debe ser del derecho en su totalidad, sin entrar en el contenido concreto de las normas y de validez absoluta, lo cual no veda su incumplimiento por parte de cada individuo, puesto que «como cualquier otra obligación moral, puede ser incumplida» (p. 329).

Hasta aquí la descripción del contenido de la obra. Nos resta ahora un breve comentario personal sobre la misma.

De la gestación de este trabajo de Nora María Martínez Yáñez he sido quizá el testigo físico más cercano, y digo «físico» porque la cercanía se debió fundamentalmente a que la autora y yo compartimos despacho de trabajo en el Área de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago. Presencié también en su día la lectura de la Tesis que ha dado lugar a la presente obra, que es el resultado de horas y horas de esfuerzo, de momentos angustiosos que daban paso a otros de profunda satisfacción. De todo ello puedo dar fe. En mi opinión todo ese esfuerzo no ha sido en vano, sino que ha dado como fruto una aproximación plena y certera al tema de la obediencia al Derecho.

Tema éste para cuyo estudio se debe poseer, ante todo, una gran valentía, puesto que la aproximación al mismo supone enfrentarse a un intrincado y complejo sistema de relaciones que existen entre temas muy polémicos, como puede ser las relaciones entre Derecho y Moral, la tensión entre autonomía de la Moral y heteronomía del Derecho, el deslinde, en los estudios doctrinales al uso, entre discursos descriptivos y prescriptivos... Martínez Yáñez no sólo ha diseccionado con agudeza y brillantez las aportaciones doctrinales existentes sobre el tema, sino que ha aportado una propuesta personal para la resolución de la aporía sobre la obediencia moral al Derecho, defendiendo la existencia de una tal obligación. Todo ello demuestra, sin duda, la valentía de la autora.

Con todo, sé que no empañará la profunda amistad que nos une el que exponga mis divergencias con alguna de sus tesis, así como alguna observación crítica en relación con el tratamiento del tema.

En primer lugar, si, como hemos visto, la autora defiende la existencia de tres obligaciones de obediencia al Derecho distintas y con sustantividad propia, una jurídica, una moral y otra política, no se entiende muy bien el desequilibrio en el estudio de cada una de ellas. Ya hemos dicho que el grueso de la obra lo constituye el estudio de la obligación política que aparece como la auténtica protagonista, mientras que las obligaciones jurídica y moral se estudian con mucho menos detenimiento. Para Martínez Yáñez ello se justifica por ser la obligación política la que despierta el interés de la mayor parte de la doctrina española que ha tratado el tema de la obediencia al Derecho. Por otro lado, la autora nos ofrece una propuesta personal, que constituye su auténtica tesis, y que versa, paradójicamente, sobre la obligación moral de obediencia y no sobre la obligación política. En cuanto a la obligación jurídica, pienso que tiene suficiente entidad para un tratamiento, al menos, *tan*

pormenorizado como el que se ha dado a la obligación política. Una obligación jurídica global –cuya existencia niega la autora– y que derivaría de lo dispuesto en el artículo 9.1 de nuestro texto constitucional ².

Pero la crítica que quizá pueda trastocar en mayor medida el tejido argumental hilado por la autora sea la de que no comparto la versión de obligación política que se defiende en la obra. Mejor dicho, en mi opinión, lo que la autora entiende por obligación política no es sino una obligación moral de obediencia al Derecho. Como mucho podría aceptarse una especificación de la obligación moral basada en motivos políticos que podríamos denominar obligación política, pero que no dejaría por ello de ser una obligación moral de obediencia al Derecho, sin sustantividad propia. Es la Moral el criterio que sirve para distinguir un sistema político que genera una obligación de obedecerlo de uno que no la genera. Criterio *moral* que conduce a un juicio *moral* y que genera una obligación *moral* de obedecer al Derecho.

De hecho esta conclusión puede entresacarse de algunas frases vertidas en la obra, a pesar del empeño en distinguir este tipo de obligación como una obligación totalmente distinta e independiente de la obligación moral. Así se dice que la obra de autores como Elías Díaz se mueve dentro de una perspectiva ético-política «en la que los factores políticos... son enjuiciados a la luz de una concepción ética concreta, determinando el resultado de ese juicio la existencia o inexistencia de una obligación moral de obediencia al Derecho» (p. 53); o al referirse a la obligación política de la concepción axiológica, que es la dominante en la cultura jurídica occidental actual, se dice que esta concepción sitúa a la obligación política «en un lugar muy cercano a la obligación moral, o simplemente la identifica con ella...» (p. 97). Para Martínez Yáñez el situar la obligación política en una posición muy cercana a la obligación moral conllevaría el riesgo de un subjetivismo excesivo, desnaturalizando la propia concepción de obligación política y confundiéndola así con la obligación moral. Es decir, que para la autora no distinguir ambas obligaciones conlleva el riesgo de no distinguirlas, lo cual constituye una tautología.

Por otro lado, defiende la distinción entre ambos tipos de obligación argumentando que la obligación política se predica del Derecho en su conjunto y no se descende al análisis de los contenidos de cada norma como se hace en el caso de la obligación moral. De ahí deduce que si existe una obligación de obediencia al Derecho en su conjunto, y ésta no puede ser –en su concepción– la obligación moral, ha de ser la política. En mi opinión sí cabe una obligación moral del Derecho en su conjunto y la obligación política, como ya he dicho, es obligación moral de obedecer al Derecho.

Y es que, desde mi punto de vista, la auténtica protagonista en el tema de la obediencia al Derecho no es otra que la obligación moral de obedecer al Derecho. El artículo de González Vicén que desató la polémica en España versaba precisamente sobre dicha obligación, preguntándose si el Derecho,

² De hecho la autora, después de decirnos que no cabe la existencia de una obligación jurídica global, conclusión con la cual discrepo, ¡en nota al pie!, p. 108, nos dice: «No obstante, hay autores que defienden la existencia de una obligación jurídica que ordenaría obedecer al Derecho en su globalidad; y ciertamente, en nuestro ordenamiento esta obligación encuentra su base en el artículo 9.1 de la Constitución.» Es decir, Martínez Yáñez niega una evidencia: que efectivamente existe una norma en nuestro ordenamiento jurídico que establece la existencia de una obligación jurídica de obedecer al Derecho en su conjunto.

con carácter abstracto (esto es sin referencia a ningún ordenamiento jurídico concreto), por su estructura formal y por sí solo, generaba una obligación moral de obediencia. Y la respuesta que da el autor es negativa. Ocurre que sus oponentes adoptaron una perspectiva totalmente distinta, situándose en el interior de un concreto sistema jurídico (el democrático) y valorando éste desde un punto de vista moral, defendieron que «debía» (discurso prescriptivo) existir una obligación moral de obedecerlo. Si los presupuestos son distintos, las conclusiones tienen que serlo también.

La respuesta al tema de la obediencia moral al Derecho depende, como muy bien destaca Martínez Yáñez, de varios factores. Depende de cuál sea la fuente de las obligaciones morales. Si se entiende que es la conciencia individual, adoptando un concepto de ética individualista existencialista, del tipo que defiende Vicén, no cabe la existencia de una obligación moral de obedecer al derecho que sea objetiva, o adoptada intersubjetivamente, y heterónoma. La conclusión sería distinta si se parte de un concepto de ética comunicativa de tipo habermasiano, que dota de cierta objetividad –que no llega a ser heteronomía– a la obligación moral de obedecer las normas morales. Por mi parte, defiendo el primer tipo de ordenamiento moral, el derivado de la propia conciencia, totalmente autónomo, en el que las normas morales que sigo devienen de mi misma, como fuente primigenia, o de mi aceptación de normas que han sido adoptadas por otros. Por ello sí entiendo que pueda existir una obligación moral de obedecer al Derecho, pero no por su estructura formal o por su contenido, ni por sus características intrínsecas, sino porque así lo ha determinado mi juicio personal, mi conciencia. No entiendo tampoco que dicha conciencia me impida obedecer moralmente a un sistema en general y en abstracto, con independencia del contenido de las normas, porque así lo he decidido; obligación que, por supuesto, puedo arrinconar cuando mi conciencia así lo decida.

La autora parte de la existencia de una obligación moral de obedecer al Derecho en la cual descarta el enfoque individualista que da preeminencia a la conciencia individual y justifica la existencia de tal obligación por la función que desempeña el Derecho en el seno de la sociedad, de acuerdo con la explicación antropológica del origen del Derecho que acepta. Con esta explicación del origen del Derecho la autora pretende resolver la cuestión de la obediencia al Derecho eliminando la heteronomía como rasgo propio del Derecho, intento que admite como fallido pues «sigue existiendo el peligro de que las normas jurídicas sean la expresión de una voluntad externa al sujeto que debe someterse a ellas» (p. 294). Pienso que tal peligro no supone un riesgo potencial, sino un hecho cierto, que no se puede negar, con la cual la construcción de Martínez Yáñez es, cuando menos, discutible.

La existencia de una tal obligación no afecta a la obligación jurídica que se desprende del propio ordenamiento jurídico, aunque coincido con la autora en que la fundamentación última de las normas jurídicas, en el plano justificativo, corresponde al ordenamiento moral; pero a partir de su positivación, las normas jurídicas siguen su propio camino y forjan su propia obligación de obediencia, que no es otra que la jurídica.

Sonia Esperanza RODRÍGUEZ BOENTE
Universidad de Santiago

MELKEVIK, Bjarne, *Réflexions sur la Philosophie du Droit*, Québec-Paris-Montreal, Presses de l'Université Laval-L'Harmattan, 2000, 214 pp.

Cuando se decide emprender el juicio crítico de una obra científica, entiendo que éste ha de ser llevado a partir de la identificación del criterio constructivo que su autor haya empleado para desarrollar el propósito a que la destinara. Ese criterio trasluce en el previo examen de la compacta y reflexiva, o endeble y poco meditada, arquitectura de la obra. De qué modo, si no, podrá ofrecer el crítico al lector, ese interlocutor desconocido, una guía y orientación en la obra que como edificación de pensamiento se alza ante él. Conducir de otra manera la labor crítica, lo que no es infrecuente, lleva a pasear la obra recorriendo la que el crítico no escribió. De ahí también el que a menudo la crítica acabe siendo un ejercicio de errabunda divagación convida de irritación y hasta de impaciencia en la demolición, y no sólo intelectual sino incluso personal. Se equivoca, pues, quien identifica la función de la crítica con la instrucción de causa general a un texto o a un autor. El crítico puede, desde luego, mostrar sus preferencias, pero como referencias desprejuiciadas; lo contrario, le situaría en la impunidad, y ciertamente no es argumento crítico la pura exhibición del gusto o disgusto.

Del trabajo de Bjarne Melkevik, en la actualidad profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Laval (Québec), formado académicamente en la de París II, donde asimismo elaboró su tesis doctoral, dedicada a «Paskanis et la théorie marxiste du droit» (1987), conocíamos una obra anterior: *Horizons de la philosophie du droit*¹. Su recordatorio ahora incumbe a la presente; *horizein* era el verbo griego que denominaba el arte de dibujar. En *Réflexions sur la Philosophie du Droit*, Melkevik insiste y persevera en su lineamiento pero, como su título anuncia, con un carácter más deliberativo. No obstante, sobre algunos de aquellos primeros apuntes, entonces esbozados a veces con trazos demasiado gruesos y de los que este crítico discrepa —así, acerca de la esterilidad jurídica² del utilitarismo o en relación al porvenir sombrío y subversivo («subversion normative du droit»³), cuando no disolvente, proyectado por las doctrinas postmodernas del Derecho⁴— parece haberse aplicado un *sfumatto*, una cierta veladura, o al menos no están ya tan en primer plano. No significa esto, seguramente, que se haya producido una radical transformación del estilo. Tampoco corresponde al crítico censurar, ni aun tutelar, la autonomía de esa decisión. *Réflexions* presenta más bien, si acaso, un cambio de técnica que así sirve a que hoy la composición, llevada también con otro pulso, muestre mejor su contorno general, sin duda porque

¹ Bjarne MELKEVIK, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris & Sainte-Foy, L'Harmattan & Presses de l'Université Laval, 1998.

² *Horizons...*, cit., p. 75. «La nature, un sujet de droit? Interrogation philosophique et critique», y «Utilitarisme et droit. Jeremy Bentham et John Stuart Mill», *passim*.

³ *Horizons...*, cit., p. 175. «La nouvelle querelle des postmodernes et des modernes dans le domaine juridique», y «Postmodernisme, droit et adieu à la raison. Critique de la conception postmoderne du droit», *passim*.

⁴ Sería inútil negar, y hasta disimular, los riesgos inherentes a las derivas sobreinterpretativas del deconstructivismo jurídico. Entiendo, sin embargo, que en esos excesos el verdadero peligro es la autofagia. En cuanto al nihilismo jurídico los posibles desacuerdos teóricos plantean mayor complejidad.

ahora su rasgo definitorio se discierne antes a través del matiz que de la arista. El influjo de esa técnica incide de manera decisiva, además, en el ángulo del perfil y las proporciones del conjunto y cada uno de sus elementos. Lo que debe verse destaca en su justa medida; el resto no se oculta ni borra, no pierde su emplazamiento o su configuración, pero tampoco impide que la mirada circule; en suma, no representa un obstáculo.

Pues bien, en el resultado de mi observación aprecio, en el doble sentido del término, la reiteración de temáticas y preocupaciones de ideología jurídica. Así, lo aprovechado de la atención nuevamente prestada a Pasukanis⁵, o en la oportunidad de repensar a Marx⁶, además de por el añadido de su incisiva crítica al hayekianismo iusfilosófico⁷, en cuyo análisis Melkevik argumenta y objeta la postulación epistemológica de la idea de orden espontáneo, la base metafísica de su ontología y ética jurídicas vedadas al acceso de un debate de razón pública e igualmente, y no con menor beligerancia, la depreciación de la democracia sustantiva y transformadora que el neoliberalismo sólo valoriza por su dimensión instrumental.

De ahí, si no se reparase suficientemente, sería fácil no obstante errar la filiación de ideología jurídica de nuestro autor. Y es que el valor ideológico al que su construcción iusfilosófica va prendido reside, fundamentalmente, en el ascendente de racionalidad comunicativa⁸. El derecho como intersubjetividad; intersubjetividad comunicable, dialógica, simbolizada en la pragmática de la norma y en la universalización del consenso como su fuente de legitimación validadora. Pero, aún con todo, no es lo principal haber anotado, siquiera en reseña, el importantísimo endeudamiento que con tales bases teórico-doctrinales mantiene el autor. Mucho mayor interés ha de suscitar el esfuerzo por concretar la praxis jurídico-política (y también moral) desprendible en el proyecto habermasiano de universalismo democrático como defensa de la idea de «identidad colectiva» en las sociedades postnacionales⁹. La traducción que Melkevik nos ofrece en *Reflexions* apoya preliminarmente, en efecto, sobre la trama intersubjetiva y comunicacional de la identidad pública, cuya gramática discursiva permite distinguir cuatro modalidades de discurso correspondientes a cuatro clases de identidad: narrativa, interpre-

⁵ Vid. «Pasukanis: une lecture marxiste de Maurice Hauriou», en *Horizons...*, cit. pp. 235-241, y «Pasukanis, philosophie et droit», en *Reflexions sur la Philosophie du Droit*, cit., pp. 170-173.

⁶ «À propos de Marx et de sa conception du Droit: intersubjectivité, matérialité et normativité», en *Reflexions...*, pp. 152-162.

⁷ «L'épistémologie hayékienne et la question de Droit: analyse et critique», en *Reflexions...*, cit., pp. 133-151.

⁸ «Le modèle communicationnel et le Droit», *Horizons...*, cit., Parte. III, *passim*: «Le modèle communicationnel en science juridique: Habermas et le droit», «Transformation du droit: le point de vue du modèle communicationnel», y «Habermas et le État de droit. Le modèle communicationnel du droit et la reconstruction réflexive de l'État de droit contemporain». Asimismo, «Modernité, droit et tolerance: une reformulation communicationnelle», en Paul Dumouchel -Bjarne Melkevik, *Tolérance, pluralisme & histoire*, Montreal, L'Harmattan, 1997, pp. 77-93. Sobre su no opción preferencial por los modelos contractualistas, «Avez-vous lu Rawls? y «Du contrat à la communication: Habermas critique Rawls», en *Philosophiques*, XXIV, 1, 1997, respcc. pp. 3-7 y 59-70.

⁹ Jürgen HABERMAS, *Identidades nacionales y postnacionales*, trad. M. Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 1989.

tativa, argumentativa y reconstructiva¹⁰. Se me hace que la primera de ellas, aunque en lo primordial autorrepresentativa, admite también una semántica más amplia. Creo que el discurso narrativo y la identidad narrativa cuando dan cuanta de un *sí mismo* lo cuentan como *de otro* con el que el reconocimiento es posible. Además, el funcionamiento de la estructura narrativa puede relacionarse con un modelo conversacional abierto donde el narrador se reúne durante la narración con los narratarios, quienes luego acceden a la cualidad de narradores. Por último, en esta experiencia organizada a través del *continuum* de los distintos y sucesivos relatores y auditorios, pues siempre un relato se cuenta para ser oído y vuelto a contar, la historia puede ser conversada o bien, dentro de ciertos límites (consistencia y coherencia), reciclarse y hasta reinventarse, de donde el alcance de la identidad narrativa iría más allá de una inmutable autorrepresentación. De otro lado, *in focus* a la fundamentación de la identidad jurídica autónoma, no cabe duda que es el modelo de razón narrativa el dotado de mayor capacidad explicativa y de *support* justificatorio para adelantar discursivamente en el planteamiento de la identidad interpretativa, argumental y reconstructiva primero del fenómeno conformación jurídico-consuetudinaria y luego del ulterior proceso de institucionalización desembocante en el autogobierno jurídico-legal (autonomía como autolegislación).

No inadvierte sin embargo Melkevik que en el asunto a debatir sobre identidades jurídicas autóctonas¹¹, una vez establecidos sus presupuestos epistemológicos, anda comprometida e implicada como auténtica cuestión de fondo el problema de un cambio de paradigma: el enunciable como superación posible de la génesis individualista de «los derechos» y eventual emergencia de la vía «colectiva». En este punto su recurso a Kymlicka¹² es en todo manifiesto. A mi juicio, para poder asumir en toda su dimensión el concepto de «nuevos derechos», como al caso el derecho a una participación diferencial en el moderno Estado de Derecho concretado a partir de la diversidad de espacios jurídicos identitarios¹³, sigue siendo decisiva una conexión

¹⁰ «Identité et loi, affirmation et autodétermination à la croisée des chemins: Les Premiers Nations et Le Québec», *Réflexions...*, cit., pp. 37-60.

¹¹ Entre nosotros, en general, no se ha concedido todavía toda la necesaria atención que el estudio de las estructuras narrativas de y en el Derecho merece. Se haya pendiente, a excepción de aislados estudios de etnología y folclore jurídicos, una investigación narratológica de la costumbre como prefiguración de identidad autolegislativa en las diversas comunidades y territorios históricos del Estado español. Acerca de los «mitos de creación» en los pueblos indígenas de Sudamérica, que conozca, tampoco existen –al margen de exploraciones de Antropología general– específicos análisis de alcance jurídico. En Sociología jurídica continúan prácticamente inéditas las valoraciones narrativas en punto, por ejemplo, a la formación de identidades «de frontera».

¹² Will KYMLICKA, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1991; *Contemporary Political Philosophy: An Introduction*, Oxford, Clarendon Press, 1990, «Liberalism, Individualism and Minority Rights», en Allan C. Hutchinson-Leslie J. M. Green (dir.), *Law and the Community. The End of Individualism*, Toronto, Carswell, 1989, pp. 181-204, e «Individual and Community Rights», en Judith Barker (dir.), *Groups Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1994, pp. 17-33. Entre nosotros, Nicolás López Calera, *¿Hay derechos colectivos?*, Barcelona, Ariel, 2000.

¹³ «Question identitaire, le droit et la philosophie juridique libérale: réflexion sur le fond du droit autochtone canadien» y «Cultures légales-coutumières autochtones:

con la idea de soberanía popular semejante o similar a la expresada por Habermas¹⁴. En mi opinión, sin menoscabo del esencial compromiso de lealtad democrática y respeto a la juridicidad institucional constitucionalista (*id est*: la propuesta habermasiana de «patriotismo constitucional»), el camino en la estabilización ese y de otros nuevos derechos sólo puede discurrir a través de la apertura al espacio público, político, en el que la ciudadanía autodetermine su propio civismo, en abrirse al espacio cívico de la soberanía natural. El «patriotismo constitucional» es a su base patriotismo ciudadano.

Ya para terminar, no deberán quedar sin mención en la obra examinada también otros contenidos de interés para lectores en nuestro país. Su autor persiste, con vívida reafirmación, en el empeño por difundir y amplificar la escucha sobre la función, tareas y enseñanza de la Filosofía del Derecho¹⁵. En ese ardoroso tesón hacen prueba igualmente la organización de grupos de trabajo (Groupe Diké, Groupe d'étude sur le processus de transformation du Droit, o el 67^e Congrès de l'ACFAS, sobre *La défi identitaire et la question de droit*. Université d'Ottawa, 1999), el diseño de colecciones editoriales y publicaciones periódicas (Colección Diké, Cahiers Diké), de coordinación investigadora (codirector de *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, PUL & L'Harmattan 1996, y *Tolerance, pluralisme et histoire*, L'Harmattan, 1998; director de *Transformation de la culture juridique québécoise*, PUL, 1998), y de contribución a la reactivación de la Société Canadienne de Philosophie politique et Philosophie du droit. De esa labor y empresas aprovecharemos sus lectores españoles en el muy documentado panorama que Melkevik ha sabido componer acerca de la cultura jurídica en Québec y la última filosofía del derecho canadiense de habla francófona¹⁶, hoy ya mayoritariamente emancipada e independiente del inicial dominio iusnaturalista (influencias de Lachance y Villey), e incardinada con decisión y claridad hacia un iuspositivismo germinal y renovador, donde nuestro autor es por méritos propios uno de sus exponentes más representativos.

José CALVO GONZÁLEZ
Universidad de Málaga

La question de philosophie du droit», en *Réflexions...*, cit., respec. pp. 61-78 y 79-87. Vid., asimismo, con anterioridad, Ghislain Otis-Bjarne MELKEVIK, «L'universalisme moderne à l'heure des identités: le défi singulier des peuples autochtones», en VV.AA., *Les Droits Fondamentaux*, Actes del 1^{ères} Journées scientifiques du Réseau Droits Fondamentaux de l'AUFELF-UREF, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 265-283.

¹⁴ Vid. Jürgen HABERMAS, «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.

¹⁵ «Qu'est-ce que la Philosophie du Droit», en *Horizons...*, cit., 13-36, y «Pourquoi étudier la Philosophie du droit? Quelques réflexions sur l'enseignement de la Philosophie du Droit», y «La solidarité, la philosophie et notre présent» en *Réflexions...*, cit., respec. pp. 7-16 y 17-33.

¹⁶ «La philosophie du droit: développements récents» y «Penser le droit québécois entre culture et positivisme: quelques considérations critiques», en *Réflexions...*, cit., respec. pp. 177-192 y 193-208, aparecidos asimismo en Raymon Klíbanky-Josiane Boulad-Ayoub (dir.), *La pensée philosophique d'expression française au Canada. La rayonnement du Québec*, Québec, Les Presses de l'Université de Laval, 1998, pp. 465-483, y Bjarne Melkevik (dir.), *Transformations de la culture juridique québécoise*, Saint-Nicolas (Québec), Les Presses de l'Université de Laval, 1998, pp. 9-21.

MIRAUT MARTÍN, Laura, *La Teoría de la decisión jurídica de Benjamin Nathan Cardozo*, Madrid, Dykinson, 1999, 302 pp.

El libro de la profesora Laura Miraut Martín constituye una aproximación al pensamiento jurídico de uno de los autores más representativos de la jurisprudencia sociológica norteamericana. La elección del objeto de estudio es ya un acierto indudable. Se aprecia en la teoría y la filosofía del derecho española de nuestros días una tendencia creciente a estudiar de manera pormenorizada algunos de los más sobresalientes desarrollos del pensamiento jurídico de las últimas décadas en el mundo anglosajón, y en particular el norteamericano. Pero curiosamente son muy escasos los estudios consistentes relativos al período anterior a la consolidación del realismo americano como movimiento jurídico relativamente homogéneo. La influencia indiscutible que tuvo la jurisprudencia sociológica en la gestación de las doctrinas realistas, anticipando algunos de sus presupuestos teóricos, e incluso en el propio desarrollo del orden jurídico en el nuevo mundo hacen especialmente atractiva la presentación de este estudio que viene a colmar una llamativa laguna en el tratamiento contemporáneo de la evolución del pensamiento jurídico norteamericano.

Benjamin Nathan Cardozo no sólo es un importante teórico del derecho, uno de los representantes más renombrados de la jurisprudencia sociológica norteamericana. Es también un eminente juez que terminó su vida activa como magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, cargo para el que fue designado sustituyendo a otra figura emblemática del pensamiento jurídico, Oliver Wendell Holmes, en el año 1932. Se entrecruzan así en Benjamin Cardozo dos facetas diferentes de su actuación profesional que no pueden ser deslindadas de manera tajante, inmiscuyéndose permanentemente la una en la otra. El libro de la profesora Miraut tiene muy en cuenta esta circunstancia que acarrea la necesidad de realizar antes de profundizar en el análisis de los elementos más relevantes del pensamiento jurídico de Benjamin Cardozo un breve apunte biográfico del mismo. En él destaca en particular la línea de continuidad que se da entre su trabajo en el Tribunal de Apelación de Nueva York en los años veinte y la formulación definitiva de su teoría de la decisión jurídica. Es que, al margen de lo que significó la figura del juez Cardozo en la adopción de la nueva línea jurisprudencial del Tribunal Supremo en los años que siguieron a la gran depresión, la misma cronología de la publicación de las obras que contienen el núcleo de su teoría de la decisión jurídica (*The Nature of the Judicial Process*, de 1921, *The Growth of the Law*, de 1924, *The Paradoxes of Legal Science*, de 1928, y en menor medida *Law and Literature and other Essays and Addresses*, de 1931) deja bien claro que fue en la aplicación de las normas del common law donde encontró su campo más natural de expresión como juez y el fundamento decisivo para la formulación de su concepción teórica.

El libro analiza a continuación, en un segundo capítulo, el problema de los saberes jurídicos, que en la teoría de Benjamin Cardozo resultan ante todo entendidos como saberes encaminados a la determinación de la decisión judicial correcta. En este sentido señala a la teoría de la legislación (que muestra cómo se deben hacer las leyes) y a la ciencia del derecho (que muestra cuáles son las normas vigentes y cómo se debe en su caso reformular su sentido) como saberes subordinados con respecto al saber jurídico fundamental que sería la filosofía del derecho, al entender que la sentencia

judicial es en última instancia la manifestación puntual de la filosofía de juez, requiriéndose su conocimiento como el antídoto más eficaz contra la arbitrariedad jurídica. La autora es, sin embargo, muy crítica a la hora de denunciar la relativa indeterminación que en la obra de Benjamin Cardozo tiene el concepto de filosofía del derecho. Así indica que, a pesar de su adhesión expresa a la definición de filosofía del derecho de Roscoe Pound y de la manifestación de su preferencia por la filosofía del derecho de los juristas frente a la filosofía del derecho de los filósofos, Cardozo no hace más que destacar como problemas fundamentales de la filosofía del derecho (los problemas directamente conectados con la determinación de la decisión jurídica correcta) a la génesis, el crecimiento y la función del derecho en las concepciones jurídicas fundamentales, sin proponer en absoluto respuestas definitivas a tales problemas. El capítulo relativo a los saberes jurídicos se completa con un apartado sobre el conocimiento de la forma de la decisión jurídica en el que después de destacar el carácter inseparable que para Cardozo tiene la materia y la forma en la unidad que integra a la decisión jurídica, se analizan los imperativos formales inherentes a la sentencia judicial, a las alegaciones de los abogados y a la opinión judicial disidente.

El tercer capítulo del libro atiende al concepto de derecho que propone Benjamin Cardozo. En él analiza el tránsito que en la teoría del juez norteamericano se produce hacia una opción amplia del derecho que, a diferencia de lo que por entonces proponían ya algunos autores realistas, incluía tanto al derecho oficial (las fuentes tradicionales del derecho) como al derecho inoficial (los principios de orden del derecho) matizada siempre por la idea de predicción, que actuaría así como criterio definitivo de razón de lo jurídico (el derecho oficial y el inoficial valen sólo en tanto permitan predecir con una cierta dosis de probabilidad el sentido de la actuación futura de los tribunales). La autora se muestra indulgente con el concepto de derecho que propone Cardozo. Así, tras relativizar la importancia de las supuestas contradicciones que pudieran detectarse en este punto de su teoría (que, en su opinión, obedecen más a la propia evolución de su pensamiento y al propósito dialéctico que tienen muchas de sus afirmaciones) asume como inevitables las limitaciones de la idea de probabilidad, entendiendo que la indeterminación de su concepto no es más que el fiel reflejo de la realidad del derecho como entidad incierta y progresiva. Mayores problemas le plantea, desde la perspectiva del destinatario del derecho, la compatibilidad entre la idea del derecho como predicción de la actuación futura de los tribunales y la idea de la aplicación del derecho por parte del tribunal superior, dado que en tal caso no hay ninguna actuación futura de los tribunales que predecir, al agotarse las instancias judiciales en el comportamiento del propio destinatario del derecho. La autora resuelve, sin embargo, la supuesta incompatibilidad acudiendo a la comparación con la norma fundamental kelseniana, cuyo carácter ficticio resultaba semejante al del tribunal presupuesto como superior al que ocupa el vértice del sistema judicial. En este punto la autora deja constancia expresa de que va más allá de lo que llevó sus tesis Cardozo, proponiendo una solución propia a un problema (el de la consistencia interna del concepto de derecho) que Cardozo ni siquiera se había planteado.

En el capítulo cuarto se da cuenta del tratamiento que Cardozo da al problema de la seguridad jurídica, excluyendo el juez norteamericano la posibilidad de una seguridad jurídica vinculada al respeto estricto a las fuentes tradicionales del derecho, al entender que su seguimiento constituye en muchos

casos un obstáculo insalvable (un centro de infección) para la realización de una decisión jurídica correctamente ajustada al cambio social. El libro describe el paso desde una primera posición de la teoría de Cardozo en la que éste asume una concepción material de la seguridad jurídica (la seguridad como correlato de la decisión judicial correcta) hasta una concepción formal (seguridad jurídica como posibilidad de saber a qué atenerse en relación al derecho) conforme a la cual la seguridad jurídica no agotaría los fines del derecho, entendiendo que éstos son también elementos a considerar en la determinación de la decisión judicial correcta. La autora subraya en todo caso el carácter meramente adjetivo que tiene dicho tránsito en el conjunto de su teoría de la decisión jurídica, pues no hay diferencia de fondo entre la propuesta de una seguridad jurídica material y la idea de que el respeto a la seguridad jurídica formal resulta insuficiente como fundamento de la decisión judicial, debiendo ser complementado con el respeto a la conveniencia y a la justicia, esto es, a los valores inherentes al derecho.

El siguiente capítulo atiende a la descripción del funcionamiento del proceso judicial. En él, tras una consideración de la influencia que atribuye Cardozo a las fuerzas inconscientes en la determinación del contenido de la sentencia judicial, se adentra en el análisis de los diferentes métodos que propone para conseguir la decisión jurídica correcta. Son éstos: el método lógico o filosófico, el histórico, el de la tradición y el sociológico. La autora reprocha a Benjamin Cardozo la utilización de la expresión método filosófico como sinónimo de método lógico al entender que ello supone adoptar una visión restrictiva de la filosofía como la filosofía deductivista, esto es, la filosofía que utiliza el procedimiento de la deducción para alcanzar sus conclusiones (por eso el carácter útil pero insuficiente del llamado método filosófico), en contraste con la visión amplia de la filosofía que ofrece al atender, tal como se describe en el capítulo segundo, a la filosofía del derecho como el saber jurídico fundamental. Una vez expuesta la función que a cada uno de los métodos atribuye Benjamin Cardozo, se subraya la superioridad del método de la sociología porque al precisar cuál es el fin que ha de guiar al aplicador del derecho al dictar la sentencia (la realización del bienestar social) está proporcionando el criterio para la determinación de la decisión jurídica, fijando así cuál es la operatividad que cada uno de los demás métodos desarrolla en el caso en cuestión. Se detiene también la autora en las implicaciones consecuencialistas del concepto de bienestar social y en lo que la atención a éste supone de apertura a las ciencias sociales con miras a la identificación de las situaciones en las que puede entenderse a la sentencia como reflejo fiel de su causa y subraya finalmente el significado que para el ciudadano de a pie tiene la descripción de los métodos del proceso judicial, acercándole a una realidad hasta entonces misteriosa y oculta, al objeto de que, una vez consciente de las dosis de indeterminación que comporta la combinación de los distintos elementos, pueda controlar en la mayor medida posible las desviaciones en que pueda incurrir el juez en el ejercicio de sus funciones.

La idea de fin del derecho queda, de todos modos, simplemente esbozada en *The Nature of the Judicial Process*, sugiriendo ciertamente que constituye el criterio decisivo de la sentencia judicial. Pero va a ser en su obra *The Paradoxes of Legal Science* donde Benjamin Cardozo va a llevar a su punto más extremo su análisis proponiendo un significado último del fin del derecho, análisis complementario del de los métodos con el que, como señala la pro-

fesora Miraut «cierra el círculo de su teoría». La autora describe así, en un capítulo independiente cómo combina Cardozo la referencia al concepto de libre desarrollo de la personalidad como idea clave para la determinación del sentido de la actuación del juez (concepto absoluto de su existencia pero relativo en cuanto a las condiciones de su realización, al variar en función de las circunstancias del tiempo y lugar e incluso de las características personales del sujeto) con el modelo moral elitista del hombre inteligente y virtuoso. Le parece inobjetable a la autora la referencia a la idea del libre desarrollo de la personalidad, pese a su carácter relativo, por resultar éste plenamente congruente con la idea de crecimiento del derecho y con su instrumentalización para la realización de los intereses más altos del individuo. Pero ello no le impide destacar que al asumir el modelo moral aludido, Cardozo incurre en un planteamiento inevitablemente circular al no poder encontrar un criterio último que permita determinar quiénes son las personas inteligentes y virtuosas cuyo modelo moral ha de plasmar la sentencia judicial.

El libro se cierra con un capítulo dedicado a la teoría de la decisión jurídica de Benjamin Cardozo como filosofía del derecho. En él reivindica la autora el sentido filosófico jurídico de la teoría de la decisión jurídica sobre la base de la consideración que Cardozo hace de la sentencia judicial como filosofía del derecho aplicada. Y, tras destacar a las doctrinas de Holmes, de Pound, y de los teóricos europeos de la libre investigación jurídica como las más directamente influyentes en la acuñación de la posición del autor examinado, concluye calificándola como una teoría que sintetiza armónicamente elementos perfeccionistas y pragmatistas al sostener una concepción instrumental del derecho determinada en última instancia por valores superiores cuya concreción nunca puede tener carácter definitivo, sino al contrario, progresivo y abierto a la propia evolución social y a las circunstancias que en cada caso marcan el rumbo de la sentencia judicial.

Constituye, en definitiva, el libro de la profesora Laura Miraut Martín una expresión acabada de la teoría de la decisión jurídica de Benjamin Cardozo, rigurosa en sus planteamientos y en sus fundamentos teóricos y bibliográficos que, como bien dice el prologuista, presenta en nuestro ámbito filosófico jurídico a «un gran juez y teórico del derecho norteamericano que estuvo en el momento preciso donde y como debía de estar».

David E. PÉREZ GONZÁLEZ
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la experiencia jurídica*, Sevilla, Mergablum, 1999 (2.^a ed.), 265 pp.

Según un clásico esquema goethiano, en toda biografía intelectual cabe distinguir tres etapas o momentos ideales: la primera correspondería a los «años de aprendizaje» (*Lehrjahre*), en los que se forma el pensamiento y se realizan los primeros estudios e investigaciones; la segunda fase estaría representada por los «años de peregrinación» (*Wanderjahre*), consagrados a enriquecer y perfilar la actitud personal del intelectual a través del debate doctrinal y la comunicación de ideas; finalmente, el último período sería el de los «años de magisterio» (*Meisterjahre*), en los que, por un lado, se consolidan tanto la trayectoria profesional como la obra personal del intelectual, y, por otra parte, se transmiten a otras personas (normalmente sus discípulos) las experiencias más depuradas de una larga carrera científica.

En sus *Lecciones de Filosofía del Derecho*, el profesor Antonio Enrique Pérez Luño nos presenta un completo trabajo en el que se compendian más de treinta años de una rigurosa labor investigadora acompañada de una contrastada experiencia docente. En él encontramos ese modelo de profesor universitario evocado por José Ortega y Gasset en *Misión de la Universidad* (1930) en el que se combina la vocación científica con la capacidad de enseñar y transmitir sus conocimientos a los demás. Fiel a esa imagen orteguiana de la cultura y de la ciencia, Pérez Luño nos presenta una concepción de la Filosofía del Derecho entendida como una reflexión sobre la experiencia jurídica. Esta apelación a la experiencia jurídica supone, según este autor, un intento de «captar el Derecho en su entero desenvolvimiento, evitando los riesgos de fragmentación y/o reduccionismo de que adolecen determinadas aproximaciones unilaterales al fenómeno jurídico» (p. 14); en este sentido, el principal cometido de la Filosofía de la experiencia jurídica consistirá en contribuir a diseñar el marco racional, crítico y global de los problemas referentes al conocimiento, la comprensión y la valoración del Derecho. Este planteamiento es afín a aquellos análisis sobre el valor de la Filosofía, como por ejemplo el de Bertrand Russell, que sostienen que la Filosofía no debe ser estudiada por las respuestas correctas a las preguntas que plantea, puesto que ninguna respuesta puede ser conocida como verdadera, sino más bien por el valor de los problemas mismos.

En consonancia con esa concepción dinámica y omnicomprensiva de la Filosofía del Derecho defendida por Pérez Luño, el libro se estructura en ocho capítulos: en el primero se parte de la consideración de la Filosofía del Derecho como una disciplina bifronte o «de encrucijada» en la que confluyen dos tipos de conocimiento, el filosófico y el jurídico. Aclarar los términos en los que se produce el cruce entre la reflexión filosófica con la experiencia jurídica será el motivo central de este capítulo. Por otro lado, como el propio autor indica, plantear la encrucijada iusfilosófica supone retomar viejos debates culturales que en los últimos años han vuelto a cobrar actualidad: 1) la crisis de la Filosofía y sus motivos (que en cierta medida están relacionados con sus propios límites); 2) la negación que sufre la Filosofía cada vez que traspasa las fronteras de la racionalidad y se confunde o es absorbida por otros saberes limítrofes, religiosos o científicos, que la han acompañado a lo largo de su evolución histórica (en este sentido, merecen una especial atención el estudio de la influencia que en algunos momentos de la historia han

podido ejercer sobre la Filosofía el cientificismo y el irracionalismo); 3) comprobar el sentido actual de la Filosofía, es decir, determinar si aún hoy ésta sigue cumpliendo con su función de indagar racional, crítica y valorativamente en torno a la realidad y la vida; 4) como consecuencia del planteamiento anterior, se hace necesario también precisar cuál es el sentido de la Filosofía del Derecho en nuestros días, y para ello se tendrá que sopesar cuál ha sido la incidencia real que nuestra disciplina ha podido tener en sus tres dimensiones clásicas (la cognoscitiva, la ontológica y la deontológica) sobre las que se abundará más en el capítulo cuarto.

Seguidamente los capítulos segundo y tercero se dedican al análisis conceptual del Derecho, definido por Pérez Luño como «la experiencia de la acción humana en su plenaria relación con la justicia» (p. 71), y de la noción de Filosofía del Derecho, acercándonos para ello a su problemática, a su evolución histórica y a sus principales funciones como Filosofía de la experiencia jurídica: básicamente, explicar racionalmente la realidad jurídica, para lo que resulta indispensable contar con el apoyo de las ciencias jurídicas, y «valorar y orientar en sentido crítico las formas concretas de la experiencia jurídica hacia modos de convivencia cada vez más libres y justos» (p. 98).

Los capítulos cuarto y quinto nos sitúan ante una doble vertiente de la Filosofía del Derecho: por un lado como disciplina filosófica, y, por otro, como saber jurídico. En el primer caso, se realiza –como ya hemos adelantado más arriba– un recorrido por los temas de la Filosofía del Derecho y sus distintas dimensiones (fundamentalmente, las concepciones tridimensionales del Derecho y de la Filosofía jurídica), así como una reflexión en torno al conocer, al ser y al deber ser de la experiencia jurídica (ontología, deontología y gnoseología jurídica). En relación con esta última dimensión hay que puntualizar que Pérez Luño es consciente de la existencia de múltiples perspectivas de enfoque que inciden en la teoría del conocimiento jurídico, aunque, en aras de una mayor claridad expositiva, prefiere centrarse sólo en tres de esos enfoques, que quizá sean los más relevantes: 1) las tesis que rechazan la posibilidad de aplicar métodos lógico-formales al Derecho y se decantan a favor de la dimensión argumentativa del razonamiento jurídico; 2) las teorías que, por el contrario, defienden la posibilidad de aplicar la lógica formal al Derecho y, por extensión, reivindican el uso de la inteligencia artificial y de los sistemas expertos en el mundo del Derecho; y 3) la Filosofía de la experiencia jurídica como posible alternativa mediadora entre los dos planteamientos anteriores. En el segundo caso, la Filosofía de la experiencia jurídica aparece como una especie de crisol en el que se integran los saberes filosóficos y científicos en torno al Derecho. Como formas de la Ciencia jurídica que se proyectan en el fenómeno jurídico, Pérez Luño cree justificado también realizar un estudio de las relaciones entre la Dogmática, la Comparación jurídica con la Filosofía del Derecho (entendida como Filosofía de la experiencia jurídica), la Historia y la Sociología. Conviene advertir que en este trabajo la Dogmática aparece como un estudio sistemático de las fuentes e instituciones jurídicas, de las proposiciones aisladas y en conexión con las restantes normas integradoras del ordenamiento jurídico positivo; en lo que concierne al Derecho comparado basta señalar que, a juicio del autor, aunque la Comparación jurídica parte de los mismos materiales empírico-normativos de la Dogmática, y utiliza, en principio, las construcciones que ésta le proporciona para establecer las ulteriores comparaciones entre sistemas o elementos de tales sistemas jurídicos, es, precisamente, en esta actividad

comparativa de elementos extrasistemáticos donde descansa la peculiaridad de la actitud jurídico-comparativa respecto a la mera actitud dogmática; por otra parte, como es sabido, la Ciencia jurídica no sólo proyecta el aparato conceptual de la Dogmática en sentido sincrónico, sino que también favorece la investigación diacrónica de sus presupuestos; en este sentido, como el propio Pérez Luño reconoce, dado que no puede soslayarse la dimensión histórica del Derecho cabría plantearse la hipótesis de si las tres dimensiones básicas de la experiencia jurídica (sociedad, norma y valor) podrían ser completadas por una cuarta dimensión: la histórica, lo cual lleva al autor a plantear la superación de la estructura tridimensional del Derecho y a hablar de una experiencia jurídica tetradimensional; por último, si partimos de la base de que el Derecho es un fenómeno social, parece evidente que la Ciencia jurídica necesita el complemento de la Sociología jurídica si es que no desea caer en la abstracción.

Los capítulos sexto y séptimo se centran en una de las clásicas dicotomías iusfilosóficas: la dialéctica Derecho natural/Derecho positivo. Ante esta dialéctica doctrinal Pérez Luño se manifiesta a favor de una tesis iusnaturalista racional, crítica y abierta a las exigencias de la historia (es decir, un iusnaturalismo que no sea ahistórica) que eluda los peligros del dogmatismo y de la ideologización para, mediante la reflexión crítica, perfilar cada vez con mayor nitidez su estatuto teórico. Aunque esta visión crítica y antidogmática del Derecho natural que se nos propone es consciente de algunos errores del iusnaturalismo en el pasado han contribuido en buena medida a poner en tela de juicio su propia función histórica, e incluso, a pesar de la existencia de dos peligros que podrían llegar a comprometer el desarrollo de esa función, es preciso no condenar al olvido la tradición doctrinal iusnaturalista, sobre todo si no deseamos incurrir en otro error de signo contrario, y que se traduce en la elaboración de sistemas abstractos, dogmático y completamente acrílicos. A este respecto, el autor está convencido de que nos encontramos ante una nueva etapa en la multiseular tradición iusnaturalista. En su opinión, el iusnaturalismo nos impone la necesidad de someter nuestros ideales jurídicos y políticos a la crítica de la razón, aunque, por otra parte, «constituye la mayor regla de tolerancia, al permitir una práctica compatibilización de nuestra conducta con la de los demás hombres» (p. 236).

Finalmente, en el capítulo octavo, donde se atiende *grosso modo* al compromiso adquirido por el profesor universitario (y, por supuesto, por el filósofo del Derecho) con la comunidad universitaria, Pérez Luño realiza una serie de consideraciones sobre el papel que les corresponde a las enseñanzas iusfilosóficas en los planes de estudio de las Facultades de Derecho. En este punto coincide con Norberto Bobbio al destacar el valor de la Filosofía del Derecho como asignatura absolutamente clave para todo estudiante que desee afrontar con solvencia las diversas disciplinas jurídicas especializadas de la licenciatura. De especial interés resultan las reflexiones del autor a cerca del modelo de Universidad que debe estar presente en cualquier proyecto de reforma de la enseñanza universitaria, y de modo particular en las Facultades de Derecho, de ahí que se postule la conveniencia de una formación integral de los futuros juristas en los que no sólo se prepare a éstos en sentido técnico y de cara al ejercicio profesional, sino que también se fomente el desarrollo de su capacidad de razonar críticamente y sin concesiones al dogmatismo. Pero el estudio de Pérez Luño no sólo se reduce a exponer una declaración formal de intenciones, sino que trata de indagar en las causas de la crisis de la enseñanza del

Derecho e intenta aportar algunas soluciones. Como «profesor de fondo», es decir, como profesional de la Universidad dispuesto a consagrar su vida a la labor docente e investigadora, Pérez Luño profundiza en las causas de la crisis funcional y estructural que en la actualidad arrastran las Facultades de Derecho. Ahora bien, dado que este problema obedece en realidad a motivos de muy diversa etiología, en el presente estudio sólo se alude a las que tienen mayor trascendencia: 1) el aislacionismo en el que en algunas ocasiones ha estado inmersa la Ciencia del Derecho y la consiguiente fractura que desvinculaba la teoría jurídica de la práctica social; 2) la falta de adaptación de las enseñanzas jurídicas a los cambios económicos, sociales y políticos; 3) como corolario de las dos situaciones anteriores, la crítica más radical a los Planes de estudio de las Facultades de Derecho consiste en denunciar el «total divorcio de sus enseñanzas respecto al funcionamiento real de la praxis jurídica» (p. 241). Al hilo de estas tres cuestiones, el autor sugiere las siguientes soluciones: a) en lo que atañe al aislacionismo en el que incurren algunos de estos Planes, Pérez Luño afirma que en la tarea de conectar el estudio del Derecho con sus presupuestos éticos y sus implicaciones políticas, la Filosofía jurídica puede y debe cumplir una función didáctica irremplazable; b) respecto a la falta de adaptación de las enseñanzas jurídicas a los cambios económicos, sociales y/o políticos, se plantea la necesidad de urgir al jurista a realizar un compromiso aún mayor en la tarea de adecuar al Derecho dichos cambios, de ahí la conveniencia de ampliar los instrumentos hermenéuticos tradicionales a partir de unas categorías metódicas que permitan concretar los valores, principios, cláusulas generales o conceptos *standards* propios de estas nuevas técnicas normativas de positivación, para lo cual se tendrá que contar obligatoriamente con las aportaciones de la Teoría y la Filosofía del Derecho; c) respecto a la total separación entre las enseñanzas jurídicas y la praxis jurídica, se propone la formación de un jurista crítico que actúe racionalmente, esto es, que sea consciente de la realidad social en la que vive, y que reflexione sobre su propio papel, así como sobre el que corresponde al Derecho.

En suma, cabría afirmar que las *Lecciones de Filosofía del Derecho* del profesor Pérez Luño constituyen una sugerente obra científica y una valiosa aportación teórica que pretende superar el tradicional dilema que ha sido motivo de innumerables discrepancias doctrinales entre los iusfilósofos: concebir la Filosofía del Derecho como una réplica general y abstracta de las ciencias jurídicas que no atienda a cuestiones tan esenciales como la Teoría de la justicia y que se centre exclusivamente en el conocimiento y la explicación del Derecho positivo, o bien, entenderla como una versión jurídica de la racionalidad práctica que impulsará sobre todo su condición fundamentadora e orientadora de los problemas relacionados con la Teoría de la justicia, convirtiéndose entonces en una simple moralina voluntarista. La solución a este dilema pasa por encontrar un mínimo consenso teórico que combine la teorización rigurosa con unas irrenunciables aspiraciones materiales que afectan, como hemos dicho, a la justicia y a los valores. En definitiva, como el lector podrá constatar, estas *Lecciones de Filosofía del Derecho* representan sobre todo una prueba fehaciente de la madurez intelectual alcanzada por quien, después de toda una vida dedicada al estudio y a la Universidad, podría considerarse –parafraseando de nuevo a Goethe– como un auténtico maestro.

Fernando H. LLANO ALONSO
Universidad de Sevilla

RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 2000, 356 pp.

En nuestra área de Filosofía del Derecho abundan más en los últimos años los manuales de Teoría del Derecho que los de Filosofía del Derecho, con haber también algunos de éstos de notable importancia y calidad. Recientemente ha visto la luz la *Introducción a la Filosofía del Derecho* del profesor Marcelino Rodríguez Molinero, obra destinada a ocupar igualmente un lugar destacado en la manualística de nuestra disciplina.

Ya en el prólogo el autor deja claros sus objetivos y sus principales fuentes de inspiración. De los primeros dice que su propósito es tanto docente como teórico, pues, respecto de esto último, se propone mostrar «que la Filosofía del Derecho es una parte de la Filosofía» (13). En cuanto a quienes le influyen más, alude a Gustav Radbruch y Erik Wolf (15). Podríamos, pues, con justicia decir que tanto por su planteamiento como por su objetivo estamos ante una obra iusfilosófica que encaja bajo lo que, con el mejor sentido, podríamos llamar la iusfilosofía clásica del siglo xx.

El libro se divide en siete capítulos, cuyo contenido iremos desgranando brevemente. El primero versa sobre «El problema de la Ciencia del Derecho», asunto que el autor considera «el problema capital de la Filosofía del Derecho» (19). La guía la proporciona la Filosofía de la Ciencia y su criterio al diferenciar el saber científico de los saberes de otro tipo. Pero ese criterio de demarcación que se busca ha recibido distintas configuraciones según las épocas y las escuelas, y en el libro se analizan «el modelo clásico o tradicional, la concepción renacentista o moderna, el prototipo racionalista y empirista, el análisis crítico-cognitivo, el concepto positivista, la concepción dualista y el paradigma lógico-empirista» (22-23). Es digna de la mayor alabanza la combinación de claridad y profundidad que se alcanza en la exposición de esos apartados. En medio de todas las divergencias entre esos modelos, quedaría sin embargo un denominador común de lo que sea la ciencia, «un concepto mínimo de ciencia»: «un conocimiento más preciso, más riguroso, más sólido, más racional, más metódico y, en definitiva, de alguna manera selectivo y sistemático» (39). Objeto, método y sistema son, pues, las referencias centrales del estatuto de cualquier ciencia (40). Y las discrepancias estarán justamente en discernir cuáles son el objeto, método y sistema más propios de la auténtica ciencia.

¿Y la Ciencia del Derecho? La primera tesis que se sienta es que «las ciencias jurídicas constituyen por sí mismas un *genus* propio dentro del gran tronco común de las ciencias culturales o humanas, no reductible como tal, a menos que se pretenda suprimirlas de raíz, a un subgrupo o especie de las ciencias sociales o de cualquier otro tipo de ciencias» (44). El Rodríguez Molinero describe luego los hitos cruciales de la discusión de los siglos XIX y XX sobre la posibilidad y configuración de la Ciencia del Derecho (Kirchmann, los diversos positivismos, Gény, el neokantismo jurídico), hasta llegar a las más importantes aportaciones contemporáneas, muy particularmente la de Bobbio. Y al final de este capítulo toma postura, con su respuesta afirmativa a la cuestión de si cabe una Ciencia teórica del Derecho que vaya más allá de la dimensión práctica o técnica del manejo de las normas jurídicas. En concreto, el Derecho en cuanto hecho normativo o conjunto de normas vigentes (al margen de su condición también de hecho social y hecho históri-

co) es apto para un tratamiento científico exigente en cuanto a la delimitación del objeto, la exigencia del método y la adecuada sistematicidad. Y el estatuto de tal ciencia será necesariamente el de «una *ciencia comprensiva*» (61), en la conciencia de que esa «comprensión», distinta de la explicación que guía otro tipo de ciencias, tiene una triple dimensión: de textos lingüísticos, de hechos y de valores (62).

El segundo capítulo se titula «De la Ciencia del Derecho a la Filosofía del Derecho: la Teoría del Derecho». El asunto que orienta ahí la reflexión es el de si la nueva disciplina llamada Teoría del Derecho es compatible con la Filosofía del Derecho o viene a reemplazarla desde patrones de pretendida científicidad. Después de pasar revista a las cuatro razones que explican el auge contemporáneo de la Teoría del Derecho, se entra en el análisis de «si la *teoría* constituye o no un modo de saber distinto de la ciencia y de la filosofía y en consecuencia si es o no es compatible con ellas sin invadir su propio terreno» (67). Responder a ese interrogante requerirá diferenciar cuatro modos de concebir la Teoría del Derecho, en cuyo análisis se entra a continuación.

En primer lugar, aparece la Teoría del Derecho como teoría de la Ciencia jurídica, es decir, como metaciencia del Derecho. Son analizados con singular perspicacia los orígenes de la Teoría de la Ciencia en Kant y Fichte, abriendo un camino que continuarán otros, como Fries, y a una evolución en las etiquetas que va, en el campo del Derecho, de cosas tales como «Teoría fundamental del Derecho» a otras como «Teoría de los conceptos jurídicos fundamentales» o «Teoría de los principios jurídicos». El objeto de estudio se irá configurando en esta evolución como lo genérico del derecho, lo común a cualquier Derecho, lo general que se repite en todo Derecho. La desembocadura de esa secuencia histórica estaría en Stammler. Termina este apartado con un examen de las insuficiencias de la idea actual de la Teoría del Derecho como Epistemología jurídica. Se hace el autor propósito de ecuanimidad, lo que no empece al talante crítico de la conclusión: «la Teoría del Derecho, concebida como Epistemología jurídica, está todavía en mantillas, por lo que no puede caminar por sí sola, por mucho que alguno, con muy poco dominio de la materia, intente simular lo contrario» (84).

En segundo lugar nos encontramos con la Teoría del Derecho como desarrollo y concreción de la Teoría General del Derecho. Comienza Rodríguez Molinero aquí recreando el origen de la noción de y la expresión «Teoría General del Derecho» y criticando su habitual atribución, desde González Vicén, a la obra de Merkel de 1874, para pasar luego a sistematizar los contenidos usuales en las obras de esta orientación desde fines del siglo XVIII. A continuación pone de manifiesto con buenos ejemplos (J. Dabin, A. Levi, F. Carnelutti y H. Nawiasky) la dispersión temática que acompaña a quienes en el siglo XX cultivan la Teoría del Derecho como desarrollo y concreción de la Teoría General del Derecho.

El tercer modo de plantear la Teoría del Derecho es como sustitución de la Filosofía del Derecho. El origen estaría también a fines del siglo XVIII, en G. Hugo, y prosigue con Austin. Pero es Kelsen «quien logra elevar la Teoría del Derecho al máximo nivel de unidad y coherencia, con intención expresamente declarada de sustituir y desplazar a la Filosofía del Derecho de su amplio campo y de recluirla en la pequeña parcela del problema de la justicia» (95). Y a la evolución del pensamiento de Kelsen en este tema se dedican sustanciosas páginas, donde está presente también la comparación con

Austin. Finaliza este tercer apartado con la descripción del modo en que la Teoría del Derecho se cultivó en autores del bloque soviético.

La cuarta variante es la de la Teoría del Derecho como modo de saber distinto y compatible con la Filosofía del Derecho. Se trataría de que ambas se ocupan de los mismos temas desde puntos de vista distintos o de que poseen temas comunes y otros peculiares de cada una. En esa línea irían Arthur Kaufmann y sus discípulos, por un lado, que ven a ambas disciplinas como distintas pero relacionadas en muchos de sus temas; o Bobbio, representando a los que defienden la total autonomía de las dos materias. No se desdeña tampoco el impulso que a la Teoría del Derecho como disciplina se quiso dar desde revistas y libros colectivos en distintos momentos del siglo XX.

Después de tan rica panorámica, la conclusión del autor es triple: que no hay por qué ser escéptico ante las posibilidades y viabilidad de una Teoría del Derecho; que se debe huir de los extremos de concebirla omnicomprendiva o en exceso restringida en sus alcances; y que puede coexistir pacíficamente con la Filosofía del Derecho, radicando la principal dificultad en la delimitación entre ellas. Y acaba decantándose Rodríguez Molinero: «Como guía se debe aceptar que la Teoría del Derecho ha de orientarse preferentemente hacia el Derecho positivo vigente y por ello está más cercana a la Dogmática jurídica y a la Metodología jurídica; en tanto que la Filosofía del Derecho, por mucho que se quieran encubrir sus objetivos, sigue siendo la heredera directa y legítima de lo que tradicionalmente estuvo cumpliendo durante siglos la doctrina del Derecho natural y deberá ocuparse de los mismos problemas, singularmente del problema de la justicia en el Derecho. Aun así la Teoría del Derecho estará afectada de cierta indeterminación, lo que le hará oscilar permanentemente entre la Ciencia del Derecho en sentido estricto o la Dogmática jurídica y la Filosofía del Derecho» (110).

En el tercer capítulo se pasa ya a analizar qué es la Filosofía del Derecho. Puesto que, como ya se ha dicho, tesis del libro es que la Filosofía del Derecho es parte de la Filosofía, consecuente resulta que se comience este capítulo analizando qué sea la Filosofía. Nuevamente el procedimiento que el autor utiliza es el de repasar una muy rica gama de concepciones históricas (la Grecia preclásica, Platón, Aristóteles, Roma, San Agustín, el racionalismo moderno, el idealismo alemán, el materialismo decimonónico) y contemporáneas (Husserl, la filosofía hermenéutica, la Escuela de Frankfurt, la filosofía analítica), para acabar seleccionando las notas comunes que a la Filosofía se le suelen adscribir, y que serían: primero, que se trata de un saber acerca de la realidad y que es un saber más elevado que el del mero saber científico (ya porque sea un saber distinto, ya porque sea el saber en el que culmina la ciencia); segundo, un saber autónomo, en cuanto poseedor de un objeto y un método propios; y, tercero, la tendencia a la universalidad o contemplación de la totalidad.

Esa disciplina que es la Filosofía tendría como sus partes integrantes la Lógica, la Teoría del conocimiento, la Ontología, la Psicología, la Antropología, la Ética, la Estética, la Filosofía de la Naturaleza y la Teodicea. Aquí se aprecia con particular nitidez el enfoque clásico de Rodríguez Molinero.

Y llegamos así a la Filosofía del Derecho. La verdad sobre sus orígenes sería, según el autor, un punto de vista intermedio entre la tesis de que surge con el nacimiento de la Filosofía misma, y quienes dicen que es un concepto histórico aparecido a comienzos del XIX. Conviene, pues, diferenciar entre el origen de la reflexión sobre ciertos temas y el nacimiento de una nueva disci-

plina académica. La discusión sobre la ubicación concreta de la Filosofía del Derecho la zanja de nuevo el autor tomando partido: la Filosofía del Derecho, «mas que una parte o rama de la Filosofía, constituye una *Filosofía especial*, que en su calidad de tal exige aplicar al Derecho cada una de las partes o ramas que en la Filosofía general se distinguen, con mayor propiedad, como es obvio, unas que de otras» (137). Hay una buena carga de crítica del presente en la advertencia que el autor hace contra el peligroso empobrecimiento que supone reducir la Filosofía del Derecho a mero desarrollo de la Ética.

Por supuesto, todo lo anterior engarza con la declaración que se hace de fe en la posibilidad de un conocimiento auténticamente filosófico del Derecho y en la confianza en su utilidad. No sorprende, pues, y agrada, que el autor considere que la «consolidación de la Filosofía del Derecho como disciplina autónoma» es «irreversible» (144-145).

En cuanto a la manera de hacer Filosofía del Derecho, frente a los modos que denomina de seguimiento de un sistema filosófico preexistente, ecléctico y sincrético, propone «una Filosofía especial o específica, cuyo *objeto* de reflexión es el Derecho» y que posee método propio (148).

A describir el proceso de formación de la Filosofía del Derecho se dedica el capítulo cuarto. Se trata de ver cuáles son los temas propios de esa disciplina, y con ese fin se estudia la historia de su articulación temática. Se comienza con el análisis que va desde los orígenes griegos hasta fines del siglo XVIII, época que se estudia en este capítulo, y en el capítulo posterior, el quinto, se analizará el asunto desde ese tiempo, cuando nace la Filosofía del Derecho como disciplina autónoma, hasta nuestros días. No tenemos espacio para el análisis detallado de estos capítulos históricos. Baste mencionar, a título de ejemplo, la fecundidad del examen dedicado al período que va de Kant a Marx y su relevancia para la decantación temática de nuestra materia. En lo que toca al siglo XX, hay un tratamiento profundo de la división temática que de la Filosofía del Derecho hacen autores como Vanni, Stammler o Radbruch, autores que las modas del día han hecho olvidar a los neófitos en la materia.

Se llega así al sexto capítulo, dedicado a la estructura temática de la Filosofía del Derecho y donde, en primer lugar, se hace balance de lo que se acaba de estudiar en su génesis histórica. Seguidamente se atiende al debate en la iusfilosofía posterior a la Segunda Guerra Mundial, época de la que se seleccionan ciertos autores que parecen a Rodríguez Molinero especialmente representativos en la polémica temática: Graf zu Dohna, Emge, del Vecchio, Battaglia, Coing, García Maynez, Fechner, Legaz, Villey, Battifol, Hart y Bobbio. El balance con que el autor acaba esa exposición invita a la prudencia, pues señala el peligro que para la subsistencia de la iusfilosofía como disciplina significan las tendencias a la dispersión («considerar la Filosofía del Derecho como una especie de cajón de sastre, en el que todo cabe y en el que se deposita todo aquello que nadie quiere como propio o que parece afectar a todos porque está de moda») y al reduccionismo («limitar el ámbito de la Filosofía del Derecho a una de sus partes o, lo que es todavía peor, a uno de los aspectos que le interesan, desechando por principio todos los demás» -256-).

El capítulo acaba con el dibujo que Rodríguez Molinero traza del campo temático de la Filosofía del Derecho, guiado por un propósito de acuerdo entre el mayor número de cultivadores de la disciplina. La Filosofía del Dere-

cho se planteará los interrogantes que corresponden a las cuatro grandes preguntas de la Filosofía (la ontológica, la lógica, la ética y la metafísica), y se arriba a una estructura de temas que comprende las siguientes partes: la Introducción a la Filosofía del Derecho («En ella se debe tratar ante todo de justificar y de legitimar a la Filosofía del Derecho, procurando demostrar, no sólo su posibilidad y utilidad, sino también su existencia histórica y su necesidad actual. Además de esta cuestión básica, su principal objetivo es determinar el propio concepto de Filosofía del Derecho como disciplina académica» –262–), la Historia de la Filosofía del Derecho, la Ontología jurídica, la Teoría crítica del orden jurídico positivo («tiene por objeto el estudio crítico del derecho vigente» –263–) y la Ética jurídica («cuyo objeto es responder a la doble pregunta de *si debe existir* el Derecho y cómo *debe ser* el Derecho» –264–). Enunciadas las partes, se procede en el libro a una minuciosa enumeración de los temas principales de cada una de ellas, enumeración imposible de resumir aquí y que por sí sola merecería profunda atención y debate.

En fin, el libro termina en un capítulo séptimo titulado «La desigual incidencia de la Filosofía del Derecho en las diversas ramas jurídicas». Se apunta así una línea de investigación bastante poco frecuentada en nuestro país pero que tiene ilustres predecesores en la iusfilosofía del siglo XX, como Radbruch. Son puestos de manifiesto primeramente los «aspectos o puntos comunes que afectan a todas las ramas jurídicas particulares, si bien de manera desigual» (280), como la formación de los conceptos científicos, el razonamiento y sus diversas formas, la clasificación de la materia tratada, etc. Y luego se pasa ya revista a la incidencia de la iusfilosofía en las distintas ramas de la Ciencia jurídica, comenzando por la división del Derecho en público y privado y siguiendo con lo que concierne al Derecho civil, al Derecho político («entendido en aquel sentido amplio que comprende la Historia de las ideas políticas, la Teoría de la Sociedad como base de la organización política, la Teoría del Estado y demás formas de organización política, y el Derecho constitucional como regulación jurídica fundamental de la convivencia social y política» –297), al Derecho Internacional, al Derecho penal, al procesal y al laboral. De nuevo páginas densas de ideas y merecedoras de una consideración detallada y de una crítica constructiva que en esta sede no caben.

Estamos con esta *Introducción a la Filosofía del Derecho*, en suma, ante una obra valiente y personal que lucha por rescatar esta disciplina de los planteamientos y polémicas de cortos vuelos y que propone un extenso programa de investigación y enseñanza. Señalar ese afán que guía la obra importa más, en una reseña como ésta, que entrar en debates, debates que, por cierto, sólo caben con los autores que, como en el caso, tienen el coraje de no eludir el trabajo crítico y la toma de partido.

Sólo queda señalar que la edición es de singular pulcritud y calidad.

Juan Antonio GARCÍA AMADO
Universidad de León

VV.AA., ANTÓN, Antonio (coord.); VAQUERO, Carlos; RODRÍGUEZ, Arantxa; ABALDE, Ángel, y AÑÓN, María José, *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Madrid, Talasa, 2000, 294 pp.

La lenta pero progresiva fractura de la paz bienestarista que durante las tres décadas posteriores al trauma de la segunda gran guerra definió el orden socioeconómico de occidente (más exactamente, de buena parte de occidente), ha alumbrado un nuevo *statu quo* para cuya caracterización es casi necesario transigir con el hábito epocal de anteponer prefijos explicativos a las palabras. Postindustrial, desconstitucionalización, postkeynesiano, neoconservadurismo, posfordismo, neoliberal y aun postestatal son, entre otros, términos ya familiares en la literatura crítica dedicada al análisis de la llamada «crisis del Estado del bienestar», expresión que designa el declinar de los pilares estructurales de un modelo sustentado en la intervención reguladora del Estado en el funcionamiento del sistema económico capitalista, pero que también hace referencia a los efectos que el gobierno de la crisis en una dirección bien delimitada ha producido. Si bien es cierto que el compromiso capital-trabajo en el contexto expansivo del industrialismo keynesiano permitió conciliar acumulación y redistribución y posibilitó la conversión de los trabajadores en consumidores, no lo es menos que la desaceleración de los setenta puso en evidencia la relativa fragilidad del sistema para mantener niveles estables de bienestar. Entre los adoquines de París se había dramatizado minoritaria pero ruidosamente el descontento por las patologías subyacentes al despolitizado consenso tecnocrático de la «sociedad administrada», pero la solución monetarista y las políticas económicas orientadas a la oferta no hicieron más que asignar al mercado el papel de renovado colonizador del mundo de la vida. Huérfana de una teoría-esperanza omniabarcante de envergadura homologable a la que por lo menos hasta 1968 proporcionaba la lectura de Marx (no importa si en clave científico-ortodoxa, frankfurtiana, fenomenológico-existencial, estructuralista, psicoanalítica o *telquelista*), la izquierda política ha tenido que atravesar el Sinaí retroliberal enfrentada al dilema de negociar a la baja sus pretensiones de transformar el mundo y cambiar la vida sin dejar de percibir como necesaria la tarea de diagnosticar críticamente los males presentes y proponer alternativas encaminadas a mejorar la suerte de los excluidos de lo que ha dado en llamarse «el horror económico». Al mismo tiempo, ha tenido que incorporar a su dietario temáticas que hoy ya no pueden ser desatendidas ni relegadas a los márgenes de la discusión. Este es el trasfondo del agregado de estudios realizados por autores provenientes de distintas áreas disciplinares que A. Antón ha reunido bajo un título que condensa sus focos de atención: la denominada globalización de la economía, la crisis de la centralidad societal del empleo, el análisis de las estrategias teóricas y las iniciativas prácticas dirigidas a afrontar la ruptura del vínculo entre trabajo e integración social, la implicación de las cuestiones de género en el debate sobre el reparto del trabajo y la defensa de los derechos sociales en el marco de la fértil discusión en torno a la categoría política de la ciudadanía. En la medida en que varios de los trabajos coinciden en el abordaje de determinadas cuestiones (muy particularmente, la crisis del trabajo), esta nota sólo recalcará los aspectos directamente relacionados con la trama de cada texto.

Definida normalmente como el entretejimiento de todas las economías nacionales y de las relaciones comerciales, productivas y financieras en un

único mercado competitivo de escala planetaria, caracterizable ya como una mera fase de desarrollo del capitalismo, ya como un fenómeno irreversible sobre el que como mucho se puede discutir el modo de gestionar sus efectos colaterales indeseados, la globalización de la economía es, para Carlos Vaquero («Globalización, empleo y desigualdad salarial. La utopía de los mercados libres globales», pp. 32-86), una consecuencia lógica de la modernidad. Pero no es esta globalización *post hoc* la que le interesa al autor, ya que dedica buena parte de su trabajo a analizar retrospectivamente el curso de lo que llama la «globalización realmente existente», expresión que alude a la lógica política que subyace al proceso y a los resortes que han vehiculado la mundialización en las últimas dos décadas con el fin de «configurar una forma de interconexión mundial basada en las políticas neoliberales» (p. 36). Redescubiertas las leyes naturales del mercado y desempolvado el utilaje teórico de la no interferencia estatal pocos años después de 1973, Vaquero explica cómo la relectura de los efectos disciplinadores del desempleo que describiera Kalecki por parte de los estrategas del *non accelerating inflation rate of unemployment* propició, en un contexto de crisis —todavía se discute si de oferta o de demanda—, el viraje hacia una nueva formulación del cuadro macroeconómico basado en los postulados de lo que Williamson y Krugman han llamado «el consenso de Washington». Asépticamente presentada como único modo posible de gestionar las disfunciones de las economías industriales, la nueva ortodoxia monetarista (cuyos aspectos más relevantes detalla el autor en un cuadro explicativo) se abrió primero camino en el ámbito anglosajón y recibió el impulso legitimador de las agencias internacionales, particularmente la OCDE, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, desprovistas a partir de 1971 de su razón de ser y revitalizadas para instrumentalizar la administración del problema de la deuda externa a través de «soluciones individualizadas» en los países del sur. Vaquero contrasta la monolítica receta del BM y el FMI para los países periféricos y semiperiféricos (política económica «adecuada» y orientación de mercado para atenuar los costes de transición) con los informes de instituciones nada sospechosas como el PNUD y la OIT, que constatan la tozuda persistencia del desempleo, el incremento de las desigualdades en el centro, en la periferia, y, sobre todo, entre el centro y la periferia, y la escasa operatividad del acusado debilitamiento de las normas de trabajo después de veinte años de aplicación sistemática del consenso de Washington. En un aparte se detiene en la desregulación del mercado de capitales, detalla la fragilidad e inestabilidad de la economía de expectativas y explica cómo la volatilidad financiera dificulta los mecanismos clásicos de intervención macroeconómica, circunstancia muchas veces funcional a la autoexención de responsabilidad por parte de los poderes públicos. Finalmente, se sirve de estudios empíricos que cuestionan las justificaciones flexibilizadoras del mercado de trabajo del norte basadas en la mundialización del comercio y la producción y critica la postura hipócritamente proteccionista de las economías centrales. La globalización realmente existente es, para el autor, una construcción política en modo alguno inevitable. La cuestión es saber si en el contexto actual es verosímil o imaginable una política capaz de conducir la globalización por otra senda. Seguramente Vaquero está de acuerdo con todas y cada una de las 300 propuestas formuladas en el Foro Social Mundial celebrado en Porto Alegre entre el 25 y el 30 de enero de 2001 bajo el slogan «otro mundo es posible». Parece que este es un paso para que el folclórico y heterogéneo

nuevo tam-tam de Seattle, Praga, Niza, etcétera definido por los telediarios como «la protesta antiglobalización» sepa articular un programa coherente y vaya perfilando la posibilidad de reconducir una fórmula unidireccional que no dará pan a millones de seres humanos y que es ecológicamente insostenible. O, dicho de un modo que no sabemos si compartirá el autor: si en el siglo XIX el Estado era el comité ejecutivo de la burguesía y hoy el FMI, el BM, la OMC y la OCDE son el comité ejecutivo del capital mundial, la esperanza de gobernar la globalización en otra dirección pasa no tanto por la destilación de léxico redentorista (pecado en el que no incurre Vaquero) cuanto por que los líderes de Porto Alegre ocupen la silla que cabalmente les corresponde en ese comité.

Arantxa Rodríguez («Hacia un reparto igualitario del trabajo», pp. 87-123) aporta una interesante reflexión encaminada a poner en contacto la problemática del desempleo estructural y la situación de subordinación social y laboral de las mujeres, una subordinación que se ha hecho particularmente visible en el proceso de ajuste de los regímenes de bienestar llamados familiaristas. Aunque a lo largo del texto disemina algunas expresiones como «economía androcéntrica», «androcentrismo científico» o «el sexo oculto de la economía» (es menester pensar que no se refiere, por ejemplo, a Margaret Thatcher) que suenan vagamente a programa máximo de episteme feminista *à la* Catherine MacKinnon, parece plausible ubicar sus ideas en un feminismo de la igualdad que no reclama para sí tales privilegios metodológicos. Como sea, la intención de Rodríguez es introducir la cuestión femenina en la agenda de las propuestas de reducción y reparto del tiempo de trabajo que vienen siendo formuladas a modo de respuesta alternativa a la mera desregulación flexibilizadora dentro del contexto de la quiebra del modelo del salariado fordista. Para ello reclama la superación de ese reduccionismo conceptual que, al identificar el trabajo con el empleo asalariado, subestima buena parte de la actividad productiva realizada fuera del mercado laboral e invisibiliza el valor de la contribución económica de las mujeres en esferas no remuneradas. Se trata, dice, no de llevar a cabo una simple operación de monetarización de tales actividades, sino de poner en evidencia la desigual relación entre los sexos asentada sobre ese tipo de reduccionismos y de mostrar que la carga global del trabajo en la sociedad abarca mucho más de lo que los Sistemas de Cuentas Nacionales reflejan. Al análisis pormenorizado del reparto de esa carga global dedica la autora el grueso de su estudio, diferenciando, por una parte, la desigual distribución del trabajo doméstico y las dinámicas de cambio que se observan en los últimos años y, por otra, las variaciones en la actividad laboral de mujeres y hombres. Las líneas conclusivas subrayan que el acceso de las mujeres al trabajo remunerado no se ha visto acompañada de la incorporación de los hombres al trabajo doméstico en pie de igualdad. Antes bien, la falta de participación proporcional en este último ámbito conlleva un aumento de la carga global para la mujer trabajadora, cuya «doble jornada» perpetua situaciones de parcialización obligada, segregación ocupacional, desvío hacia segmentos específicos del mercado laboral y «conciliación compulsiva» por la vía de planteamientos con sesgo de género (nos quedamos sin saber, no obstante, qué opina Rodríguez de la *Ley 39/1999 de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*). Como escribe sintéticamente: «la división sexual del mercado laboral, la segregación y discriminación en el empleo que soportan las mujeres es la contrapartida de la división

sexual del trabajo en la esfera doméstica» (p. 110), una nueva división basada en la «doble presencia» femenina que genera lo que ha sido definido como «el malestar de la emancipación». El tono grave de estas conclusiones se ve finalmente matizado por el reconocimiento de los tenues avances hacia una mayor igualdad y por las posibilidades que la autora quiere ver en el desplazamiento de muchas tareas y servicios domésticos hacia el emergente «tercer sector» no mercantil de economía social o cotidiana. Rodríguez aboga, al final, por «una reorganización simultánea de las condiciones de trabajo doméstico y las estructuras del mercado de trabajo» (p. 118) y demanda, creemos que legítimamente, una nueva «política del tiempo» que facilite el acceso igualitario de las mujeres al mundo laboral y que permita aprovechar el verdadero potencial transformador de las propuestas de reparto.

Es una verdad contrastada que casi todo intento de recrear la *boulé* ateniense en el paisaje de las actuales democracias representativas genera dosis por lo común elevadas de frustración. La tan traída y llevada democracia radical sólo se deja ver en algunos textos filosófico-políticos de denso calibre, mas no en el teatro político-mediático que sobrevuela el *demos* a distancia sideral. Ello no implica la obligatoriedad de asumir el indiferente y feliz autismo respecto a los asuntos públicos (o mejor, respecto a los asuntos públicos que trasciendan el exclusivo interés personal, todo lo más corporativo o comarcal) característico del ciudadano medio aurosecular, ese hombre. Menos aún que puedan desdeñarse los instrumentos institucionales que, más allá de la encuesta cuatrianual, permiten vigorizar el reblandecido músculo democrático por medio de la interpelación directa a los administradores del presupuesto. Uno de esos mecanismos es, como se sabe, la iniciativa legislativa popular. «La acción contra la exclusión social. Experiencia de una Iniciativa Legislativa Popular en la Comunidad Autónoma del País Vasco» (pp. 124-147) es un trabajo de alto valor testimonial, atendido que su autor, Ángel Abalde Calparsoro, es miembro de uno de los colectivos más activos en la elaboración de la proposición de ley para una *Carta de Derechos sociales* presentada al parlamento vasco a finales de 1996 (el texto de la proposición se encuentra en las pp. 144-147). Abalde relata cómo la unión de distintos grupos políticos y sindicales del País Vasco (una comunidad pionera que desde 1989 tiene una ley de ingresos mínimos de inserción similar a la ley francesa de 1988) abrió un período de gestación en el que afloró el debate entre dos posturas bien definidas en torno a los perfiles del reclamo principal de los promotores, la renta básica: de un lado, la orientación «trabajista» (reticente a la incondicionalidad) y, de otro, la posición que podría llamarse «generalista» (afín a la idea de un ingreso universal entendido como derecho ciudadano desvinculado de los avatares del empleo). La discusión de algunos puntos conexos a este debate (extensión de los beneficiarios, plausibilidad del pleno empleo, posible deriva hacia un reforzamiento de la dependencia de las instituciones, requisitos para la percepción de la renta básica por los inmigrantes, financiación, objeciones específicas de los colectivos feministas), la necesidad de consensuar posturas, las limitaciones estipuladas en el Estatuto de Autonomía y las exigencias de la institución receptora coadyuvaron a una redacción final de la proposición que, al decir del autor —partidario de la postura generalista—, desvirtuaba su esencia y reducía la renta básica a una «renta básica parcial» (p. 135 y arts. 6 a 9 de la *Carta*). Abalde pormenoriza asimismo la estrategia divulgativa puesta en práctica por la comisión promotora, cuyos nada despreciables resultados (82.053 adhesio-

nes frente a las 30.000 requeridas por el Estatuto para la tramitación de una ILP) no guardan correspondencia con la descafeinada recepción de la iniciativa en el parlamento de Vitoria (aquí se demora en detallar la toma de postura de los partidos en un debate condicionado por el cambio en la correlación de fuerzas políticas habido tras el proceso electoral autonómico de 1998). Es lástima que la fecha de redacción del artículo –noviembre de 1999, dos semanas antes de que el parlamento vasco decidiera «qué hacer con la *Carta de derechos sociales*» (p. 125)– prive al lector de conocer la suerte final de la iniciativa. En todo caso, Ángel Albalde no tiene motivos para segregar la amargura que se lee entre las líneas de su bien articulado trabajo, aunque más no sea que por el interés que esta acción concreta contra la pobreza y la exclusión ha suscitado en los sectores académicos interesados en las formas de autotutela directa de los bienes que constituyen el objeto de los derechos sociales.

Precisamente a los derechos sociales está dedicado el artículo de María José Añón («El test de la inclusión: los derechos sociales», pp. 148-191), un estudio en el que la autora ofrece un panorámico diagnóstico de situación de la «generación perdida» de los derechos fundamentales articulado en torno a tres vectores: la ciudadanía social, la relación de los derechos sociales con la libertad y la igualdad y los rasgos caracteriológicos de los derechos así llamados «de segunda generación». Apoyándose en un prolijo aparato bibliográfico, Añón lleva a cabo un *aggiornamento* de las tesis de T. H. Marshall, de las que se reclama en parte deudora, incorporando a su análisis las justificadas críticas que desde distintas ópticas han sido vertidas contra algunos aspectos de *Ciudadanía y clase social*, obra cardinal del sociólogo británico. Si el esquematismo evolucionista de Marshall tiende a soslayar la fuerza inercial de la metafísica política contractualista y las complejas dinámicas de la lucha por la consecución de los derechos sociales, la asociación marshalliana entre titularidad de derechos y membrecía estatal convierte a la categoría de la ciudadanía en un privilegio que perpetua la todavía hoy institucionalizada exclusión de los no nacionales. Añón aborda con detalle estas cuestiones y analiza luego algunos modelos que hoy aspiran a convertirse en el esperado mirlo blanco del debate teórico sobre la ciudadanía. Aunque reconoce la enorme importancia de la participación política ciudadana y estima que el tema de la diferencia cultural es insoslayable, la autora cree, por una parte, que la vulnerabilidad y la creciente desafiliación social no se resuelven únicamente a golpe de paradigma deliberativo, y, por otra, que la hibridación y la no homogeneidad de las identidades en las sociedades actuales es un hecho que no debe pasarse por alto a la hora de fiar a las políticas de reconocimiento todas y cada una de las cuestiones relativas a la redistribución. La autora entiende los derechos sociales no como derechos a participar en la toma de decisiones (en ese caso serían una proyección de la ciudadanía civil y política), sino como titularidades para participar en los resultados concretos del producto social. Esta es, a su juicio, la irrenunciable aportación teórica y práctica de la ciudadanía social, aportación que suena a cosa de borrachos en el clima actual de resucitada identificación paleoliberal de la libertad con la simple no coacción intencional. La libertad de poder hacer todo lo que un sujeto es formalmente libre de poder hacer (entre otras cosas, disfrutar de sus derechos civiles y ejercitar sus derechos políticos) exige poner en contacto el valor de la libertad con la noción de capacidad y argumentar, así lo hace Añón, que la libertad sólo es real cuando se dan las

condiciones materiales para su ejercicio, condiciones vinculadas a necesidades básicas menesterosas de tutela y satisfacción por medio de los derechos sociales fundamentales recepcionados en las cartas constitucionales y en determinados instrumentos de derecho internacional como el PIDESC de 1966. Finalmente, la autora emprende un matizado recorrido por las notas que distinguen a unos derechos siempre rebeldes a la rutinaria caracterización que de ellos hace la dogmática convencional de los derechos fundamentales, incorporando algunas aportaciones doctrinales que han puesto sobre el tapete la relativa falta de solidez de las pretensiones de fundar en argumentos de orden lógico-deóntico o en la (en modo alguno absoluta) inexigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales la rígida diferenciación entre éstos y los derechos civiles y políticos.

Cierra el volumen Antonio Antón (que también firma el texto introductorio del libro) con un extenso estudio («Crisis del trabajo y ciudadanía social», pp. 192-291) dedicado a explorar los contornos de un debate que, si hasta hace tres décadas parecía propio de tecno-esclarecidos naïf, hoy se abre paso con relativa normalidad –y mayor rigor– en el seno de la izquierda y el liberalismo igualitario: la revisión de la centralidad civilizatoria del trabajo, la «necesidad de cambiar los discursos» (p. 218) sobre el modo de abordar la cuestión del desempleo y el replanteamiento de la vinculación típicamente «bienestarista» entre el hecho salarial y el acceso a las rentas y la protección social plena. Después de hacer un dilatado repaso de las transformaciones que ha experimentado el empleo durante los últimos veinte años, con parada en la polémica conceptual (trabajo, empleo, actividad), Antón cuestiona la plausibilidad tanto de las recetas neodarwinistas (adaptación) como de lo que llama la «propaganda oficial» del pleno empleo para afrontar la situación actual, expone, siguiendo a Claus Offe, el erróneo planteamiento que subyace a este último discurso, y, finalmente, demanda «unas nuevas pautas culturales y sociales sobre el papel del empleo y la ampliación de [...] dinámicas e instituciones que favorezcan la capacidad autónoma de las personas junto a unas relaciones y vínculos sociales más igualitarios» (p. 222). Una de las estrategias que se debaten para ir en esta dirección es, como se sabe, la reducción de la jornada y el reparto del empleo. Otra, hipótesis sobre la que se discute con creciente interés, es el ingreso ciudadano. Antón se ocupa de detallar las posturas teóricas existentes en el ámbito de la izquierda respecto al reparto (la neokeyniana, inclinada hacia la idea de «trabajar todos», y la que pone en primer plano la exigencia de «trabajar menos»), y discrimina las variadas tomas de posición en torno al grado de incondicionalidad del ingreso ciudadano. A este respecto, explica en largo las ideas de André Gorz sobre estos temas (pp. 227-237), aunque no se hace eco del notable cambio de opinión del sociólogo francés, que pasó de la crítica acerada del ingreso ciudadano y la defensa de la reducción complementada con un «segundo cheque» en su *Metamorfosis del trabajo* (1988), a la palinodia de *Misérias del presente, riqueza de lo posible* (1997), obra en la que rectificó su postura a favor de la plena incondicionalidad. Tras criticar el sesgo entre apocalíptico y celebratorio de las tesis de Rifkin sobre el fin del trabajo, teñidas, a su juicio, de un muy poco matizado determinismo tecnológico, el autor retoma la propuesta del ingreso ciudadano, asunto en el que se muestra algo más cercano al arreglo propuesto por Offe (percepción del ingreso con determinadas limitaciones), que al de otros autores (Van Parijs, Iglesias o Raventós, entre otros muchos) que conciben el ingreso ciudadano (o la renta básica) como una

cantidad a percibir independientemente de las otras posibles fuentes de renta. Luego acomete una crítica de diversas estrategias ético-políticas de fundamentación de las políticas de redistribución ubicables en un liberal-igualitarismo que, para Antón, termina por legitimar el orden social existente y no avanza hacia la transformación estructural que él reclama. Su crítica a Rawls no discurre por los senderos comunitaristas (neor aristotélicos o neohegelianos) que, a pesar de su progresiva contextualización y pragmatización, han achacado al procedimentalismo neocontractualista de Rawls su desapego respecto a la semántica moral de la comunidad, sino que va más bien dirigida a desvelar los presupuestos socioeconómicos implícitos en el orden lexicográfico de los principios de justicia. A Dahrendorf le reprocha el limitado reformismo de su nuevo liberalismo, y, por último, la teoría de la libertad real basada en el ingreso básico sostenible de Van Parijs le merece un juicio negativo por la abstracción que el autor belga hace de las desigualdades de origen y porque «no tiene sentido dar una misma renta social a los ricos, a los que tienen otros ingresos y a los pobres» (p. 252). Es cierto que *Libertad real para todos* es una obra compleja y polémica en algunos aspectos, pero Antón parece subestimar los argumentos que otros autores menos preocupados que Van Parijs en acreditar su condición de «auténticos liberales» —en realidad Van Parijs es, o al menos ha sido, un marxista analítico— han aportado en favor de la generalidad y la incondicionalidad del ingreso ciudadano: la desestigmatización, el ahorro o mejor aprovechamiento del gasto administrativo «de vigilancia», la evitación de las trampas de la pobreza y del paro, el desincentivo del trabajo negro y el posible aumento del poder contractual de los trabajadores más vulnerables, entre otros. En cualquier caso, Antón acredita un vasto conocimiento de las diversas posiciones de un debate que está abierto y no le faltan razones para optar por el «criterio de necesidad» (p. 285) al final de la última parte de su estudio, dedicado a profundizar en las cuestiones que en los últimos años han movido a la reflexión sobre la readequación de los diseños institucionales de bienestar (bastante maltrechos después de dos décadas de soluciones mercadistas) a las circunstancias del presente desde una óptica de pensamiento que sigue buscando, entre lo conseguido, lo malogrado y lo por venir, vías para unas relaciones sociales menos injustas.

Pablo MIRAVET BERGÓN
Universitat de València

V

NOTICIAS

**XVIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía
Jurídica y Política
(Granada, 5 y 6 de abril de 2001)**

**Por PEDRO MERCADO PACHECO
Universidad de Granada**

Durante los días 5 y 6 de abril del 2001, con un notable éxito de asistencia con más de doscientas inscripciones, se celebraron en Granada las XVIII Jornadas de Filosofía Jurídica y Política organizadas por el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada y coordinadas por el Comité organizador dirigido por el Prof. Dr. Nicolás López Calera, y que estuvieron dedicadas monográficamente al tema «El feminismo en la filosofía jurídica y política contemporánea».

Las ponencias se estructuraron en tres sesiones que intentaron abarcar las problemáticas generales y particulares que el tema propuesto ha abierto en el panorama de la filosofía jurídica y política contemporánea. En concreto, las aportaciones del feminismo en la reconceptualización del principio de igualdad y el análisis de sus distintas variantes y corrientes fueron abordadas respectivamente en las ponencias de la Profa. Dra. Ana Rubio Castro, Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada sobre «Aportaciones del feminismo al principio de igualdad» y de la Profa. Dra. Encarna Bodelón, Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona sobre «Dos metáforas para la libertad: igualdad y diferencia». Por otro lado, el problema de la representación política de la mujer y el sistema de cuotas fue analizado por Prof. Dr. Alfonso Ruiz Miguel, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, en su ponencia sobre «La representación democrática de las mujeres». Y finalmente, cerraron las sesiones plenarias de las Jornadas las ponencias del Prof. Dr. Joaquín Herrera Flores, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad

de Sevilla, sobre «El nuevo sujeto político», y la del Prof. Dr. Jorge Malem Seña, Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra sobre «La situación de las mujeres: de la felicidad a los derechos».

El éxito y la buena acogida del tema elegido se puso de manifiesto por el gran número de comunicaciones recibidas, más de una treintena, que requirió una selección de aquellas que habrían de ser leídas en las dos sesiones de comunicaciones previstas en el programa, aunque todas ellas fueron distribuidas entre los asistentes al Congreso. Los temas abordados en las comunicaciones fueron variados pero habría que destacar especialmente los estudios dedicados a las políticas de discriminación positiva, el sistema de cuotas así como el balance de las políticas de igualdad en el ámbito de la política y jurisprudencia comunitarias, o en la experiencia de países como Bélgica, Venezuela o Brasil.

Como complemento a las actividades académicas se realizaron distintas visitas a la ciudad, entre las que habría que destacar la visita nocturna a la Alhambra y el recital flamenco en el Carmen de los Mártires.

Las Jornadas finalizaron con la Asamblea General de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, en la que, entre otros asuntos, se hizo entrega de una placa al Prof. Dr. Gregorio Peces Barba, Presidente Honorario de la SEFJP, en reconocimiento a su labor en la presidencia de la Sociedad.

El Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada y el Comité organizador quieren hacer explícito su agradecimiento a la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, al Instituto de la Mujer de la Junta de Andalucía y a la Caja General de Ahorros de Granada la colaboración y ayuda prestada en la organización de las Jornadas, y agradecer la gran acogida que estas tuvieron entre los miembros de la Sociedad, corroborada por el éxito de asistencia y por el gran número de colaboraciones y comunicaciones remitidas a las Jornadas.

VI

NECROLÓGICAS

In memoriam Enrique Marí

Por CLAUDIO MARTYNIUK *
Universidad de Buenos Aires

Quisiera no hablar en pasado. Estamos aquí por Enrique.

Por Enrique Marí, filósofo y abogado. Profesor de Epistemología de las Ciencias Sociales y de Filosofía del Derecho (Universidad Nacional de Buenos Aires), cargos obtenidos durante la democracia, pero venciendo resistencias, prejuicios, estrategias de poder y mezquindades.

Estamos por Enrique.

Por el autor de *Neopositivismo e ideología* (Eudeba, Buenos Aires, 1974), un libro de análisis de tópicos propios de la filosofía analítica junto a la historia semántica de la noción de ideología, con un capítulo final que revisa las tesis de la epistemología popperiana a partir de las categorías desarrolladas por Gastón Bachelard y Louis Althusser (un libro desaparecido durante la Dictadura Militar).

Estamos por quien en algún punto infinito percibe el encuentro entre el pensamiento continental europeo y la tradición anglosajona, esos senderos intelectuales bifurcados, integrados en la práctica del filósofo argentino (pero ya no se puede hallar su *Elementos para una epistemología comparada*, Punto Sur, Buenos Aires, 1990).

En *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault* (Hachette, Buenos Aires, 1983) y en una gran sucesión de trabajos, muchos de ellos incluidos en *Papeles de filosofía I* (Biblos, Buenos Aires, 1993) y *Papeles de filosofía II* (Biblos, Buenos Aires, 1997) la reflexión de Marí gira en torno al estudio crítico de los costados

* Palabras leídas por Claudio Martyniuk en el funeral de Enrique Marí.

más sombríos de la sociedad contemporánea y a la exploración de la función cognitiva que cumple la ficción literaria, tema que trata con detenimiento en su tesis doctoral, aún inédita.

Numerosos libros colectivos y revistas incluyen trabajos de Enrique. «*El Banquete*» de Platón. *El «eros», el vino, los discursos* (Biblos, Buenos Aires, 2001) es su último libro publicado (un libro que debió nadar contra la corriente que colonizó a más de un editor, contra ésos que invocan *la cultura* para obtener provechos, contra ésos que rechazaron una y otra vez el manuscrito). Dedicemos unas palabras a este libro. Enrique Marí no va tras una experiencia originaria del amor, ni tampoco pretende construir un relato para exponer erudición. Se detiene y se impulsa en Platón para recorrer al amor no como un sentimiento, no como categoría antropológica, ni como dimensión constitutiva del hombre. Recorre un camino filosófico, y se topa con los restos de fiestas y de banquetes, con voces que vuelven al habla luego de ingerir y de gemir. Marí narra los comentarios, diversos y encontrados, sobre el consumo de vino o sobre la belleza de los jóvenes. Explora la historia del *eros* contenida en *El Banquete*, concebida como historia de control de todas las historias de amor: la historia de la marcha ascendente del placer, las evacuaciones de las dimensiones sensoriales y el arribo al espacio celeste donde se hallaría la belleza en sí, la forma, verdad de las formas. Se trata, entonces, de la cópula y del vino entrelazados en una red de controles, de delimitaciones. Combinar *eros* y vino podría deslizar hacia la bajeza, el envilecimiento, la enajenación de los cuerpos y las almas; de ahí saldría la necesidad, la legitimidad del control del comer y el beber (dietética), del sexo y de la vigilancia del cuerpo. De allí saldría una persuasión, una cierta —dice Marí— «anorexia del cuerpo para el resplandor del alma» que haría del discurso de Platón un acto propio de la esfera pública, acto que va a proclamar a la existencia del filósofo como la mejor que puede llevar el ser humano (hablamos del filósofo Marí, de su existencia, de sus actos en la esfera pública).

Marí descompone la «máquina platónica homogeneizadora». *El Banquete* de Marí le suma dimensiones al diálogo de Platón: matriz de filosofía; matriz de sexualidad; matriz de ética.

El amor mueve cuerpos e interviene en la reproducción de la especie. La política del amor, entonces, se liga al poder de transformar, de aumentar. También con el poder de esclavizar, de hacer seguir, obsesionar. Amar es más que la ilusión de intensificación de los sentidos. Es más que un asunto propio. Es un asunto filosófico. Es un asunto político. Aunque nos pese. Y el amor como emoción que nutre nuestras creencias también está presente en el pensar, aún cuando esta presencia no siempre pueda advertirse e interrogarse.

La filosofía es motivo de fiesta en Marí, y lo muestra en este libro que, como el amor, gira entre el respeto al orden —y Marí demuestra conocer la acumulación de saber producida por los helenistas más destacados— y el desborde —es Marí escribiendo sobre las fiestas, el vino y la homosexualidad; es Marí rescatando a Kelsen como lector de *El Banquete*—. Estas dos perspectivas son como mitades extraviadas que se reúnen en el libro.

Estamos por nuestro maestro, hablando de la filosofía, de la existencia, del amor; de la escritura. No podemos hablar sobre la muerte. ¿Qué podemos decir ante la muerte?

La práctica teórica puede concebirse como crítica de las miserias de teorías y de las miserias sociales. Y Marí, con fresca y elegante prosa, no ha cesado de criticar a los partidarios de la razón cínica y de la falsa conciencia ilustrada. En sus obras la cuota de rebeldía no es acompañada por la ilusión de un futuro promisorio que nos espera; sí, en cambio, contiene una carga estética que alimenta la noción del poder racional de los sujetos para construir mundos alternativos al presente.

Marí ha sabido arrojarse a la peligrosa escritura periodística. Fragmentos, pequeños ensayos, papeles escritos sin temor, como quien canta opinando.

Hoy, esa prosa de Marí, interpela a los intelectuales en nuestra sociedad. Recuerda las tareas pendientes. Cuestiona la resignación, la pasividad, la complacencia.

Estamos por Enrique. Contra la explotación y la marginación. No olvidando a los desaparecidos. Criticando el embrutecimiento.

El desierto avanza. Las nubes son negras. Y ahora estamos más solos.

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 ESPE-
SO, Reflexiones sobre modelos matemáticos y decisión jurídica. JOSÉ I. LACASTA ZABA-
LA, Decisión judicial e incidente de recusación por motivos ideológicos. Consideracio-
nes sobre la imparcialidad política del juez. JUAN DAMIÁN TRAVERSO, La decisión
administrativa. JESÚS I. MARTÍNEZ GARCÍA, Decisión jurídica y argumentos de autori-
dad. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Notas sobre la aplicación del Derecho. – II. ESTU-
DIOS. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, El darwinismo social: Espectro de una ideología. ERNES-
TO GARZÓN VALDÉS, Moral y política. EDUARDO NOVOA MONREAL, Algunas reflexiones
sobre el derecho de castigar del Estado. VLADIMIRO LANSDORFF GALAGANE-BROWN, El
derecho natural hoy: Ética y economía. MODESTO SAAVEDRA, La libertad de información
y la ordenación jurídica de la televisión: El ejemplo alemán. GREGORIO PECES-BARBA
MARTÍNEZ, Nota sobre la justicia. LUCIANO BARCI MARTÍN, El Derecho Natural de Gra-
ciano. JAVIER HERVADA XIBERTA, Lo nuevo y lo viejo en la hipótesis «etiamsi daremus»
de Grocio. ALFONSO RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Algunas consideraciones
sobre la necesidad del derecho subjetivo en L. Duguit. ANTONIO SERRANO GONZÁLEZ,
Michel Foucault: El derecho y los juegos de verdad.

VOLUMEN II (1985)

I. DERECHO, PAZ, VIOLENCIA. NORBERTO BOBBIO, El equilibrio del terror. JÜRGEN HABERMAS, Derecho y violencia. MARTÍN KRIELE, Política de paz en la encrucijada. ALBERT CASAMIGLIA, De nuevo sobre la guerra y la cooperación. JESÚS BALLESTEROS, Paz, desarme, libertad: Obstáculos económicos e ideológicos. F. JAVIER DE LUCAS MARTÍN, La noción de defensa y la crisis de legitimidad. JOSÉ M. ROJO SANZ, Monopolización del poder, objeción de conciencia y consecución de la paz. JOAQUÍN HERRERA FLORES, Presupuestos para una consideración de la paz como valor jurídico. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, La paz como valor constitucional. RAMÓN SORIANO, La paz y la Constitución española de 1978. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS, Reflexiones sobre el problema actual de la guerra y de la paz internacional. CARLOS FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Aproximaciones sobre el desarme y la no-violencia. ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, El derecho de la paz en la escuela española del derecho natural. JOSÉ M. ROMERO MORENO, El ideal de la paz perpetua en Kant. – II. ESTUDIOS. GUIDO CALABRESI, Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho. MIGUEL ÁNGEL RODILLA, Buchanan, Nozick, Rawls: Variaciones sobre el estado de naturaleza. ANDRÉS OLLERO, Positividad jurídica e historicidad del Derecho. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho. FERNANDO GALINDO, Democracia, razón y derecho. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Presupuestos del fenómeno jurídico en la crítica marxista del derecho. EDUARDO DÍAZ-OTERO HERRERO y JOAQUÍN ALMOGUERA CARRERES, Gioele Solari, entre la crisis de la metodología jurídica racionalista y la génesis de la ideología social en el Derecho. ISMAEL PEIDRO PASTOR, El sentimiento de lo justo en Unamuno.

VOLUMEN III (1986)

I. METODOLOGÍA JURÍDICA. KARL ENGLISH, Sentido y alcance de la sistemática jurídica. JOSEF ESSER, La interpretación. ALBERT CALSAMIGLIA, Sobre la utilidad de las metodologías externas para la jurisprudencia. MANUEL CALVO GARCÍA, Metodología jurídica e interpretación: El postulado de la racionalidad del legislador. FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GANUZAS, El argumento a contrario en la jurisprudencia constitucional. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Del método jurídico a las teorías de la argumentación. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Métodos jurídicos. ANTONIO M. HESPANHA, A historiografía jurídico-institucional e a «morte do Estado». FRANCISCA PUIG-PELAT MARTÍ, Sobre la Ciencia y el Derecho y el discurso racional. – II. ESTUDIOS. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, El neokantismo jurídico-axiológico. JOHANES-MICHAEL SCHOLZ, La reterritorialización contemporánea del Derecho civil español. FRANCISCO CARPINTERO, Naturrecht y Rechtsphilosophie. ÁNGELES LÓPEZ, Consideraciones históricas del kantismo en España. RAMÓN SORIANO, La oposición a la ilustración: Fréron y L'Année Littéraire. RAFAEL GONZÁLEZ TABLAS Y SASTRE, Necesidades y valores. Su fundamentación antropológica mediante una explicación heurística.

VOLUMEN IV (1987)

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD A FINES DEL SIGLO XX. ESPERANZA GUISÁN, Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Reflexiones sobre la igualdad material. JESÚS I. MARTÍNEZ GARCÍA, Justicia e igualdad en Luhmann. FRANCISCO PUY, Las fórmulas del principio de igualdad. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Sobre la igualdad 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 GUIÁN, Autonomía moral para las mujeres: un reto histórico. ANTONIO GIMÉNEZ MERINO, Una nota sobre la emancipación sexual: el feminismo y otras disidencias. MILAGROS OTERO PARGA, El concepto de poder y su relación con la mujer. – II. ESTUDIOS. 1. TEORÍA JURÍDICA. MARÍA JOSÉ FARINAS DULCE, Filosofía del Derecho «versus» teoría del Derecho. TERESA PICONTÓ NOVALES, Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer. ÁNGELA APARISI MIRALLES, Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho. 2. VALORES JURÍDICOS. JOSÉ ANTONIO RAMOS PASCUA, El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser. JOSÉ MARÍA ROSALES, Virtualidades y límites de la política institucional. ¿Es suficiente el sistema de partidos? ESPERANZA FERRANDO NICOLAU, El derecho a una vivienda digna y adecuada. 3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. JOSÉ J. MEGÍAS QUIRÓS, De la facultad moral a la cualidad moral: el derecho subjetivo en la Segunda Escolástica tardía. FRANCISCO CARPINTERO, Historia y justicia según los juristas de formación prudencial. JOSÉ LÓPEZ FERNÁNDEZ, La fundamentación del derecho en Kant. RAMÓN MACÍA MANSO, El derecho y su relación con la moral según la teoría de J. A. Fichte. SALVADOR RUS RUFINO, Blas Ramos Sobrino en su centenario: perfil humano e intelectual.

VOLUMEN X (1993)

I. DERECHO Y ESTADO ENTRE NEOLIBERALISMO Y SOCIALDEMOCRACIA. JOSÉ MONTOYA, PILAR GONZÁLEZ ALTABLE, Estado, Derecho y Libertad según F. A. Hayek.

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO, El contractualismo constitucionalista de James Buchanan. MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad. FRANCISCO PUY, La socialdemocracia y su parentela ideológica. ERNESTO J. VIDAL GIL, Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho. EMILIA BEA PÉREZ, Los derechos sociales ante la crisis del Estado del bienestar. JOSÉ MARÍA ROSALES, Europa y la esperanza del orden: la democracia más allá de las coordenadas de la Unión Europea. JOSÉ LUIS SERRANO MORENO, Ecología, Estado de Derecho y Democracia. – II. ESTUDIOS. 1. SOBRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Concepto de la Filosofía del Derecho, MARINA GASCÓN ABELLÁN, Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica. FERNANDO GALINDO, JOSÉ ÁNGEL MORENO, JOSÉ FÉLIX MUÑOZ, El concepto de Derecho. De la argumentación a la comunicación. FRANCISCO GARRIDO PEÑA, Notas sobre la asignatura de la Teoría del Derecho como hiografía crítica de la ley. 2. DERECHO Y LENGUAJE. ROBERTO J. VERNENGO. Deberes descriptivos y deberes prescriptivos. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Nuevos materiales para una semántica del lenguaje normativo: lecturas deónticas de una paradoja lógica de Lewis Carroll. GIUSEPPE ZACCARÍA, Entre hermenéutica y analítica: del contraste a la colaboración. CARLOS I. MASSINI CORREAS, Lenguaje de las normas y Derecho Natural. Consideraciones sobre Georges Kalinowski y la semántica normativa. 3. DERECHO Y VALORES. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, A vueltas con la desobediencia. Notas sobre las tesis de González Vicén y sobre algunas críticas. JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, El iusnaturalismo de John Finnis. 4. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, En torno al paradigma conservador. Modelo mágico y fantástico (J. de Maistre y J. L. Borges). MANUEL SEGURA ORTEGA, El movimiento de Derecho libre. SALVADOR RUS RUFINO, Un incorregible ágrafo: Laureano Díez Canseco Berjón (1860-1930). BENJAMÍN RICAYA GARCÍA, Introducción a la filosofía jurídica de Salvador Lissarrague.

VOLUMEN XI (1994)

I. UNIVERSALIDAD Y RELATIVISMO DE LOS VALORES JURÍDICOS. ENRIQUE LÓPEZ CASTELLÓN, Contextualismo ético y relatividad de la justicia. PEDRO FRANCÉS GÓMEZ, Sobre la única vía posible para el universalismo ético y jurídico. ESPERANZA GUIÁN, Los límites éticos de la democracia. FRANCISCO PUY, Sobre la antinomia universalidad-relativismo. ANDRÉS OLLERO, Control constitucional, desarrollo legislativo y dimensión judicial de la protección de los derechos humanos. JULIO SEOANE PINILLA, La Ley sin mayúsculas. Diez avisos. ERNESTO J. VIDAL GIL, De lo justo general a lo justo concreto. Notas para una teoría de la justicia. ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Principio de equiparación y principio de diferenciación. Su articulación práctica. VICENTE BELLVER CAPELLA, La solidaridad ecológica como valor universal. MARÍA TERESA LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, Justicia y diferencia. CARIDAD VELARDE QUEIPO DE LLANO, Apuntes sobre el fundamentalismo a la luz del integrismo musulmán. – II. ESTUDIOS. 1. DERECHO, ÉTICA Y POLÍTICA. JOSÉ GARCÍA AÑÓN, C. S. Nino y los derechos morales. PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, Notas sobre la igualdad. ROBERTO GARGARELLA, Crisis de representación, deliberación y «political correctness». ENRIQUE BOENTE PERALES, Del peso de la libertad al pluralismo político-moral. Interpretación evolutiva de Isaiah Berlin. CARMEN DE LA MONTAÑA FRANCO, La moralidad pública como límite a la libertad de expresión. ÁNGELES LÓPEZ MORENO, Bioética para juristas. MONSERRAT FIGUERAS, ANTONIO 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 Ancies à la victimologie appliquée des Modernes (José Calvo González). ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Consentimiento, Democracia y Obligación política (Nora María Martínez Yáñez). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, El desbordamiento de las fuentes del derecho (Carlos Alarcón Cabrera). DEREK L. PHILIPS, Looking Backward. A Critical Appraisal of Communitarian Thought (María Leonor Suárez Llanos). JOHN RAWLS, Political Liberalism (Salvador Rus Rufino). MANFRED REHBINDER Y ULRICH DROBNIG, Rechtsrealismus, multikulturelle Gesellschaft und Handelsrecht (Félix Francisco Sánchez Díaz).

VOLUMEN XIII (1996)

I. HACIA EL ESTADO CONSTITUCIONAL: UN DEBATE. MARINA GASCÓN ABELLÁN, Presentación: la concepción del Derecho en «El Derecho dúctil». Enoch Alberti, El derecho por principios: algunas precauciones necesarias (debate sobre «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky. Perfecto Andrés Ibáñez, No conviene «matar» al «notario». A propósito de jurisdicción y Derecho dúctil (en España). ROBERTO L. BLANCO VALDÉS, La ley y el legislador. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO. ¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA, El no positivismo principialista en Il diritto mite de Gustavo Zagrebelsky. RICCARDO GUASTINI, Derecho dúctil, Derecho incierto. LUIS

PRIETO SANCHÍS, El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky). ALFONSO RUIZ MIGUEL, Del dúctil derecho a la virtuosa necesidad. – II. ESTUDIOS. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Hacia un *tractatus deóntico-philosophicus*. ALFONSO DE JULIOS CAMPUZANO, A vueltas con la justicia. Una reflexión sobre posmodernidad y comunitarismo. FERNANDO H. LLANO 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, postmodernidad y democracia. Más allá del liberalismo y del comunitarismo (José L. del Barco). JOHN HENRY SCHLEGEL, American Legal Realism & Empirical Social Science (Félix Francisco Sánchez Díaz). JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN, La teoría de la tolerancia en John Locke (José María Lassalle). STAMATIOS TZITZIS, La Philosophie Pénale (José Calvo González). – V. NECROLÓGICA. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Francisco Tomás y Valiente: Una evocación prospectiva. EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA, José Luis López Aranguren, 1909-1996.

VOLUMEN XIV (1997)

I. PONENCIAS DE LAS XVI JORNADAS DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL SOBRE «PERSPECTIVAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL», TOLEDO, 20 Y 21 DE MARZO DE 1997. MANUEL ATIENZA, Estado de Derecho, argumentación e interpretación. ALBERT CALSAMIGLIA, Teoría del participante «versus» teoría general del Derecho: una aproximación. ANDRÉS OLLERO TASSARA, Derecho y moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Ética pública-

Ética privada. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Estado constitucional y derechos de la tercera generación. ALFONSO RUIZ MIGUEL, Derecho y punto de vista moral. – II. ESTUDIOS. 1. Estudios de Teoría del Derecho. CRISTINA GARCÍA PASCUAL, Notas sobre creación e interpretación del Derecho. Jueces, profesores y legisladores. MILAGROS OTERO PARGA, Notas sobre la estabilidad del ordenamiento jurídico. MARIO RUIZ SANZ, De la ciencia de la legislación hacia la técnica legislativa. SUSANA SÁNCHEZ FERRO, Analogía e imperio de la ley. 2. Estudios sobre Justicia y Derechos. MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Derechos humanos: ¿yuxtaposición o integración? CRISTINA HERMIDA DEL LLANO, Sobre el ámbito de la privacidad de la sociedad civil. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones. JOSÉ LUIS MIRETE NAVARRO, La Justicia social como correctora de la justicia protectora. JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Tolerancia de la objeción de conciencia sobrevenida. JOSÉ RUBIO CARRACEDO, La teoría rawlsiana de la justicia internacional: maximalismo en la justificación, minimalismo en la universalización. 3. Estudios de Historia del Pensamiento Jurídico. ROGER CAMPIONE, Introducción al pensamiento de Alessandro Passerin d'Entrèves. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre. FRANCISCO SERRA GIMÉNEZ, El pensamiento filosófico-jurídico y político de Ernst Bloch. 4. Estudios de Filosofía Política. PILAR ALLEGUE, En torno a la soberanía. ¿Soberanía, antinomia de la diversidad cultural? XACOBE BASTIDA FREIXEIDO, Los hijos del Lord o el anti-Kedourie. Apuntes sobre la teoría antinacionalista. MARÍA LEONOR SUÁREZ LLANOS, El riesgo neoaristotélico. – III. DEBATES. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Réplica a los «Presupuestos ontológicos del Derecho», de Daniel González Ligier. DANIEL GONZÁLEZ LIGIER, De nuevo sobre la concepción estándar y la concepción realista del Derecho (respuesta a la réplica de Rafael Hernández Marín). BENJAMÍN RIVAYA, Filosofía del Derecho, derechos humanos y franquismo. RICARDO GARCÍA MANRIQUE, Filosofía del Derecho, derechos humanos y franquismo: respuesta a Benjamín Rivaya. – IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. J. BALLESTEROS Y J. PÉREZ ADÁN (editores). Sociedad y medio ambiente (M.^a Carmen Herrando Pérez). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución (5.^a ed.) (Carmelo José Gómez Torres). TERESA PICONTÓ NOVALES, La protección de la infancia. (Aspectos sociales y jurídicos) (Miguel A. Ramos Ulgar). MANUEL PORRAS DEL CORRAL, Biotecnología, Derecho y Derechos Humanos (Ángela Aparisi Miralles). LUIS PRIETO SANCHÍS (coordinador), Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos (José Luis Solana Ruiz). PEDRO RIVAS PALÁ, Justicia, Comunidad, Obediencia. El pensamiento de Sócrates ante la Ley (Antonio Luis Martínez Pujalte).

VOLUMEN XV (1998)

I. EN EL L ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. 1. F. JOSÉ AUSÍN y LORENZO PEÑA: Derecho a la vida y eutanasia: ¿acortar la vida o acortar la muerte? 2. BENITO DE CASTRO CID: Retos de la configuración sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales. 3. JESÚS GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI: ¿Son los derechos humanos universales? 4. VALLE LABRADA RUBIO: En los derechos humanos el principio de igualdad limita el ejercicio de la libertad. 5. ANTONIO E. PÉREZ LUÑO: Sobre la universalidad de los derechos humanos. 6. JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ PANIAGUA: Los derechos humanos del individualismo a la ética de la responsabilidad (Un poco de clarificación). 7. ÁNGELES SOLANES CORELLA: Una respuesta al rechazo racista de la

inmigración: la interculturalidad. – II. ESTUDIOS. 2.1. Estudios de Teoría del Derecho. 1. XACOBE BASTIDA FREIXEDO: Ortega y el Estado. 2. NATHALIE GONZÁLEZ LAJOIE: El pluralismo jurídico en Carbondale. 3. VICTORIA ITURRALDE SESMA: Consideración crítica del principio de permisón 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 Figuerola. – 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., Obligazione 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 Filosofía 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.^a 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. González Tablas Sastre). 9. SEGURA ORTEGA, M.: *La racionalidad jurídica* (Sonia E. Rodríguez Bonete). 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.^a José González Ordovás). – IV. NOTICIAS. 1. BERNUZ BENÉITEZ, M.^a J., Reseña sobre el Primer Congreso Internacional Derecho y Sociedad (Bilbao, 5 y 6 de febrero de 1999). 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 MEMORIAM: Antonio Fernández-Galiano Fernández (1926-1999) (B. de Castro Cid).

VOLUMEN XVII (2000)

I. MONOGRÁFICO: Derecho y globalización. 1. FRANCISCO JAVIER CABALLERO HARRIET: *Globalización, Estado y Derecho*. 2. JESÚS LIMA TORRADO: *Globalización y*

Derechos Humanos. 3. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO: *El poder del Estado y los derechos humanos en el escenario de la globalización.* 4. JUAN JESÚS MORA MOLINA: *Globalización, Derecho y Ciencias Sociales: Hacia una nueva teoría del conocimiento.* 5. XAVIER MONTAGUD MAYOR: *Bases conceptuales de la globalización. Aproximación a un debate.* – II. ESTUDIOS. II.1. Estudios de Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho. 1.1 NORBERTO ÁLVAREZ GONZÁLEZ: *Derecho y estética: un intento de comprensión mejor de los valores jurídicos.* 1.2 PABLO RAÚL BONORINO: *¿Cuál es el desafío de Dworkin?* 1.3 ALBERTO BOVINO y CHRISTIAN COURTIS: *Por una dogmática conscientemente política.* 1.4 RAFAEL DE ASÍS ROIG: *De nuevo sobre la relación entre el Derecho y el Poder.* 1.5 AURELIO DE PRADA GARCÍA: *Cuestiones y textos: sobre la enseñanza de la teoría y la filosofía del Derecho.* 1.6 ÁNGELES GALIANA SAURA: *La relevancia de la técnica legislativa en la elaboración de las leyes: un análisis de la Ley Orgánica 4/2000, sobre extranjería.* 1.7 JUANA MARÍA GIL RUIZ: *La función judicial: entre la ciencia y el control social.* 1.8 MARÍA CONCEPCIÓN GIMENO PRESA: *La interpretación jurídica en la obra de Riccardo Guastini.* 1.9 LEONOR MORAL SORIANO: *¿Es el Derecho tan normativo? La noción de autoridad de Joseph Raz en el razonamiento práctico-jurídico.* 1.10 PABLO MIRAVET BERGÓN: *Trabajo y derechos sociales: por una desvinculación posible.* 1.11 JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ: *La demarcación entre teoría y práctica jurídicas.* II.2. Estudios de Historia del Pensamiento y Filosofía Política. 2.1 JOSÉ CALVO GONZÁLEZ: *Doce preludios a la filosofía jurídica y política del siglo XXI.* 2.2 JOSÉ MARÍA GARRÁN MARTÍNEZ: *Algunas reflexiones sobre el Magisterio de la Iglesia Católica sobre los derechos humanos a partir del Concilio Vaticano II.* 2.3 MILAGROS OTERO PARGA: *Reflexiones en torno a los derechos humanos en el Siglo de Oro español.* 2.4 MARÍA OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ: *Las peculiaridades del Derecho inglés desde la mirada de la Europa continental.* – III. DEBATES. 1. JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES: *En defensa del positivismo metodológico (Un comentario a partir de Principios y positivismo jurídico).* 2. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA: *Respuesta a José Manuel Rodríguez Uribe.* 3. RAFAEL SUSIN BETRAN: *Arañando en la alteridad. La investigación como proceso complejo e intersubjetivo. Reflexiones a partir de un libro de Rafael Aliena.* 4. RAFAEL ALIENA MIRALLES: *En respuesta a un lector avisado: Sobre «Adelaida Martínez y el honor de la pobreza».* – IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. 1. AGUIRRE, M., y RAMONET, I.: *Rebeldes, dioses y excluidos. Para comprender el fin del milenio* (J. A. Martínez). 2. AJA, ELISEO (coord.) *La nueva regulación de la inmigración en España* (A. Solanes). 3. BELLVER CAPELLA, V.: *¿Clonar? Ética y Derecho ante la clonación humana* (Y. García Ruiz). 4. FERRER ARELLANO, J.: *Metafísica de la relación y de la alteridad. Persona y relación* (J. Morote Sarrión). 5. GARCÍA AMADO, J. A.: *Hans Kelsen y la norma fundamental* (N. González Lajoie). 6. LORINI, G.: *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale* (C. Alarcón Cabrera). 7. LLANO, A.: *Humanismo cívico* (R. Ortega Cotarelo). 8. PETTIT, PH.: *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno* (R. Ruiz Ruiz). 9. PICONTÓ NOVALES, T.: *En las fronteras del derecho. Estudio de casos y reflexiones generales* (R. Susin). 10. ROBLES MORCHÓN, G.: *El Derecho como texto. Cuatro estudios de Teoría Comunicacional del Derecho* (A. Cadenas Iturriozbeitia). 11. RODRÍGUEZ URIBES, J. M.: *Opinión pública. Concepto y modelos históricos* (E. J. Vidal Gil). 12. SÁNCHEZ RUBIO, D.: *Filosofía, Derecho y Liberación en América Latina* (A. Medici). 13. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA: *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación* (L. Souza). 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). 15. VILLA, V.: *Costruttivismo e teorie del diritto* (S. Sastre Ariza). 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). – 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). 2. Crónica del II Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. (León, 8 y 9 de junio de 2000) (N. González Lajoie). VI. NECROLÓGICAS. 1. *In memoriam* José F. Lorca Navarrete (P. Badillo O'Farrell). 2. *In memoriam* Albert Calsamiglia Blancafort (1949-2000) (J. De Lucas).

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.

