

# ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA  
TOMO XX  
2003



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 Pablo de Olavide de Sevilla

JOSÉ CALVO GONZÁLEZ  
Profesor Titular de Filosofía del Derecho  
Universidad de Málaga

JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG  
Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad de Jaén

ALFONSO DE JULIOS CAMPUZANO  
Profesor Titular de Filosofía del Derecho  
Universidad de Sevilla

JUAN ANTONIO PÉREZ LLEDÓ  
Profesor Titular de Filosofía del Derecho  
Universidad de Alicante

LAURA MIRAUT MARTÍN  
Profesora Titular de Filosofía del Derecho  
Universidad de las Palmas de Gran Canaria

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 97/20 82

VENTA, DISTRIBUCIÓN y SUSCRIPCIONES: **Librería del Boletín Oficial del Estado**  
c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID. Tel.: 902 365 303. Fax: 91 538 21 21

# ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA  
TOMO XX  
2003

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2004

---

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

---

ISSN: 0518-0872  
NIPO (BOE): 007-04-043-3  
NIPO (M.º de Justicia): 051-04-005-1  
Depósito Legal: M-11151-1958

---

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

## PRESENTACIÓN

En la sección de estudios se incluyen nueve trabajos que ofrecen una muestra representativa de la amplitud de problemas que ocupan a la Teoría y Filosofía del Derecho hoy: desde cuestiones polémicas (incluso por la presencia de la perspectiva filosoficojurídica al respecto), como el proyecto genoma, a problemas más clásicos de nuestra disciplina, como los relativos al lenguaje y la interpretación jurídica, el derecho subjetivo, los derechos humanos o la propia noción de filosofía del derecho, y trabajos dedicados a figuras centrales del pensamiento filosófico jurídico y político como Kelsen o Foucault. El hecho de que la inmensa mayoría provengan de jóvenes profesores de diferentes universidades parece una señal de vitalidad que debemos saludar.

El libro de la profesora Silvina Álvarez, *La racionalidad de la moral. Un análisis crítico de los presupuestos morales del comunitarismo*, es el objeto del debate en el que, junto a la autora, participan los profesores Pérez Triviño y Roca.

La sección de crítica bibliográfica ofrece diecinueve reseñas que dan cuenta de un amplio espectro de publicaciones y que atestiguan la utilidad e interés de esta sección, que ha visto considerablemente incrementado el número de contribuciones.

La profesora Laura Miraut, principal responsable de la organización de las XIX Jornadas de nuestra Sociedad, celebradas el pasado mes de marzo en Las Palmas, es la encargada de ofrecer una síntesis de ese encuentro, en la sección de noticias. Todos los participantes en las jornadas, comenzando por los responsables de la Sociedad, la Junta Directiva, coincidimos en la valoración muy positiva de su celebración y así quiero dejar constancia de ello.

Como recordarán los socios del *Anuario*, la sección monográfica de este volumen está dedicada a un tema obligado, el veinticinco aniversario de la Constitución española de 1978. Pese al importante número de publicaciones concitadas por la conmemoración, el *Anua-*

*rio* no podía ser ajeno a esta efemérides, habida cuenta sobre todo del importante desarrollo de los análisis relacionados con la Constitución, desde nuestra disciplina, en los últimos años. Quiero agradecer a los profesores Monereo, Peces-Barba y Pérez Luño que, pese a las múltiples obligaciones relacionadas con este aniversario, hayan mantenido y cumplido el compromiso con nuestra revista. De esta forma contamos con tres reflexiones sobre aspectos centrales para la filosofía jurídica y política, como son el constitucionalismo social, la tesis del patriotismo constitucional y la noción misma de democracia en nuestro orden constitucional.

JAVIER DE LUCAS  
Director del *Anuario*



## SUMARIO

	Pág.
<b>PRESENTACIÓN. JAVIER DE LUCAS</b> .....	5
<b>I. MONOGRÁFICO: Veinticinco años de la Constitución española de 1978. Aspectos jurídicos y políticos</b>	
1. JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ: <i>La Constitución social del trabajo y su crisis</i> .....	13
2. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ: <i>El patriotismo constitucional. Reflexiones en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española</i> .....	39
3. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO: <i>Democracia directa y democracia representativa en el sistema constitucional español</i> .....	63
<b>II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO</b>	
1. XACOBÉ BASTIDA FREIXEDO: <i>Kelsen y la tortuga. La teoría pura del Derecho como antifilosofía</i> .....	83
2. MARÍA JOSÉ GARCÍA SALGADO: <i>Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean</i> .....	105
3. MARÍA CONCEPCIÓN GIMENO PRESA: <i>La interpretación literal de la Ley</i> .....	131
4. MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS: <i>Leer o no leer, ésa es la cuestión</i> .....	151
5. RAFAEL JUNQUERA DE ESTÉFANI: <i>Interrogantes planteados por la manipulación genética y el proyecto genoma humano a la filosofía jurídica</i> .....	165
6. JOSÉ JUSTO MEGÍAS QUIRÓS: <i>La consolidación del derecho subjetivo en el período posclásico romano</i> .....	189

	Pág.
7. ÓSCAR MORO ABADÍA, y ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE: <i>Hacia una «cartografía» del poder: Michel Foucault</i> .....	207
8. MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP: <i>¿Nuevos derechos a debate? Razones para no resistir</i> .....	227
9. JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN: <i>Algunas consideraciones sobre el sentido del quehacer iusfilosófico</i> .....	255
 <b>III. DEBATES</b>	
1. JOSÉ LUIS PÉREZ TRIVIÑO: <i>Los presupuestos liberales de la autonomía. Un análisis crítico. A partir de Álvarez, Silvina: La racionalidad de la moral. Un análisis crítico de los presupuestos morales del comunitarismo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002</i> ....	283
2. VICTORIA ROCA: <i>Los presupuestos metaéticos del comunitarismo: la tensión no resuelta entre el realismo y el convencionalismo moral. A partir de La racionalidad de la moral. Un análisis crítico de los presupuestos morales del comunitarismo, de Silvina Álvarez</i> .....	293
3. SILVINA ÁLVAREZ : <i>La racionalidad de la moral. Respuesta a los comentarios de José Luis Pérez Triviño y Victoria Roca</i> .....	303
 <b>IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA</b>	
1. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (dir.): <i>La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho</i> , Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, 176 pp. (Cristina Monereo Atienza.) .....	319
2. BEA PÉREZ, Emilia: <i>Testimonis del segle xx</i> , Barcelona, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, 2001 (María José Añón Roig.) .....	325
3. BERNS, Sandra: <i>To Speak as a Judge: Difference, Voice and Power</i> , Aldershot, Astage Publising Ltd., 1999, 241 pp. (Cristina Monereo Atienza.) .....	327
4. LUCAS, Javier de: <i>Blade Runner. El Derecho, guardián de la diferencia</i> , Valencia, Tirant lo blanch, 2003, 68 pp. (María José García Salgado.) .....	336
5. DÍAZ, Elías: <i>Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política</i> , Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 2003, 270 pp. (Joaquín Almoguera Carreres.) .....	340
6. DUKAS, Stratís: <i>Historia de un prisionero</i> , trad. del griego, prólogo y notas de M. González Rincón, Sevilla, Labrys eds., 2001, 79 pp. (José Calvo González.) .....	343

	Pág.
7. GARCÍA INDA, Andrés y MARTÍNEZ DE PISÓN, José (coords.): <i>Ciudadanía, Voluntariado y Participación</i> , Madrid, Dykinson-Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2001, 231 pp. (Sergio Pérez Barahona.) .....	347
8. GONZÁLEZ R. ARNAIZ, Graciano; (coord.): <i>El discurso intercultural. Prolegómenos a una filosofía intercultural</i> , Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 2002 (María Jorqui Azofra.) .....	352
9. HECK, Philipp: <i>El problema de la creación del Derecho</i> , trad. de Manuel Entenza y prólogo de José Luis Puig Brutau, Granada, ed. Comares, 1999, 120 pp. (Felipe Navarro Martínez.) .....	360
10. INIESTA DELGADO, Juan José: <i>Enunciados jurídicos en la sentencia judicial</i> ; prólogo de Enrico Pattaro, Bologna, Publicaciones del Real Colegio de España, 2003, 294 pp. (José López Hernández.) .....	364
11. LLANO, Fernando (coord.): <i>A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte</i> , Sevilla, ed. Lagares, 2003, 392 pp. (Sebastián A. Torres Haro.) .....	369
12. MELKEVIK, Bjarne: <i>Rawls ou Habermas. Une question de Philosophie du Droit</i> , Saint Nicolas, Québec, Presses de l'Université Laval-Bruylant, 2001, 191 pp. (José Calvo González.) .....	371
13. MIKUNDA FRANCO, Emilio: <i>Derechos humanos y mundo islámico</i> , Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, serie Derecho núm. 20, 2001, 285 pp. (Antonio Osuna.) .....	375
14. MONEREO PÉREZ, José Luis (dir.): <i>Comentario a la Constitución socio-económica de España</i> , Granada, ed. Comares, 2002, 2.089 pp. (Pablo Miravet.) .....	379
15. RADBRUCH, Gustav: <i>Filosofía del Derecho</i> , estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, ed. Comares, 1999, CIX y 271 pp. (José Manuel Cabra Apalategui.) .....	384
16. RAWLS, John: <i>Derecho de gentes y «una revisión de la razón pública»</i> , trad. de Hernando Valencia, Barcelona, Paidós, 2001, 224 pp. (José Calvo González.) .....	392
17. RIVAYA, Benjamín (coord.): <i>Cine y pena de muerte. Diez análisis desde el derecho y la moral</i> , Valencia, Tirant lo blanch, 2003, 219 pp. (Alberto Carrió Sampedro.) .....	396
18. RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia: <i>La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación</i> , Madrid, Dykinson, 2002, 481 pp. (María del Carmen Barranco Avilés.) .....	399
19. RUIZ SANZ, Mario: <i>El verdugo: un retrato satírico del asesino legal</i> , Valencia, Tirant lo blanch, 2003, 76 pp. (René Maroto Laviada.) .....	403

	<u>Pág.</u>
<b>V. NOTICIAS</b>	
– XIX Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. Las Palmas de Gran Canaria, 6 y 7 de marzo de 2003 (Laura Miraut Martín.) .....	409
<b>VI. NECROLÓGICAS</b>	
– <i>Doctorado Honoris Causa del Dr. Antonio Truyol y Serra. Laudatio in Memoriam</i> (Mariano Hurtado Bautista.) .....	413
<b>Recomendaciones a los autores</b> .....	417

# I

## **MONOGRÁFICO: VEINTICINCO AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. ASPECTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS**



# La Constitución social del trabajo y su crisis

Por JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Universidad de Granada

*SUMARIO:* 1. CONJUNCIÓN DE PARADIGMAS: ESTADO SOCIAL Y ORDEN SOCIO-ECONÓMICO.-2. LA CONSTITUCIÓN «SOCIAL» DEL TRABAJO. 3. LA CONSTITUCIÓN «FLEXIBLE» DEL TRABAJO Y SUS FUNDAMENTOS.

## 1. CONJUNCIÓN DE PARADIGMAS: ESTADO SOCIAL Y ORDEN SOCIOECONÓMICO

La vigencia de la constitución «liberal» del trabajo puso de manifiesto que en la democracia (formal) puede producirse la injusticia material a pesar de la observancia de las formalidades propias del Estado de Derecho. En la concepción jurídico-material del Estado de Derecho la democracia queda vinculada por el respeto a los derechos fundamentales «y por las decisiones objetivas de valor en ellos contenidas». Bajo esta perspectiva, el Estado de Derecho es adjetivado de «social». No era posible hacer frente a un problema material como era la «cuestión social» con la forma liberal de Estado de Derecho. Por contraposición, el Estado material de Derecho se interesa por el contenido y la orientación de la actividad del Estado al servicio de los valores superiores del Sistema jurídico. En el carácter social y democrático del Estado constitucional va implícita la realización de la concepción material del Estado de Derecho, que se concreta, en resumen, en el deber de garantizar la efectividad de los derechos y libertades fundamentales orientando en tal sentido las acciones políticas pertinentes (Benda).

La materialización del Derecho del Estado social da cuenta de que la libertad jurídica carece de valor sin libertad fáctica (real), esto es,

sin la posibilidad efectiva de elegir entre lo permitido en un orden democrático. Estas libertades fácticas deben asegurar también los presupuestos del uso de las libertades jurídicas, y, en consecuencia, son normaciones no sólo de poder hacer jurídico, sino también de *poder actuar realmente*. Esto encuentra apoyo directo en el principio de Estado social y en el principio de igualdad jurídica (Alexis, 1993, 489). A su vez, los derechos sociales de prestación encuentran su fundamentación en el hecho de que en las condiciones de la moderna sociedad industrial esa libertad fáctica de individuos pertenecientes a grupos sociales desfavorecidos no tiene su substrato material en el ámbito de la vida que ellos sean capaces de controlar por sí mismos (como sujetos jurídicos individuales), sino en un ámbito condicionante que esencialmente exige de la actuación «desmercantilizante» del Estado o poder público. Esto supone que el Estado social y democrático de Derecho ha de domesticar el sistema económico, garantizando al mismo tiempo la equidad social y la eficacia económica, a través de formas heterónomas de regulación y control. En el paradigma de Estado social evolucionado se ha acabado por conjugar –por contraposición al paradigma liberal– tres tipos de racionalidades que conviven contradictoriamente entre sí: la racionalidad formal (Derecho jurídico-formal), la racionalidad material (Derecho jurídico-material) y la racionalidad jurídico-reflexiva (Derecho reflexivo), que permite conjugar la heteronomía pública (regulación pública o estatal de las relaciones sociales, que persigue asegurar tanto la igualdad jurídica como la igualdad fáctica, condicionada, ésta por circunstancias vitales y por posiciones de poder; y, en parte, trata de conseguirlo mediante medidas que garanticen una justicia distributiva) y la autonomía privada de los grupos en la vida jurídica (*status* activo de ciudadanía en la formación del Derecho; es lo que ocurre, significativamente, en el caso de la autonomía social de los grupos profesionales cuyo poder normativo se expresa formalmente en los convenios colectivos), la cual se inserta en una progresión histórica contradictoria del sistema establecido hacia la democracia participativa. El resultado de las dos racionalidades públicas y reflexiva es un Derecho materializado que se expresa en ese doble proceso de juridificación de «lo social», y que trata de mediar (carácter instrumental del Derecho contemporáneo) entre la facticidad de la política y de la economía y la pretensión de validez normativa de la moral. Con todo, el Derecho del constitucionalismo social (Estado social y autonomía social de los grupos) ponen límites a la pretensión de autonomía del subsistema económico y forma una tupida red de garantías sociales que persiguen una efectiva garantía de libertad en los individuos. El Estado social de Derecho regula jurídicamente el poder político y económico.

La cláusula de Estado social, una vez superada la concepción tradicional de su carácter exclusivamente programático, debe entenderse como regla delimitadora de los fines o tareas del Estado y como un principio rector vinculante de su política social y económica, corres-



pondiendo al legislador estatal hacer lo esencial para realizar el Estado social. Se trata, en realidad, de una cláusula abierta necesariamente a las necesidades del tiempo y lugar. La cláusula del Estado social impone la realización de una política social comprometida con el principio de igualación social (Monereo). La cláusula del Estado permite al legislador la configuración legal del orden social y económico con la finalidad de garantizar la justicia social. La dignidad humana (art. 10.1 CE) exige el aseguramiento del derecho a la existencia y el derecho a participar en la creación del producto social (lo que de ordinario se produce a través de la efectividad del derecho al trabajo). Impone igualmente una solución equilibrada de los conflictos sociales y una política de integración basada en la garantía de la plenitud de los derechos de ciudadanía de todos los individuos.

Con todo, Estado de Derecho y Estado social son compatibles (contra, Forsthoff; Hayek) en el marco del sistema constitucional democrático, porque el mismo texto constitucional los vincula a través de la fórmula del «Estado social de Derecho», afirmando, pues, la unidad del Estado de Derecho y del Estado social. El Estado social se preocupa de las causas y no sólo de las consecuencias de la desigualdad, esto es, debe contribuir a la creación de un orden justo y la integración de los ciudadanos en la vida política (art. 9.2 CE). Todo ello partiendo del hombre «concreto» en cuanto no aislado, sino inserto en grupos y colectividades particulares. Su supuesto real antropológico no es el hombre abstracto según el esquema liberal de pensamiento, sino el hombre situado diferenciadamente en la estructura social.

Tras la forma del Estado Social se encuentra un pacto político-social pluralista, que se aparta del mito de la voluntad uniforme del pueblo como colectivo homogéneo, entendiendo que la voluntad popular se expresa en el proceso constituyente y su cristalización en el texto constitucional, como apertura constitucional en una sociedad abierta. La idea de democracia social inserta en dicha fórmula constitucional comportaría la extensión al orden social del trabajo y de la economía de la idea del «Estado material de Derecho», sometiendo su dinámica de funcionamiento a los fines de la vida humana en una sociedad democrática (Heller; Mortati). La adjetivación social refleja su compromiso activo con la promoción de la igualación social u homogeneidad social (Heller), con la correspondiente creación de las condiciones materiales más adecuadas para una existencia digna y un ejercicio efectivo de la libertad. La fórmula Estado «Social» y «Democrático» de Derecho es unitaria, de manera que la crisis institucional de «lo social» entraña una crisis simétrica de la índole democrática de esta forma política. Por otra parte, el Estado Social impone un equilibrio entre la razón social (principio de protección social) y la razón económica (principio de mercado), de manera que deben reconocerse derechos de desmercantilización (derechos sociales) y mecanismos de control y dirección del mercado; lo que en ambos casos impone un gobierno político-democrático del mercado. El Estado Social ha

de realizarse a escala europea, lo cual supone que la UE deberá de dotarse de una auténtica «constitución social», como exigencia misma de democratización del proceso de integración europea. El carácter democrático-social del Estado constitucional implica una obligación positiva efectiva en la posición de los poderes públicos para orientar necesariamente su política socioeconómica hacia la realización de los valores superiores de la Constitución (libertad, igualdad, democracia...) sometiéndose al control del TC, pues de lo contrario se produciría una devaluación significativa de la fuerza normativa de la Constitución socioeconómica en el caso de que las políticas públicas en el campo económico y social entraran en contradicción con el principio de Estado social; una mayoría en el poder político no puede imponer legítimamente medidas que vulneren el sistema de principios constitucionales basándose en la carencia de medios económico-financieros, porque esa situación normalmente no es tanto «dada» como «creada» por una determinada dirección de la política del Derecho. La constitución social pretende establecer un Estado social que garantice un elevado grado de desmercantilización de los modos de satisfacción de las necesidades sociales (de prestaciones suficientes y adecuadas, hablan los arts. 41 y 50 de la CE; y de remoción de las situaciones de desigualdad y no sólo de las situaciones de pobreza y de exclusión social habla también el art. 9.2 CE) (Monereo). A pesar de que se haya de reconocer que «el principio de Estado social y democrático de Derecho apela a una fórmula de contornos elásticos, que se concretan en el momento en que se tienen que resolver los problemas jurídico-constitucionales» (Balaguer). La inherencia de los derechos sociales al sistema democrático (y, por consiguiente, esa unicidad de la fórmula constitucional entre la adjetivación «social» y «democrático» de Derecho) se percibe perfectamente cuando se comprueba que los derechos sociales son, ante todo, *derechos de participación* de los individuos y grupos en una sociedad pluralista (Menger, Gurvitch, Monereo).

La Constitución diseña un orden económico. La misma realización de los fines del Estado impone una dirección y control de la economía por parte de los poderes públicos. De este modo el intervencionismo estatal ha de desplegarse en el doble ámbito interdependiente de la política social y de la política económica. Corresponde al Estado realizar una política distributiva y de crecimiento responsable de la economía. De este modo, el Estado asume el rol de agente o actor regulador de los procesos económicos y sociales, mostrando su capacidad para influir e introducir los cambios pertinentes. Esa capacidad reguladora y de «modelación» del Estado es importante en fases históricas como las actuales en las que se está produciendo de modo palpable un cambio de época de magnitudes que no se alcanzan todavía a entrever en toda su dimensión (emerge un tipo de sociedad cada vez más insegura, la llamada «sociedad del riesgo»; Beck). Ahora bien, el poder público se mueve dentro de un amplio margen de libre

disposición sobre la determinación concreta del modelo económico, porque del texto constitucional no se puede deducir la imposición de una decisión por un determinado modelo económico, que vincularía estrictamente al Estado obligándole a un mandato configurador de la actividad económica conforme a los criterios prefijados por él. Dentro de los límites que se infieren del grupo de normas que regulan la constitución económica caben distintas opciones de política económica. En la Constitución se contienen elementos de mercado (señaladamente, art. 38 CE) y elementos de control y planificación pública de la economía (señaladamente, arts. 40, 128 y 131 CE). Pero su combinación específica y singular no está enteramente prefigurada por la Constitución jurídica. Sólo medidas muy extremas podrían en la práctica ser susceptibles de declarar su inconstitucionalidad por situarse «fuera» del marco constitucional. En este sentido no parece que la Constitución pueda admitir la implantación de un modelo de planificación dirigista o centralizada; ni la supresión de la garantía constitucional de la propiedad privada, ni del principio de libertad de empresa en el marco de un sistema de economía de mercado. De ahí que puede decirse que lo que más conviene seguramente a la Constitución es un sistema de economía mixta, donde encuentran cabida posible una pluralidad de modelos económicos. La política económica pública puede ponderar de diversos modos los límites que impone la cláusula del Estado Social.

La constitución económica, como conjunto integrado de normas y principios que regulan y «gobiernan» las instituciones y las relaciones económicas, tiene un marco abstractamente definido en el texto constitucional. La Constitución jurídica refleja una decisión político-jurídica sobre un modelo económico-social orientado hacia un sistema organizado de mercado, pero con apertura hacia modelos distintos de organización de la economía. Garantiza las libertades económicas (arts. 33, 35.1, 38, etc.), pero también las funcionaliza socialmente, y, al propio tiempo, reconoce los derechos de contenido social (aunque, ya es significativo, que la mayoría se regulen dentro del capítulo dedicado a los «principios rectores de la política social y económica»). En este sentido dentro de una constitución económico-social relativamente abierta (relatividad, porque no existe propiamente una «indefinición» absoluta de la constitución económica) se trata de establecer un sistema de equilibrios entre el principio de protección social y el principio económico de rendimiento y productividad. Con todo, el texto constitucional no impone un modelo o sistema económico determinado que no admitiría libres y distintas opciones de política del gobierno de la economía (SSTCo 8 abril 1981 y 16 septiembre 1981). Se puede decir que el artículo 38 CE constituye el núcleo de las cláusulas económicas de la Constitución en cuanto hace referencia al modelo económico instituido (la economía de mercado) –salvo reforma constitucional siempre posible– y, por tanto, coloca *alrededor* de dicha declaración fundamental la intervención estatal (art. 128 CE).

Los derechos cuyo reconocimiento es obligado en una economía de mercado son, además de la libertad de empresa, naturalmente, el derecho a trabajar y a elegir libremente la profesión u oficio (art. 35 CE) y el derecho a la propiedad privada y la herencia (art. 33 CE) (Paz-Ares/Alfaro). En una interpretación liberal del precepto se ha entendido que, concebida la libertad de empresa como mandato de optimización, su contenido puede formularse afirmando que obliga al Estado a asegurar y proteger el ejercicio de actividades económicas por los particulares de la forma menos reglamentada posible, es decir, impone al Estado la obligación de maximizar la libertad de actividad de los particulares en el ámbito económico compatible con la protección de derechos e intereses constitucionales que pueden entrar en conflicto con ella. En esta interpretación liberal la libertad de empresa adquiere un fuerte protagonismo y una fuerte expansión, especialmente porque aunque corresponda al legislador determinar «cuánto» mercado quiere que haya en la economía española, a falta de decisión legal expresa, regirá, por defecto, el mercado como mecanismo para la provisión de bienes y servicios y para la asignación de los recursos económicos disponibles (art. 38 CE) (Paz-Ares/Alfaro). El mercado es así un sistema en el que las decisiones sobre lo que ha de producirse y cómo ha de producirse se deja en las manos de los particulares, es decir, es el sistema en el que las decisiones económicas son adoptadas libremente por los individuos dentro de los límites marcados por la Constitución y las legítimas políticas del Derecho de la Economía.

Se consagra, pues, una «constitución económica fuerte» (aunque relativamente abierta) y una «constitución social débil» que ha facilitado, no obstante su existencia en términos de calculada ambigüedad, un amplio margen de discrecionalidad en su desarrollo por el legislador infraconstitucional, mostrando su «fragilidad».

En la realidad constitucional sus desarrollos legislativos han estado presididos por la unilateralidad en un doble plano: en primer lugar, por el juego de una programación económica selectiva a favor del principio de rendimiento y productividad de la económica, y, en segundo lugar, y en relación a ello, por la supremacía de lo económico sobre «lo social», condicionado y subordinado en todo momento (en las decisiones estructurales) al primado de lo económico. Ello se ha traducido en un desequilibrio entre las dos razones que coexisten en el Estado social contemporáneo, a saber: la razón económica que regula las relaciones mercantiles conforme a la lógica del beneficio y del rendimiento (pero que disfuncionalmente para la lógica de la constitución social tiende cada vez más a penetrar en la regulación de «lo social» o de la materia sociolaboral); y la razón social que impone una lógica desmercantilizadora, esto es, una redistribución operada con independencia de los criterios de mercado en forma de reconocimiento de derechos sociales públicamente garantizados (Monereo).

El Estado social comporta una *vinculación jurídico-social del Estado*, esto es, un compromiso de éste para garantizar la cobertura de las necesidades fundamentales de los individuos. En tal sentido el Estado asume la función de orientar la economía hacia la satisfacción de dichas necesidades y la remoción de las situaciones de desigualdad social incompatibles con los principios del Estado Social y la cláusula transformadora y de fomento de los poderes públicos (arts. 1 y 9.2 CE). De este modo el Estado Social ha de ser un Estado intervencionista que garantice una remoción de las «causas» de la desigualdad (*in fine*, art. 9.2 CE) y corrector de las «consecuencias» de las disfuncionalidades generadas por el sistema económico del capitalismo (función correctora o de compensación), lo que determina que el Estado social ha de ser al mismo tiempo un Estado distribuidor y «pro-activo», esto es, de impulso de las condiciones de fomento de la libertad, igualdad y participación. Pero respetando en esa lógica de intervención y heterorreulación los equilibrios constitucionales entre los principios compromisorios subyacentes. Es de señalar que la Constitución prefigura dentro de su textura abierta (que le hace compatible con una multiplicidad de modelos económicos, siempre que se respete el contenido básico de las instituciones económicas fundamentales) una «constitución económica» (STCo 1/1982, de 28 de enero), que cuenta, por lo demás, con una regulación de las distintas formas de intervención del Estado en la economía (Título VII de la Constitución, y normas constitucionales concordantes, especialmente las recogidas en el Título I). La decisión política fundamental se resuelve en esa fórmula compleja del Estado Social de Derecho, que configura una constitución Socioeconómica que sólo puede hacerse realidad mediante una intervención sistemática de los poderes públicos en la vida económica y social, como reflejo de un «compromiso político y jurídico».

En un espacio económico global, los Estados y las fuerzas económicas dominantes han impuesto un modelo de globalización (globalización neoliberal) que limita intensamente el margen de maniobra de los Estados nacionales más débiles para definir su política económica y social, orientando su economía hacia una economía abierta gobernada por los imperativos de la competitividad, la contención del gasto público y la primacía del principio axial de eficiencia económica como nuevo componente mítico. Es el primado de la razón instrumental técnico-económica (en el sentido otorgado a esta expresión por Horkheimer) que en este contexto globalizado exige nuevas formas de regulación de lo económico para subordinar a la fuerza de su lógica específica la regulación de «lo social», incidiendo en una ruptura de los equilibrios constitucionales presentes en el texto constitucional. Se produce un desplazamiento de la idea de economía «social» de mercado dentro del Estado-Nación (en la tradición del constitucionalismo social contemporáneo) por la idea de una economía transnacio-

nal abierta a la competencia global (art. 3 del TUE). En este marco la incorporación a la Unión Económica Europea atendiendo al estadio actual del proceso de integración político-económica ha supuesto por el momento una opción de política del Derecho a favor de un modelo económico liberalizador, reduciendo el margen de maniobra ulterior (margen permitido por nuestra Constitución económica) para realizar políticas de intervención socializantes (y de desmercantilización) respecto al mercado. Una decisión política que supone una autolimitación de las posibilidades de articular una soberanía nacional en la definición del modelo económico. Se establece una transferencia de poder decisorio en materia económica y cada vez más también en materia sociolaboral (al menos por lo que supone de prefiguración de gran parte del contenido material de los derechos sociales). A partir de ahí las opciones fundamentales en materia económica quedan condicionadas por la decisión de las instituciones de la UE. Se comprende, de este modo, la política de privatizaciones, de reducción del déficit público en protección social, de remercantilización (desregulación) de los derechos sociales, y de flexibilidad laboral (*rectius*, liberalización). La aplicación de esta política está produciendo una liberalización más completa del sistema económico y un cambio de modelo de Derecho del Trabajo desde el garantismo jurídico de los derechos sociales hacia la flexibilidad, con la *mutación constitucional* en sentido liberalizador. La naturalización de los procesos económicos y su justificación por los resultados se hace acompañar de la emergencia del nuevo «jurista ingeniero» en el ámbito científico-jurídico y, en la dimensión gerencial, de la aplicación del modelo «dirigencial» en la organización de la empresa. En este modelo las decisiones de gestión se presentan como de *naturaleza funcional*, apareciendo en coherencia como objetivamente necesarias para la buena marcha de la organización productiva. El conflicto de intereses en las organizaciones es simplemente funcional y no un conflicto basado en el antagonismo social en términos materiales de principio, conforme viene acreditado en la experiencia. Predomina la idea de interés común en la «comunidad de la empresa». Ello supone la neutralización o supresión de la concepción pluralista de la empresa entendida como ámbito de encuentro de una multiplicidad de intereses (con zonas de conflicto y con ámbitos de colaboración fluctuantes). En este sentido se difumina la significación intrínsecamente conflictiva de la noción jurídica de subordinación que se pretende (aunque en la realidad jurídica no es así; reténgase el mismo tenor y la finalidad de los arts. 1 y 20 de la LET) sustituir por formas más espiritualizadas y de «autonomía responsable» del trabajo individual o en grupo. Bajo ese esquema tecnocrático (en la perspectiva «dirigencial» que realza la base organizativa de las élites y el control que ejercen sobre el Estado y las instituciones de la economía) el poder se «presenta» míticamente como exclusivamente funcional e instrumental en cuanto exigencia de dirección y organización de personas y medios encaminados al fin común de

la máxima rentabilidad y competitividad empresarial. La «potestad» sería sustituida por la «auctoritas» y la subordinación del trabajador por la autonomía productiva individual y en grupo. Un esquema de pensamiento ideológico que persigue la cohesión interna de la empresa (por otra parte descentralizada y externalizada) que tiende a enmarcar la realidad constitutiva de un reforzamiento del principio de autoridad y la mayor subordinación de la generalidad de los trabajadores a las condiciones de trabajo impuesta en una organización empresarial típicamente disciplinaria como es la empresa flexible contemporánea. El principio de eficiencia económica se impone y es percibido como el eje del proceso político-económico y del desenvolvimiento social, funcionalizando e instrumentalizando todos los demás ámbitos de la sociedad al servicio de su dinámica de funcionamiento y de la constelación de interés que envuelve (algo ya percibido por Marx, en *El Capital*, y que también sería el criterio posteriormente seguido por Polanyi). Su exacerbación se traduce actualmente en los procesos de remercantilización en términos de desregulación legislativa selectiva de la legislación sociolaboral y de privatización de servicios públicos. La vida del individuo –y la satisfacción de sus necesidades– se hace cada vez más dependiente de los mecanismos autorreguladores del mercado. Cada vez existen menos «intercambios obstruidos» por las políticas públicas en el campo sociolaboral dentro de un mercado (económico y «laboral») que exige para sí un mayor espacio de autorregulación al mismo tiempo que una intervención pública selectiva en apoyo de su dinámica de funcionamiento. De este modo, frente a la aparente despolitización del mercado y la «naturalización» de sus exigencias técnicas de funcionamiento lo que en realidad se postula es una precisa *opción* de política selectiva en favor de la creación de las condiciones más adecuadas para la rentabilidad y acumulación del capital.

El sistema económico está integrado complejamente por la conjunción de las reglas del ordenamiento interno y del ordenamiento comunitario, en cuyo Tratado fundacional se regula una auténtica constitución económica intracomunitaria reflejo de una decisión constituyente de los poderes político-legislativos de la Unión Europea. En el TCE se establece un conjunto de libertades económicas y se protegen a las instituciones económicas fundamentales de la economía de mercado. Se persigue el fortalecimiento de la competitividad de las empresas de la Comunidad; y, asimismo, se establece una política económica comunitaria común en ámbitos esenciales y la coordinación entre las políticas económicas y sociales de los Estados miembros (arts. 2 y 3 TCE). Por otra parte, mostrando una cierta solución de *compromiso constituyente*, los Estados miembros conducirán su política económica y la coordinarán con miras a alcanzar también un desarrollo armonioso del conjunto de la Comunidad reforzando su cohesión económica y social (arts. 158 y 159 TUE).

## 2. LA CONSTITUCIÓN «SOCIAL» DEL TRABAJO

Uno de los pilares fundamentales de la constitución jurídica del trabajo es el denominado «estatuto de los trabajadores» (art. 35.2 CE). El modelo que trataba de implantar el artículo 35.2 CE era el de instaurar una auténtica «constitución del trabajo», esto es, un Estatuto de los Trabajadores que se situara en el núcleo de una constitución jurídico-social del trabajo basada en la garantía de derechos económicos y sociales, es decir, que tutelara los derechos de ciudadanía de los trabajadores (derechos generales o inespecíficos y derechos específicos o propiamente sociales) en el ámbito de la empresa y del mercado de trabajo (Monereo). Sin embargo, el Estatuto legal sólo reguló algunos derechos constitucionales, como el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) o el derecho al trabajo, a la promoción en el trabajo, a la percepción puntual de una remuneración suficiente (englobados en el art. 35.1 CE), o los derechos de representación colectiva (art. 129.2 CE). Pero no desarrolló los derechos fundamentales de libertad personal y de autoorganización y expresión colectiva (con alguna excepción, como es el caso del derecho a la negociación colectiva). Siendo una legislación protectora, una norma globalizadora para la clase trabajadora (típica legislación integradora), no se dirige a garantizar los derechos de libertad y dignidad personal de los trabajadores para permitir su ejercicio efectivo en la empresa. Ha sido, así, el TC el que ha desarrollado esos derechos fundamentales del ciudadano en cuanto a su tutela y ejercicio dentro de la empresa: el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho al honor y a la intimidad, el derecho a la libertad ideológica y religiosa, la libertad de expresión y la libertad de información, el derecho de reunión (arts. 14, 15, 16, 20 y 21). La jurisprudencia constitucional ha establecido la aplicación directa de tales derechos y su eficacia en las relaciones privadas, lo que ha tenido una especial incidencia en el ámbito laboral. En la penetración de los derechos fundamentales dentro del contrato de trabajo en la dirección que marcará clásicamente el «Estatuto de los Trabajadores» italiano ha tenido un papel central la actividad creadora del TC, compensando las insuficiencias de regulación y tutela del modelo legal estatutario en la opción originaria por una suerte de «codificación» incompleta y parcial (Moreno Vida).

La Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980 se apartó nítidamente de las intenciones político-jurídicas de los proponentes del artículo 35.2 CE, de cuyo desarrollo se hacía reclamo. No fue más allá del enunciado de los derechos y libertades fundamentales realizado en el artículo 4 LET (y deslavazadamente en otros preceptos como señaladamente el art. 17 LET), porque no pretendió como idea-fuerza la penetración de la constitución en la empresa y su plena vigencia en el mercado de trabajo. El ET se quedó en esa función de «código del



trabajo incompleto» como deliberada opción de política del Derecho, ya que pudo optarse por el «modelo de constitución garantista del trabajo» al estilo italiano (*statuto dei lavoratori* italiano de 1970) más conforme, sin duda, con las previsiones constitucionales, atendiendo a la posibilidad de haberlo instrumentado a través de una técnica legislativa diversificadora y su integración en un cuerpo normativo funcional en atención al rango de los derechos sociales (de libertad y de prestación) objeto de regulación.

El ET ha sido al tiempo la pieza central del DT español, al establecer la regulación general de las fuentes y establecer las reglas de juego a las cuales debían atenerse los actores sociales. A su estela se situaría una amplísima red normativa que ha conformado el modelo legal de relaciones laborales. No obstante, el papel central de la LET, tras las últimas y profundas reformas llevadas a cabo en 1994, hoy ha quedado cuestionado, si no formalmente, sí desde el punto de vista sustancial. Las llamadas «Leyes de Reforma del Mercado de Trabajo» que se aprobaron en 1994 (Ley 30/1994, 19 de mayo, y, sobre todo, Ley 11/1994, de 19 de mayo) llevaron a cabo una modificación sustancial de la regulación contenida en el ET de 1980 en una dirección desreguladora y flexibilizadora de las relaciones laborales, que finalmente se tradujo en la regulación de un Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo. Las políticas reformistas implantadas desde la década de los noventa están determinando una desestructuración de los estatutos protectores del trabajo diseñados conforme a los esquemas democrático-sociales y un vaciamiento progresivo del espacio regulador efectivo de la LET. De este modo, la «constitución flexible del trabajo» (Monereo) que surge tras dichas reformas se configura como una constitución jurídica del trabajo adaptada a las nuevas exigencias planteadas por el principio de eficiencia económica en condiciones de máxima competitividad y globalización de la economía mundial, que conduce a una recontractualización principalmente colectiva (pero también con apertura de amplios espacios de regulación para la autonomía individual) de las relaciones laborales sobre el presupuesto de una desregulación pública (Monereo). Es así que gradualmente se va debilitando no sólo la «idea-fuerza» del ET en términos garantistas (esto es, conforme al modelo garantista de los derechos sociales de ciudadanía), sino también el ET como pieza normativa central del sistema normativo laboral, el cual cede ante la proliferación de los «microsistemas» normativos; hasta puede, acaso, vislumbrarse una pérdida aún mayor de su supuesta condición de «Derecho común» laboral del trabajo asalariado. El universo normativo laboral adquiere cada vez más la conformación de un polisistema normativo. La brecha abierta en el sistema del Estatuto de los Trabajadores es profunda y tiende además a ensancharse hacia lo que se puede llamar no sólo el Derecho flexible del trabajo sino aún más expresivamente el Derecho «disperso» del trabajo. Este desplazamiento vertical de la pretensión

(más que realidad jurídica efectiva, porque nunca se alcanzó totalmente) de «unidad» (un ordenamiento poli-sistemático) hacia una acusadísima «diversidad» de regulaciones normativas parece imparable y situarse en una innegable orientación «des-constructiva» del Estatuto «garantista» del trabajo asalariado (Monereo, 1996,71). En la etapa histórica actual se está produciendo una mutación de la constitución jurídica del trabajo, en el sentido de que la constitución del trabajo del Estado social («constitución social del trabajo») se está viendo desplazada progresivamente por una nueva constitución del trabajo («constitución flexible del trabajo»), bajo el prisma de la flexibilidad y de la tutela preferente del principio de eficiencia económica, en términos de garantía del rendimiento y de la productividad empresarial.

El «Estatuto Social del Trabajo» (integrado por el grupo de reglas que configuran la posición jurídica de la clase trabajadora en cuanto tal) es la cristalización de todo un proceso histórico encaminado a la «legalización de la clase trabajadora» mediante la instauración de un «estatuto social integrador». En el desarrollo histórico se puede apreciar, en efecto, un modelo específico de regulación del trabajo asalariado; una «constitución jurídica del trabajo». La «constitución del trabajo» remite a la ordenación de la vida económica, el papel de los actores políticos, económicos y sociales y, asimismo, al esquema de valores que quedan implicados (vid., ampliamente, Monereo; Maestro Buelga). En esa perspectiva amplia el concepto de «constitución del trabajo» es comprensivo del conjunto de factores jurídicos y reales que intervienen en la configuración de las relaciones de trabajo. Tiene en cuenta las reglas jurídicas y la fuerza normativa de los hechos en la distribución y articulación del poder en la sociedad del trabajo asalariado (Ramm).

La «constitución social del trabajo» se caracteriza típicamente por la racionalización material (según principios y criterios de valor establecidos en la Constitución jurídica). La idea-fuerza aquí es que la revisión de la racionalidad liberal (reflejada esencialmente en los códigos civiles), que había mostrado su fracaso para la solución del conflicto social (su reconducción al orden establecido), obliga a cambiar gradualmente el paradigma de racionalización jurídica (de constitución jurídica del trabajo), el cual ahora se traduce en un paradigma garantista-integrador del trabajo, pero dejando sustancialmente intacto el sistema de libertades económicas individuales de los empresarios («individualismo posesivo»). La legislación laboral incorpora un tipo de racionalidad material que da cuenta de los valores político-sociales vinculados al trabajo profesional. En este sentido, la racionalización material es la que inspira la desmercantilización relativa del trabajo (relativa, porque la «inmunidad» respecto al mercado opera sólo en relación con el «standard mínimo», quedando sometida a una lógica «mercantil» en lo restante) a través de la garantía de los derechos sociales del ciudadano trabajador (o, lo que es lo mismo, de la persona en su condición de trabajador); garantías de derechos de «integración»

social que, sin embargo, no cuestionó tampoco las condiciones de subordinación del régimen salarial (aunque sí la racionalizó a través del establecimiento de límites jurídicos). En particular, los derechos sociales de prestación asumen la función de técnica político-jurídica de redistribución, orientada, pues, hacia la igualdad (racionalidad social). Tales derechos se han de equilibrar en la lógica interna del DT con los derechos económicos de los empresarios, orientados hacia el rendimiento económico (racionalidad económica). El criterio de la desmercantilización supone una relativa superación de la concepción estrictamente mercantil del trabajo, ya que éste se considera como un valor de referencia necesaria de los derechos fundamentales del trabajador (generales y específicos) implicado en dicha actividad, por lo que el trabajo no puede ser representado como «mercancía». Sin embargo, como se verá ahora, las actuales políticas de flexibilidad y desregulación laboral pueden revitalizar la idea del trabajo considerado como una «mercancía sui generis», esto es, entendido, ante todo, como una fuerza de trabajo *instrumental* para realización de las finalidades productivas y del mercado, con olvido de su condición de actividad en la que se despliega la personalidad del trabajador. Esto sucede cuando las políticas laborales no son capaces de garantizar el necesario equilibrio (necesario para la domesticación socio-política del mercado capitalista) entre el principio de eficiencia económica y el principio de protección del trabajador (crisis del principio de tutela a favor del trabajador).

Por otra parte, la garantía de los derechos sociolaborales en los textos constitucionales determina que el DT sea ya una realización específica de principios constitucionales: un Derecho especial separado del Derecho civil, el cual ha dejado de ser el Derecho común regulador de las relaciones jurídicas privadas o entre particulares. El centro del universo jurídico es ahora la constitución formal, aunque la Constitución no proporciona siempre una respuesta ni segura ni definitiva a los problemas. El DT es un Derecho de carácter profesional, hecho para una categoría particular de personas (Ripert).

Es lo cierto que «lo social» en el marco del constitucionalismo democrático-social se resuelve en la predisposición de sistemas de regulación y racionalización que no son los del mercado, establecidos para tratar de paliar ese problema social «de orden», y garantizar cierta satisfacción de las necesidades del individuo –antes situado en los márgenes de la sociedad– con independencia de su posición en el mercado; esto es, dar cobertura a aquéllas como derechos sociales de «desmercantilización». Desde el punto de vista jurídico-político, se acomete una corrección del modelo contractual de fijación de la situación jurídica de los trabajadores mediante la conformación de un modelo de regulación dualista, contractual y estatutario, a través de un conjunto de normas públicas y colectivas de regulación de las relaciones individuales de trabajo. De este modo, de una gestión individualizada «privada» se pasa a una gestión pública y colectiva de la

fuerza de trabajo. La clase trabajadora recibía (por ley o convención colectiva, que fue reconocida como mecanismo para la gestión de los conflictos laborales) un estatuto jurídico-social que penetraba automáticamente en los contratos individuales de trabajo. Ese «estatuto de la clase trabajadora» en la sociedad delimitaba objetiva y normativamente la situación de los trabajadores prevaleciendo sobre el poder de la autonomía de la voluntad individual. Se pudo afirmar que «las categorías de trabajadores, las clases, han adquirido una estructura jurídica definida» (Duguit) que estabilizaba su situación como clase social. El Estado Social contemporáneo asumió una función de intersección del mercado y del trabajo asalariado, y se constituyó en instancia de gestión política de los conflictos y en garante de los derechos fundamentales del trabajador; y asimismo asumía el «rol» de agente impulsor de los «intercambios obstruidos» (servicios básicos de bienestar social, derechos civiles fundamentales inalienables, aceptación de condiciones de trabajo contrarias a los derechos fundamentales...) como límites a la mercantilización y como limitación a las relaciones de dominación que ella comporta. El Estado Social es garante de la «moralidad» de los mercados y en calidad de tal introduce cambios en las relaciones sociales.

El Ordenamiento liberal disponía de «su» constitución del trabajo. La nueva constitución social del trabajo no suprimió dicha constitución, sino que sencillamente la «reformó» (en aplicación de programas de reforma social), adaptándola a las nuevas exigencias de conservación del orden del capitalismo. Pero la constitución del trabajo del ordenamiento democrático-social no constituyó una mera prótesis o «máscara» de la constitución económica liberal. Conjugando la racionalidad formal (de los fines) y la racionalidad material (de los valores) entrañó el reconocimiento –aun dentro del sistema vigente– de posiciones de «status» democrático (condiciones jurídico-políticas) de la ciudadanía, que constituyen un complejo de posiciones jurídicas atribuidas al individuo –garantías mínimas inderogables, esto es, imperativas prescindiendo de eventuales pactos individuales– en atención a su pertenencia a un grupo social, precisamente a la clase trabajadora; una posición no situada ya en oposición, sino como «heterointegración» del contrato. El Estado Social empezó a darle al trabajador algo que antes no tenía: un nuevo *status* político y social para desarrollar su propia personalidad, reconociéndole plenos derechos políticos y haciendo penetrar la Constitución en el mercado de trabajo y en la empresa, bajo la proclamación político-jurídica (constitucional y legal) de que el trabajo no era una simple mercancía. Por otra parte, el Derecho del Estado social no es sólo «obra» del poder público, es también el resultado de una lucha por el derecho de ciudadanía.

La «constitución social» del trabajo del capitalismo avanzado descansa en la plurirracionalidad, formal y material, como tipo de racionalización específica operante en dicha constitución. En el constitucionalismo social se refuerza también la racionalidad material.

Puede considerarse al Estado constitucional moderno desde el punto de vista del proceso de juridificación de los poderes políticos y económicos, lo cual enlaza con el establecimiento del sistema democrático de legitimación y el reconocimiento del «status» de ciudadano y con la penetración en el esquema contractual formalizador de la relación de trabajo de dicho «status» democrático, haciendo valer la unidad sustancial de la ciudadanía y del sistema de derechos que forman parte de la misma, como «ciudadanía jurídica». Puede entenderse el desarrollo del DT atendiendo a la función que le sería específica, a saber, la garantía de la seguridad y la integración, y no tanto sólo bajo el prisma unidireccional de la dominación política legal (el Derecho como instrumento de dominación). Esto, es obvio, se vincula con la concepción más positiva del Derecho como sistema de garantías del conjunto de los derechos de la persona.

El constitucionalismo social –que consagró la forma política del Estado social de Derecho– ha tratado de abordar lo político inherente a la «cuestión social» desde una solución de compromiso relativa a la pretensión de compatibilizar el capitalismo con la democracia y con los principios de libertad, igualdad y participación política. La política laboral es un intento de domesticación de «lo político» en el ámbito de la conflictividad y antagonismo propio de las relaciones laborales. Trata de evitar la destrucción y de establecer el orden. Para ello ha desarrollado una teoría pluralista del sujeto, superadora de la concepción racionalista liberal del sujeto unitario (reflexiónese atentamente sobre el sentido político-jurídico del art. 9.2 CE y su proyección en el mismo texto constitucional), y que supone el abandono del universalismo abstracto («hombre abstracto»). Los derechos sociales son precisamente la expresión de la diferencia y del carácter heterogéneo por contraposición a la idea del hombre uniforme. Es el «hombre situado» socialmente el que interesa hacer valer. La Constitución social supone el rechazo del individualismo propietario que caracterizó al liberalismo clásico. Los códigos del diecinueve –más allá de su innegable valor científico y sistematizador– habían pretendido «conservar» el orden liberal burgués estableciendo unas reglas de juego globalmente favorables a las clases propietarias y empresariales. Se había señalado que el Código civil era el «Código del individualismo», denunciando su carácter burgués y servidor del capitalismo liberal (Menger; Solari). La racionalización jurídica de ese orden constituía el centro y eje del sistema jurídico. La legislación social originaria –más «correctora» que propiamente «rectificadora»– iría, sin embargo, progresivamente dotándose de principios diferentes (al mismo tiempo que iba sistematizándose, haciéndose más «coherente» desde el punto de vista de la política del Derecho) a los del liberalismo individualista en los que estaba forjado el Código civil. Hasta tal punto es así, que la «legislación especial» fue erosionando la estructura de los grandes códigos de Derecho privado. La «legislación especial» fue capaz de introducir el tipo de regulación necesaria para el establecimiento de

«nuevas reglas de juego» de la paz, lejos de la pretensión de intangibilidad de los códigos civiles. Si la legislación excepcional apoyada en el propio texto constitucional no amenazaba los calificativos de definitivo y completo reivindicado por el Código civil, las leyes especiales sí introducían derogaciones a los principios individualistas del Código civil, pero realizando directa e inmediatamente los valores consagrados en la Constitución jurídica fundamental, elevada al centro del universo jurídico. De este modo se produce una clausura de la etapa de la codificación burguesa, y abre el nacimiento de la «era de la descodificación». Ni siquiera es factible —como la experiencia ha demostrado— realizar el «sueño» de un Derecho Social del Trabajo «codificado» en una sociedad de masas que parece imponer la diversificación de los esquemas de regulación jurídica. Es así que la legislación especial ha venido *substrayendo* progresivamente materias enteras, o grupos de relaciones, a la regulación de los Códigos de derecho privado, y con la tendencia de crear «microsistemas» normativos, con lógicas propias, autónomas y diferenciadas. Basta reparar en el «Derecho privado colectivo», como categoría intermedia entre el Derecho público y el Derecho privado, derivado de la autonomía colectiva de los grupos sociales organizados. Su resultado es un cierto «vaciamiento» de contenido de la regulación codificada, y una tendencia a suplantarse a los códigos como eje del sistema jurídico.

La Constitución jurídica del Estado Social trata de garantizar la plenitud de los derechos de ciudadanía, poniendo especial cuidado en la predisposición de medidas activas de ventaja para la protección efectiva de la ciudadanía integral, la cual comprende la ciudadanía civil, política, social, económica y cultural. La ciudadanía plena expresada en esa triada de derechos es posición «status» democrático que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad nacional o internacional, existiendo una tendencia que marcha en la dirección de su atribución a la persona y no sólo en la condición de ciudadano. La Constitución forma y conforma el Derecho Social general, y en particular el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, como componente esencial de la constitución social y económica consagrada en el Texto Constitucional. No es de extrañar que el TC pueda señalar que «debe admitirse como constitucional el trato distinto que recaiga sobre supuestos de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuya al restablecimiento de la igualdad real a través de un diferente régimen jurídico, impuesto precisamente para hacer posible el principio de igualdad, lo que indudablemente acontece con la desigualdad originaria que mantienen el empresario y el trabajador, debida a la distinta y generalmente profunda condición económica de ambos y a la primacía (no exclusivamente económica, sino también de relevancia jurídica estricta) y respectiva dependencia o subordinación del uno respecto al otro, que precisamente trata de equilibrar el derecho laboral con su ordenamiento jurídico compensador e igualitario, lo que tiene el fundamental apoyo del art. 9.2 CE

y en general en la cláusula del Estado Social de Derecho» (SSTCo 14/1983, fj. 3.º; 46/1983, 109/1983, 114/1983 y 20/1984, entre otras).

En la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho subyace, en efecto, un compromiso entre el Estado formal de Derecho, y su configuración formal de la igualdad ante la Ley, y el Estado Social y Democrático de Derecho, que trata de garantizar jurídicamente una igualdad real o sustancial sin perjuicio de respetar la igualdad formal. *De este modo, conviven en la Constitución dos vertientes compatibles del principio de igualdad, pero situadas en permanente tensión.* La Constitución social del trabajo contiene una indicación prescriptiva para realizar la homogeneidad social y económica, alcanzable haciendo uso de los instrumentos garantísticos y redistributivos propios del Estado Social intervencionista. La homogeneidad social tiene una extraordinaria importancia para la efectividad de la democracia política. La condición fundamental de la democracia política es un estado de homogeneidad social no excluyente de la diversidad inherente a lo social y al pluralismo, ya que sin homogeneidad social, la más radical igualdad formal puede convertirse en dominio de un orden social político al servicio de las clases más favorecidas. El peligro para la democracia política puede derivar de las disparidades económicas existentes entre las clases (cuestionando el principio de igualdad de oportunidades), por lo cual es necesario realizar políticas activas para alcanzar un cierto grado de homogeneidad social para que la propia comunidad política resulte posible y aceptable éticamente. De ahí la intrínseca vinculación entre la función promocional (cfr. art. 9.2 CE) y la forma política del Estado Social. Con ella el constituyente concibe el conflicto como una realidad efectivamente existente e impone a los poderes públicos remover todos los obstáculos para superar sus bases económicas, sociales, políticas y culturales. Pero es de señalar que la sociedad no se contempla como una totalidad ideal e indiferenciada, sino como un entramado donde existen distintos agregados sociales y donde se verifican rechazables e intolerables diferencias de clase, grupos y categorías de personas. El constituyente se muestra consciente de esta realidad social subyacente (una sociedad fragmentada) y reconoce que la sociedad que formaliza presenta una estructura económica y social deficiente y en muchos aspectos superable.

La Constitución del Estado Social y Democrático de Derecho se corresponde con «Estado de pluralidad de clases», al cual formaliza y le dota de un cuerpo orgánico y de principios de actuación. Desaparece la pretensión de una homogeneidad social y política apriorística y se realza, por el contrario, la heterogeneidad como una característica de las sociedades complejas avanzadas. Los derechos sociales en el Estado Social son la manifestación más evidente del intento de integración de la clase trabajadora (y de las personas y grupos en situación de exclusión social) en el sistema político institucional. En cierta medida reflejan, como se indicó, la legalización de la clase trabajadora en el

Ordenamiento jurídico. Los derechos sociales en el Estado Social son, ante todo, derechos de desmercantilización.

El *estatuto social del trabajo* está integrado por los conjuntos normativos del DT y del Derecho de protección social pública (y, dentro de este último, especialmente el Derecho de la Seguridad Social). Este estatuto (esencialmente publicista en su fines sociales, no necesariamente en los medios) inserta en las relaciones sociales de base laboral y en la red de contratos de trabajo una regulación imperativa o de orden público, que en calidad de tal se aplica necesariamente a las relaciones laborales así «reglamentadas». Dicha regulación «estatutaria» está principalmente dirigida a establecer un equilibrio igualizante en el seno de las relaciones laborales y organizar un sistema de solidaridad respecto de los riesgos que afectan a los trabajadores (tales como el accidente, la enfermedad, la vejez, el desempleo, etc.) (sistema de Derecho social). También se funcionaliza hacia la realización de una *política de «orden»* (paz y estabilidad social y económica).

Este estatuto salarial está mostrando signos de «descomposición» y de «desestructuración», contribuyendo a crear una sociedad laboral desestructurada. Ello se ha reflejado en las dos vertientes del Derecho Social articuladas en dos ramas diferenciadas pero íntimamente articuladas: por una parte, en la tutela del trabajador en el cuadro de su relación laboral, donde se aprecia un debilitamiento de los mecanismos de compensación de la desigualdad derivada de la subordinación jurídico-económica del trabajador. Por otra, en la organización de la solidaridad que hace posible la tutela de la clase trabajadora ante los riesgos derivados de la existencia y del propio trabajo dependiente, donde se comprueba una progresiva reducción de la calidad de la protección dispensada y el renacimiento bajo nuevas formas de «solidaridades particularistas» y la crisis de la «solidaridad general».

Con todo, se puede constatar la «ruptura» de dos compromisos fundamentales del Estado social respecto a la protección social de los ciudadanos frente a las adversidades de la existencia (y que definen un estatuto jurídico-político especial): por una parte, el trabajador en activo queda más indemne frente al empresario, como resultado de la mayor disciplina que suponen las nuevas formas de empleo y contratación. A consecuencia de ello, se incrementa el grado de subordinación y disminuye el papel satisfactivo de la política de ingresos. Por otra parte, el individuo encuentra enormes dificultades para acceder y mantenerse en el trabajo y ello está en la misma base del fenómeno de la nueva exclusión social y del incremento de la vulnerabilidad en la sociedad contemporánea. Además, se han incrementado las inseguridades (la incertidumbre) respecto a la suficiente protección del trabajador «pasivo» (retirado de la vida activa) ante la crisis del actual modelo de Estado del Bienestar. Una prueba de ello es el debate actual sobre las pensiones, incluida la anticipación de acuerdos políticos y sociales en el marco del desarrollo legislativo del «Pacto de Toledo»,



que en la práctica está determinando una progresiva pérdida de la calidad de la protección satisfecha por el sistema público.

No cabe duda de que en el Derecho Social no ha existido nunca un estatuto «uniforme» del trabajo (no pasó de ser más que una aspiración), pero es de destacar que la diversificación de los regímenes y estatutos de regulación del trabajo no han hecho sino acrecentarse: la fragmentación del trabajo, y de su división, se traducen en la fragmentación de los sistemas de Seguridad Social, que acaban creando fenómenos de dualización social; o lo que viene a ser lo mismo una ciudadanía social fragmentada y por consiguiente no igualitaria. Aquí el Derecho acaba creando la división y la segregación social. Una nota sustancial del nuevo Derecho de los débiles (no especialmente protegidos a través del «paraguas» o red de protección del convenio colectivo) es la separación entre estatuto social y contrato, de manera que aquél se hace depender de solidaridades mínimas organizadas en cuanto «estatuto social mínimo». El carácter mínimo del estatuto superpuesto al contrato de los débiles opera en un doble plano: en el mercado como «trabajador precario» y en el espacio de la política pública de solidaridad, el trabajador-ciudadano amparado en solidaridades mínimas. De ahí hacia el camino entonces más transitable de una esfera económica que no sería social. Así del Estado del Bienestar tendencialmente institucional se avanzaría hacia un Estado asistencialista, que acabaría desplazando –hasta ocupar su lugar– a los sistemas de solidaridad salarial que determinaron el surgimiento de los viejos sistemas de Seguridad Social. La nueva publicación de la cuestión social se hace acompañar simétricamente de una vasta privatización selectiva de ámbitos funcionales del sistema clásico de Seguridad Social. Proceso que puede ser llamado de «remercantilización» de la Seguridad Social o protección social pública, que supone el creciente trasvase legislativo al mercado de los servicios y la gestión de prestaciones sociales; el cual se presenta ideológicamente en términos de restitución de espacios a la «sociedad civil», que en rigor lo es hacia el mercado y las familias (Monereo). Esta orientación es cada vez más generalizada en los hechos, siendo sólo objeto de discusión los procedimientos utilizados (se asume el retroceso de la solidaridad social) y la «cronologización» en la introducción de las transformaciones estructurales.

Se consolida la tendencia en el proceso de reformas graduales hacia la implantación de un Estado del Bienestar *minimalista* cuyo único objetivo es la lucha contra la pobreza extrema, recurriendo a las técnicas de «control social» de la pobreza, justificada precisamente por la individualización de lo social y la verificación de la real situación de necesidad y, en suma, de la falta de recursos. Estado asistencialista y desregulación relativa del trabajo se combinan, haciendo posible que el poder público (y en definitiva la colectividad general organizada) asuma un papel aún mayor en la reproducción del trabajador y su familia y liberando a las empresas de una buena parte del coste del

trabajo. Por esta vía se puede introducir un mecanismo de flexibilidad nociva y de ventaja competitiva de las empresas. Es así que el modelo liberal renovado más que suprimir situaciones de desigualdad puede servir al propósito bien distinto de crear nuevas desigualdades, no ya sólo en los márgenes (excluidos y marginados) de la sociedad sino también en el centro de la estructura social: la degradación de la condición salarial y la pérdida de ciudadanía activa de los sin trabajo o «trabajadores pobres»; pero también de los «pensionistas pobres» (Castel, 1997; Monereo/Molina).

### 3. LA CONSTITUCIÓN «FLEXIBLE» DEL TRABAJO Y SUS FUNDAMENTOS

La constitución democrático-social del trabajo hace explícitos los conflictos (premisa sobre la que se construye el modelo de relaciones laborales en nuestra Constitución) e intenta crear las condiciones de una democracia deliberativa que promueva una solución negociada de la conflictividad laboral inherente al sistema de relaciones laborales. En la coyuntura actual bajo el perfil de una redefinición de la constitución social del trabajo como constitución flexible se proyecta una racionalidad instrumental y neutralizadora de «lo político» (pero también de la dimensión moral de las decisiones) en el marco de las relaciones laborales. Es la unilateralidad de la razón instrumental (criticada por Horkheimer y Adorno, 1998) o la racionalidad con arreglo a fines (en la formulación de Max Weber, 1983). Llevada al extremo esa lógica instrumental fricciona con los objetivos del sistema democrático moderno de humanización del mundo del trabajo (y no sólo del empleo asalariado) y la más amplia domesticación sociopolítica del capitalismo de mercado en una política de «juridificación» del mundo de la vida al servicio del orden social-democrático o democrático-social. Esa extensión del dominio del Derecho (especialmente del Derecho social) adquiere la condición de legitimidad democrática del Sistema establecido. Precisamente la institucionalización del «Estado democrático y social de derecho» supone el reconocimiento y puesta en práctica de los derechos sociales y económicos. El Derecho social moderno adquiere un carácter ambivalente: por una parte, el Estado pone límites a la autonomía del subsistema económico con la finalidad de afianzar de algún modo la libertad (la igualdad y la participación) de todos los agentes sociales y reforzar la estructura democrática del mundo de la vida; pero, por otro lado, trata de extender una tupida red de garantías o mecanismos de protección jurídica (una red de garantías sociales y laborales). El Derecho social ha sido valedor de los valores democráticos del mundo de la vida frente a los imperativos sistémicos, pero puede invertirse con las consecuencias «reificantes» de la utilización instrumental de las normas jurídicas

basada exclusivamente en la razón instrumental económica. En este marco los derechos humanos deberían asumir la condición de criterio de legitimidad democrática; de «dique» a la mercantilización.

La racionalidad instrumental al servicio de los nuevos valores e intereses (recubiertos del «mito»; de la mitología jurídica en expresión de Santi Romano, 2002, 165) parece reivindicar para sí un criterio de validez incontestable. Ese carácter supuestamente neutral de la política social del trabajo y de su racionalidad acaba por crear un efecto de ocultación que impide el funcionamiento adecuado de la política democrática basada en la discusión y, eventual, acuerdo entre los actores políticos y sociales sobre las reglas de juego y sobre los valores e intereses que han de presidir la regulación y orden jurídico concreto. En realidad, se verifica aquí la certeza de una idea más general, según la cual *la pretensión de neutralidad sirve para mantener las normas establecidas bajo la apariencia del discurso público* (Connolly). Esto es lo que está sucediendo con las medidas amparadas en el principio de rendimiento y de productividad, «justificadas» con el reclamo de la mejora de la posición competitiva de las empresas, la globalización, el cambio tecnológico, etc., cuya delimitación y establecimiento deben ser objeto de una regulación conflictiva y de una simple aceptación racional que sea refractaria al conflicto que le es inherente (y donde reside el núcleo de lo político en materia de regulación sociolaboral). La especificidad del sistema democrático-social, ahora cuestionado, exige abordar los problemas de regulación desde el punto de vista de lo político subyacente e inherente a toda opción reguladora, creando un conjunto de instituciones a través de las cuales el conflicto puede ser limitado y encauzado, sin negar en términos de principio su existencia. Sobre lo político en el ámbito sociolaboral pueden funcionar los mecanismos propios de la democracia deliberativa y la lógica del pluralismo que la informan, incluidas las políticas de concertación social. Pero esa democracia deliberativa pluralista se instala en un sistema de relaciones de poder cuya realidad existencial no puede ser negada. Una democracia pluralista debe tener en cuenta «lo político» en su dimensión de conflicto y antagonismo y ha de determinar las consecuencias de la irreductible pluralidad de valores a través de una democracia conflictual y deliberativa que sitúe en el centro de su interés una imprescindible reorganización permanente del espacio simbólico común de la democracia.

La constitución flexible supone una ruptura de la constitución del trabajo del Estado social. El modelo se consolida con las reformas legales del mercado de trabajo de la década de los noventa (especialmente la crucial de 1994 y la de 1997), junto con las reformas confluyentes del sistema de Seguridad Social, sobre los pasos de los «Pactos de Toledo». Estas reformas suponen un cambio de modelo normativo de DT, introduciendo una mutación legal de la constitución social y de su programa normativo. El DT aparece como un Derecho «invertido» respecto a las previsiones constitucionales, sin que formalmente se

haya procedido a una reforma constitucional en los términos previstos en el propio texto constitucional. El DT se hace más unilateral y desequilibrado, en la medida en que se subraya su condición de instrumento regulador del mercado respecto a su papel de garante de derechos sociales de la ciudadanía. El DT del constitucionalismo democrático-social había tratado, por el contrario, de equilibrar los principios del mercado (lógica económica) y de protección social (lógica social o razón social). La fundamentación «mítica» e ideológica es explicitada en las leyes de reforma cuando se hace referencia al fenómeno de la globalización, el cambio tecnológico (la sociedad de la información; la era de la información), competitividad internacional, la exigencia de flexibilidad y adaptabilidad de las empresas, etcétera.

El DT clásico del Estado social es calificado de Derecho rígido e incluso «unilateralmente favorable» (cuando nunca ha tenido ese carácter unilateral, la legislación laboral siempre ha sido una legislación de compromiso entre el pluralismo de los intereses implicados); es objeto de un juicio de reproche respecto al funcionamiento normal de los mercados. El DT «flexible» lejos de equilibrar los principios que lo informan (protección y rendimiento), se vence hacia la tutela del principio de rendimiento y productividad empresarial. Hasta tal punto es así que se puede hablar, con propiedad, en términos generales, de un principio regular e intervencionista pro-empresarial. Preside en el actual DT la razón instrumental economicista y tecnocrática, que se traduce en la re-mercantilización de espacios abstraídos a los mecanismos contractuales de regulación del mercado, con el efecto de una privatización de ámbitos funcionales cuya regulación se confiere a la negociación colectiva o a la contratación individual. El DT se convierte en un instrumento de la política del Derecho orientada hacia la garantía preferente del principio de eficiencia económica, en términos de productividad o de rendimiento. En el plano de las relaciones de poder en el trabajo asalariado, este modelo normativo de DT ha supuesto un reforzamiento de los poderes unilaterales atribuidos a la posición jurídica de la dirección de la empresa.

La constitución flexible del trabajo se corporeiza en el nuevo «Derecho flexible del Trabajo» (Monereo) por contraposición al Derecho Social del Trabajo «garantista» propio del constitucionalismo social. La constitución «legal» del trabajo actual (constitución jurídica realmente existente) se superpone a la constitución del trabajo formalizada en el texto constitucional (supralegal en sentido jurídico-formal). En este proceso se asiste —y en parte se escenifica— a una destrucción de las categorías tradicionales del DT garantista, las cuales son eliminadas en la justa medida en que se muestra «inservibles» para los fines instrumentales del principio de eficiencia. En este sentido el DT es objeto de una crítica total «redentora», que permite justificar la adopción político-legislativa de cualquier medio o medida para introducir los cambios, las «derogaciones» y «excepciones»

correspondientes en las reglas garantistas del DT, desvirtuando el proyecto de la modernidad al que sirve (racionalidad finalista orientada a la expansión de la democracia y el igualitarismo social, con la progresión de los derechos cívicos a los políticos y más tarde a los sociales y culturales; Marshall; Monereo).

El contrato de trabajo en cuanto contrato normado había abierto un espacio a la persona del trabajador y la penetración de valores extrapatrimoniales que limitaban la concepción de «trabajo abstracto» (concepción mercantilizada del trabajo). El nuevo Derecho flexible del Trabajo produce una cierta inversión de esta lógica desmercantilizadora, volviendo a revitalizar la concepción preferente del trabajo abstracto entendido como bien o actividad mercantil objeto de negocio, frente a la lógica desmercantilizadora del trabajo como expresión de la persona o trabajo concreto («fuente de riqueza interior no cuantificable»; Supiot). En la constitución flexible del trabajo se diversifican los estatutos del trabajo asalariado con una paralela diversificación de las tutelas conferidas, conforme a criterios vinculados, y funcionales, a la lógica del mercado. En este sentido es rasgo definitorio del modelo de regulación la existencia de una estructura de segmentación del mercado de trabajo flexible y precarizado en permanente cambio que necesariamente se vincula a las estrategias empresariales de flexibilidad laboral y de reestructuración del capital.

La crisis del Estado social supone que en gran medida el proyecto constituyente del trabajo ha quedado inacabado, o inactuado en cierta medida, y que puede quizá ya individualizarse una desintonía entre el modelo constitucional del trabajo *garantista*, y el modelo legal ordenador del mismo. Esto abre el interrogante sobre si el modelo actual de Derecho flexible del Trabajo (pues en puridad es evidente que no todo modelo flexible es refractario desde las políticas garantistas o constitucionalistas del Derecho Social del Trabajo) se acomoda recatadamente al programa constitucional, a las previsiones constitucionales sobre el modelo de sociedad del trabajo. Cabría interrogarse sobre si, en efecto, el ordenamiento legal actual del trabajo (esto es, su constitución jurídico-legal) es respetuoso con una constitución formal del trabajo en sentido democrático-social, que es reflejo del pacto constituyente. De ser así se podría decir la visión optimista de aquellos que piensan que DT ha sido víctima de su propio «éxito» integrador y pacificador, cuando no liberador. Quizás porque tras ello existe un elemento crítico más hondo, y profundo, de la derrota del pensamiento racionalista de la modernidad a la que el DT, y los derechos sociales que éste estaría llamado a garantizar, estaba íntimamente unido (como se demuestra en los debates, y propuestas de reforma social realizadas durante la elaboración de la Declaración de los derechos del hombre de la Revolución francesa, donde ya apareció la conocida triada de los derechos de ciudadanía, aunque su resultado final acabara siendo una constitución del trabajo esencialmente liberal, con la excepción que

después supuso la inclusión del derecho al trabajo y a la existencia digna en la Constitución de 1848).

En este sentido las *reformas legislativas* (políticas de «estabilización» permanente) han marcado fuertemente una orientación en esa dirección, remercantilizando derechos sociales de ciudadanía (reducción de los derechos sociales de «status») y limitando en la práctica los poderes de la autonomía colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo y de vida de las clases trabajadoras. Son significativas, al respecto, las medidas legislativas encaminadas a *debilitar y des-estructurar* la negociación colectiva y potenciar preferentemente la negociación colectiva de empresa y los espacios reguladores de la contratación individual. Ciertamente en la etapa actual la constitución *legal* del trabajo actúa una fragmentación de los estatutos reguladores del trabajo, haciendo perder del horizonte normativo toda idea iussocial de un DT homogéneo, a través de un proceso reformista cuidadosamente planeado, aunque no exento de contradicciones en el discurso interno (Monereo). El Derecho flexible del Trabajo formaliza *legalmente* la nueva constitución («flexible») del trabajo post-industrial, donde la dimensión garantista es reformulada en términos de garantías mínimas de subsistencia, a diferencia de la vocación expansiva del garantismo público en la tradición del constitucionalismo democrático-social (constitucionalismo del Estado social y democrático de Derecho). El proceso reformista adquiere su momento de cierre a partir del proceso de reforma social y económica llevado a cabo en la década de los noventa del siglo pasado, que debilita las posiciones de poder colectivo e individual en el ámbito del sistema de relaciones laborales. El proceso legal reformista no sólo formaliza, sino que también construye y conforma la diversificación de los estatutos regulados de la constitución flexible del trabajo. No se ha limitado ingenuamente a «reflejar» situaciones «naturalistas» realmente existentes. El legislador ha sido un verdadero actor de los cambios producidos en la conformación de los mercados de trabajo y en la transformación de las culturas del trabajo profesional.

El criterio de la flexibilidad laboral *actual* se sitúa en el eje (sustento principal del modelo de regulación jurídica) de la nueva constitución flexible del trabajo, y con él (y quizás tras la máscara que aquélla ofrece) adquiere una mayor centralidad y primacía el *principio axial de la eficiencia o el rendimiento (relativo al eje principal de un sistema económico o de una organización productiva) definido en términos de mercado moderno en lógicas de necesidad y de racionalidad instrumental y de contención del gasto. Ese principio axial acaba por colonizar todo los ámbitos de la vida social y política, pero también el Derecho contemporáneo, el cual se ha mostrado realmente frágil ante la operatividad y la presión de las fuerzas económicas y las direcciones políticas defensoras del nuevo orden jurídico de la economía. Significativamente las categorías jurídicas son leídas e interpretadas en un sentido acorde con las categorías económicas. Éstas evidencian*

—en su reclamo desde las políticas públicas— su deseo de dominar la conformación y la vida interna de las *instituciones*. Es un nuevo reflejo de la mercantilización de todas las cosas en el desarrollo del capitalismo avanzado y funcionalmente organizado. En otras palabras: de la dominación del hombre por el hombre a través de la mediación de las cosas, y la visión del hombre sobre todo como «homo oeconomicus». *El principio racionalizador de la nueva constitución del trabajo es el principio de la eficiencia económica, que tiende a prevalecer sobre el principio de protección social.* La racionalidad del Derecho es ahora una racionalidad jurídica que desde su propia lógica interna (reflejo de una previa opción de política del Derecho) asume deliberadamente la racionalidad económica y tecnológica instrumental (e incluso tecnocrática en el modo de pensar de Bell y, en el más amplio, de Galbraith) y que presenta el riesgo de descuidar la razón social de los valores constitucionales de la persona del trabajador. Es éste un tipo específico de racionalidad material, que invade tanto al Derecho estatal como al Derecho convencional en el marco de la modernización reflexiva. Es el paradigma de racionalidad del Derecho que se está imponiendo en la era del postfordismo y de la globalización de la economía mundial, fenómenos que inciden sobre el papel de todos los subsistemas sociales dentro del sistema social general, donde el principio de acumulación rentable del capital tiende a predominar en el interior de los demás subsistemas de la trama de orden social. La liberalización de capitales a escala mundial no hace sino incrementar la subordinación de las sociedades actuales a las exigencias impuestas por la lógica de los intereses del mercado. Lo cual ha determinado que el «estatuto del trabajo» (conformador de su constitución social) haya cambiado de orientación político-jurídica.

Un modelo Derecho Flexible del Trabajo que supone actualmente, en primer lugar, un trasvase de riesgos empresariales al trabajo subordinado y una *funcionalización permanente del factor trabajo a las exigencias de funcionamiento de la empresa flexible; necesidades «naturalizadas» y «objetivadas» como independientes de la voluntad de los hombres.* En segundo lugar, este modelo ha disciplinado a los trabajadores bajo el poder empresarial. En tercer lugar, un modelo reformista que ha desequilibrado, y tenderá a hacerlo aún más, el poder colectivo de los trabajadores en el plano de las relaciones de trabajo y en el poder de influencia respecto a la dirección de la economía general. En este sentido la posición de los sindicatos representativos se ha hecho esencialmente defensiva y gestional en relación a los ajustes considerados necesarios para garantizar las condiciones de rentabilidad y mejora de la competitividad de la economía general y de las empresas. A ello se añade la individualización de las relaciones laborales y la pérdida de la unidad de la empresa como centro de referencia de la identidad colectiva y sindical («empresa difusa» y «empresa descentralizada»).

En realidad, se está produciendo un cambio tendencial desde el Estado de Bienestar Keynesiano (allí donde éste se estableció) hacia un «*Estado de competencia económica (o Estado Social Postfordista)*», haciendo referencia a la forma de Estado emergente dentro de una nueva estrategia de acumulación. En esta forma de Estado emergente adquiere una especial centralidad los objetivos de modernización y competitividad estructural de las economías abiertas, esencialmente a través de la intervención en el lado de la oferta; y asimismo la subordinación de la política social a las exigencias de flexibilidad de los mercados laborales y de competitividad de las empresas. Para esta forma de Estado emergente es útil la metáfora del «Estado vacío», más disperso. Es un «Estado de Competencia» nacional (y, al menos en Europa, supranacional). Destáquese que el rasgo característico de los «Estados de Competencia» es la asunción del compromiso activo preferente en el fomento de la competitividad de sus economías ante la intensa competencia en el ámbito de la economía global. Es nuevamente la conocida dialéctica del «enemigo exterior» que refuerza la unidad nacional «perdida». Es en la Europa unida también un poder transnacional orientado hacia competencia de la económica.



# El patriotismo constitucional. Reflexiones en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española

Por GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ  
Universidad Carlos III de Madrid

*SUMARIO:* INTRODUCCIÓN. EL PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL DE ROLF STERNBERGER. EL PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL EN HABERMAS. EPÍLOGO PARA ESPAÑOLES.

## INTRODUCCIÓN

No podían faltar estas reflexiones en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución en esta revista de los Filósofos del Derecho españoles, que dirige mi buen amigo y compañero, el profesor Javier de Lucas, que es una de las almas más nobles y una de las cabezas más lúcidas de nuestra materia.

Mis reflexiones apuntan al concepto de patriotismo constitucional, que, al menos racionalmente, puede tener un encaje en nuestro sistema, aunque su origen se encuentre en dos autores alemanes, Sternberger y Habermas. La Constitución Española, al tratar el tema de las relaciones entre la nación española y las naciones culturales con hechos diferenciales, hace un esfuerzo de racionalización frente a los movimientos emocionales y afectivos que intentan hacer incompatibles las patrias propias, elevándolas a unidades cerradas que no pueden convivir con una idea de patria común. En todo caso, nuestro proyecto es calificado bien, y expresa así el intento más serio, y casi

definitivo, por hacer posible la convivencia entre los plurales sentidos de patria y de constitución.

La cultura constitucional y la idea de la constitución como vida conducen a la idea de patriotismo constitucional, que supone un añadido, una adhesión mayor que la simple aceptación de los valores y de las reglas de juego constitucionales y que la misma idea de lealtad a la constitución. Constituye a esos valores y a esas reglas en la razón de ser de la convivencia, que se vive y se interioriza por los participantes en el sistema. Es la razón central del pacto social, la razón central por la cual se integran en ese pacto los ciudadanos y por la cual convierten a la constitución en el referente de la vida en común. Se sitúa cómodamente como la idea fundamental de una sociedad, que es un forma de organización social basada en la razón y en el cumplimiento de unos fines, frente a la agrupación en la comunidad que se produce por sentimientos y emociones. Esta distinción entre sociedad y comunidad que aparece a partir de Tönnies está en la base de la distinción entre el patriotismo tradicional y el patriotismo constitucional. Al primero podíamos calificarle como patriotismo comunitario y al segundo como patriotismo societario. El primero más vinculado a la idea de nación <sup>1</sup>, y el segundo a la idea de Estado. Quizás, la primera mención en el mundo moderno a la idea de patria se produce en Maquiavelo, donde en «El Príncipe» se vincula la patria al bien común y a la libertad política <sup>2</sup>, al *vivere libero e civile*. En el capítulo 2 del Libro II de los Discursos, relaciona Maquiavelo el amor de la patria con el amor a la libertad. También insiste repetidamente en el amor a las leyes. «...Sepan pues los príncipes que empiezan a perder la corona en el mismo instante en que comienzan a transgredir las leyes y las normas antiguas, bajo las cuales han vivido los hombres tanto tiempo...» <sup>3</sup>. Dirá también que funcionan convenientemente los reinos que siguen vinculados a sus leyes, que viven bajo esas leyes y en los ordenamientos, los dos polos, patria y constitución, en la obra de Maquiavelo. Apunta aquí una especie de patriotismo cosmopolita, diferente del que Fichte describe en sus «Diálogos patrióticos» de 1806-1807.

<sup>1</sup> Francesc de Carreras en un buen artículo publicado en *El País* el 11 de noviembre de 2001 sobre «El patriotismo constitucional» vincula al patriotismo constitucional con la idea de nación de la Revolución Francesa, que identificaba nación y Estado y que puede confundir tras la evolución de la idea de nación, que se separa progresivamente de su dimensión racional y se orientará hacia una idea conservadora vinculada a las particularidades identificadoras de esa nación, lengua, raza, cultura, tradiciones, sentimientos y expresiones comunes que serán poco a poco asumidas y defendidas por la derecha cultural y política. Sobre esa evolución de la idea de nación en España, *vid.* la excelente obra de José ÁLVAREZ JUNCO, *Mater dolorosa. La idea de España en el siglo XIX*, Tecnos, Madrid, 2001.

<sup>2</sup> *Vid.* Yves-Charles ZARKA en *Figures des pouvoirs*, PUF, Paris, 2001, el trabajo «L'Amour de la Patrie chez Machiavel», pp. 13 a 26. Maquiavelo especialmente debe ser consultado en los «Discursos sobre la primera década de Tito Livio», Alianza Editorial, Madrid, 1987, especialmente el capítulo 41 del Libro III.

<sup>3</sup> *Vid.* los *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, edición ya citada, p. 301.

En efecto, el Fichte de 1806, que escribe sobre Maquiavelo, le elogia y le rehabilita, ya no es el del cosmopolitismo que se alinea con la Revolución Francesa, como el de 1793, sino el de la política de potencia, dentro de la que sitúa un patriotismo cosmopolita del bien común, de la libertad civil, del *vivere civile*, que es un antecedente de la racionalidad del patriotismo constitucional. Así, dirá «...El cosmopolitismo es la voluntad de que la meta de la existencia del género humano sea efectivamente alcanzada en el género humano. El patriotismo es la voluntad de que esa finalidad sea alcanzada, ante todo, en la Nación donde somos nosotros mismos miembros, y que este resultado se extiende, a partir de ahí, al género humano en su totalidad»<sup>4</sup>. El texto apunta un patriotismo nacionalista, incluso étnico, y punto de partida de un proceso generalizador de imposición de ese patriotismo particular. Cuando después de la Segunda Guerra Mundial aparece la idea de patriotismo constitucional con Sternberger, se reacciona frente a los excesos del patriotismo afectivo y comunitario que impulsa Fichte, frente a los contenidos racionalistas y societarios que apunta Maquiavelo. Yves-Charles Zarka se ocupará del amor a la patria de Maquiavelo, en una línea parecida a la que aquí afrontamos y crítica con la interpretación de Fichte. De sus reflexiones se desprende la proximidad de Maquiavelo de una noción de patria abierta a transformarse en el patriotismo constitucional. «... La evocación de la patria está ligada a la búsqueda del bien común y de la libertad política: manifiesta pues la adhesión a un valor que trasciende al individuo. La adhesión a la política y a la libertad de la patria es lo que da al individuo un horizonte que supera su interés privado y su existencia particular, para abrirle a todo lo que es común y depende de todos...»<sup>5</sup>.

La vinculación del patriotismo con la idea de constitución se produce inicialmente en la idea ilustrada de nación, donde como hemos visto se identifica nación con Estado y con conjunto de individuos. Estos individuos eran ciudadanos y por consiguiente eran considerados como libres e iguales. Desaparecían los individuos vinculados a una comunidad, como individuos concretos, caracterizados por su profesión, por su credo, por sus prácticas sociales, y el individuo-ciudadano ya no era elegido por su pertenencia a un grupo ni a un sector existente en la realidad, ya no estaba determinado, ni vinculado a un destino impuesto por su nacimiento, por el vínculo feudal o por el gremio en el que había nacido. Era el ciudadano miembro de la nación que, en aquella concepción, individualista favorecía el universalismo y establecía la voluntad general. Esta será la posición del naciente positivismo, o si se quiere la que rechazaba la idea de derechos natu-

---

<sup>4</sup> Vid. el texto en FICHTE, *Machiavel et autres écrits philosophiques et politiques de 1806 a 1807*, edición francesa de Luc Ferry y Alain Renaut, Payot, París, 1981, p. 94.

<sup>5</sup> Vid. ZARKA, *Figures du Pouvoir. Etudes de Philosophie Politique de Maquiavel a Foucault*, p. 20.

rales de un iusnaturalismo en decadencia a finales del siglo XVIII. De ahí el compromiso «derechos del hombre y del ciudadano», los primeros vienen con el hombre, desde el estado de naturaleza y preceden a la vida social, los segundos son los derechos incorporados por la Constitución y la ley y eran efectivos por su pertenencia al Derecho positivo. Son los que denominamos derechos fundamentales.

En todo caso desde ambas perspectivas se llega a la misma solución. Sea cual sea su origen los derechos para ser eficaces, como reconocerá Pufendorf y otros iusnaturalistas, necesitan ser incorporados al pacto social a través del ciudadano, que es un individuo abstracto, que directamente o por medio de un representante ejerce la soberanía compartida con los demás ciudadanos. El espacio es la nación, esa nación que no es una comunidad, sino una sociedad racional que se identifica al Estado. Es una forma laica del paradigma de la religión civil entendida como «el conjunto de los discursos y de los posicionamientos jurídicos con valor e intención normativa, dotados de simbolismo y de código religioso que se refieren a la formación y afirmación de la comunidad nacional»<sup>6</sup>.

Las críticas conservadoras a esa tradición serán las primeras que contraponen las ideas de nación abstracta, de derechos del hombre y de ciudadano a las de herencia, las de pertenencia a una comunidad concreta, con una historia colectiva. Por eso Burke opondrá a los derechos del hombre y del ciudadano los derechos de los ingleses, que han recibido esa herencia de sus antepasados. Es la pertenencia a una comunidad, que no es la nación racional, sino esas leyes sociales y culturales creadas y transmitidas entre generaciones, con jerarquías y con dignidades concretas<sup>7</sup>.

Los autores contrarrevolucionarios seguirán las ideas de Burke pero no su defensa de las libertades inglesas. En su trabajo «Qu'est-ce que la citoyenneté?», Dominique Schanpper y Christian Bachelier, describirán certeramente este tipo de pensamiento: «... la sociedad es querida por Dios. El contrato social no tiene sentido si no existe una autoridad suprema que pueda garantizar su validez. Sólo el rey puede ser un legislador inspirado por Dios... La sociedad no es fruto de un contrato... la superioridad de los principios que garantizan la continuidad del orden social por encima de la llamada razón del hombre demuestra lo absurdo de la ambición de los revolucionarios...»<sup>8</sup>.

Las sociedades humanas no son la nación abstracta, sino colectivos jerarquizados, con personas desiguales miembros de una corporación, que es una comunidad orgánica. El romanticismo alemán utiliza la idea de la sociedad como organismo vivo, y el individuo está inserto en la comunidad, carece de autonomía. Así llegan a la idea de pueblo

<sup>6</sup> Vid. RUSCONI, *Patria e Republica*, Il Molino, Bolonia, 1997, p. 20.

<sup>7</sup> Vid. Edmund BURKE, *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, publicada en 1790

<sup>8</sup> *Qu'est-ce que la citoyenneté?*, Gallimard, París, 2000, p. 88

alemán o de nación alemana como regeneradora del mundo frente al individualismo y a la idea de ciudadano abstracto. En torno a los valores comunes étnicos, culturales diferenciados, y a las leyes creadas, desde generaciones, entre las personas se crea una idea comunitaria de patriotismo. El patriotismo en la Alemania unificada después de 1870 se ha vinculado siempre con esa idea afectiva e irracional de nación, y ya con el Tercer Reich, con Hitler, el nacionalismo alemán era además el nacionalismo partidista de los nazis, mucho más étnico, xenófobo e irracional. La vieja idea de la nación ilustrada de ciudadanos quedaba sepultada por esa manera de nuevo nacionalismo, que arrastraba también a la constitución liberal y social.

El patriotismo de los alemanes en el Tercer Reich, era el patriotismo de esa idea de nación unida a la ideología nacional socialista. Dice Bobbio que «La Comunidad racial, la *Volksgemeinschaft*, que hacía delirar a los escritores neorrománticos y a los políticos realistas, era una sociedad cerrada, en el sentido bergsoniano de la sociedad, donde los hombres están vinculados con vínculos recíprocos, indiferente al resto de los seres humanos, siempre dispuestos a atacar y a defenderse, impulsados por su talante de lucha». A esa idea replicará el autor con la idea de sociedad abierta, fundada sobre una moral humana. «... La característica de la sociedad abierta era la de abarcar a toda la humanidad y no sólo a la familia, la raza o la nación...»<sup>9</sup>.

En España también en su origen de nación se utilizó en el sentido racional e ilustrado, formada por individuos y sede de la soberanía. En efecto, el rechazo de la abdicación de Fernando VII en Bayona y la declaración de su nulidad se debió, además de la violencia y de la fuerza utilizadas, a que faltaba el consentimiento de la nación, a la que se reconoce como autoridad soberana. Y la idea de patria se identificó, en aquellos primeros años del siglo XIX, con las ideas de libertad y de independencia. Incluso se vincula por algún autor, como Flores Estrada, con la idea de constitución: «... los españoles se hallan sin constitución y por consiguiente sin libertad y sin patria...»<sup>10</sup>. Quizás este texto de Flores Estrada sea uno de los primeros precedentes de la vinculación del patriotismo con la constitución. La idea inicial de nación y patria vinculadas con la idea racional de libertad, desde un objetivismo universalista, fue poco a poco cediendo el paso a una idea de nación basada en el sentimiento y en la intuición que impulsó el romanticismo y que rompía con la tradición nacionalista e ilustrada. Ya la idea de nación no era ni cívica ni democrática sino basada en los sentimientos y en las emociones de un colectivo. Un signo de este cambio en las tendencias ya lo describe Álvarez Junco en la siguiente expresión «... para describirlo de una manera gráfica, no hay más que reparar en el hecho de que en la guerra carlista de los años treinta, a las tropas liberales se les aplicaba el adjetivo de “nacionales”, frente

<sup>9</sup> Vid. BOBBIO, *Tra due Repubbliche*, Donzelli, Roma, 1926, pp. 89 y 90.

<sup>10</sup> Citado por ÁLVAREZ JUNCO en obra y edición citadas, p. 134 y nota 13, p. 180

a sus enemigos carlistas, “absolutistas y apostólicos”. Exactamente cien años después, en otra guerra civil no menos terrible, quienes se autocalificarían como “nacionales”, serían, los conservadores, los herederos del carlismo antiliberal»<sup>11</sup>.

Otro signo de esa evolución es la aceptación de la identificación entre nación patria y religión, que aparece, por ejemplo, en un poema de Zorrilla:

«Cuando hoy mi voz levanto,  
cristiano y español, con fe y sin miedo  
canto mi religión, mi patria canto»<sup>12</sup>.

Álvarez Junco lo resumirá así: «... A comienzos del siglo xx, una fuerte identificación con el sentimiento nacional era rasgo de la derecha, mientras que la izquierda lo diluía en referencias a otros tantos mitos políticos modernos como la igualdad, la democracia al progreso, o la revolución social; a comienzos del XIX la situación era la contraria, la izquierda se presentaba como nacional y la derecha, en cambio, mezclaba esa lealtad con otros, como la dinástica, o, sobre todo, la religiosa...»<sup>13</sup>.

El patriotismo en el siglo xx, basado en esa idea comunitaria de nación inspirada por el romanticismo y apoyada en los valores positivos conservadores, tuvo su exponente más patológico en el patriotismo irracional del nacionalismo alemán, del fascismo italiano, y también del franquismo, que se construyó con una afirmación del ser integral de España y de su unidad que rechaza otros hechos nacionales en su interior y que reprime a los nacionalismos periféricos con hechos culturales y lingüísticos diferenciales. Para superar ese patriotismo nacional español excluyente, la Constitución de 1978 reguló en este ámbito la idea de España nación de naciones y de regiones, y el derecho a la autonomía de éstas desde una idea de nacionalismo español compatible con los nacionalismos periféricos, siempre que éstos aceptasen las reglas del juego de la Constitución.

Por su parte, la honda crisis que produjo la derrota de Hitler y del nazismo alemán, en la conciencia de su pueblo y de sus intelectuales, la autocrítica por los crímenes, las complicidades y los silencios, y la necesidad de reconstruir la comunidad alemana de cara al futuro condujo a muchos a la necesidad de superar el patriotismo basado en la raza, en la sangre, en la cultura y en las costumbres comunes y arraigadas en la historia, que al final hizo una amalgama inseparable con la ideología del nacional-socialismo. En ese gran debate surge la idea del patriotismo

<sup>11</sup> ÁLVAREZ JUNCO, obra y Edición citadas, p. 306

<sup>12</sup> ÁLVAREZ JUNCO, obra y edición citadas, p. 387

<sup>13</sup> ÁLVAREZ JUNCO, obra y edición citadas, p. 387. Muchos más datos de esa conversión al catolicismo y al conservadurismo de la idea liberal ilustrada de nación se encuentran en esta obra. Véase por ejemplo el análisis en este sentido de las obras de Zorrilla y de Fernán Caballero, el alias de Cecilia Böhl de Faber, p. 386 a 390

constitucional que impulsará inicialmente Rolf Sternberger. En España el interés por el tema que inicialmente se impulsó desde otros sectores socialistas y más tarde también del partido popular, arranca de la misma razón de fondo, la necesidad de buscar al patriotismo unos fundamentos distintos de los nacionalismos excluyentes. También en Italia, Rusconi hablará de patriotismo republicano para referirse «al sentido de lealtad y de afecto hacia la forma institucional democrática de nuestro país». Y por fin utilizará el término patriotismo constitucional republicano «para reencontrar una historia común, hecha incluso de errores y de brutales contrastes sociales y políticos, una historia, a pesar de todo, que en un cierto momento encuentra su apoyo firme en un pacto entre ciudadanos». La dimensión racional del patriotismo es la capacidad de éste frente al dogmatismo de los patriotismos clásicos vinculados a la raza, al pueblo, de reaccionar y de «ser ciudadanos de renovar el pacto político modificándole consensualmente, cuando es necesario, en alguna de sus formas institucionales»<sup>14</sup>.

La aportación de Rusconi aclara el sentido de toda la intervención del pensamiento moderno en este tema, desde Maquiavelo hasta Mazzini o los republicanos de la III República Francesa, como Jules Ferry, y pasando por los republicanos ingleses del siglo XVII, y por Montesquieu. Es un planteamiento entre la filosofía moral y la filosofía política, «una forma de sentir y practicar la democracia»<sup>15</sup>, que entronca también con conceptos como religión civil, como virtudes republicanas o como ciudadano.

Para nuestro autor, patriotismo constitucional supone «la adhesión a una constitución en la cual el estatuto de ciudadanía es identificado no sólo por el catálogo de derechos y deberes individuales, sino por el reconocimiento de que los vínculos impuestos por esa Carta presuponen y se refieren a una comunidad de historia y de cultura llamada sintéticamente nación. En ese sentido, patria y constitución representan valores convergentes»<sup>16</sup>.

## EL PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL DE ROLF STERNBERGER

El profesor Rolf Sternberger es el primero que, en el marco de una discusión académica entre profesores, especialmente historiadores,

<sup>14</sup> Vid. obra citada, pp. 8 y 16.

<sup>15</sup> Obra citada, p. 18. Esa forma de sentir y practicar la democracia supone para Gianfranco Pasquino que «el encanto democrático no ha sido nunca contenido sólo en torno a frías reglas, mecanismos impersonales o estructuras sin alma. Al contrario, se ha nutrido de pasiones e intereses, de ideales y de valores por los cuales los hombres y las mujeres han luchado hasta poniendo en juego la propia vida» (vid. *La Democrazia exigente*, Il Molino, Bolonia, 1997, p. 31). Por eso el patriotismo constitucional es poco compatible con un positivismo formalista, frío y avalorativo, no con cualquier positivismo abierto a la ética pública histórica.

<sup>16</sup> RUSCONI, obra citada, p. 16.

que suponía un examen crítico de la historia y de la cultura político-jurídica alemana, propone el concepto de patriotismo constitucional como una respuesta que recupera el republicanismo y la tradición ilustrada del nacionalismo racional universal de la ciudadanía que expresa la voluntad general. Es una respuesta motivada por los horrores del nacionalismo étnico y de su patriotismo. En el excelente estudio preliminar que realiza el profesor José María Rosales a la edición castellana de varios trabajos de Sternberger sobre este tema recoge la distinción analítica que hace Anthony D. Smith entre los dos tipos de nacionalismo: «... un modelo oriental o étnico de nación, concebida como una comunidad cultural formada naturalmente por los individuos que han nacido en ella, y un modelo occidental o cívico que entiende la nación en los términos de comunidad política que se formó contractualmente»<sup>17</sup>.

No existe asociación política, ni Estado, donde encontremos en estado puro, y en exclusivo monopolio, uno de los dos tipos de nación; siempre aparecen dimensiones de los dos en las democracias, aunque el predominio del nacionalismo cívico es la garantía de racionalidad y de seguridad que un sistema político liberal democrático necesita y exige. Cuando la deriva del nacionalismo étnico convierte a la sociedad en un modelo privado de nacionalismo cívico, se producen patologías que, como en el caso de la Alemania del Tercer Reich, condujeron a la guerra y a la catástrofe.

Rolf Sternberger, que muere en julio de 1989, propone en diversas aportaciones la solución del patriotismo constitucional frente al que había impregnado de xenofobia, de racismo, de intolerancia y de sanguinaria represión a la Alemania nazi<sup>18</sup>. La construcción del concepto la basa nuestro autor en las siguientes dimensiones:

1) El punto de partida es una reflexión sobre la patria que arranca de 1947. Rechaza la idea de patria natural, vinculada al suelo natal porque en el concepto de patria «... tienen que entrar en juego otras formulaciones morales y políticas...»<sup>19</sup>. La patria no es algo dado, «sino que se nos ha encomendado erigir y construir nosotros mismos una patria, nuestra patria, ante todo en libertad...»<sup>20</sup>. Por eso decía que «... el concepto de patria exige ciudadanos emancipados, ... el concepto de patria se realiza primero en la constitución política». La patria no es propiamente «el oscuro, inescrutable seno materno, tal como lo entiende o distorsiona Leopold Ranke, al definir la naciona-

<sup>17</sup> Vid. Rolf STERNBERGER, *El patriotismo constitucional, traducciones y notas de Luis Villas Berda*. Estudio preliminar de José M.<sup>a</sup> Rosales. Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 29. La referencia es a la obra de Smith *National Identity*, Peregrina, Londres, 1991, pp. 8-15, 123 ss.

<sup>18</sup> Vid. la bibliografía en que se basa esta edición castellana y el resto de la bibliografía de Sternberger en pp. 50 ss. de la citada edición.

<sup>19</sup> Vid. obra y edición citadas p. 56.

<sup>20</sup> Vid. obra y edición citadas p. 61.



lidad bajo una especie de mística conservadora. La patria está a plena luz y nosotros sólo podemos generarla en tanto participemos activa, libre y emancipadamente en su constitución real...»<sup>21</sup>.

Recordando la idea de La Bruyere de que no hay patria con el despotismo, constata que el despotismo que los alemanes han conocido «... destruyó la patria precisamente por haber destruido la libertad y la autonomía de los ciudadanos...». Patria y nación aparecen en este primer texto como sinónimos, y vincula a la idea de patria tal como se concibe en Alemania, con la derecha, con el antirrepublicanismo, la antidemocracia y los intereses tradicionales y contrarrevolucionarios. Es la antesala del despotismo de Hitler que «... destruyó moral, jurídica y por último también físicamente la patria, en la medida en que se destrozarán con creciente temor, la república, los derechos ciudadanos y la libertad...»<sup>22</sup>. En este primer trabajo ya apunta la idea de patriotismo constitucional, aunque no lo separa del patriotismo de la nación como hecho natural. En este primer trabajo para Sternberger la patria «no es ni naturaleza ni idea, sino el campo histórico y el medio de nuestro propio obrar y actuar libres...». Hombres y ciudadanos adultos de un país, desearán tan libre y desprejuiciada como responsablemente deliberar sobre el bien y el mal, lo justo y lo injusto, y luego decidir de forma activa, con mayor motivo, cuando se trate de su propio país y de su propia comunidad...»<sup>23</sup>. No es el patriotismo ciego y mecánico de «... con mi patria con razón o sin ella», pero todavía no es el patriotismo constitucional tal como lo formulará más adelante. Más que en la adhesión y el amor a los valores de la constitución escrita, aunque también en ellos, está pensando Sternberger, en la constitución como vida. Es parecida, en parte, la idea de aquella constitución como vida en la que precisa Sternberger en este trabajo cuando habla de «... la constitución viva, en la que nos encontramos todos como ciudadanos de este país, en la que diariamente participemos y continuemos construyendo. La patria llama cada día, pues cada día tenemos y queremos nosotros vivir allí, vivir unos con otros. Este el concepto vivo y no el muerto, de patria»<sup>24</sup>.

2) En 1979, en un ensayo conmemorativo del treinta aniversario de la constitución «verfassungspatriotismus», dirá ya, refiriéndose a la Ley Fundamental de Bonn, que se han superado las dudas y la tristeza inicial de una asamblea constituyente, con un país ocupado y dividido, y en su trigésimo aniversario y ha aumentado la convicción del valor de esa constitución: «... se ha formulado de manera imperceptible un segundo y patriotismo que se funda precisamente en la constitución». «... Vivimos en la integridad de una Constitución, en un Estado constitucional completo y esto mismo es una especie de

---

<sup>21</sup> Vid. obra y edición citadas p. 66.

<sup>22</sup> Obra y edición citadas p. 73.

<sup>23</sup> Obra y edición citadas p. 81.

<sup>24</sup> Obra y edición citadas, p. 83

patria...»<sup>25</sup>. Es un consuelo frente a la realidad de la Alemania dividida. Por eso dirá que «... es un deber patriótico defender a la Constitución de sus enemigos declarados...»<sup>26</sup>.

3) En 1982, en el discurso que pronuncia con motivo del 25 aniversario de la «Academia para la formación política», vuelve a tratar el mismo tema y con el mismo título: «el patriotismo constitucional». Parte del patriotismo que «ha estado en la memoria alemana de manera predominante con la nación, vinculado directamente con la tierra y el pueblo patrios o con las provincias (Länder) y pueblos nativos en su conjunto... El Tercer Reich, el sistema dictatorial del partido nacional-socialista, en cambio, se caracterizó exactamente por el extravagante sentimiento del doble simbolismo, las dos banderas y los dos himnos...». «... Todavía era nacionalismo pero partidista y bajo el rugido de la rabiosa concepción del mundo perecerán ambos: tanto la constitución como el patriotismo...»<sup>27</sup>.

Frente a eso, Sternberger sostendrá que «... el patriotismo tiene, sin embargo, algo que ver, tanto en sus orígenes como en su historia, en toda su historia moderna, con el Estado y la Constitución...»<sup>28</sup> y recordará el antecedente de un autor alemán del siglo XVIII que reflexionará en 1761 con criterios que son un antecedente del patriotismo constitucional: «... La voz de la patria no puede seguir resonando si el aire de la libertad ha sido suprimido...».

Añadirá, profundizando en la idea, «... si a mí me unen el nacimiento y la libre decisión con un Estado, a cuyas bienhechoras leyes me someto, leyes que no me sustraen más de mi libertad de lo que es necesario para el bien de todos, entonces yo llamo a ese Estado mi patria...». Y añade para explicar su acuerdo Sternberger: «... Nada se dice de pueblo y tierra. Sólo se habla de las leyes del Estado y de la libertad de persona...»<sup>29</sup>. Por eso para Sternberger la patria no es ni el seno materno, ni ningún ser místico o mítico, que sirva de sepultura a la libertad, sino lo contrario. La patria es el espacio en el que se respira libertad, y donde esta esté asegurada, es decir, sea una libertad segura. Por eso espera que «... los amigos de la constitución, los amigos del patriotismo, formen entre nosotros la parte más fuerte...»<sup>30</sup>.

4) En 1987, en un coloquio que se celebra en su universidad de Heidelberg, en homenaje a su persona, y donde pronuncia una conferencia, el Presidente de la República, Richard von Weizsäcker, sobre el tema del patriotismo, Sternberger hace alguna precisión de su idea. Así, por ejemplo, afirma que no quiso «... ofrecer un sucedáneo al patriotismo nacional y no fue concebido como un recurso de urgencia...». Pretendía, según dice «llamar la atención sobre el hecho de

<sup>25</sup> Obra y edición citadas, p. 86.

<sup>26</sup> Obra y edición citadas, p. 89.

<sup>27</sup> Obra y edición citadas, p. 93.

<sup>28</sup> Obra y edición citadas, p. 96.

<sup>29</sup> Obra y edición citadas, pp. 97 y 98.

<sup>30</sup> Obra y edición citadas, p. 110.

que el patriotismo en una notable tradición europea tuvo siempre que ver de forma esencial con la constitución del Estado...»<sup>31</sup>.

El Tercer Reich supuso «una ideología racista con su presunción y la dominación del partido nacional socialista en todas sus formaciones, estuvieron acompañados de una total perversión del Estado...»<sup>32</sup>. Vuelve a su idea de la perversión de las ideas de nación y de patria en el régimen nazi. Y pide la colaboración ciudadana para defender la constitución: «... los ciudadanos también tienen que cooperar entre sí para proteger el Derecho, a fin de poder usufructuar la libertad. Yo desearía que los amigos del Estado salieran alguna vez en masa a las calles...»<sup>33</sup>. Sternberger no quiere que la Ley Fundamental de Bonn sufra la misma suerte que la Constitución de Weimar y pide que sea apoyada. En España, ante la barbarie del terrorismo de Eta, ya muchas veces se han producido esas protestas multitudinarias para defender la vida y la dignidad de las personas defendiendo la Constitución. Esa es también la filosofía de muchos grupos pacifistas como gesto por la paz.

5) Ya en la celebración del centenario del Partido Social Demócrata alemán en 1963, había defendido la idea de la amistad hacia el Estado, idea paralela a la que defendió Maritain, desde sus tesis liberal católicas de la «amistad cívica»<sup>34</sup>. Esta era una amistad horizontal entre los miembros de la sociedad, mientras que la primera pretendía poner de relieve el valor del Estado para la Social-Democracia, frente a las tesis antiestatalistas de Marx. Por eso la constitución representaba para el ideal de Estado representativo que merecía el apoyo de todos «... la constitución política (y yo pienso con esto no en los artículos de la Ley Fundamental, sino en la constitución viva, a la cual contribuimos nosotros cotidianamente) al final se enraíza en las costumbres y de esa manera estriba o culmina en la moral»<sup>35</sup>. Aquí estamos en los efectos de la ética pública vistos desde la perspectiva de los ciudadanos que la perciben a través de la constitución. De esta forma llegará a la formulación del patriotismo constitucional, como respuesta de adhesión leal a esos valores de ética pública que nos vienen de la constitución y que representan esa racionalidad de la libertad enraizada en la dignidad humana.

## EL PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL EN HABERMAS

Como dice el profesor Rosales en otro trabajo sobre el tema, Habermas divulgaría con éxito la idea de patriotismo constitucional que introduce Sternberger en la cultura política y jurídica alemana,

<sup>31</sup> Obra y edición citadas, pp. 111 y 112.

<sup>32</sup> Obra y edición citadas, pp. 116.

<sup>33</sup> Obra y edición citadas, p. 119.

<sup>34</sup> Vid. Jacques MARITAIN, *L'homme et l'Etat*.

<sup>35</sup> Obra y edición citadas, p. 141.

después de la Segunda Guerra Mundial <sup>36</sup>. También en otro trabajo interesante y bien documentado de Juan Carlos Velasco Arroyo se hace una observación parecida, extrañándose de que se suela atribuir la paternidad del concepto a Habermas cuando a él «... se debe el mérito, no menor, de su divulgación y difusión...» <sup>37</sup>. Ambos autores insisten en que el interés de Habermas por el tema no es improvisado y que se remonta a 1974 y que se reitera en sus últimas publicaciones. También señalan que el concepto de patriotismo constitucional se vincula con alguna de las preocupaciones intelectuales más estables de Habermas, como las identidades individuales y colectivas y los problemas que generan en los procesos de integración social. Así el profesor Velasco dirá que «... no es de extrañar entonces que hiciera suyo el vocablo que aquí estamos examinando, y menos aún si se considera la memorable habilidad de este autor para neutralizar de un modo coherente con su propio marco teórico y conceptual, cuantos sistemas, rechazos culturales, ideas y propuestas de interés se han ido encontrando...» <sup>38</sup>.

En el concepto de patriotismo constitucional se encuentra la tradición republicana, desde Roma, con Cicerón y su idea de la libertad dependiente de la Ley, hasta Rousseau y Kant pasando por Maquiavelo, los humanistas del Renacimiento, Montesquieu o Voltaire que es también la de Habermas. Igualmente, el carácter laico que se sitúa en un escenario secularizado, nada dogmático ni fundamentalista coincide también con esa preocupación de Habermas por evitar que la ética pública se construya o se interprete desde la dialéctica del bien y del mal. Se puede asimismo señalar como un elemento decisivo para su asunción de la idea de patriotismo constitucional, su rechazo del modelo de nación natural, identidad cultural y lingüística, con un patriotismo que adquirió tintes patológicos con el Tercer Reich, de ahí su rechazo en el ámbito de la llamada polémica de los historiadores a partir de 1986 de la idea de explicar el genocidio y los delitos contra la humanidad y el Derecho de gentes, comentados por los nazis, por el contexto social, económico e internacional en que se produjeron. Se había traspasado el límite de la dignidad humana y eso no tenía justificación. Lo que no había sido posible con la Constitución de Weimar había que construirlo en el escenario de la Ley Fundamental de Bonn y luego trascender el tema desde su ámbito exclusivamente alemán al de la comunidad europea para construir en ese ámbito, donde coexisten empresas y culturas nacionales, una identidad transnacional formada en torno a los valores de la cultura política y jurí-

<sup>36</sup> Vid. José María ROSALES, *Patriotismo constitucional, sobre el significado de la lealtad política republicana*. Revista Internacional de Filosofía Política UNED Madrid. México, UNAM, 1999, números 13 y 14., pp. 141 a 149.

<sup>37</sup> Vid. «Los contextos del patriotismo constitucional», en *Cuadernos de Alzate-Revista vasca de la cultura y de las ideas*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2001, núm. 24, pp. 63 a 77.

<sup>38</sup> Artículo citado, p. 65.

dica de la tradición democrática y del Estado de Derecho. Como dice Juan Carlos Velasco, Habermas «... alberga el propósito de extrapolar *mutatis mutandis*, la experiencia constitucional alemana al contexto de la constitución política europea...»<sup>39</sup>. Desde esas premisas y con carácter sintético se pueden resumir las ideas de Habermas sobre el patriotismo constitucional.

1) Rechaza el método del neohistoricismo para analizar la catástrofe de Auschwitz, y en general los horribles excesos del nacional socialismo en Alemania. En concreto rechaza la idea de colocarse en la situación de los participantes para entender bien el tema y que en la práctica no se puedan entender ni enjuiciar, si no es desde las formas de vida y desde las tradiciones en que está inserta<sup>40</sup>. Nunca, dirá, se podrá comprender ni mucho menos justificar «... la compleja preparación y la ramificada organización de ese asesinato de masas fríamente calculado en el que estuvieron implicados cientos de miles e indirectamente todo un pueblo...».

No basta para acreditarse en su valor positivo la transmisión de unas prácticas y de una forma de ser que se convierte en la tradición de un pueblo, porque, en Alemania, esa confianza en los antepasados y en la forma de vivir de un pueblo se quebraría con las cámaras de gas. Por eso añadirá: «... lo monstruoso medió sin perturbar el tranquilo aliento de la vida cotidiana. Desde entonces ya no es posible una vida consciente sin desconfiar de toda continuidad que se afirme incuestionadamente y que pretende también extraer su propia validez de ese su carácter incuestionado...»<sup>41</sup>.

El patriotismo basado en esa tradición nacional se arruina y se derrumba con el nazismo. Por otro lado, la separación primero por zonas de ocupación por las cuatro potencias aliadas, y después la división entre las dos Alemanias, convierte en problemática la idea de patriotismo, sin unidad nacional y contradicciones e ideologías políticas contrapuestas. El patriotismo posible para los ciudadanos de la República Federal es un patriotismo constitucional, pero «... esto no significa en absoluto la renuncia a una identidad que nunca puede consistir sólo en orientaciones y características universales, morales, por así decir, compartidas por todos»<sup>42</sup>. Para Habermas hay también lugar, en el marco del patriotismo constitucional, un espacio para identidades propias de cada pueblo, y también del pueblo alemán.

«... El patriotismo de la Constitución significa, entre otras cosas, el orgullo de haber logrado superar duraderamente el fascismo, esta-

<sup>39</sup> Artículo citado, p. 72.

<sup>40</sup> Vid. *5 Patriotismo de la Constitución en general y en particular*, conversación mantenida con Juan Marc Ferry en la revista *Globe* de París a finales de 1988 en «la necesidad de revisión de la izquierda», traducción de M. Jiménez Redondo, Tecnos. Madrid, 1991.

<sup>41</sup> Obra y edición citadas, p. 214.

<sup>42</sup> Obra y edición citadas, p. 216.

blecer un Estado de Derecho y anclar éste en una cultura política, que, pese a todo, es más o menos liberal. Nuestro patriotismo no puede negar el hecho de que en Alemania la democracia sólo tras Auschwitz (y en cierto modo o detrás el choque de esa catástrofe moral) pudo echar raíces en los motivos y en los corazones de los ciudadanos, o por lo menos de las jóvenes generaciones.

Para este enraizamiento de principios universalistas es menester siempre una determinada identidad...»<sup>43</sup>.

2) El Estado nacional ya no es la nación de los ciudadanos, sino que la idea de nación ha evolucionado. «... El nacionalismo quedó extremado entre nosotros en términos de darwinismo social y culminó en un delirio social que sirvió de justificación a la aniquilación masiva de judíos...». Esa situación condujo a una identidad postnacional e incluso se podría decir transnacional «... cristalizada en torno a los principios universalistas del Estado de Derecho y de la democracia...»<sup>44</sup>.

La superación del nacionalismo excluyente supone volver, de alguna manera, al Estado nacional ilustrado, que es racional y universalista, que es el Estado de los ciudadanos abstractos. Y la forma de hacerlo es recuperar ese universalismo que se entiende como «... que se relativiza la propia forma de existencia atendiendo a las pretensiones legítimas de las demás formas de vida, que se reconocen iguales derechos a los otros, a los extraños, con todas sus idiosincrasias y todo lo que en ellos nos resulta difícil de entender, que uno no se empecine en la universalización de la propia identidad, que uno no excluya ni condena todo cuando se desvía de ella, que los ámbitos de tolerancia tienen que hacerse infinitamente mayores; todo esto es lo que quiere decir universalismo moral...»<sup>45</sup>.

La conjunción de ese universalismo con la identidad propia de un pueblo condiciona la última instancia cada modelo de patriotismo constitucional y le da un perfil propio, dentro de su genérica racionalidad. Por eso será distinto el patriotismo de un pueblo que ha asumido en su cultura propia los valores de la revolución francesa, de otro que viene con una memoria histórica de un nacionalismo que ha excedido con mucho, los límites de la racionalidad. Sobre esta carga específica que recae sobre el pueblo alemán, Habermas será muy claro:

«... Sólo la sensibilización frente a los inocentes torturados, de cuya herencia vivimos, es capaz también de generar una distancia reflexiva respecto a nuestra propia tradición, una sensibilidad frente a la terrorífica ambivalencia de las tradiciones que han configurado nuestra propia identidad. Pero nuestra identidad no es solamente algo

<sup>43</sup> Obra y edición citadas, p. 216.

<sup>44</sup> Obra y edición citadas, p. 217.

<sup>45</sup> Obra y edición citadas.

con lo que nos hayamos encontrado ahí, sino algo que es también y a la vez nuestro propio proyecto...»<sup>46</sup>.

Por eso, para Habermas, el patriotismo constitucional se identifica con unos principios racionales, aunque su abstracción no le sustrae de sus raíces y de sus proyectos culturales propios, pero siempre sometidos a crítica y a esos contenidos universales de un orden jurídico constitucional, con reglas de juego democráticas con sometimiento a la ley y con respeto a los derechos fundamentales<sup>47</sup>. No desaparece, en ese caso, la identidad del pueblo alemán, aunque deberá rechazar los terribles puntos negros de su pasado pero esas tradiciones y esa historia «... quedarán recubiertos por un patriotismo que se ha vuelto más abstracto y que no se refiere ya al todo concreto de una nación sino a procedimientos y a principios abstractos...»<sup>48</sup>. Podríamos decir que Habermas hace un esfuerzo por integrar la realidad con la racionalidad, la facticidad con la validez y en ese sentido pretende salvar en parte al menos la tradición de la cultura alemana. Las tradiciones nacionales, y en este caso la alemana, depurada de sus patologías, encuentra en la idea abstracta de las democracias y de los derechos fundamentales el aglutinante que permite el desarrollo armónico de las dos perspectivas, y la vuelta a la idea de nación ilustrada, la nación que se identifica «en la praxis de ciudadanos que ejercen activamente sus derechos democráticos de participación y comunicación...»<sup>49</sup>.

3) Por todo lo anterior, el patriotismo constitucional existe y convive con sociedades que tienen una unidad cultural lingüística y étnica y también con otros con una pluralidad de identidades culturales. En ambos tipos de sociedades «... todos y cada uno han de poder encontrar un triple reconocimiento: han de poder encontrar igual protección e igual respeto *a)* en su integridad como individuos incanjeables, *b)* en su calidad de miembros de un grupo étnico o cultural, *c)* en su condición de ciudadanos, esto es, de miembros de la comunidad política...». Y esta ideología democrática es compatible con sociedades multiculturales y con el fenómeno de inmigración masiva desde una pluralidad de culturas diferentes, porque la ética pública constitucional «...agudiza el sentido para la pluralidad e integridad de las diversas formas de vida que conviven en una sociedad multicultural...»<sup>50</sup>. No contrapone Habermas, como parece hacerlo Sternberger, patriotismo constitucional con identidad nacional o cultural ni con la unitaria ni con la plural. Más bien los valores constitucionales estabilizan, racionalizan y dotan de continuidad pacífica a esas identidades,

<sup>46</sup> Obra y edición citadas, p. 222.

<sup>47</sup> Vid. *Identidades nacionales y postrucionales*, Tecnos. Madrid, 1984, p. 94.

<sup>48</sup> Vid. obra y edición citadas, p. 101.

<sup>49</sup> Vid. *Ciudadanía e identidad nacional* (1990), publicada en la edición castellana «Facticidad y Validez», preparada por Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp. 689 ss. La cita está en p. 622.

<sup>50</sup> Obra y edición citadas, p. 628.

incluso las hacen posibles frente a los conflictos entre ellos. Sólo se excluyen los que a su vez son excluyentes y viven de agravios ficticios y de la idea de que su fortalecimiento deriva de la desaparición de los demás, de aquellos que se consideran incompatibles. Podemos decir también, siguiendo esta misma argumentación que el patriotismo constitucional es propio de sociedades abiertas e incompatible con las sociedades cerradas. Es interesante, en este sentido, el objetivo que el profesor Velasco atribuye al patriotismo constitucional: «... lo que pretende... es recuperar el valor de las virtudes cívicas basadas en la lealtad a las instituciones políticas liberales de un país y al modo de vida que sustancia la libertad común sin hacer referencia, por tanto, a la homogeneidad lingüística o étnica de la misma...»<sup>51</sup>. Añadiría que es sin embargo compatible en un contexto cultural unitario o plural, como hemos visto, y también que sus contenidos además de liberales, son democráticos, y pueden ser también, especialmente en Europa, sociales.

4) La nueva dimensión que aporta Habermas es la proyección de la idea de patriotismo constitucional para la consolidación de la unidad europea y para la identificación del contenido del Estado de ciudadanía europea.

Para él, lo importante es que la sociedad europea sea consciente de sus elementos comunes y tenga una voluntad unitaria por razones utilitaristas o de otro tipo, y no es un obstáculo el pluralismo cultural, que por otra parte tiene también bases comunes, enraizadas en la idea de dignidad humana.

«... También en un futuro Estado federal europeo, habrán de interpretarse los mismos principios jurídicos desde las perspectivas de tradiciones nacionales diversas e historias nacionales diversas. La propia tradición de cada uno habrá de ser, en cada caso, objeto de una apropiación hecha desde un punto de vista relativizado desde las perspectivas de los demás, de suerte que pueda quedar inserta en una cultura constitucional europeo-occidental compartida en términos supranacionales...»<sup>52</sup>.

Sólo desde los valores y las reglas del juego del Estado constitucional democrático, es decir, desde la lealtad o el patriotismo constitucional se puede crear la conciencia en cada país de la Unión Europea para la unidad desde esos mismos criterios a nivel europeo. Son los principios de las sociedades abiertas, que son los de la democracia y el Estado de Derecho. Habermas le dirá con toda claridad, como criterio general, con validez universal y no sólo para el ámbito europeo. «... Sólo una ciudadanía democrática, que no se cierre en términos particularistas puede por lo demás, preparar el camino para un *status*

<sup>51</sup> Los contextos del patriotismo constitucional citado, p. 63.

<sup>52</sup> *Ciudadanía e identidad nacional*, p. 628.



de ciudadano del mundo o una cosmociudadanía, que hoy empieza a cobrar ya forma en comunicaciones políticas que tienen un alcance mundial...»<sup>53</sup>.

Las sociedades cerradas, atrincheradas tras sus particularismos, no podrán optar a esa ampliación de sus dimensiones políticas. Por eso resulta muy contradictorio que el nacionalismo vasco excluyente independentista pretenda al mismo tiempo ser europeísta saltándose el eslabón español. La cadena tiene su racionalidad y sólo una sociedad vasca abierta, es decir, integrada en el Estado de las Autonomías que es funcionalmente federal puede asumir las obligaciones europeas. Si el elemento integrador es el racional y son los valores y las reglas del grupo del patriotismo constitucional, no se entiende bien cómo se pueden aceptar para Europa y no aceptar para España.

Dejando aparte esa contradictoria patología española, las culturas nacionales que tienen una indudable base común, aunque muchas diferencias, se podrán encontrar en esa base política y jurídica homogénea del Estado democrático y social de Derecho: «... De estas diversas culturas nacionales podría diferenciarse en el futuro una cultura política común de alcance europeo. Podría producirse una diferenciación entre una cultura política común y las tradiciones nacionales en arte y literatura, historia, filosofía, etc., que se diversificaron y ramificaron desde principios del mundo moderno. A las elites culturales y a los medios de comunicación les correspondería, en lo que respecta a tal comunicación, un importante papel. Un patriotismo europeo de la constitución, a diferencia de lo que ocurre con el americano, habría de surgir de interpretaciones diversas (impregnadas por las distintas historias nacionales) de unos mismos principios jurídicos universalistas...»<sup>54</sup>.

Las culturas nacionales en otros ámbitos distintos del político jurídico tienen, es verdad, diferencias importantes de idioma, de historias propias, de sentimientos y de experiencias en el conjunto de países europeos, aunque también las corrientes clásicas o románticas, las influencias de las escuelas o los movimientos filosóficos han traspasado fronteras y han disminuido alguna de esas diferencias. El tránsito a la modernidad y la Ilustración, pese a los perfiles nacionales, han creado también espacios comunes. Y en todo caso la idea de dignidad humana como base del deber ser, en general, y político y jurídico, en particular, es un elemento integrador de hondo calado. En ese contexto los valores democráticos y del Estado de Derecho recogidos en la constitución tienen una identidad en las culturas de los Estados europeos basados en los valores comunes de seguridad, libertad, igualdad y solidaridad, y si se considera que el valor central es el de la libertad podríamos hablar de una comunidad ideológica basada en la libertad segura, igual y solidaria. Si vemos el resultado

---

<sup>53</sup> Obra y edición citadas, p. 643.

<sup>54</sup> Obra y edición citadas, p. 635.

en las constituciones nacionales, o en la futura constitución europea cuando exista, desde ellas mismas, en una dimensión objetiva, nos encontramos en el marco de la legitimidad y si vemos ese mismo resultado desde el punto de vista de los ciudadanos, desde su nivel de adhesión y de coincidencia, estamos situados en el patriotismo constitucional. El patriotismo legitima a las constituciones y la legitimidad de éstas engendra la posibilidad del patriotismo. Es una comunicación de doble recorrido.

## EPÍLOGO PARA ESPAÑOLES

Las reflexiones de un filósofo del Derecho español, como quien esto escribe, sobre la visión del llamado patriotismo constitucional, en su aplicación al caso español, suponen situar la Teoría de la constitución en su contexto histórico, lo que no rebaja la racionalidad, sino que la contrasta con la historia y con la cultura. Una razón histórica puede ayudar a explicar y a justificar la oportunidad de un concepto abstracto. Al abordar el tema de la unidad de España y del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones con el artículo 2 de la Constitución de 1978, se aborda de alguna manera el tema porque se opta por una doble idea de nación, una idea de nación española compatible en su interior con la existencia de naciones culturales diferenciadas de la cultura y herencia históricas comunes, y al mismo tiempo participando de esa misma cultura y herencia histórica común, y unas naciones diferenciadas con cultura y hecho diferencial propio que, sin embargo, eran compatibles con la convivencia común y la aceptación de la nación más amplia España. Es verdad que las dificultades del momento histórico, recién salidos de la dictadura franquista, obligaron a añadir alguna retórica que podía desconcertar respecto al objetivo último del artículo, especialmente con la expresión reiterativa de «indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles». Era una sobrecarga sobre la identificación de la nación común, para tranquilizar al búnker franquista y a los militares, que habían hecho la Guerra Civil, y que más tarde explotarían el 23 de febrero de 1981. La racionalidad profunda del sistema se expresaba a través de la idea de compatibilidad entre la nación soberana España y las naciones culturales que la integraban, y en la idea de complementariedad profunda que podía encontrarse entre ellas. La soberanía correspondía sólo a la primera, mientras que los derechos de las segundas derivaban de la Constitución. Esta construcción constitucional tenía una base histórica evidente, representaba un ser, una realidad constatable, pero expresaba también un deber ser jurídico, que se plasmaba en unas reglas de juego que marcaban el ámbito de funcionamiento de la nación España y de las naciones culturales y parciales, entre la soberanía de la primera y las competencias de las

segundas. En tanto en cuanto el esquema constitucional representaba un ser real e histórico, y respondía a unas convicciones existentes, el patriotismo que podía aparecer era el más clásico, el patriotismo comunitario que entiende a la nación como una realidad histórica. En tanto en cuanto se entendiera como un deber ser, el patriotismo que se podía deducir era el patriotismo societario y racional, derivado de la constitución. En la Constitución de 1978, pues, aparecía como posible la compatibilidad entre los dos tipos de patriotismo. No era necesario descartar uno para establecer el otro, sino que eran compatibles.

Lo que no eran compatibles eran los excesos patológicos de ambos modelos que habían sido una realidad histórica igualmente constatable y que persistieron después de la Constitución, principalmente en el nacionalismo y militarismo español excluyente que culminó el 23 de febrero de 1981 con el golpe contra la Constitución, y desde la otra perspectiva en los nacionalismos vascos, tanto el radical y violento, como el que representan el PNV y EA. También desde esta perspectiva los excesos se enmarcan en posiciones golpistas. Así deben interpretarse por supuesto la defensa de la violencia y de los asesinatos que practica ETA y también la propuesta soberanista del Estado libre asociado que defiende el gobierno del Lehendakari Ibarretxe, si no respeta las reglas de juego y los procedimientos establecidos en la Constitución. El modelo constitucional expresa las posiciones moderadas de los nacionalismos compatibles, que son una realidad, un ser, y al mismo tiempo el único modelo de compatibilidad, un proyecto de racionalidad que pretende integrar el ser en el deber ser. Creo que es la mejor perspectiva de un patriotismo constitucional aplicable al supuesto español. Pero los enfoques han sido distintos desde una perspectiva partidista como el de la ponencia del Partido Popular, o en sentido contrario, más algunos del nacionalismo periférico, el del Profesor Lacasta («Tiempos difíciles para el patriotismo constitucional español»). El catedrático de Zaragoza reconoce que «... los Estatutos surgidos de la Constitución de 1978, así como su controvertido artículo 2, dan una salida democrática y voluntaria (de un insuficiente pero auténtico concierto de voluntades) a este trance histórico.»<sup>55</sup> Es verdad que no hay una única nación, pero también que los nacionalismos periféricos tienen más responsabilidad, sobre todo el vasco, a partir de 1978. Muchos de los agravios e irracionalidades del nacionalismo español excluyente son anteriores a la Constitución de 1978, y los que afectan al nacionalismo vasco, y en mucha menor escala al catalán, dirá, continúan y se agravan después de 1978. Por otra parte, creo que se debe distinguir entre la defensa de la Constitución y el nacionalismo español, que Lacasta a veces identifica<sup>56</sup>. La autodeterminación no cabe en la Constitución: ya se rechazó en sus debates con

<sup>55</sup> «Tiempos difíciles para el patriotismo constitucional español», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 2, 1994, pp. 1 a 6. El texto en p. 11.

<sup>56</sup> Por ejemplo, en p. 20.

el voto, por cierto, del PNV, entre otras razones porque no parece que esa tesis propia de sociedades coloniales quepa en una Comunidad Autónoma, donde quien la reclama lleva gobernando desde que existe la autonomía con un régimen general de libertades. Soberanías pactadas o compartidas no reflejarían ni la realidad histórica anterior ni, desde luego, la racionalidad posible. Azaña, a quien con razón admira el profesor Lacasta, no compartiría su análisis. Seguro que tanto él como Pérez Galdós compartirían más esta versión del patriotismo constitucional que sugiero en estas líneas. Y conocido el buen sentido del profesor Lacasta, preguntado en 2003, quizás no sostuviese en su totalidad sus ideas de 1999.

Otros enfoques más académicos con el de Juan Carlos Velasco, o de Marta Rodríguez Fouz, o los de María José Villaverde o José María Rosales, se sitúan en el ámbito general, y el de Juan José Laborda tiene una mezcla de lo académico y de interés por el caso español desde la perspectiva de la izquierda.

Lo cierto es que en España el tema del patriotismo constitucional ha sido tratado suficientemente, e incluso ha sido objeto de una ponencia en el XIV Congreso Nacional del partido Popular celebrado en Madrid los días 25, 26 y 27 de enero de 2002, con ponencia de Josep Piqué y María San Gil.

Estamos ante una ponencia integradora con elementos próximos a reflexiones realizadas desde otras perspectivas intelectuales, y por consiguiente claramente asumibles, sobre el valor de la Constitución, en la línea de mis tesis principales en estas páginas y en otras reflexiones que yo mismo he hecho, y también otras muchas personas desde perspectivas plurales. En ese sentido es interesante y se puede compartir. Lo que ocurre es que desde entonces hasta hoy la práctica del Gobierno, del PP y del Presidente Aznar, así como de otros dirigentes, no ha sido coherente con esas llamadas al diálogo y a la colaboración, descalificando a los partidos de izquierda, creando una crisis profunda en Europa y entre la propia ciudadanía española, al apoyar a Estados Unidos en la guerra ilegal e injusta contra el régimen despótico de Sadam Hussein. Las cosas que se dicen hay que creerlas y luego llevarlas a cabo.

En una perspectiva histórica, es interesante el trabajo del profesor Fernández Albaladejo. En él, señala como antecedente que ya con Carlos III, como ejemplo de Estado compuesto que en la monarquía española, aparecía la distinción entre las *propriae patriae* que estaban presentes pero junto a la *communis patria*<sup>57</sup>. También pone de relieve cómo Feijoo, en su «Teatro crítico», incorpora el tema con una crítica contra el amor a la patria, mezcla tan peligrosa como explosiva, tanto

---

<sup>57</sup> Vid. Pablo FERNÁNDEZ ALBALADEJO, «Dinastía y comunidad política: el momento de la patria» en la obra colectiva *Los Borbones. Dinastía y memoria de nación en la España del siglo XVIII*, actas del coloquio internacional celebrado en Madrid en mayo de 2000, Marcial Pons, Casa de Velázquez, Madrid, 2002, p. 490.

en la patria común como en la patria propia. En la patria común sólo se valoraba «la gloria de la nación propia, mientras que en la vertiente particularista todo se orientaba desde el paisanismo que inevitablemente generaba faccionalismo partidario»<sup>58</sup>. Y se apuntaba en Feijoo ya la idea de un patriotismo constitucional de raíces republicanas, como consecuencia al rechazo del patriotismo afectivo y comunitario, donde la influencia de Maquiavelo y de alguno de sus continuadores, los libertinos de los siglos XVI y XVII, aparece patente.

Dice el profesor Fernández Albaladejo que «... el propio amor de la patria debía cimentarse de acuerdo con esa lógica que abiertamente postulaba un nuevo entendimiento de la destinataria de ese amor. Frente a su consideración como una realidad orgánico-cívica con sus exigencias ya preconstituidas, Feijoo reivindicaba un concepto artificial y voluntarista de la patria, planteada como un simple cuerpo de Estado, bajo un “Gobierno civil” y “la coyunda de unas mismas leyes”». «... La comunidad política, la república, se sustentaba sencillamente sobre un tipo de obligación –un amor– que lejos de fundamentarse en el hecho de haber nacido en un determinado territorio, era resultado de la decisión siempre voluntaria de componer una sociedad común...»<sup>59</sup>. Sobre el amor a la patria, dice que no encuentra un amor justo, noble, debido y virtuoso: «En unos no veo afecto alguno a la patria, en otros sólo veo un afecto delincuente, que con voz vulgarizada se llama pasión nacional»<sup>60</sup>. La considera, sin embargo, inocente «en comparación con otra que así como más común, es también más perniciosa. Hablo de aquel desordenado afecto que no es relativo al todo de la república, sino al propio y particular territorio. No niego que debajo del nombre de patria no sólo se entiende la república o estado, cuyos miembros somos y a quienes podemos llamar patria común, mas también la provincia, la diócesis, la ciudad o distrito donde nace uno y a quien llamaremos patria particular. Pero, asimismo, es cierto que no es el amor a la patria tomado en ese segundo sentido, sino en el primero, el que califican con ejemplos, persuasiones y apotegmas, historiadores, oradores y filósofos. La patria a quien sacrificar su aliento a las patrias heroicas, a quien debemos estimar sobre nuestros particulares intereses, la acreedora a todos los obsequios posibles, es aquel cuerpo de estado, donde debajo de un Gobierno Civil estamos unidos bajo la coyunda de unas mismas leyes»<sup>61</sup>. En estos planteamientos que anuncian la Ilustración del XVIII, y la idea ilustrada de nación, como un consenso de voluntades para formar una

<sup>58</sup> Obra y edición citadas, p. 505.

<sup>59</sup> Obra y edición citadas, p. 506.

<sup>60</sup> Vid. *Teatro Crítico Universal. Discursos varios en todo género de materias para desengaño de errores comunes...*, edición de Giovanni Stiffoni, Clásicos Castalia, tomo III, Discurso X: «Amor a la patria y pasión nacional», pp. 235 ss. Más adelante identificará la pasión nacional como «hija legítima de la vanidad y de la emulación».

<sup>61</sup> Obra y edición citadas, pp. 251 ss.

sociedad racional, Gurutz Jáuregui identifica este concepto de nación, el de la patria racional, por los siguientes rasgos: «1) la ruptura total con respecto a las agrupaciones o colectividades del antiguo régimen, las cuales o bien desaparecen o bien pasan al dominio de lo privado; 2) la estructuración de una nueva formación social de nueva planta, la nación; 3) la fundamentación de esa nueva nación en el pacto o consenso de los individuos; y 4) el carácter puramente instrumental de esa nueva sociedad civil, de esa nación, con respecto al individuo...»<sup>62</sup>. Juan José Laborda asume el mismo planteamiento al señalar que «... a mediados del siglo XVIII estaba emergiendo un patriotismo acorde con la complejidad territorial de la Monarquía, y también enaltecido de virtudes con las que favorecer la adaptación española a las transformaciones económicas, sociales y culturales que otros países europeos experimentaban a consecuencia de la Ilustración...»<sup>63</sup>.

El otro concepto de nación afectivo, historicista y comunitario, basado en el espíritu del pueblo, de raíz alemana con Herder, que sitúa a la lengua como un elemento identitario nacional y a la cultura propia de cada pueblo que explica a la nación como una comunidad de cultura. Pero reconocerá también el cambio que orientará el patriotismo y la idea de nación hacia este segundo modelo: «... Pero el impacto de la Revolución Francesa y de la ocupación napoleónica, sustituiría como ideal al patriotismo por el nacionalismo... un nacionalcatolicismo alérgico a los principios individualistas y cosmopolitas del liberalismo, e intolerante con la mayoría de las doctrinas políticas aceptadas entre otras naciones europeas...»<sup>64</sup>.

En España la idea liberal de nación fue evolucionando en favor de la idea comunitaria afectiva, lingüística y cultural, aunque no racial, salvo en algunos apuntes del País Vasco. Por eso, el choque entre los conceptos similares, el español y los nacionalismos periféricos catalán o vasco (distinto es el tema del gallego), provocó unas posiciones extremas que desde el siglo XVIII hasta hoy fueron presentando diversas perspectivas de su incompatibilidad. El caso gallego, pese a los problemas que se pudieran detectar, es más bien en el ámbito de una compatibilidad para la mayoría entre lo español y lo gallego. Por eso, el modelo constitucional de 1978, al apostar por unos nacionalismos compatibles en un Estado compuesto, estaba apostando por un modelo de patriotismo constitucional donde lo identificador no es exclusivamente las culturas de una u otra nación, ni sus rasgos identificadores y diferenciadores, sino los elementos de compatibilidad racional que están definidos en los procedimientos, en los valores y en los principios de la Constitución. Estos elementos de compatibilidad nacional

<sup>62</sup> Vid. Gurutz JÁUREGUI, *La nación y el Estado nacional en el umbral del nuevo siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 19.

<sup>63</sup> Vid. Juan José LABORDA, «Patriotas y de izquierda», *Clases de razón práctica*, mayo de 2002, núm. 122, p. 49.

<sup>64</sup> Obra citada, p. 49.

no son incompatibles con unas identidades nacionales que a su vez no sean incompatibles entre sí. El modelo constitucional de patriotismo es el de la compatibilidad entre razón e historia y entre historia de la *communis patria* y de las *propriae patriae*. Galicia será el modelo más próximo al que se desprende de la Constitución.

Juan José Laborda propone también un modelo que combina el patriotismo constitucional de la nación refundada en el deber ser de unos valores cívicos, abstractos, declarados en el texto, con lo que él llama las emociones, quizás para completar lo que Javier Pradera ha denominado «el helado patriotismo constitucional de Habermas»<sup>65</sup>. Así, sostiene que «... sin desandar los lazos que el concepto de patriotismo ha de mantener con los valores, y también con la dimensión normativa de la Constitución, es posible abrirse hacia otras percepciones menos intelectuales... una idea de España como compromiso de convivencia que contenga emoción, elementos de identificación, con sentido de la historia, activos de cordialidad que hagan sentir cercano el Estado de Derecho...»<sup>66</sup>.

Es una idea muy cercana a la que aquí sostenemos, que aparece en la Constitución, que entiendo como la combinación de un ser mejorable y desarrollable en un marco de racionalidad y un deber ser que a la vez debe ser el referente de esa racionalización del ser, y tener sentido de la realidad para adaptarse a él. Después de veinticinco años de vigencia de la Constitución Española hay una sensación de asentamiento estable en general, y en este tema específico tan importante de la relación entre la Nación España, cuyos miembros son los titulares de la soberanía, y las *propriae patriae*, las Comunidades Autónomas, algunas como Cataluña, el País Vasco o Galicia, con hechos diferenciales culturales y lingüísticos protegidos, desde el derecho a la autonomía por la Constitución. Pese a las políticas concretas, a veces estrechas de mira en el Gobierno Central, y de excesos verbales y de interpretaciones autistas excesivas en algunas de las Comunidades, creo que son planteamientos imposibles, que acabarán cediendo y ajustándose al modelo constitucional. No sé si el término patriotismo constitucional hará fortuna en España, pero sí pienso que su idea subyacente, que es la racionalidad del espacio político público en nuestro país, es ya una conquista definitiva.

---

<sup>65</sup> *El País*, 25 de septiembre de 1999.

<sup>66</sup> Artículo de *Claves de la razón práctica*, citado, pp. 51 y 52.





# Democracia directa y democracia representativa en el sistema constitucional español

Por ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO

Universidad de Sevilla

**SUMARIO:** 1. PLANTEAMIENTO: EL 25 ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL DEBATE ACTUAL SOBRE LA DEMOCRACIA.—2. LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y LA ALTERNATIVA TELEDemocRÁTICA: 2.1. *La democracia representativa responsable de la alienación del poder popular.* 2.2 *La restitución del protagonismo político desde los partidos al pueblo.* 2.3 *Las disfunciones de los sistemas electorales.* 2.4 *Las distorsiones de la representación.* 2.5 *La corrupción en la democracia representativa.* 2.6 *La manipulación de la opinión pública.* 3. EL ATRACTIVO DE LA DEMOCRACIA DIRECTA Y SUS RIESGOS.—4. LA DEMOCRACIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.—5. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—6. CONCLUSIÓN: LA COMPLEMENTARIEDAD ENTRE DEMOCRACIA DIRECTA Y DEMOCRACIA REPRESENTATIVA. 7. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. PLANTEAMIENTO: EL 25 ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL DEBATE ACTUAL SOBRE LA DEMOCRACIA

La conmemoración del 25 Aniversario de la Constitución española, (CE) en el ámbito universitario, reclama, ponderación, rigor y estudio. Sería faltar de plano a esas exigencias negar o infravalorar las virtualidades del texto normativo de 1978 para establecer y posibilitar una convivencia democrática basada en la garantía de las libertades.

No menos improcedente sería cualquier concesión al triunfalismo, cuando la efemérides denuncia la persistencia de muchos problemas políticos pendientes y la aparición constante de nuevos retos a nuestra trayectoria constitucional. *Sine ira, sine pompa et studio*, o sea, sin crispaciones, sin grandilocuencias y con amplias dosis de estudio y reflexión, parece que deba ser la actitud más adecuada para afrontar, en el orbe intelectual académico, ese Aniversario.

Esta actitud parece especialmente indicada para las reflexiones iusfilosóficas que aquí se avanzan. No en vano, es inherente al quehacer del filósofo del derecho el problematismo y la crítica. Desde esas premisas, la conmemoración del evento constitucional invitan a plantear, por aproximación sucesiva, algunos argumentos temáticos. En particular, estas reflexiones se dirigen a evaluar el planteamiento de la CE, así como la doctrina del Tribunal Constitucional, en relación con el actual debate sobre la democracia directa y la democracia representativa. Se trata de una cuestión que, en los últimos años, ha suscitado un renovado interés, en la medida en que las nuevas tecnologías (NT) permiten experiencias democráticas (teledemocracia), con especial incidencia en el ámbito de la democracia directa, que en épocas anteriores resultaban del todo impensables. Esta problemática constituye uno de los retos más acuciantes del constitucionalismo actual, por lo que no parece ocioso esbozar una consideración sumaria sobre su significado y alcance.

## 2. LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y LA ALTERNATIVA TELEDEMOCRÁTICA

Cada época confiere a las instituciones jurídicas y políticas que en ella operan un perfil característico. El signo de nuestro tiempo se distingue por la omnipresencia de las nuevas tecnologías (NT) en todos los aspectos de la vida individual y colectiva. En los últimos años se ha ampliado decisivamente la incidencia de las NT en amplios sectores de la experiencia jurídica y política, ello no ha dejado de tener puntual repercusión en el alcance y ejercicio de la ciudadanía en las sociedades democráticas.

Los defensores de la aplicación de las NT al proceso democrático entienden que con ello se reforzará la presencia inmediata de la ciudadanía en todas las esferas de la vida pública. El eje de gravitación en torno al cual se nuclean las distintas opiniones favorables a la teledemocracia, se sitúa en su virtualidad para hacer posible que los ciudadanos controlen todas las manifestaciones del poder.

La teledemocracia aparece, de este modo, como el cauce más eficaz con que cuentan los Estados de derecho actuales, para que en ellos se exprese y sea oída la «voz del pueblo» (Fishkin, 1997), por decirlo con la expresión que titula una estimulante obra de

James Fishkin. Esa voz, gracias a la teledemocracia, puede expresarse con toda claridad, rotundidad y sin ningún tipo de interferencias o sordinas que terminen por hacer irreconocibles las principales manifestaciones de la voluntad de la soberanía popular. En la concepción de sus más fervorosos partidarios, la teledemocracia aparece como un tejido conectivo que permite unir a los ciudadanos a través de una comunicación libre, directa e inmediata. Sobre esa intercomunicación cívica se construye la opinión pública de las sociedades democráticas, que debe incidir y ser tomada en cuenta en la formación de la voluntad del Estado.

En la mayor parte de las ocasiones, los temas y momentos en los que se manifiestan las tesis teledemocráticas, suelen coincidir con la crítica a las principales insuficiencias de la democracia representativa. Incurriría en exceso de prolijidad si intentase una relación pormenorizada de todos los motivos de crítica y denuncias de crisis del sistema parlamentario invocadas por los teledemócratas. De ahí, que limite esta referencia a aquello que estimo constituye su asunto principal.

## 2.1 La democracia representativa responsable de la alienación del poder popular

Los partidarios de la teledemocracia entienden que ésta posibilita la operatividad de un *poder democrático* real y efectivo, frente a cuanto ha supuesto la democracia representativa parlamentaria, que es responsable de haber vaciado de contenido el ejercicio del poder por el pueblo. En el año 1981 el politólogo norteamericano Ted Becker subtítulo un trabajo pionero sobre la teledemocracia con una expresión provocativa: «devolver el poder al pueblo» (*Bringing Power Back to the People*). Para Becker, la democracia representativa ha secuestrado el poder político para depositarlo en manos de los partidos; es hora de que los sistemas democráticos restituyan al pueblo ese poder que le ha sido arrebatado. La teledemocracia supone el procedimiento más adecuado para esa restitución, que permitirá hacer del pueblo, no sólo el titular formal de todos los poderes democráticos, sino quién los ejerce de forma real y efectiva (Becker, 1981, 6 ss.; vid. Manasian, 2003, 13 ss.; Toffler, 1989, *passim*).

La proyección de las NT al proceso político determina que el propio término «democracia», recupere su prístino significado, tal como evoca su propia acepción etimológica: pertenencia del poder (*kratos*) al pueblo (*demos*). La teledemocracia hace posible que el pueblo ejerce el poder sin mediaciones, interferencias o entes interpuestos que puedan deformar o desnaturalizar su voluntad; la titularidad del poder y su ejercicio real se integran gracias a la versión teledemocrática de la soberanía popular (Bennett, 1980; Laudon, 1980; Lenk, 1982; Toffler, 1989...).

## 2.2 La restitución del protagonismo político desde los partidos al pueblo

La teledemocracia se presenta también como un vehículo tendente a posibilitar el desplazamiento del *protagonismo político desde los partidos a los ciudadanos*. Constituye un lugar común en la literatura teledemocrática la imputación de un abusivo protagonismo de los partidos en el proceso político de las sociedades libres. Los partidos políticos han devenido, en régimen de cuasi monopolio, los actores de la vida política democrática. Los partidos funcionan como muchas veces, al margen de lo que son las inquietudes, necesidades y expectativas de los ciudadanos. Los partidos se han convertido en máquinas burocráticas, carentes de democracia interna y dirigidos a la fabricación de liderazgos y, por tanto, a estructurar el culto personalista y hegemónico de sus dirigentes (Arterton, 1987; Becker, 1981; Manasian, 2003).

También se consideran como quiebras al principio de la representación democrática la experiencia, no del todo infrecuente, de que los partidos realicen «pactos contra natura», o sea, contraigan alianzas parlamentarias por razones coyunturales de oportunismo y en abierto menoscabo de su ideología; así como el incumplimiento sistemático de sus propios programas electorales, lo que constituye un evidente fraude para los electores que con su sufragio han querido apoyar opciones o medidas políticas concretas y determinadas. Todo ello, desemboca en una lamentable «colonización» de la sociedad civil por los partidos políticos (Soriano y De la Rasi-lla, 2002, 25 ss.).

En el debate actual sobre la crisis de la representación política se aduce que el sistema de democracia indirecta ha contribuido a limitar abusivamente la participación política. Sólo los militantes activos de los partidos o, más exactamente sus cuadros y líderes disfrutaban de cuotas reales de intervención en la política (cfr. Porras Nadales, 1994; *íd.*, 1996). Los propulsores de la teledemocracia hacen responsables a los partidos del clima de apatía y de deserción política de los ciudadanos en los Estados de derecho. Frente a esa situación de crisis democrática, las NT aplicadas al proceso político convertirían al ciudadano en el centro de gravedad de los procesos políticos: el protagonismo participativo de la ciudadanía significa la propia revitalización política de las sociedades democráticas.

## 2.3 Las disfunciones de los sistemas electorales

La teledemocracia como medio para evitar las *disfunciones de los sistemas electorales*. Los sistemas electorales de los Estados de derecho se hallan aquejados de algunas *disfunciones* importantes, que afectan a aspectos básicos de su *estructura y funcionamiento*.

En particular, se denuncian determinadas injusticias, desigualdades y limitaciones de la libertad que inciden en la práctica electoral de las sociedades de democracia parlamentaria.

Afecta a los fundamentos de *justicia* del procedimiento electoral, el sistema mayoritario, prevalente en casi todas las democracias anglosajonas. Ese sistema determina que, en cada circunscripción electoral, se declare como vencedor al partido o candidato con mayor número de votos, sin que los perdedores obtengan ninguna representación. De este modo se condenan a la inoperancia todos los sufragios emitidos en favor de las opciones políticas que resultan derrotadas. Este sistema tiene a su favor el reducir el número de partidos, suele desembocar en el bipartidismo, con lo que tiende a garantizar una cierta estabilidad política. Pero, en su contra, debe objetarse que no computa los sufragios de las minorías y deja a muchos ciudadanos sin ningún tipo de representación.

En los modelos de elección parlamentaria en los que se utilizan sistemas proporcionales se evita lo que tiene de injusto el privar de valor práctico a los votos minoritarios. No obstante, también en estos sistemas existen métodos para primar a las opciones mayoritarias, así como elementos correctivos de la estricta proporcionalidad, como los que limitan el acceso al Parlamento a aquellos grupos que no han obtenido un mínimo de escaños o de porcentaje de votos. De este modo, un cuantioso número de votos pueden quedar relegados a la inoperancia.

Los sistemas electorales parlamentarios afectan al principio de *igualdad*, cuando establecen unos porcentajes de representación de todas las zonas geográficas o distritos de un Estado con independencia de su población. Ello se traduce en que, en determinados lugares con gran densidad demográfica el voto valga mucho menos que en zonas despobladas, en la medida en que en aquellas son necesario muchos más votos que en éstas para la elección de cada candidato; con lo que se compromete el principio de igualdad del sufragio.

Representa, al propio tiempo, una relevante limitación de la *libertad* el sistema de listas cerradas o bloqueadas, que opera en los procesos electorales de algunos Estados de derecho. Esta limitación impide al ciudadano elegir al candidato que considera más cualificado o idóneo para la defensa de determinadas ideas o intereses, viéndose obligado a aceptar el orden de prelación impuesto por los partidos (cfr. Garzón Valdés, 1987; Nohlen, 1981).

En relación con las disfunciones del vigente sistema electoral español, en el que concurren todos los defectos apuntados, Ramón Soriano denuncia que en su funcionamiento: «los votos no son ni iguales, ni libres». De forma gráfica describe nuestro modelo electoral como un sistema: «donde tu voto cautivo puede valer cuatro veces más que el mío» (Soriano y De la Rasilla, 2002, 181 ss.).

En opinión de los teledemócratas, estas disfunciones podrían ser evitadas por la democracia directa electrónica. Se resolverían así las

quiebras de justicia, igualdad y libertad del sistema electoral parlamentario que tanto menoscaban la implantación real de la democracia (Becker, 1981, 7 ss.; Laudon, 1980, 327 ss.).

#### 2.4 Las distorsiones de la representación

La teledemocracia es considerada por quienes la postulan como factor correctivo de las *distorsiones de la representación*. Señalan sus partidarios que en los Parlamentos representativos de los Estados de derecho se dan graves anomalías que inciden en la autenticidad representativa de esas asambleas. Muchos sectores de la población de las sociedades democráticas, o no se hallan presentes en las Cámaras, o lo están en una proporción decisivamente menor a la de su entidad como colectivos.

Se apunta la circunstancia, difícilmente conciliable con los presupuestos políticos de sociedades libres y democráticas, de la infrarepresentación de la mujer. En la mayoría de sociedades del presente, su población se halla constituida por una proporción básicamente equilibrada de hombres y mujeres, sin que ello, se refleje adecuadamente en los parlamentos, donde la presencia de la mujer no rebasa nunca el quince por ciento. En sociedades multiculturales y multiétnicas, se dan notables desigualdades en el acceso de determinadas minorías a las Cámaras representativas. Se aduce, como punto de referencia, el ejemplo de los Estados Unidos, donde los negros o los hispanos tienen una representación política ínfima, en contraste con el peso de estos grupos en la población total de ese país.

La representación parlamentaria supone también una distorsión del mapa profesional de las sociedades democráticas. De muchas de las Asambleas legislativas del presente se podría predicar la observación atribuida al jurista francés decimonónico Edouard-René Laboulaye: «unos cuantos abogados son la sal de una Asamblea; pero que las tres cuartas partes de la misma sean abogados, parece que es demasiado».

La teledemocracia permitiría superar todo este tipo de distorsiones que aquejan la autenticidad representativa de la democracia indirecta y permitiría que todos los ciudadanos y, por tanto, los grupos o colectivos a los que pertenecen gozaran de idéntica participación en el proceso político (Bennett, 1980; Toffler, 1989).

#### 2.5 La corrupción en la democracia representativa

El recurso a la teledemocracia supone, para sus defensores, una garantía para impedir la *corrupción* de la democracia representativa. Los politólogos norteamericanos, al analizar la experiencia de su sistema representativo, han denunciado la existencia de unos «grupos de presión» (*lobbies*), que influyen sobre congresistas y

senadores para la defensa de intereses privados. La importancia de esos grupos es de tal entidad, que algunos sociólogos de la política estiman que su actuación determina una falta de correspondencia entre el diseño formal del parlamentarismo norteamericano y su real funcionamiento (De Celis, 1962).

En su revelador y, lamentablemente, actual libro sobre *La corrupción*, Jorge F. Malem Seña dedica un entero capítulo al análisis de la «Financiación de partidos políticos, democracia y corrupción». El elevado coste que en los sistemas democráticos actuales exige la propaganda electoral, determina una fáctica desigualdad de oportunidades entre los partidos políticos. Aquellos cuya ideología es más afín a los intereses de los poderes económicos, cuentan, en principio, con unas posibilidades de financiación notablemente superiores al de las formaciones cuyos programas pueden implicar una limitación o un control de tales poderes. No obstante, no toda financiación externa de los partidos o de los candidatos, entraña un supuesto de corrupción. Esta se produce cuando la financiación, preferentemente privada y, en menor escala, pública, influye en la orientación y decisiones políticas de los partidos o de algunos de sus miembros. Suelen distinguirse dos modalidades básicas de «polución» parlamentaria: la estrategia electoral y la estrategia legislativa. En la primera, se utiliza la financiación para conseguir que sea elegido un candidato receptivo a las pretensiones del corruptor; en la segunda, se hace referencia a los sobornos recibidos por los parlamentarios corruptos para defender en las Cámaras legislativas los intereses de los corruptores. Estas poluciones del sistema parlamentario suponen cambiar dinero por decisiones políticas. De este modo el principio «una persona, un voto, queda vacío de contenido lo que repugna al ideal democrático». Por eso, «tratar de eliminar las peores carencias de las democracias reales también deben ser la guía que ilumine cualquier reforma de la financiación de los partidos políticos» (Malem Seña, 2002, 143).

La teledemocracia puede ser un poderosos antídoto contra esos fenómenos de corrupción parlamentaria, en la medida en que devuelve el poder político a los ciudadanos y evita su concentración en los partidos. Es cierto que en algunos períodos de la historia de los sistemas democráticos, se dieron ominosos ejemplos de compra de votos de ciudadanos por parte de determinadas oligarquías. La deplorable experiencia española del caciquismo, fue una de las principales causas de la crisis de nuestro sistema parlamentario anterior a la Segunda República. Pero el oscurantismo y el hermetismo que hicieron posibles, en las comunidades cerradas del pasado, aquellas corruptelas de la vida política, son del todo incompatibles con la diáfaneidad y apertura de las sociedades abiertas del presente, en las que Internet es un símbolo de libertad e independencia frente a cualquier tentativa de dominación oligárquica.

## 2.6 La manipulación de la opinión pública

Puede, asimismo, aludirse al papel de la teledemocracia como cauce para eliminar la *manipulación de la opinión pública*. Es muy frecuente, en los actuales Estados de derecho, la condenable práctica de muchos líderes políticos poco escrupulosos, de utilizar, según su conveniencia y antojo, a la opinión pública para legitimar sus propias decisiones políticas. No es infrecuente que, para avalar este tipo de instrumentalizaciones, esos políticos se remitan a sondeos de opinión o encuestas de muy discutible validez sociológica. De muestreos muy reducidos y sesgados, se intentan extrapolar consecuencias que involucran a la entera opinión pública, integrada por un colectivo de ciudadanos muy numeroso y heterogéneo.

Con el sistema teledemocrático resulta posible enfrentarse a esos intentos manipuladores de la opinión pública, en la medida en que permite realizar sondeos instantáneos sobre la totalidad de la ciudadanía. La opinión pública deja de ser un arma arrojadiza entre políticos y partidos y deviene un factor, perfectamente tangible y cuantificable, de la experiencia política de las sociedades democráticas.

## 3. EL ATRACTIVO DE LA DEMOCRACIA DIRECTA Y SUS RIESGOS

Con la expresión «El atractivo de la democracia directa», James Fishkin rotula uno de los capítulos de su libro *Democracia y deliberación* (Fishkin, 1995, 45). En esos términos se compendia, certeramente, un síndrome revelador de las inquietudes y estudios de la politología y el constitucionalismo de nuestro tiempo. Los motivos de la crisis de la democracia representativa, apuntados *supra*, han contribuido a revovar la atención de los estudiosos, de los políticos y de los ciudadanos en la versión directa de la democracia. Esta actitud se ha visto reforzada con el desarrollo de la teledemocracia.

Al declinar la década de los años setenta se inició el debate sobre los impactos de las NT en la participación política directa de la ciudadanía. Uno de los pioneros en plantear dicho debate fue Yoneji Masuda, máximo representante de la revolución tecnológica japonesa. En los juicios prospectivos de Masuda sobre los beneficios que podían reportar las NT en el proceso político existe un aspecto de especial interés, que hace referencia a la contribución de la telemática para una sustitución de la democracia parlamentaria representativa por formas de democracia directa basadas en la participación (Masuda, 1984, 172 ss.).

Estas ideas fueron compartidas, aunque desde premisas culturales ideológicas distintas a las de Masuda, por un caracterizado grupo de politólogos y sociólogos de la política que avanzó la prognosis de



una «democracia computarizada», (Arterton,1987; Becker, 1981; Bennett,1980; Toffler,1989; Tribe, 1991...). Se trata, en todo caso, de tesis que propugnan el tránsito *from parliamentary democracy to participatory democracy*; es decir, pretenden ofrecer una alternativa a la democracia parlamentaria, basada en la participación indirecta de los ciudadanos, a través de unos sistemas de mediación representativa articulados en forma de partidos políticos, por una democracia fundada en la participación directa e inmediata de los ciudadanos. Con ello se pretende el logro de las ventajas que reporta la participación real y efectiva de todos los ciudadanos en la toma de decisiones políticas. Asimismo, se aspira alcanzar una decisiva descentralización o desconcentración del poder.

Internet ha venido a facilitar la realización práctica de esas propuestas teóricas. Hoy ya existen los medios técnicos, en épocas anteriores inimaginables, para dotar cada domicilio de una pantalla conectada a una Red comunicativa universal (Internet) de teleproceso, de modo que cada ciudadano puede expresar instantáneamente, desde su pantalla de ordenador, su punto de vista sobre las cuestiones que se sometan a su elección, o sobre las que se recabe su opinión, optando en favor o en contra de ellas. El sistema permite maximizar y optimizar la comunicación directa, sin ningún tipo de mediatizaciones, entre los ciudadanos y quienes tienen a su cargo el poder político responsable de tomar las decisiones.

De este modo, a través de la votación electrónica instantánea los gobernantes se hallan en condiciones de conocer en todo momento la voluntad de los gobernados; estableciéndose una participación directa o inmediata de los ciudadanos en el ejercicio del poder.

El consenso o contrato social deja entonces de ser un presupuesto ideal o un valor sobreentendido de legitimación del sistema político, para devenir una experiencia en acto, susceptible de comprobación empírica inmediata. Superadas, gracias a la Red y a los demás avances de la telemática, las dificultades que comporta la democracia directa plebiscitaria, por las exigencias organizativas y costes del referéndum, podría llegarse a un instant-referéndum permanente. Así, los referendums instantáneos y permanentes pueden remplazar el trámite institucional de las elecciones por la conversión del domicilio de los ciudadanos en una «urna ininterrumpida», constantemente abierta al plebiscito o al sondeo (Arterton,1987, 67 ss.; Bennett,1980, 237; Tribe, 1991, 5.)

Las prognosis en favor de la democracia participativa, que entrañan actitudes de recelo respecto a la democracia parlamentaria, devuelven actualidad a los célebres fragmentos del *Contrat social* de Rousseau en los que muestra su desconfianza hacia los sistema representativos. Pensaba Rousseau que los diputados del pueblo no pueden ser sus representantes sólo son sus comisarios y, por ello, no pueden tomar acuerdos definitivos. Toda ley que el pueblo no ha ratificado directamente es nula: «*Les députés du peuple* -escribía Rousseau-

*ne sont donc ni peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses commissaires; ils ne peuvent rien conclure définitivement. Toute loi que le peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle; ce n'est point une loi».* Corroborando este juicio con su famosa tesis de que cuando el pueblo se da representantes deja de ser libre: «el pueblo inglés piensa que es libre, pero se engaña completamente; sólo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento, una vez que ellos son elegidos, se convierte en esclavo; no es nada» («*Le peuple anglais pense être libre, il se trompe fort; il ne l'est que durant l'élection des membres du Parlement; sitôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien*») (Rousseau, 1762, lib. III, cap. XV).

Como es sabido, para Rousseau la soberanía no puede ser representada, por la misma razón por la que no puede ser enajenada: consiste en la voluntad general y la voluntad no se representa, porque o es ella o es otra.

No menos escéptico se mostró, respecto a la democracia parlamentaria, Marx, un siglo más tarde, cuando la concibe como un instrumento por el que se decide cada tres o cada seis años qué miembro de la clase dominante va a representar y pisotear al pueblo. Frente a este sistema político, Marx alabó el modelo de democracia directa que, en su opinión, supuso la Comuna de París, como expresión de un gobierno del pueblo por el pueblo: «*eine Regierung des Volks durch das Volk*» (Marx, 1871,347).

La pretensión de reemplazar la democracia parlamentaria por una democracia directa o participativa *more informatico* no carece de riesgos y dificultades, que pueden afectar a diferentes planos. El pensamiento constitucionalista, de forma mayoritaria, observó con recelo la posibilidad de aplicar, con profusión y amplitud la democracia directa en los Estados de derecho. Se consideraba que, en las grandes democracias, resultaba un sistema complejo y costoso, al que tan sólo debía acudir en situaciones o ante cuestiones excepcionales.

A las dificultades técnicas se añade el temor a que, tras la participación plebiscitaria, pudieran incubarse fenómenos políticos involutivos de liderazgo personalista, siendo esta una de las principales razones que ha limitado una mayor implantación de fórmulas políticas de democracia directa (Aguilar de Luque, 1977).

Son muy ilustrativas, las reservas expresadas por Ortega y Gasset con la brillantez y enjundia que encierran sus reflexiones políticas, respecto a lo que él consideraba como excesiva y entusiasta remisión al referéndum del Proyecto de Constitución republicana de 1931. Pensaba Ortega que identificar la autenticidad democrática con la democracia plebiscitaria era fruto de una mala inteligencia y de un *quid pro quo*: «siempre, cuando en un gran Estado (no hablemos ahora de Suiza, que ha valido casi solo para desorientar a los pensadores políticos poco cautelosos..., consigue el plebiscito mediatizar a las otras formas de elección, pronto se oyen resonar en el suelo de mármol las rápidas sandalias de César que llega; el plebiscito creó en Roma el

cesarismo y lo ha recreado en toda gran colectividad nacional» (Ortega y Gasset, 1931, vol.11, 378-379).

#### 4. LA DEMOCRACIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

El reconocimiento de la Constitución española del 78 en el sentido de que: «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado» (art. 1.2), corrobora y matiza la calificación de nuestro Estado de Derecho como «democrático», contenida en el párrafo primero de ese mismo artículo. Que nuestro constituyente quería huir de cualquier planteamiento declamatorio al proclamar este principio se advierte en una serie de normas que lo concretan al articular los cauces para la fundamentación democrática del poder, la democratización de su ejercicio y la estructura democrática de nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto.

La fundamentación democrática de los tres poderes clásicos del Estado se manifiesta en: 1.º la consideración de «la ley como expresión de la voluntad popular» (Preámbulo), ya que las Cortes, que representan al pueblo español, «ejercen la potestad legislativa» (art. 66.2); 2.º que son las Cortes en virtud de su representatividad popular quienes «controlan la acción del gobierno» (art. 66.2), que responde solidariamente de su gestión ante el Congreso (art. 108); 3.º que «la justicia emana del pueblo y se administra [...] por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial» (art. 117.1).

La garantía del ejercicio democrático del poder se realiza a través de la amplia y casi constante remisión constitucional al principio de la participación. Tras establecerse con carácter general que los poderes públicos facilitarán «la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (art. 9.2), se perfilan dichas formas participativas en el terreno *político*: a través de los partidos políticos (art. 6), directamente o por medio de representantes en los asuntos públicos (art. 23.1), en la iniciativa legislativa (art. 87.3), en el procedimiento de elaboración de disposiciones que les afecten (art. 105.a), y en la Administración de justicia mediante el jurado (art. 125); en la esfera *económica*: a través de las asociaciones de consumidores (art. 51), de los trabajadores en la empresa (art. 129.2), y de los sindicatos, organizaciones profesionales, empresariales y económicas en la planificación (art. 131.2); y en la vida *cultural y social*: por medio de la intervención en la programación general de la enseñanza de todos los sectores afectados (art. 27.5), de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural (art. 48), y de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte a la calidad de vida o bienestar general (art. 129.1).

Finalmente la Constitución garantiza «la convivencia democrática» y el establecimiento de «una sociedad democrática avanzada» (Preámbulo), para lo que prescribe la estructura y funcionamiento democrático de: los partidos políticos (art. 6), los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales (art. 7), de los Colegios profesionales (art. 36) y de las organizaciones profesionales para la defensa de intereses económicos (art. 52) ( cfr.: Garrido Falla, 1980, 32 ss.; Peces-Barba y Prieto Sanchís, 1981, 26 ss. y 272 ss.; Pérez Luño, 2003, 201 ss.).

## 5. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional (TC) ha elaborado una significativa jurisprudencia sobre el alcance de la democracia directa y la democracia representativa en nuestro sistema jurídico-político. En sus decisiones se advierte, de forma manifiesta, el eco de las alarmas de quienes, como era el caso de las tesis reseñadas *supra* de Ortega y Gasset, han expresado su desconfianza hacia la democracia directa plebiscitaria.

a) La doctrina del Tribunal Constitucional sostiene, en efecto, una concepción *restrictiva y excepcional* de la democracia directa. En una sentencia relativa al recurso de amparo presentado contra una ley del Parlamento Vasco que limitaba el ejercicio de la democracia directa de los ciudadanos de dicha Comunidad, se invocó, por parte de los recurrentes el derecho fundamental y genérico a la participación política directa derivado del ejercicio de la soberanía popular. El TC rechazó esta pretensión, al delimitar en forma restrictiva tal derecho de participación directa inferido del ejercicio de la soberanía popular, considerándolo como excepcional, en el ámbito del ordenamiento jurídico que dimana de la CE.

Sostiene el TC que: «El derecho a participar directamente en los asuntos públicos, como todos los derechos que la Constitución establece, no puede sino ejercerse en la forma jurídicamente prevista en cada caso. Lo contrario, lejos de satisfacer las exigencias de la soberanía popular, supondría la imposibilidad misma de la existencia del ordenamiento, a cuya obediencia todos –ciudadanos y poderes públicos– vienen constitucionalmente obligados (art. 9.1 CE)».

A tenor del razonamiento sustentado por el TC en esa decisión se señala que: «los derechos de participación directa sólo tienen el alcance que deriva del ordenamiento vigente, debe aceptarse igualmente que, en nuestro caso, el hecho de que ese ordenamiento excluya determinadas materias de la iniciativa legislativa popular no vulnera ningún principio ni regla constitucional. Nuestra Constitución en su artículo 1.3 proclama la Monarquía parlamentaria como forma de gobierno o forma política del Estado español y, acorde con esta premisa, diseña un sistema de participación política de ciudadanos en el que priman

los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa. En función de esta línea argumentativa el TC declara que no existe ninguna vulneración del orden constitucional en el hecho de que la propia CE, al regular las características de los instrumentos de participación directa, restrinja su alcance y condiciones de ejercicio y, más concretamente, que la iniciativa legislativa sobre determinadas materias, por lo delicado de su naturaleza o por las implicaciones que entrañan, quede reservado a la mediación de los representantes políticos» (STC 76/1994, FJ 3).

Este fundamento jurídico no puede considerarse como un modelo de razonamiento impecable y diáfano y suscita cierta dosis de perplejidad. El TC, para justificar los límites al ejercicio de la democracia directa, una de cuyas manifestaciones principales es la iniciativa legislativa popular, alega la posibilidad de que de dicha iniciativa puedan excluirse determinadas materias por su «delicada naturaleza» y por las «implicaciones que entraña». De ello, por tanto, parece que la regla debería ser la de la aceptación general de la democracia directa desarrollada o concretada en la iniciativa legislativa popular, salvo en los casos en que, excepcionalmente, en función de la naturaleza o implicaciones del objeto a legislar, se considere que este sólo puede ser elaborado a través de los cauces de la democracia representativa. No obstante, el TC convierte en excepcional el ejercicio de un derecho que, en virtud de la conclusión lógica que debiera desprenderse de sus propias argumentaciones, tendría que ser considerado normal.

b) Asimismo, la doctrina del TC propende a *identificar la participación política popular derivada del Estado democrático con la democracia parlamentaria*. El TC no sólo ha sustentado una interpretación abiertamente restrictiva del ejercicio de formas de democracia directa, sino de la propia dimensión democrática constitucionalmente consagrada como definitoria de nuestro Estado de Derecho *ex artículo 1.1 CE*. La teoría jurídico-política actual considera que el carácter democrático del Estado de Derecho se concreta en el protagonismo que en su seno adquiere la soberanía popular y en la consiguiente relevancia que en dicho Estado adquieren los mecanismos de democracia directa (Díaz, 1984; Elster y Slagstad, 1997; Frosini, 1997; 2002; Palombella, 2000). En abierta oposición a este entendimiento científico del Estado democrático, nuestro TC, al iniciar su andadura jurisprudencial, no tuvo reparo en proclamar enfáticamente y de hacer suya la discutible tesis opuesta, a tenor de la cual el Estado democrático equivale a la democracia representativa. De ahí, que llegue a postular que «hoy en día todo Estado democrático es un Estado de partidos» (STC 3/1981, FJ 1).

c) *No se pretende aquí negar o infravalorar* la incuestionable relevancia que en nuestro sistema constitucional reviste la democracia indirecta o parlamentaria. Sí, en cambio, es propósito de esta reflexión evidenciar el equilibrio y la complementariedad que, de acuerdo con

nuestra Ley de leyes, incumbe a ambas formas de democracia directa y representativa. Un equilibrio que la jurisprudencia del TC trunca en favor de la democracia indirecta. La definición de nuestra forma política como Monarquía parlamentaria (art. 1.3 CE) debe interpretarse, a partir de una actitud metódica sistemática, en relación necesaria con la dimensión democrática del Estado (art. 1.1 CE) y con el principio de la soberanía popular (art. 1.2 CE). Estas dos últimas formulaciones constitucionales refuerzan el protagonismo de la democracia directa en nuestro sistema jurídico-político y su concreción en el derecho fundamental previsto en el artículo 23.1 CE, que consagra, y equipara el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos *directamente* o por medio de *representantes*.

## 6. CONCLUSIÓN: LA COMPLEMENTARIEDAD ENTRE DEMOCRACIA DIRECTA Y DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Estas observaciones no pretenden abolir, o desconocer la importancia, de la democracia representativa, porque como se ha recordado oportunamente, ésta resulta imprescindible para asegurar la deliberación, mientras que la democracia directa es más eficaz para garantizar la participación (Fishkin, 1995, 50-51). Por eso, para la plena garantía de los derechos y libertades en el marco del Estado de Derecho constitucional no se debe optar por uno de esos tipos alternativos de democracia, sino que debe reforzarse su complementariedad. Por decirlo en términos de Luigi Ferrajoli: «En ausencia de democracia directa, en efecto, la democracia representativa únicamente puede valerse de un consenso vacío y pasivo y se halla expuesta a todas las aventuras y perversiones posibles. En ausencia de democracia representativa, la democracia directa está destinada a replegarse sobre sí misma, reproduciendo en su interior las formas de la representación y sucumbiendo a largo plazo por defecto de garantías jurídicas y políticas» (Ferrajoli, 1995, 948).

En fecha reciente Ernesto Garzón Valdés ha planteado un sugestivo análisis sobre «Optimismo y pesimismo en la democracia». En dicho estudio, establece unas conclusiones cuya virtualidad estimo que incide directamente en el actual debate entre democracia directa y democracia representativa. En relación con quienes se aferran a un mantenimiento, cerrado a cualquier transformación renovadora, de la democracia indirecta parlamentaria, serían pertinentes sus observaciones relativas a que «no se debe caer en la tentación de suponer que se ha logrado ya la realización plena de todas las potencialidades que encierra la concepción de la democracia constitucional». Es necesario admitir que: «la siempre cambiante realidad exige la actualización coherente de sus principios y la adecuación cabal a los desafíos que el progreso científico-técnico trae aparejados». De ello cabe inferir,

que para los defensores de la democracia representativa se impone un doble deber: «la vigilancia estricta de los posibles vaciamientos de las instituciones democráticas y un deber de pensar los ajustes que las democracias nacionales, consolidadas o no, requieren para enfrentar los peligros» que dimanen de los desafíos sociales, culturales y tecnológicos del presente. Al propio tiempo, respecto a las actitudes de los que abogan por una inmediata suplantación de la democracia parlamentaria por experiencias de democracia directa, tiene pleno sentido la advertencia de Garzón Valdés dirigida a: «no admitir las falsas ilusiones que suelen tender un velo que distorsiona la realidad al idealizar futuros inalcanzables y vedar el camino hacia soluciones sensatamente realizables» (Garzón Valdés, 2003, 32).

Las exigencias de la democracia directa y la democracia representativa no se excluyen, deben ser consideradas como cauces complementarios para la efectividad y la plena realización de la democracia en los Estados de derecho. Negar, de forma tajante y radical, las ventajas que para la participación política directa de los ciudadanos supone la teledemocracia, es cerrar los ojos ante signos del progreso. Pero, la renuncia apresurada a determinadas garantías institucionales de la democracia representativa entraña también un grave riesgo. Ese riesgo incide en las amenazas de manipulación y control social, así como de «contaminación tecnológica» de las libertades (*Liberties Pollution*) que constituyen el lado oscuro de la teledemocracia. Dar cuenta pormenorizada de esas amenazas tecnológicas, implicaría rebasar los límites de espacio y tema de estas reflexiones. Esos riesgos han sido objeto de algunas de mis publicaciones de estos últimos años (1987; 1996; 1998; 2003...), alguna de ellas aparecida en fecha muy reciente en las páginas de este mismo anuario (2001); cuestión que constituye también el núcleo de las reflexiones avanzadas en mi obra de aparición inminente: *¿ciberciudadanía o ciudadanía.com?*

La Constitución española conmemora sus Bodas de Plata. Uno de los aspectos básicos de nuestro actual orden constitucional es, sin resquicio a duda, el que atañe a su propia significación democrática. La instalación cívica en el ámbito político y jurídico participativo instaurado por la CE, ha representado un reto y un estímulo para estas reflexiones.

Los veinticinco años de trayectoria constitucional han contribuido decisivamente a fomentar en los ciudadanos españoles la consciencia de sus derechos de participación política. Del correcto engarce entre las formas de democracia directa y democracia representativa, amparadas en el propio texto de la CE, dependerá que el pleno ejercicio de la democracia no quede reducido a unas meras proclamaciones formales, sino que se traduzca en la sucesiva ampliación de espacios concretos de libertad y participación en el despliegue de nuestra vida cívica.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, L. (1977): *Democracia directa y Estado constitucional*, EDERSA, Madrid.
- ARTERTON, F. CH. (1987): *Teledemocracy: Can Technology Protect Democracy?* Sage, Newberry Park, (California).
- BECKER, T. (1981): «Teledemocracy: Bringing Power Back to the People», en *Futurist*, núm. 12.
- BENNETT, J. M. (1980): «Report of Working Group. Computers and Citizen Participation in Politics and Government», en la obra col. a cargo de A. Mowshowitz, *Computer and Human Choice*, Actas del Congreso celebrado en Baden (Austria) del 4 al 8 de junio de 1979, North-Holland Publishing Company, Amsterdam.
- DE CELIS, J. (1962): *Los grupos de presión en las democracias contemporáneas*, Tecnos, Madrid.
- DÍAZ, E. (1984): *De la maldad estatal la soberanía popular*, Debate, Madrid.
- ELSTER, J., y SLAGSTAD, R. (ed.) (1997): *Constitutionalism and democracy*, Cambridge University Press, Cambridge.
- FERRAJOLI, L. (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid.
- FISHKIN, J. (1995): *Democracia y deliberación*, trad. cast. de J. Malem Seña, Ariel, Barcelona.
- (1997): *The Voice of people*, Yale University Press, New Haven
- FROSINI, T. E. (1997): *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Giuffrè Editore, Milán.
- (2002): *Forme di governo e partecipazione popolare*, Giappichelli, Torino.
- GARRIDO FALLA, F. (1980): *Comentarios a la Constitución*, «Art. 1», Civitas, Madrid.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1987): *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (2003): «Optimismo y pesimismo en la democracia», en *Claves de Razón práctica*, núm. 131.
- LAUDON, K. C. (1980): «Information Technology and Participation on the Political process», en la obra col. a cargo de A. Mowshowitz, *Computer and Human Choice*, Actas del Congreso celebrado en Baden (Austria) del 4 al 8 de junio de 1979, North-Holland Publishing Company, Amsterdam.
- LENK, K. (1982): «Tecnología de la información y sociedad», en el vol. col. *Microelectrónica y sociedad, para bien o para mal*, ed. a cargo de G. Friedrichs y A. Schaff, trad. cast. de M. A. Fernández Alvarez, Alhambra, Madrid.
- MALEM SEÑA, J. F. (2002): *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona.
- MANASIAN, D. (2003): «Power to the people», en *The Economist*.
- MARX, K. (1871): *Der Bürgerkrieg in Frankreich*, en *Marx -Engels Werke*, Dietz, Berlin, 1961, vol 17.
- MASUDA, Y. (1984): *La sociedad informatizada como sociedad post-industrial*, trad. cast. de J. Ollero y F. Ortiz Chaparro, Fundesco & Tecnos, Madrid



- NOHLEN, D. (1981): *Sistemas electorales del mundo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ORTEGA Y GASSET, J. (1931): «Rectificación de la República», en *Obras Completas*, Alianza Editorial & Revista de Occidente, Madrid, 1983, vol. 11.
- PALOMBELLA, G. (2000): *Constitución y soberanía: el sentido de la democracia constitucional*, trad. cast. de J. Calvo, Comares, Granada.
- PECES-BARBA, G. con la col. de PRIETO SANCHÍS, L. (1981): *La Constitución española de 1978. Un estudio de derecho y política*, Fernando Torres, Valencia.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (1987): *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las N. T. de la información*, Fundesco, Madrid.
- (1996): *Manual de informática y derecho*, Ariel, Barcelona.
- (1998): *Saggi di informatica giuridica*, con prólogo de V. Frosini, Giuffrè, Milano.
- (2001): «Sobre el arte legislativo de birlibirloque. La LOPRODA y la tutela de la libertad informática en España», *Anuario de Filosofía del Derecho* tomo XVIII, pp. 321-361.
- (2003): *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid; 8.<sup>a</sup> ed.
- PORRAS NADALES, A. (1994): *Representación y democracia avanzada*, CEC, Madrid.
- (ed.), (1996): *El debate sobre la crisis de la representación política*, Tecnos, Madrid.
- ROUSSEAU, J. J. (1762): *Du Contrat social*.
- SORIANO, R., y DE LA RASILLA, L. (2002): *Democracia vergonzante y ciudadanos de perfil*, Comares, Granada.
- TOFFLER, A. (1989): *La tercera ola*, trad. cast. de A. Martín, Plaza & Janes, Barcelona, 5.<sup>a</sup> ed.
- TRIBE, L. H. (1991): «The Constitution in Cyberspace», en *The Humanist*, núm. 5



## **II**

# **ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO**



## Kelsen y la tortuga. La teoría pura del derecho como antifilosofía

Por XACOB E BASTIDA FREIXEDO

Universidad de Oviedo

**INTRODUCCIÓN:** El presente trabajo ofrece ciertas claves que permiten comprender la obra de Kelsen desde una perspectiva distinta. A través de la diferenciación entre la *doxa* y la *aletheia* –entre la filodoxía y la filosofía– intentamos encuadrar tanto a la teoría kelseniana como al positivismo en general en el ámbito propio de un modo de pensar claramente antagónico con el filosófico. El positivismo no produce una filosofía del derecho, sino una filodoxía del derecho; esto es, un tipo de especulación que, lejos de inquirir respuestas, las da por supuestas. La filodoxía –y con ella el positivismo, con Kelsen a la cabeza– produce un análisis funcional que no pone en cuestión la realidad, sino que la justifica por el mero hecho de haber aprobado el examen de la praxis. En suma, aquí se tratará de ver cómo la Teoría Pura del Derecho, mediante la filodoxía que destila, no miente: simplemente se inventa la verdad.

En este trabajo nos proponemos analizar la obra de H. Kelsen desde las claves que, en una perspectiva más amplia, hemos ofrecido para la sistematización de la filosofía del derecho en general y que incluyen como patrón diferenciador fundamental el deslinde entre dos conceptos que son, a su vez, dos maneras de afrontar la realidad (X. Bastida, 1999: 433-469). Nos referimos a la *doxa* y a la *aletheia* –a la filosofía en sentido estricto–. Permítasenos, en aras de la precisión y en defensa de la pereza, que reproduzca dos páginas ya publicadas en aquel trabajo más general y que servirán de marco en el cual encuadrar la teoría del derecho kelseniana.

La cultura occidental estableció sus fundamentos distinguiendo radicalmente entre el discurso de la verdad y el discurso de la apariencia, distinción que, como recuerda E. Lynch (1988: 41), operó como

fractura en el campo del saber. El pensamiento prefilosófico no afrontaba los problemas sino reiterando una fórmula preexistente, recibida, traditiva. La prefilosofía es una forma de expresión de la mentalidad tradicional. Pensar, querer y sentir son para el tradicionalismo repetir en sí mismo un repertorio inmarcesible de actitudes que por el hecho de ser recibidas merecen justificación. La sumisión y adaptación a lo recibido, a la tradición dentro de la cual vive el individuo inmerso, adquiere en este modelo de pensamiento el papel de criterio de verdad. A esta forma de pensamiento llamaron los griegos *doxa*. Posiblemente fuera Parménides el primero en oponer este concepto –recordemos el fragmento de su poema *Por el camino de la doxa*– al de *aletheia*, en este contexto sinónimo de filosofía por cuanto significa el intento de la razón de encontrar la verdad y representa la prescindencia de cualquier tipo de predeterminación traditiva. Es precisamente el enfrentamiento con la habitualidad como criterio de verdad que es propio de la filosofía lo que ha llevado a identificar el concepto de filosofía y el de *aletheia* –algo que en sí mismo es correcto–, así como a inventar un falso étimo de *aletheia* que ratificase su significado. Así, Heidegger –y en esto fue seguido por Ortega– pensaba que *aletheia* era un derivado de *letheia* –que significa poner un velo, ocultar– precedido de una alfa privativa que invertía su sentido; esto es, *a-letheia* venía a significar traer algo a la superficie, descubrir lo oculto o velado, mostrar la verdad. Aunque, como pone de manifiesto el riguroso trabajo de P. Friedländer (1989: 214 y ss.), el étimo es falso –la palabra procede de la conjunción de *alé*, que es una partícula ponderativa y *ethos* (costumbre), con lo que se invertiría el significado de la palabra– la significación que los griegos dieron al concepto era, invirtiendo así su génesis, el que Heidegger ideó *pro domo sua*. En otro orden de cosas, ya decíamos que la cuestión tenía raíces clásicas, también Platón utilizó la contraposición entre *doxa* y *episteme* (1993: 299, 511c) para significar el diferente conocimiento que se extrae de la utilización del pensar tradicional y el filosófico.

En cualquier caso, la filosofía, entendida como *aletheia* o como *episteme*, nace constitutivamente como enfrentamiento a la *doxa*, término habitualmente traducido por *opinión* o por *apariencia*. La *doxa* es lo que se dice, lo que parece, lo que la comunidad espera, el comportamiento habitual con el que se cuenta. Dicho brevemente, la *doxa* es la expresión de lo con-sabido. Por el contrario, la filosofía tiene un cariz polémico por cuanto cuestiona sistemáticamente la opinión recibida. Por eso la fórmula normal del enunciado filosófico implica siempre una negación. Su expresión no es «A es B», sino «A no es B, sino C» –con lo cual, casi sin querer, hemos definido filosóficamente la filosofía–.

Ahora bien, la filosofía no tiene por qué destruir la prefilosofía –la *filodoxía*– de la que parte y con la que se enfrenta, sino que, desde su nivel debe comprenderla, absorberla o rechazarla y sustituirla por una verdad justificada. La trituración de otras formas de filosofía de la que

habla Bueno (1995: 48, 70), y que, desde luego, es imprescindible, presupone la idea de una posibilidad de entender ya no tanto un sistema concreto cuanto cualquier sistema que pudiera asumir o haber asumido un papel rector en la sociedad. Y, en este sentido, la doxa debe ser asumida por la filosofía que no es sino la superación dialéctica y, por tanto, envolvente, de aquel pensar.

Según esto hay dos actitudes con las que podemos afrontar el estudio del derecho y, en general, de la realidad. La primera tiene como *ratio* la contemplación del derecho como conjunto articulado de normas que cumplen una función de orden social. Los caracteres que conforman la realidad no son cuestionados habida cuenta de que la función que realizan existe empíricamente. Esta perspectiva parte ya de una práctica que se considera justificada pragmáticamente. El mero hecho de su existencia es razón suficiente para estimarla justificada y acorde con un comportamiento racional. La actitud filodóxica concibe el derecho como conjunto de preceptos socialmente vinculantes cuya obligatoriedad no es puesta en duda. Por contra, la actitud filosófica concibe el derecho como producto cultural cuyo sentido está en función de los demás elementos de la sociedad en que emerge y vive. La filodoxía, por utilizar la distinción de la fenomenología de Husserl —deudora en esto de la epistemología kantiana— establece una visión analítica del derecho basada en relaciones de implicación. En este tipo de relaciones un pensamiento aparece como surgiendo de otro anterior porque no es sino la explicación de algo que ya estaba en éste implícito. En la implicación la serie de pensamientos brotan dentro de un primer pensamiento en virtud de un análisis progresivo. La filodoxía, al analizar el derecho como un conjunto formal con sustantividad propia ve al derecho como un conjunto de partes implicadas. La filosofía, muy al contrario, estudia el fenómeno jurídico desde el punto de vista sintético como el resultado de relaciones de complicación —tal vez por eso, si hemos de creer a buena parte del alumnado, la filosofía del derecho sea tan *complicada*—. La complicación —también llamada fundación o fundamentación— es aquella relación por la cual una parte está unida a otra pero sin estar contenida en ella. Desde esta perspectiva, el derecho no se agota en su especificidad formal ni en sus peculiares derivaciones de validez, sino que se integra en la «cultura jurídica» de una sociedad, entendiendo por tal «las ideas, valores, actitudes y opiniones que la gente mantiene en una sociedad con relación al derecho y al sistema jurídico» (L. Friedman, 1994: 118). La idea de norma complica necesariamente la idea del espacio en torno del cual se mueve. Tiene razón Hughes al afirmar en su crítica al formalismo kelseniano que un sistema jurídico no es simplemente una estructura de la razón que fluya de la suposición de un conjunto de premisas, como si se tratara de geometría Euclidiana (1974: 209). Esto vale para el filódoxo, no para el filósofo del derecho. La existencia de una comunidad jurídica debe ser analizada, como cualquier regulación de la vida humana que es realmente eficaz, en términos de actitudes y

disposiciones efectivas hacia los procedimientos de aceptación de la autoridad de las personas que constituyen la comunidad. Para la filosofía, la obligatoriedad y la función ordenadora del derecho no constituyen límite, sino reto. Si nos situamos en las coordenadas del materialismo antropológico de M. Harris podemos decir que la filodoxía es una disciplina eminentemente émica ya que se sirve de enunciados que sólo desde el punto de vista interno del participante tienen sentido, pues sólo desde esta situación el concepto de obligatoriedad y el orden correlativo que implica adquieren relevancia. La filosofía es, en cambio, una disciplina *ética* —¡*more* Harris!— que utiliza enunciados independientes del mantenimiento del orden autónomo creado por las normas. Llegado el caso, el filósofo puede entonar el *fiat veritas pereat ius*, algo que está radicalmente vedado para el filódoxo. Sirvámonos de un retruécano: para un filódoxo la ley hace fe mientras que para un filósofo es la fe la que hace la ley.

Conviene aclarar que lo que verdaderamente diferencia la filosofía de la filodoxía no son las diferentes preguntas a las que dan respuesta. Es la perspectiva desde la que se afronta un problema y no la naturaleza del problema mismo lo que diferencia filosofía y filodoxía. El objeto de conocimiento, en esto tenemos de nuestra parte a Kant, no es constitutivo de estos dos modos de conocimiento. Es la diferente actitud ante las mismas preguntas la clave que los separa. La filosofía intenta responder y la filodoxía solucionar. La teoría analítica de los enunciados descriptivos de los que habla Bulygin (1988) y que según él sólo cabe declarar verdaderos o falsos utilizando cualquier punto de vista, sea interno o externo, no tiene sentido. La solución verdadera no tiene por qué ser una respuesta verdadera y viceversa. La filosofía y la filodoxía expresan diferentes cosas. Parafraseando lo dicho por N. Bobbio respecto de la ciencia y la filosofía, la filodoxía es una toma de posesión de la realidad y la filosofía una toma de posición frente a la realidad (1980: 88). Responder y solucionar pueden parecer términos equivalentes y, sin embargo, no lo son. La filodoxía no da respuestas: únicamente proporciona expedientes que dan salida a una dificultad salvando así los inconvenientes que se derivan de un cuestionamiento último. La verdad, aquel bien que, siguiendo el mito platónico, sólo es accesible una vez fuera de la caverna, no es un fin en sí mismo. Es más, la propia condición funcional de la filodoxía exige que su método tenga como espacio la umbría cavernícola. Muy al contrario, a la filosofía no le basta con la solución —con todo lo que de provisional implica el término— de ciertos problemas que se le presentan. Su cometido es el de analizar las interpretaciones de la filodoxía, dar razón de ellas, ponerlas a prueba, rechazarlas si son falsas y elevarlas a condición de filosóficas si son verdaderas. Las soluciones de la filodoxía parten siempre de la elusión de las posibles respuestas que pueda dar la filosofía. La filosofía indaga que diferencia hay, si la hay, entre la soberanía que se predica del poder constituyente y la eficacia que se deduce de una actuación inconstitucional impuesta por



vía de hecho; la filodoxía se dedica a buscar la diferencia que sin duda existe —esto es, presupone la respuesta para buscar una solución— entre ambos supuestos.

El filósofo del derecho no puede aceptar como verdadero nada que no haya sometido a radical revisión, nada cuyos fundamentos de verdad no haya construido. Por ello ha de dejar en suspenso toda creencia. Y el derecho —no nos es dada una mayor precisión en este momento— es, ante todo, creencia. En este sentido —aquí la precisión de Ortega es más que certera (VII: 357)— por cuanto cuestiona nuestras creencias más habituales y plausibles, las que constituyen el suelo intelectual sobre que vivimos, la filosofía es anti-natural y *paradójica* en su raíz misma. La filodoxía se cimienta en la opinión espontánea y consuetudinaria. Por contra, la filosofía se ve obligada a desasirse de ella, en busca de otra opinión, de otra *doxa* más firme que la espontánea. La filosofía es, pues, *para-doxa*» (X. Bastida, 1999: 437-440).

Así las cosas, podemos adentrarnos ya en lo que es preocupación principal de este artículo, a saber, la postulación de la teoría de Kelsen —y del positivismo en general, del cual la teoría pura del derecho es tan sólo muestra protofenoménica— como teoría filodóxica del derecho y, en este sentido, antifilosófica.

Toda filosofía del derecho ha de vérselas con la concreción de un concepto de derecho. Pero sabemos que el concepto de derecho puede hallarse siguiendo dos líneas básicas de indagación que a su vez están guiadas por dos metas distintas: bien puede ser un estudio filosófico, en cuyo caso no existe ningún tipo de predeterminación en el análisis, ya que su fin es alcanzar un concepto *verdadero* de derecho; bien puede ser un estudio filodóxico, y en este caso existe una predeterminación funcional en el estudio del concepto. La filodoxía necesita manejar un concepto de derecho no necesariamente verdadero, sino *útil*, orientado *ex ante* a la consecución de un fin, cual es el proporcionar una base que permita la aplicación e interpretación de unas reglas productoras de orden social. La filosofía del derecho inquiere si existe alguna diferencia entre la fuerza bruta y el derecho y, en su caso, en qué radica dicha diferencia; por el contrario, la filodoxía busca la diferencia que *sin duda* existe entre la fuerza bruta y el derecho para que las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico sean operativas. A esto nos referíamos cuando hablábamos de la falta de predeterminación que existía en el análisis filosófico y a la preconcepción funcional que caracterizaba a la filodoxía.

Pues bien, la teoría pura del derecho parte de un planteamiento claramente filodóxico. Entiéndase bien, no se quiere decir con esto que los trabajos de Kelsen no puedan dar lugar a una teoría ni a una filosofía del derecho, simplemente se apunta que su teoría conduce a soluciones que marginan la cuestión filosófica para preferir la funcional, la más útil tarea metodológica. Al establecer Kelsen sus derivaciones de índole metodológica, tanto en sus desarrollos como en sus rectificaciones, nos aclara mucho acerca de las cuestiones filosóficas

que su teoría plantea. Por ejemplo, al diferenciar a la teoría pura de las doctrinas de derecho natural despeja, sin querer, el origen *ex post* y, por tanto, legitimador, de su norma fundamental; con la sucesiva evolución en la inteligencia de la norma básica –hipótesis, ficción– nos pone en contacto con la idea de que el derecho no es más que una cuestión de fe, una creencia... Los avances de la técnica proporcionan campo abonado para la investigación científica. Del mismo modo, la introspección metodológica ayuda a la clarificación filosófica.

A la hora de intentar delimitar el concepto de derecho y diferenciarlo de la nuda fuerza impuesta de hecho –esta es la tarea básica del positivismo– la toma de postura que presupone la diferenciación entre el recaudador y el asaltante, tal hace Kelsen, es propia de la perspectiva metodológica de la filodoxía. L. Gianformaggio, asumiendo la teoría kelseniana, es realmente clara al respecto: «es importante destacar cómo la diferencia entre la exigencia del recaudador de impuestos y la del asaltante (una diferencia consistente en el hecho de que la del recaudador implica un deber, y la del asaltante no) es por sí misma un *datum* adquirido. El problema no es si hay o no una diferencia, y si la hay, *cuál*. El problema es: ¿en qué consiste *esa* diferencia, la cual *existe?*» (1994: 49). A. Calsamiglia percibe perfectamente el sesgo filodóxico que Kelsen imprime a su teoría, aunque no acierte a expresarlo con corrección: «Kelsen no se preocupa excesivamente del problema de la relación entre la fuerza y el derecho. Para el jurista vienés lo importante es que por medio de la identificación del estado con el derecho, de la actividad estatal con la jurídica, desaparezca el problema» (1977: 183). Que a Kelsen le preocupa, y aún le reconcome, el deslinde entre la fuerza y el derecho es algo que no puede ser discutido. Es más, resulta difícil encontrar un texto de Kelsen en el que no aluda a la prioridad teórica que supone el diferenciar al *gangster* del policía. Sin embargo, y esta es la parte en la que Calsamiglia atina, la respuesta al problema de la relación entre fuerza y derecho consiste en que el problema, como tal, desaparezca. Obviar preguntas molestas presuponíéndoles respuesta –los alumnos que se examinan conocen perfectamente el método– constituye un modo ejemplar de zanjar problemas.

Cuando se pretende criticar el interesado recurso retórico que consiste en argumentar con ejemplos favorables a la par que se pretieren los que contradicen el nudo del discurso, nada hay más absurdo que descalificar al orador aduciendo su «memoria selectiva». Con esto se desconoce la función primordial de la memoria que consiste no en recordar, sino en olvidar. Si todo conocimiento es recuerdo, como decía Platón, todo conocimiento es también olvido –como apostillaba un Bacon apócrifo–. Con la memoria desterramos lo inconveniente, lo inútil, lo vano. Acumulamos en la alforja de nuestra vida sólo aquello que nos es cuestión y que nos interesa; y para ello nos servimos de la memoria, que es una gran máquina de desechar armatostes que no caben en nuestro zurrón vital. No es pues, la memoria, juzgable por lo

que contiene, sino por la retahíla de bultos que ha dejado por el camino. Su labor consiste, más que en responder a preguntas pertinentes, en evitar respuestas a las impertinentes.

De la misma manera, la obra de Kelsen que, al punto, es quintaesencia del planteamiento filodóxico, no sirve para responder a la pregunta por el derecho. Cuando Kelsen se plantea el problema elemental de la definición del derecho realiza una curiosa pirueta elusiva: «Nuestro problema [...] es el siguiente: ¿por qué razón los individuos destinatarios de las normas del ordenamiento deben realizar comportamientos conformes a las normas del mismo ordenamiento? No se trata de saber si el derecho deba ser aplicado y observado o, lo que es lo mismo, si el derecho positivo sea válido. *La teoría del derecho positivo afirma este dato como presupuesto*» (1974a: 396). La única razón para admitir la supuesta validez de la misma norma fundamental es que su validez es un postulado necesario para la contemplación funcional –metodológica– del derecho. En este punto la teoría kelseniana no deja lugar a la duda. De forma paladina plantea el problema de la teoría pura como una cuestión de interpretación orientada funcionalmente. Y decimos interpretación tanto en un sentido hermenéutico como dramático. La teoría pura pretende interpretar, teatralizar la realidad, que no es sino fuerza ejercida por el poder. El derecho, decía Kelsen, puede ser considerado como la ideología específica de cierto poder históricamente dado. Pero si esta fuera la visión de la ciencia jurídica acerca del derecho, el fin del derecho no podría consumarse. De ahí que en último término haya que recurrir a la ficción para poder fundamentar un orden de otra manera indistinguible de la fuerza: «una ficción es un recurso del que se vale el pensamiento cuando no logra alcanzar su objetivo con el material dado» (Kelsen, 1987: 86). Bobbio ha sabido ver la concepción instrumental que subyace a la «pureza de la teoría pura» (1976: 12 ss.). Al definir Kelsen el derecho como técnica de orden social u ordenamiento para la promoción de la paz admite, desde luego, que el derecho puede servir para alcanzar los fines más diversos, pero al mismo tiempo admite que el fin del orden no puede alcanzarse más que por medio del derecho. El derecho lleva necesariamente incorporado el fin del orden, de la paz social; y sólo si la ciencia del derecho finge, a la manera de un actor que representa un papel, que el sentido subjetivo de una norma –en principio idéntica a la orden de un delincuente–, es diferente por cuanto obliga jurídicamente, será posible conseguir la finalidad pacífica del ordenamiento jurídico: «de igual modo que Kant pregunta cómo es posible una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos en las leyes naturales formuladas por la ciencia natural, la teoría pura del derecho pregunta: ¿cómo es posible la interpretación, que no eche mano de autoridades metajurídicas, como dios o la naturaleza, del sentido subjetivo de ciertos hechos, como un sistema de normas jurídicas válidas objetivamente, describibles en enunciados jurídicos? La respuesta gnoseológica de la teoría pura del derecho es: bajo la condi-

ción de que se presuponga la norma fundante básica “uno debe comportarse como la constitución lo prescribe”» (Kelsen, 1982: 209-210). Así como el actor no se confunde con su personaje pero intenta hacerlo por completo creíble, la teoría pura del derecho procura representar de la forma más fidedigna un papel –el del derecho– que no es idéntico a la persona que lo interpreta –el poder–.

La norma fundamental no se crea mediante un procedimiento jurídico ni a través de un organismo creador del derecho. No es, al contrario que las normas positivas, válida por ser creada de cierta forma por un acto jurídico, sino que es válida porque se supone que es válida. Y se supone que es válida porque sin tal suposición, en palabras del mismo Kelsen, «ningún acto humano podría considerarse jurídico ni, mucho menos, normativo» (1969b: 136). Detengámonos en esta cuestión. La norma fundamental es válida porque se supone su validez o, todavía con más crudeza, porque se supone una voluntad ficticia que da origen a la validez. Esto equivale a decir que no se puede dar ninguna razón para justificar la validez de la norma fundamental y que, en consecuencia, no se da razón alguna para la validez de las normas que en teoría extraen su validez de la norma fundamental. La naturaleza abiertamente hipotética del enfoque de Kelsen, como ha sabido ver Soper (1993: 56), deja sin tocar no solamente la cuestión de la justificación, sino cualquier otro problema concebible concerniente a la diferencia entre derecho y fuerza que pueda resultar de interés intelectual. A lo más cerca que llega Kelsen en la tarea de indicar qué es lo que da lugar a la actitud normativa crítica en el caso del derecho, es su lacónica discusión de la diferencia que existe entre la comunidad jurídica y una banda de asaltantes. En vez de intentar explicar la diferencia en la respuesta normativa mediante una referencia a diferencias objetivas entre la banda de delincuentes y el orden jurídico, Kelsen sólo nos dice que si se presupone la validez normativa del sistema jurídico subyacente, la consistencia extenderá esa respuesta normativa para cubrir las partes lógicamente vinculadas del sistema. Y si no es así, entonces no es así, parece decirnos un resignado Kelsen: «Un comunista puede, efectivamente, no admitir que exista diferencia esencial entre una organización de bandoleros y un orden jurídico capitalista que él considera como un medio para una explotación despiadada. Porque él no presupone, –a diferencia de quienes interpretan el orden jurídico en cuestión como normativo y objetivamente válido– la norma básica. Él no niega que el orden capitalista coercitivo es derecho del Estado. Lo que niega es que este orden coercitivo, el derecho del Estado, sea objetivamente válido» (Kelsen, 1969a: 70).

Entre los judíos, la *hagadah* estaba constituida por las historias y anécdotas de la literatura rabínica que sirven de ilustración y confirmación de la doctrina ortodoxa –que es la *halacha*–. Lo verdaderamente genial en Kelsen, algo que también ocurría con Kafka, según nos cuenta W. Benjamin (1980: 206), fue que probó algo nuevo por entero en la tradición jurídica: abandonó la verdad para atenerse a

la transmisibilidad, a su elemento hagádico. El uso consciente de la ficción como base fundamental de su teoría da buena muestra de ello. Tal vez su teoría no pruebe nada. En cualquier caso está hecha de tal modo que puede en todo momento insertarse en contextos demostrativos. Por eso Kelsen resulta tan caro a los juristas prácticos y a los tratadistas de disciplinas jurídicas particulares –derecho administrativo, constitucional, civil...–. Es difícil encontrar un manual de las llamadas «partes generales» de aquellas disciplinas que no contenga innúmeras alusiones a la perspicua visión de Kelsen sobre el entramado del derecho –casi tan difícil como hallar alguna alusión a cualquier otro filósofo del derecho–. Comoquiera que el civilista, por poner un ejemplo, se ocupa de las normas –de lo que dicen, del sentido de lo que preceptúan, de sus implicaciones con otras normas– sin reflexionar sobre qué es una norma, el planteamiento de Kelsen ha de resultarles forzosamente grato. Hay una presuposición última de validez que fundamenta la primera de las normas; a partir de ahí, comienza el derecho. O, lo que es lo mismo –interpretará con razón sobrada el civilista en cuestión– no nos planteemos con demasiado rigor el porqué de la obligatoriedad pura y comencemos a hablar de derecho. Mientras se conciba al derecho en el desempeño de su papel en las prácticas a que da lugar no necesitamos realmente que la palabra *derecho* figure en su definición, de manera que no hay circularidad real al definir el objeto por sus características y, al tiempo, explicar las características como propiedades del objeto. La circularidad sólo es criticable cuando es pretendida respuesta a una pregunta científica o filosófica, no cuando es solución a una cierta patología. Ahora bien, la misma satisfacción que sienten los que profesan disciplinas prácticas al poseer un cómodo concepto que les permita planear sin mayor problema por el articulado que enseñan en las lecciones de su programa se corresponde con la profunda decepción que experimentan los teóricos y filósofos «puros» cuando se enfrentan a la teoría kelseniana. Con asombrada pupila contemplan el perfeccionismo estetizante –o virtuosismo lógico, que diría H. Heller–, con que Kelsen pulimenta los encadenamientos de validez hasta que, mediante impúdico birlibirloque, se dice: y todo lo anterior, señores, se presupone o no hay nada que hacer. La pregunta que se hace A. Peczenick –«¿cómo puede una mera presuposición constituir un fundamento para la validez legal?» (1979: 282)– refleja perfectamente la perplejidad del no jurista a la que nos referimos. Pero esto significa pedirle a Kelsen lo que no puede dar, porque la teoría pura no es una filosofía del derecho. La teoría pura de Kelsen, al igual que la memoria, sirve para eludir problemas al jurista ocupado en el derecho. Problemas que pesan más que alivian su faena. Por eso Kelsen es más filódoxo que filósofo. Olvidar, según vimos, es oficio del aprendizaje. Del mismo modo, preterir es labor constructiva de cierto pensamiento. Nada hay de malo en no ser filósofo y ser filódoxo. Los filódoxos del derecho se ocupan del derecho positivo, tanto de su aplicación como de su interpretación. Muy al contrario, los filósofos del derecho,

por causa de su indagación conceptual, están ocupados ya antes de ocuparse del derecho positivo; esto es, el filósofo es esencialmente un hombre pre-ocupado. Por eso la anatomía del filósofo –frente a la del metodólogo, que es magnífica y funcional fisiología– resulta siempre un poco enfermiza. Si esto es así, la teoría de Kelsen no es más que una lucha contra el morbo filosófico. Qué razón la de Radbruch al señalar que la ciencia sana y el hombre sano no suelen preocuparse ni saber mucho sobre sí mismos (1930: 250).

A través de la presuposición de validez, que no es otra cosa que la asunción elíptica del poder, se salvan los defectos que devienen de la definición de Austin –realmente nuclear para el positivismo– por cuanto distingue ya las órdenes de hecho –la imposición pura de la fuerza– de las órdenes de derecho –la imposición de obligaciones–. Claro que este logro se consigue a muy alto precio: el de no decir realmente nada. Si la validez de la norma designa la existencia específica de ésta y a su vez la fundamentación de validez de una norma se remite a otra superior que constituye el sentido objetivo –la obligatoriedad– de la primera, el problema no se soluciona, simplemente se demora. Esta es precisamente la función de la presuposición de validez: demorar una respuesta por la sencilla razón de que no sólo no se precisa sino que su posible aclaración pudiera dar al traste con el objetivo propuesto, cual es la formación de un concepto operativo para la práctica.

Los griegos creían que en la base del mundo se hallaba un lugar infernal, llamado Tártaro. Comoquiera que, aunque mefistofélico e inhumano, el Tártaro se encontraba en la tierra, había que encontrarle un lugar de apoyo, un sustento físico en el cual pudiera asentarse. De esta forma el pensamiento mítico creó a un monstruoso animal con un gigantesco caparazón sobre el que el mundo entero, y directamente el Tártaro, reposaban su mole. Ese animal, que el lector avisado en étimos ya habrá localizado, pues la tortuga debe su nombre a la semejanza fisionómica con el imaginado engendro que sostenía al Tártaro, era la respuesta a la inquietud propia del que ignora si su mundo es o no estable. Claro está, los griegos ya no se preguntaban quién demonios –nunca mejor dicho, habida cuenta que del Averno tratamos– sostenía a la mítica tortuga. Si así fuese, si la razón prosiguiese su camino en busca de un básico apoyo, la respuesta que surgió como bálsamo en el que mitigar la ansiedad levitatoria carecería de sentido. Lo fundamental no era tanto encontrar una vía absolutamente racional para satisfacer la duda como satisfacer la duda misma. De este camino intermedio entre la razón pura y la magia que es el pensamiento mítico participa la teoría de Kelsen. En efecto, si queremos responder a la pregunta acerca de la obligatoriedad del orden jurídico, si lo que pretendemos es dotar de sentido a la actividad considerada jurídica, necesitamos imaginar una *Grundschildkröte*, una inmensa tortuga fundamental que nos permita hablar del derecho sin recurrir a mayores e insolubles indagaciones. La norma fundamental, desde esta perspectiva, surge

con la clara vocación de apartar problemas, no de resolverlos definitivamente. En resumidas cuentas, no hay un sentido estrictamente filosófico de la normatividad, sino una manera específicamente jurídica en que la normatividad puede ser considerada. La pregunta de la teoría pura, según nos cuenta Kunz, no es *¿qué es el derecho?*, sino *¿cómo es posible el conocimiento del derecho?* (1974: 46).

La fijación del concepto de validez de una norma precisa en la teoría pura del recurso a otra norma, con lo cual nada se dice acerca de lo que en realidad confiere validez, pues, en el juicio de validez sobre el predicado, éste no es más que una parte del sujeto. A esto, ni más ni menos, llamaba Kant juicios analíticos, por oposición a los juicios sintéticos. En los juicios analíticos el predicado es un desdoblamiento del sujeto, dice cosas que ya están contenidas en él; por el contrario, en los juicios sintéticos el sujeto y el predicado no se solapan y están conectados por la percepción sensorial del sujeto que los enuncia. Como consecuencia de todo esto cabe deducir que los juicios analíticos son siempre verdaderos y tienen en su misma estructura la garantía de su veracidad –por tanto dan lugar a un conocimiento universal y necesario–, mientras que los juicios sintéticos no son en sí verdaderos, pues necesitan un fundamento en la sensación, en la percepción sensible –son por ello expresión de un conocimiento particular y contingente–.

Desde la perspectiva filodóxica, los juicios de validez que fundamentan las normas son juicios analíticos por cuanto en su predicado va incluido ya el sujeto del que algo se predica. Lleva razón L. Legaz y Lacambra cuando afirma que la «validez pertenece a la esencia del derecho; la expresión “derecho válido” es un juicio analítico y a priori» (1953: 246). Los juicios analíticos sobre la validez son necesariamente ciertos, y de ahí la seguridad con que la teoría kelseniana parece hacernos avanzar, y, sin embargo, como cualesquiera de los juicios analíticos, no añaden ni un ápice al conocimiento. Nada nuevo introduce aquello que repite lo requerido en el sujeto: tan sólo es un desenvolvimiento de lo que en el sujeto ya había.

Nos encontramos entonces con un problema crucial en la teoría kantiana del conocimiento, y esto implica que también lo es para la teoría pura de Kelsen, pues posiblemente sea en esta sede donde Kelsen –que en general construyó toda su obra sobre tierra neokantiana (R. Azpurúa, 1974: 48), a pesar de las gollerías con que se entretienen A. Wilson (1986: 37 y ss.) y H. Steiner (1986: 65)– muestre su mayor deuda con el de Königsberg. Y es que la Ciencia precisa siempre de juicios sintéticos y a la vez aspira a alcanzar verdades universales y necesarias. Percepción y apriorismo son los puntos, en principio completamente opuestos, que la teoría del conocimiento habrá de relacionar. Como es sabido, la respuesta de Kant a esta cuestión, –cómo conocer de forma universal lo que necesariamente depende de la percepción particular– estriba en el establecimiento de las *categorias*, conceptos puros del entendimiento, condiciones lógicas de la obje-

tividad que permiten conocer a priori y universalmente. Del mismo modo, Kelsen intenta cimentar los principios de la ciencia jurídica sobre categorías que aseguren la objetividad, certeza y universalidad del conocimiento jurídico. Todo conocimiento tiene que tomar de base la percepción. Para ser puro –a priori– debe, además, camuflarla. La norma fundamental es –intenta ser– la condición de posibilidad para conocer, la intuición pura, la percepción a priori. Pero no olvidemos que este instrumental kantiano está pensado para la razón pura, para el conocimiento que proporciona el intelecto, y no para la razón práctica, para la acción guiada por la voluntad. Es aquí, en este cruce de realidades, donde se produce la ilusión de la teoría pura. El método kelseniano parte necesariamente de la experiencia real, no de la experiencia posible, como era el caso del método trascendental kantiano. Ya en la *Teoría general del derecho y del Estado* afirma expresamente Kelsen que su estudio suministra los conceptos fundamentales con los cuales el derecho positivo de cualquier comunidad científica puede ser descrito y que, para ello, se parte del análisis comparado de los diferentes órdenes jurídicos positivos. Al ser la realidad observada una suma de fenómenos en los que interviene la razón práctica del hombre es imposible prescindir de la experiencia real y, por tanto, la norma fundamental destinada a ocupar el lugar de la intuición pura no puede sino servir de apoyo tautológico y circular de lo obtenido en la percepción particular. El recurso a la presuposición es, entonces, la obligada salida que tiene el intento de conocer universalmente lo que es realidad contingente.

El afán puramente filodóxico que domina la teoría kelseniana se descarna completamente en su concepción postrera de la norma fundamental como ficción. El pestilente aliento de la ficción que denunciara Bentham tanto en la actuación de la magistratura inglesa como en la obra de Blackstone, por cuanto representaba una pérdida de claridad y un empañamiento de los criterios de verdad, pierde su hedor en la consideración pragmática y resignada de Kelsen. Las ficciones son creaciones arbitrarias que contribuyen a la construcción de un espacio imaginario indispensable para la supervivencia de una construcción que se sabe necesaria y es, a la vez, endeble. Con la ficción jurídica de la norma fundamental, Kelsen postula la *realidad* de algo que sabe que no existe pero que ayuda a crear el sentido propio del mundo jurídico y a desplazarse por él. De hecho, el ser ilusión consciente es lo que diferencia a la ficción de la hipótesis con que caracterizaba a la norma fundamental en un primer momento: «una ficción se diferencia de una hipótesis por el hecho de que la acompaña, o debería acompañarla, la conciencia de que no responde a la realidad» (Kelsen, 1987: 86). La filosofía del derecho tiene una función esencialmente disolvente que no hace sino entorpecer la marcha del engranaje jurídico. La creencia en la obligatoriedad del derecho, pasada por el cedazo de la filosofía, se convierte en la traumática constatación de la irracionalidad que encubre el fenómeno de la obediencia. La ficción, sin embargo, arro-



lla al verdadero conocimiento sirviéndose del bálsamo de la imaginación arbitraria. En este sentido, la ficción jurídica que es base de toda filodoxía se asienta en la parte emotiva e irracional que todavía hoy sirve de fundamento a buena parte de la conducta humana. Irracional, conste, no quiere decir absurdo, ni desprovisto de sentido, sino que dice referencia de falta de proporción y sentido entre los datos que se ofrecen al conocimiento y la interpretación que se da a los mismos. Es más, la irracionalidad a la que nos referimos es una falta de adecuación consciente, una intelección que pretiere la verdad subordinándola a la funcionalidad. La irracionalidad –asentada en el cerebro reptiliano más que en el neocórtex, por utilizar la imagen neurológica– es creada no tanto al margen, sino a costa, del puro conocimiento. S. Maine, funcionario inglés en la India, vio crear la administración de canales de irrigación y poner el agua a disposición de las comunidades del pueblo para que estas las repartiesen. Una vez terminado el delicado trabajo de la división, y estando el régimen apenas todavía en vigor, los habitantes del pueblo –nos cuenta Maine– olvidaban voluntariamente que la representación emanaba de una autoridad humana; fingían creer y se persuadían de que los lotes de agua habían sido asignados por una costumbre muy antigua, más allá de la cual se encontraba un *diktat* primitivo. Esa irracionalidad básica que consiste en negar lo real para afirmar la visión estable, sólida, de la interpretación tradicional es perceptible también en la filodoxía de Kelsen. Si el orden que el derecho instituye tuviese como origen fundante la consistencia real del derecho –una fuerza que se impone amparándose en la sólita obediencia– la función asignada al ordenamiento jurídico se vería radicalmente truncada. Quien añade conocimiento, añade dolor. Tal vez esta máxima del Eclesiastés influyera en Kelsen, judío acostumbrado a los sinsabores del antiguo testamento.

En este sentido, la *Grundnorm* es algo más que un «*topos* lógico que configura el espacio de recurrente referencia de todas las normas», según nos sugiere E. E. Marí (1987 a: 51). La lógica del poder jurídico, como ha sabido ver P. Legendre (1983: 45), es la lógica de una transmisión de mensajes inscritos en las referencias de los montajes mistificadores de la ley, es decir, de los mensajes implicados en el funcionamiento de una ficción fundadora. La potencia de la ficción jurídica kelseniana, que le lleva a poder revocar el pasado, es equivalente al de las explicaciones milagrosas. Las lágrimas de sangre de San Genaro se resisten a la contemplación de una condensación acuosa a través de tintura de minio. La norma fundamental facilita, de igual forma, el acomodo de la acción humana y de sus consecuencias a una práctica de apariencia tradicional y estable. Por eso creemos que no acierta Bobbio al afirmar que la norma fundamental es un instrumento ingenioso aunque de manifiesta inutilidad (1983: 197), máxime cuando es el propio Bobbio quien reconoce que es la eficacia de un poder el verdadero cierre del sistema jurídico, y no una norma última que sirva de fundamento de validez. Si esto es así –y a nosotros

no nos cabe la menor duda—, si lo que permite identificar un ordenamiento es simplemente la localización del poder, entonces no podemos desechar la utilidad de una norma fundamental que contribuye a presentar el poder con la apariencia de una técnica social. El poder, dice atinadamente P. Legendre, tiene buenos modales y se declara con ceremonias. La norma fundamental forma parte de esos dispositivos de exhibición que precisa la liturgia jurídica por cuanto transforma las crudas prácticas materiales de implicación con el poder en procedimientos edulcorados de subsunción lógica.

En realidad, el valor de la teoría filodóxica de Kelsen no estriba en poder diferenciar el derecho de otras realidades normativas. Lo que Kelsen hace, y no es poco, es proporcionar medios explicativos al creyente. Kelsen da pautas de creencia; soluciona el problema de la fe para que el creyente pueda vacar a otros asuntos más productivos que el de la pura especulación. Cuando plantea la necesidad de acudir a la ficción que proporciona la norma básica nos dice Kelsen: «Es esta la única conclusión posible *si queremos* colocarnos en situación de interpretar las relaciones sociales en cuestión *como relaciones jurídicas*, esto es, constituidas por situaciones de derecho, obligación o responsabilidad jurídica, *antes que como relaciones de mera fuerza*. Es ésta la única conclusión posible si queremos poder distinguir entre lo que es legal y lo que es ilegal y en particular entre el uso ilegítimo y el uso legítimo de la fuerza» (1974a: 403). ¿Acaso no es esto decir que si quieres ser católico es preciso tener fe en lo que no se ve? —lo que no implica, para empezar, que se esté aconsejando ser católico, y, en segundo término, que sea una condición válida para ese católico en cuanto actúe como ingeniero de caminos—.

Parece entonces que la filosofía del derecho que subyace a la filodoxía de Kelsen conduce a la consideración del derecho como dogma, como postulado pragmático, como creencia. Cuánto más adecuado y presciente se muestra en este aspecto H. Kantorowicz. En opinión de este autor, ningún deber sería reconocido «si no existiesen deberes superiores que justifiquen los deberes inferiores, y que satisfacen la pregunta perentoria “¿por qué debemos conducirnos de este modo?” confiriendo, por ello, validez a la norma. Esto presupone una *norma básica y absoluta* de la que depende la validez de las demás normas y que, por ello, no puede ser puesta en cuestión, lo que motivaría el desmoronamiento de las demás normas» (1964: 61). Hasta aquí la coincidencia con la argumentación de Kelsen es absoluta. Sin embargo, Kantorowicz apunta una solución mucho más clara, mucho menos «ficticia», en suma, mucho menos ideológica: la norma base que fundamenta la obligatoriedad del sistema «debe ser necesariamente aceptada, con carácter dogmático, por un acto de fe. De ahí que los mandatos de la autoridad inferior deban admitirse en cuanto dependen, en última instancia, del mandato de una cierta autoridad suprema a la cual estamos absolutamente obligados a obedecer [...] Es

precisamente aquí donde comienzan a vislumbrarse las insoslayables implicaciones religiosas de todo sistema social» (1964: 62).

Ciertamente, también Kelsen deja entrever una implicación similar cuando compara al comienzo de su teoría pura la ciencia del derecho y la teología –dando a entender que la primera se cimenta en los mismos presupuestos irracionales y fideístas que la segunda, con lo que el apunte del supuesto «racionalismo al que siempre apela Kelsen» del que habla Cerroni (1978: 107) carece de fundamento—. No obstante, a pesar de que Kelsen explicita en diversas ocasiones que la norma fundamental sólo tiene sentido como supuesto compartido, como esquema social de interpretación, a la par que «es expresión simbólica o figurada de una fe socialmente compartida en la juridicidad [...] del orden que se tilda de jurídico» (J. A. García Amado, 1996: 54), el carácter abiertamente fideísta e irracional que subyace en el acto de aceptar la norma básica está en la teoría pura enmascarado por su espuria asimilación con los presupuestos criticistas de la epistemología kantiana. Lo que se considera *categorico, trascendental, condición de posibilidad del conocimiento, supuesto científico del conocimiento jurídico...*, no se condice con el trasfondo ideológico que la norma fundamental atesora. Acierta J. A. Ramos al denunciar la triquiñuela que se esconde tras el carácter normativo que Kelsen atribuye a una *Grundnorm* fundamentada en la presuposición o en la ficción: «la duda que se nos plantea es la de si era necesario configurar esa presuposición como norma. Podría alegarse que sólo así es posible apoyar la validez de la última norma jurídico-positiva en otra superior y no en una simple presuposición [...] El argumento no es del todo satisfactorio porque siempre será posible preguntarse por qué no se cuestiona el fundamento de validez de la propia norma básica, y la respuesta habrá de apelar de nuevo al hecho de la presuposición [...] Por causa de la norma fundamental se oculta el hecho de que la validez de las normas jurídicas simplemente se presupone, sustituido por la ilusión de que se fundamenta sobre una norma supuesta» (1989: 52). El reconocimiento de que tras el ordenamiento jurídico no existe más que una presuposición o un dogma de fe, como decía H. Kantorowicz, queda disfrazado con el carácter normativo, bien que supuesto, con el que Kelsen dota a la norma fundamental.

Por esa razón la función de conocimiento que incorpora la ficción kelseniana, es al mismo tiempo, una función ideológica. La ficción, al constituir una recreación fundadora, añade al puro papel cognoscitivo un principio de justificación, una legitimación del orden. La ausente realidad histórica que instaura el poder se encarna en las sucesivas realizaciones del poder ficticiamente fundado. De este modo la ficción engendra las condiciones de su propia realidad, que no es otra que la adecuación de las relaciones de fuerza eficaces que dominan en la sociedad al discurso racional de la normatividad. Por decirlo con E. E. Marí, «el principio del *como si* instaura el contenido de la convención misma que hace operantes y válidas las leyes y disposiciones del poder» (1987b: 73). Acierta J. R. Capella al afirmar que «Kelsen

ha terminado presentándonos *no sólo* un sistema cerrado de proposiciones *sobre derecho*, una teoría formalmente cerrada, sino que ha convertido finalmente el *objeto* de esa teoría en un *sistema coherente de normas* de carácter sistemático que choca frontalmente con la intuición que nos hacemos del existir del derecho positivo. O, dicho de otro modo, no es sólo la ciencia la que conquista autonomía en Kelsen, sino también el derecho mismo, y ello a pesar de las reiteradas afirmaciones de Kelsen, apoyadas en su idea de norma fundamental hipotética, de no ignorar la dependencia del derecho de otros fenómenos sociales» (1976: 186).

No existe salida al hecho de que en una disciplina que concierne al derecho, la realidad repudiada –sean hechos, sean valores– penetre en los dominios de la filosofía del derecho subrepticamente. Y esto es lo que acontece cuando, a pesar de la obsesiva reiteración acerca de la pureza normativa de su método, Kelsen admite el obligatorio recurso a un mínimo de eficacia en el funcionamiento de su sistema, incluye ilícitamente hechos en la *Grundnorm* (J. Hall, 1959: 58) y concibe a la norma fundamental como hipótesis sobre un material normativo ya dado.

La alternativa filodóxica que propone Kelsen sustenta un concepto de validez puramente procedimental que sólo tiene sentido tras asumir pragmáticamente una reglamentación concreta y efectiva, teniéndola entonces por derecho. El filódoxo busca el concepto de validez en las entrañas del ordenamiento jurídico positivo y, cuando lo halla y pretende mostrarlo a la luz de la ciencia, se encuentra como el hurón trasconejado en la madriguera. El tamaño y la forma de su presa le impiden salir a la superficie. Mientras nos mantengamos en la creencia –como tal irracional– de que algo es derecho, mientras no intentemos responder a la pregunta que inquiere la naturaleza de lo jurídico, el concepto filodóxico de validez despliega toda su fuerza. El concepto de validez que proporciona la filodoxía kelseniana –la filodoxía en general– sólo vale para aquellos que, inconscientemente, ya manejan un concepto de derecho. Si, por el contrario, pretendemos utilizar el concepto así obtenido para fundamentar una teoría filosófica del derecho, nos encontraremos en la mano el mismo mechón de pelo con el que se quedó el barón de Munchausen cuando intentó sacarse del lodo asiéndose por los cabellos.

La teoría de Kelsen muestra que la validez jurídica –la validez propia de la teoría positivista– no puede mantenerse sin acudir a otras fuentes de validez. Sin embargo, no es este un rasgo exclusivo de la obra kelseniana. Toda teoría positivista se ve aquejada de este mal. Si se profesa una concepción puramente jurídica de la validez se precisa indefectiblemente acudir a un expediente ajeno al sistema jurídico para fundamentar esa validez. De ahí que la unidad del ordenamiento que el positivismo predica tenga siempre que recurrir a argumentos reflexivos. En el caso de Kelsen la norma fundamental sirve para identificar un ordenamiento jurídico que es previo a la norma funda-

mental –pues precisa ser eficaz– y a la vez es posterior, ya que antes de ser validado por la norma fundamental sólo es sentido subjetivo de un acto de voluntad. El círculo vicioso en el que incurre Kelsen, dirá Frosini (1981: 30), es evidente: la unidad del ordenamiento se funda sobre la norma fundamental, y la norma fundamental necesita de la previa unidad del ordenamiento. En el caso de Hart la reflexividad es, si cabe, aún más flagrante. Hart considera jurídica a la regla de reconocimiento porque sirve para identificar normas jurídicas y, al mismo tiempo, extrae la juridicidad de las normas del sistema acudiendo a su adecuación con los criterios establecidos por la regla de reconocimiento. Algo es jurídico porque contiene algún criterio de los establecidos por la regla de reconocimiento (que a su vez es jurídica por el hecho de reconocer normas jurídicas...). También la teoría de A. Ross –por agotar las variantes más emblemáticas del positivismo en el siglo xx– desemboca en un círculo vicioso. Ross identifica el derecho a partir de hechos que sean susceptibles de ser observados empíricamente; a la sazón, la práctica judicial. Como quiera que, a su vez, esos hechos sólo pueden ser identificados como hechos jurídicamente relevantes por referencia a normas, la definición inicial del derecho se torna inútil. En palabras de F. P. Videtta, «si el concepto de *juez* es instrumental respecto a la definición de *Derecho*, y si es el Derecho el que define al juez, ¿cómo podremos obtener definición de derecho alguna?» (1968: 221). En el mismo sentido señalan Atienza y Manero que «situar como base de un sistema jurídico una regla de reconocimiento aceptada por la judicatura parece conducirnos a un círculo vicioso: para determinar cuál es la regla de reconocimiento hemos de identificar la judicatura, y no podemos realizar esta identificación sin atender a las reglas que confieren poder jurisdiccional cuya validez jurídica depende, a su vez, en última instancia, de la regla de reconocimiento» (1996: 153). La teoría positivista, y esto es válido para los tres autores mencionados, más que identificar las normas jurídicas existentes a partir de ciertos hechos, parte de una concepción a priori de cuáles son las normas jurídicas válidas. Es esta razón la que explica que, en mayor o menor grado, la validez jurídica del positivismo acuda al expediente de la ficción: la fundamentación de la validez jurídica bien se finge de manera kelseniana –claramente, al igual que el supuesto placer de las prostitutas–, bien a la manera de Hart o Ross –subrepticamente, como el infundado placer de la esposa misericorde e insatisfecha–. Sabedora de su insuficiencia, de un modo u otro la validez jurídica reconoce la necesidad de traspasar su limitación y se echa en brazos de fundamentaciones ajenas al propio ordenamiento. Esa relación exógena, al precisar lo ajeno, convierte a las teorías positivistas en *enajenadas*; al extrañar su propio fundamento, las transforma en teorías *extrañas*.

La autonomía de la validez jurídica sólo se mantiene desde la perspectiva metodológica o filodóxica. Aquí sí encuentra terreno abonado para desarrollar su labor esencialmente práctica. Mientras no se inda-

gue acerca de la naturaleza del derecho y se parta de un estado real de cosas valiéndose ya sea de una presuposición de una o ficción, en el caso de Kelsen, ya sea de una actitud de compromiso, en el caso de Hart, la *validez* jurídica es un concepto que despliega, paradójicamente, una indudable *eficacia*. A esto se refería Kelsen cuando hablaba de la necesidad de presuponer una norma fundamental sólo en el caso de que pretendiésemos establecer un análisis jurídico –valdría decir metodológico– del derecho. De no ser así la norma fundamental carecería de sentido. También Hart parece darnos la razón al diferenciar dos perspectivas de análisis, la interna y la externa, y postular la primera –aquella que implica aceptar el derecho, tenerlo por norma adecuada de convivencia– como la única capaz de darnos una visión operativa del sistema jurídico. Esta es la coincidencia de fondo que existe en las teorías de Kelsen y de Hart: ambos son metodólogos, filodoxos. Y es que, en efecto, si consideramos el derecho como reglamentación que opera de facto –este es el presupuesto gnoseológico de la filodoxía– el planteamiento filosófico se torna impertinente. La filodoxía, cuyo único objetivo es la búsqueda de soluciones ante problemas concretos, no puede detenerse en la indagación de las primeras causas. Consideremos al derecho a la manera de las reglas de un gran juego. Si realmente pretendemos aprender a jugar –y, mayormente, a ganar– las reglas que rigen el juego habrán de tomarse como el patrón último de adecuación de la conducta. El porqué de esas reglas no viene al caso. De ahí la ficción que propugna Kelsen. La comprensión de esas reglas obliga al participante como primer paso a internalizar el concepto de regla y distinguirlo de lo que es mera práctica –en el juego del ajedrez las torres se mueven *reglamentariamente* en horizontal y se colocan *habitualmente* en columnas abiertas, matiz que no puede distinguir el que se enfrente al ajedrez sin haber aprendido sus normas–. De ahí el punto de vista interno que postula Hart. La prioridad que Hart concede en su obra al punto de vista interno no es tanto una verdadera opción epistemológica como un pie forzado al que se ve obligado a acudir –por eso no tiene mayor inconveniente en admitir ciertas rectificaciones como la del punto de vista hermenéutico–. La verdadera opción de Hart es la que realiza cuando elige tratar el derecho desde un punto de vista metodológico. La diferenciación entre la fuerza de hecho y la fuerza jurídica, que es el origen de toda filosofía del derecho, no es la meta de la teoría de Hart: es su punto de partida. El axioma de que debe existir tal diferencia es el que guía todas sus derivaciones teóricas. Lo que importa es proporcionar soluciones que permitan servirnos del concepto de derecho –utilizar las reglas del juego–. Y, para trabajar con normas, ya sean jurídicas, ya sean lúdicas, esto nos parece indudable, es necesaria la perspectiva *emic*, de la misma manera que para sobrevivir en una cultura indígena las descripciones *emic* de las reglas son imprescindibles.

El hermanamiento filodóxico entre Hart y Kelsen es total. De hecho, la distinción de Hart entre el punto de vista externo y el punto

de vista interno tiene un equivalente perfecto en la distinción kelseniana entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de una norma: «En un acto como un acontecimiento fáctico externo, no cabe, sin más, captar visual o auditivamente su significación jurídica a la manera, por ejemplo, como se perciben las propiedades naturales de un objeto, como el color, la dureza, el peso» (Kelsen, 1982: 16). Reinterpretando esto en términos hartianos diríamos: el derecho no es comprensible desde el punto de vista externo, perspectiva que únicamente capta las apariencias, las regularidades del comportamiento. En suma, el derecho no puede ser aprehensible desde una perspectiva *etic*.

Muy al contrario, cuando a ese acontecimiento fáctico le imprimimos la significación objetiva que reside en la habilitación de una norma superior, el hecho natural transforma su semblante y se transforma en acto normativo. Sigamos con nuestra labor reinterpretativa: sólo adoptando el punto de vista interno, el de la persona que acepta el derecho como pauta obligatoria de conducta —lo que equivale a decir: el de quien acude a otra norma para justificar la inferior— es inteligible el derecho. Parece que el derecho, para ambos autores, se reduce a la perspectiva *emic*. Sólo el participante del rito puede entender la ceremonia.

La terminología y el sesgo de sus planteamientos difieren únicamente porque, como ha subrayado S. L. Paulson (1993: 241), diferentes son los pilares filosóficos sobre los que ambos asientan sus teorías. Sin embargo, el origen de sus categorías es el mismo. Es la coexistencia de un idéntico problema lo que explica esta coincidencia. Tanto Kelsen como Hart son, en lo esencial, positivistas. Por ello tienen que dar cuenta de la aporía de la que parte la concepción positivista del derecho: diferenciar la fuerza del derecho. El punto de vista externo e interno, con la asunción de que sólo este último representa la visión propia del derecho, y la distinción entre sentido subjetivo y sentido objetivo, estipulando igualmente que sólo el sentido objetivo es capaz de explicar cabalmente la existencia de la norma, intentan solucionar la incierta encrucijada ontológica ante la que se halla el positivismo.

La validez jurídica que propone la filodoxía sirve pues para explicar las aplicaciones e interpretaciones que surgen una vez que las reglas ya han sido establecidas y su existencia es, al menos, captada intuitivamente. Por el contrario, si lo que se pretende es explicar el fundamento de las reglas mismas que rigen el juego —lo que equivale a responder al problema propiamente dicho de la filosofía del derecho—, las teorías de Kelsen y Hart son por completo romas. Sólo la validez sociológica y la validez material pueden solventar este problema. Acierta Alexy (1994: 88) al subrayar que los conceptos sociológico y ético de validez son conceptos puros de validez, en el sentido de que no precisan contener necesariamente elementos de los otros conceptos de validez. Cosa muy otra ocurre en el caso de la validez jurídica que, necesariamente, ha de acudir a algún tipo de legitimación exógena del derecho positivo basada en criterios fácticos o valorativos

(U. Scarpelli, 1965: 77). Sin apoyo en la validez sociológica o en la validez material (ética), la validez jurídica se presenta como un concepto tautológico. Los planteamientos positivistas de Kelsen y Hart conducen, como hemos visto, a soluciones circulares. Para fundamentar el derecho recurren tautológicamente a la invocación del concepto de derecho. La petición de principio no puede ser evitada. Tal vez tenga razón Weber cuando, lejos de rehuir el reconocimiento de la circularidad que aqueja al positivismo, defiende que el círculo vicioso al que da lugar es un rasgo deliberado del sistema que permite preservar la legitimidad sin recurrir a los juicios de valor. En el mismo sentido, las teorías sistémicas consideran el sistema jurídico como unidad autocontenida y mantienen que el objetivo de la teoría jurídica no se frustra por el hecho de que sus proposiciones puedan resolverse en última instancia en forma de identidades o tautologías. Visto desde dentro, dice R. Guibourg, cualquier sistema es circular (1993: 431). Tal vez tenga razón Gödel al postular que no hay sistema organizado sin cierre y, al tiempo, que ningún sistema puede cerrarse sólo con la ayuda de los elementos interiores del sistema. El cierre de un campo no puede proceder contradictoriamente, sino por abertura a un elemento exterior al campo. Ningún conjunto de relaciones es relativo a sí mismo. Por ello, nada hay de erróneo en reconocer la necesaria circularidad de ciertos planteamientos siempre y cuando tengamos claro que con ello estamos definiendo la estrategia de una disciplina filodóxica y, como tal, antifilosófica. Sólo entonces la *Grundschildkröte*, el mito de la norma fundacional, adquiere cierta racionalidad –lo que no implica que sea una racionalidad cierta.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. (1994): *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona.
- ATIENZA, M., y MANERO, J. R. (1996): *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.
- AZPURÚA, R. (1974): «Kelsen y su posición frente al Positivismo y la dirección neokantiana», en Hans Kelsen (1881-1973), *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 6, Universidad de Chile, Valparaíso.
- BASTIDA, X. (1999): «Los asuntos de la Filosofía del Derecho», en *Doxa*, núm. 22.
- BENJAMIN, W. (1980): «Imaginación y Sociedad», *Iluminaciones*, Taurus, Madrid.
- BOBBIO, N. (1976): «Hacia una teoría funcional del derecho», en *Derecho, Filosofía y Lenguaje*, Homenaje a Ambrosio L. Gioja, Editorial Astrea, Buenos Aires.
- (1980): *Contribución a la filosofía del derecho*, Fernando Torres, Valencia.
- (1983): «Kelsen e il problema del potere», en C. Roehressen (ed.), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Florencia.
- BUENO, G. (1995): *¿Qué es la filosofía?*, Pentalfa, Oviedo.



- BULYGIN, E. (1988): «¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?», en *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, R. Vázquez (Ed.), Gedisa, Barcelona.
- CALSAMIGLIA, A. (1977): *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona.
- CAPELLA, J. R. (1976): «Homenaje a Hans Kelsen», en J. R. Capella, *Materiales para la crítica de la filosofía del Estado*, 1976, Fontanella, Barcelona.
- CERRONI, U. (1978): *Introducción a la ciencia de la Sociedad*, Grijalbo, Barcelona.
- FRIEDLÄNDER, P. (1989): *Platón. Verdad del ser y realidad de vida*, Tecnos, Madrid.
- FRIEDMAN, L. M. (1994): «Is there a Modern Legal Culture?», en *Ratio Iuris*, vol. 7, núm. 2.
- FROSINI, V. (1981): *Il diritto nella società tecnologica*, Giuffrè, Milan.
- GARCÍA AMADO, J. A. (1996): *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid.
- GIANFORMAGGIO, L. (1994): *Estudios sobre Kelsen*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México.
- GUIBOURG, R. A. (1993): «Hart, Bulygin y Ruiz Manero. Tres enfoques para un modelo», *Doxa*, núm. 14.
- HALL, J. (1959): *Razón y realidad en el Derecho*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires.
- HUGHES, G. (1974): «Validez y norma básica», en Hans Kelsen (1881-1973), *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 6, Universidad de Chile, Valparaíso.
- KANTOROWICZ, H. (1964): «La definición del derecho», *Revista de Occidente*, Madrid.
- KELSEN, H. (1946): *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho* (1.ª ed. de 1934), Losada, Buenos Aires.
- (1969a): «El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho», en H. Kelsen, *Contribuciones a la teoría pura del derecho*.
- (1969b): *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México.
- (1974a): «El fundamento de la validez del derecho», en Hans Kelsen (1881-1973), *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 6, Universidad de Chile, Valparaíso.
- (1974b): «La Autodeterminación del derecho», en Hans Kelsen (1881-1973), *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 6, Universidad de Chile, Valparaíso.
- (1974c): «Acerca de la Norma Fundamental», en Hans Kelsen (1881-1973), *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 6, Universidad de Chile, Valparaíso.
- (1982): *Teoría pura del derecho* (2.ª ed. de 1960), UNAM, México.
- (1987): «La función de la Constitución», en *Derecho y Psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*, Hachette, Buenos Aires.
- KUNZ, J. L. (1974): *La teoría pura del derecho*, Editora Nacional, México.
- LEGAZ y LACAMBRA, L. (1961): *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona.
- LEGENDRE, P. (1983): *L'empire de la vérité*, Fayard, París.
- LYNCH, E. (1988): «El conocimiento falso», en *Los cuadernos del norte*, núm. 48.
- MARÍ, E. E. (1987a): «La teoría de las ficciones en Jeremy Bentham», en *Derecho y Psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*, Hachette, Buenos Aires.

- (1987b): «Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden», en *Derecho y Psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*, Hachette, Buenos Aires.
- ORTEGA Y GASSET, J.: *Obras Completas* (tomo VII), Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid.
- PAULSON, S. L. (1993): «*Continental Normativism and its British Counterpart: How Different Are They?*», en «*Ratio Juris*», vol. 6, núm. 3.
- PECZENICK, A. (1979): «*On the Nature and Function of the Grundnorm*», en «*Rechtstheorie*», Beiheft 2.
- PLATÓN (1993): *La República*, Espasa Calpe, Madrid.
- RADBRUCH, G. (1930): «Introducción a la Ciencia del Derecho», *Revista de Derecho Privado*, Madrid.
- RAMOS PASCUA, J. A. (1989): *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart. Un intento de configurar el derecho como sistema normativo autónomo*, Tecnos, Madrid.
- RAZ, J. (1985): *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, UNAM, México.
- SCARPELLI, U. (1965): *Cos è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano.
- SOPER, Ph. (1993): *Una Teoría del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- STEINER, H. (1986): «Kant's Kelsenianism», en *Essays on Kelsen*, R. Tur and W. Twining (eds.), Clarendon Press, Oxford.
- VIDETTA, F. P. (1968): «Il concetto di "norma valida" secondo Alf Ross in On law and Justice», en *RIFD*, vol. 45.
- WILSON, A. (1986): «Is Kelsen Really a Kantian?», en *Essays on Kelsen*. R. Tur and W. Twining (eds.), Clarendon Press, Oxford.

# Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean

Por MARÍA JOSÉ GARCÍA SALGADO

Universidad de Oviedo

*INTRODUCCIÓN:* En este trabajo se estudia el tema de indeterminación jurídica en tres planos diferentes: el de la Administración, el legislativo y el jurisdiccional, centrándose en este último. Así, se intenta una distinción entre cláusulas generales y conceptos indeterminados y se analiza brevemente la tesis de la única solución justa; se efectúa, también brevemente, una aproximación a la indeterminación desde los esquemas del análisis económico del derecho y, por último, se aborda la utilización judicial de las cláusulas generales para derogar normas vigentes, tomando como base la sentencia del Tribunal Imperial alemán de 28 de noviembre de 1923 sobre revalorización de una hipoteca y el análisis que Philipp Heck hace de la misma, aplicando las tesis de la Jurisprudencia de Intereses.

## 1. PLANTEAMIENTO

Las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados constituyen un desafío importante y un insoslayable banco de pruebas para cualquier teoría del derecho o metodología jurídica que no quiera quedarse en mera especulación abstracta alejada de la realidad, ya que reproducen las tensiones más relevantes que se originan en los distintos ámbitos de reflexión jurídica. En el plano de la teoría del derecho, el estudio de las cláusulas generales desemboca en el eterno problema de la relación entre lo jurídico y lo moral; en el plano de la metodología jurídica son producto de la tensión permanente entre el ideal de la determinación plena y el ideal de la plena adecuación, sea

en el momento legislativo o en el momento de aplicación de la norma y con ello del también eterno conflicto entre la seguridad y la justicia. Por último, en la teoría del derecho público y del Estado las cláusulas generales y los conceptos indeterminados han forzado a los juristas a construcciones teóricas de orfebrería para ajustar y armonizar, sobre todo, las relaciones del poder ejecutivo con el poder judicial y las posibilidades de control del primero por parte del último <sup>1</sup>.

En la primera parte de mi trabajo intentaré una sistematización de las cláusulas generales y los conceptos indeterminados, sus características y diferencias; fijar sus virtudes y defectos como instrumentos de técnica legislativa y los problemas que plantean para la interpretación y aplicación de las normas y las herramientas que han surgido para solucionar esos problemas.

La segunda parte tratará de exponer con más detalle las tensiones contenidas en las cláusulas generales y los riesgos que estas conllevan, desde la perspectiva de la metodología jurídica, y a partir del análisis de la famosa sentencia del Tribunal Imperial alemán de 28 de noviembre de 1923, que utilizó la cláusula de buena fe recogida en el § 242 del BGB para derogar la ley monetaria de 4 de agosto de 1914, que imponía el principio de equivalencia nominal de las obligaciones –*Mark gleich Mark*– y para proceder a una revalorización de los créditos estableciendo un nuevo cambio de la moneda. La elección de esta sentencia se justifica por la abundante literatura que generó respecto al papel de las cláusulas generales en el Ordenamiento Jurídico y a sus posibilidades y límites de interpretación y porque se dictó en un momento en que en Alemania los temas de metodología jurídica eran objeto de encendida polémica y vivo debate, y los cambios sociales, económicos y políticos, bruscos y constantes, requerían esfuerzos teóricos continuos para tratar de explicarlos e integrarlos. Por último, el uso (y abuso) que el nacionalsocialismo hizo de las cláusulas generales es especialmente esclarecedor y merece ser relatado una vez más.

## 2. FORMAS DE EXTERIORIZACIÓN DE LA INDETERMINACIÓN: CLÁUSULAS GENERALES Y CONCEPTOS INDETERMINADOS. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

La literatura jurídica española acostumbra a utilizar las expresiones «conceptos vagos», «conceptos jurídicos indeterminados» y «cláusulas generales» (aunque esta última es poco frecuente) como sinónimos, para referirse a todo un conjunto de estándares e instru-

<sup>1</sup> De este ámbito, sobra decirlo, son las tensiones entre potestades regladas y discrecionales; actos de gobierno y actos de gestión; margen de apreciación y solución única, etc.

mentos normativos como la buena fe, la diligencia del buen padre de familia, las buenas costumbres, el orden público, la nocturnidad, la alevosía, etc.<sup>2</sup>. En la literatura jurídica alemana, sin embargo, se distingue habitualmente entre cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados, aunque no haya acuerdo respecto de cuáles sean los criterios que los diferencian y dependan en buena medida de los presupuestos y necesidades de cada investigación.

La forma de explicar la distinción entre conceptos jurídicos determinados y conceptos jurídicos indeterminados de Walter Jellinek<sup>3</sup> (1913) o de Philipp Heck (1914: 207 y 219) sigue siendo una herramienta útil para moverse por este pantanoso terreno del lenguaje normativo y se ha convertido en un lugar común<sup>4</sup>. Los conceptos determinados serían aquellos que permiten contestar con seguridad a la cuestión de si un supuesto queda o no comprendido en su campo semántico (los candidatos positivos y negativos de la filosofía analítica), pudiendo por tanto distinguirse en ellos una esfera de certeza positiva y una esfera de certeza negativa (o lo que Heck llamaba un núcleo conceptual, *Begriffskern*)<sup>5</sup>. En los conceptos indeterminados existiría además la esfera de la duda posible, es decir, permitirían incluir y excluir con certeza determinados supuestos (candidatos positivos o negativos), pero respecto de otros muchos existirían dudas (serían los candidatos neutrales) y no sería posible afirmar de forma tajante si quedan comprendidos o no dentro del concepto<sup>6</sup> (caerían en el *Begriffshof*, halo del concepto). Todo concepto indeterminado tiene por tanto un grado de determinación, unos candidatos positivos y negativos seguros; lo que lo diferencia de un concepto determinado es que tiene además un mayor o menor número de candidatos neutrales, una zona de penumbra más o menos extensa. En el ejemplo propuesto por Jellinek: una norma de 1908 prohibía a los gitanos viajar juntos en hordas (cuadrillas, bandas, tribus). La norma no dice cuántas personas constituyen una horda. Está claro que un único gitano no lo es y tam-

<sup>2</sup> Así, García de Enterría considera conceptos jurídicos indeterminados, entre otros, la buena fe, la diligencia del buen padre de familia, la negligencia en el derecho civil; los de nocturnidad, alevosía, abusos deshonestos en el derecho penal; la división de la contienda de la causa, la conexión directa, la pertinencia de los interrogatorios, las medidas adecuadas para promover la ejecución, el perjuicio irreparable, en el derecho procesal; el interés social, el sobreseimiento general de los pagos, en el mercantil (1996: 446).

<sup>3</sup> W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, 1913, pp. 37 y 38. Lo cito a partir de Koch (1976: 200). También lo recoge Bacigalupo (1997: 194-195).

<sup>4</sup> Por citar sólo alguna obra: Engisch (1967: 140); García de Enterría (1996: 449); Bacigalupo (1997: 206-211); Koch (1976: 203).

<sup>5</sup> Según Koch, el esquema trizonal de Jellinek es preferible al bizonal de Heck, porque da cuenta de los candidatos negativos (1976: 204).

<sup>6</sup> Cfr. Bacigalupo (1997: 208-211); Koch (1976: 202 ss.); Atienza (1985: 16-17), para distinguir entre intensidad y extensión y para las diferenciaciones analíticas más profundas entre las condiciones que deben cumplir estos conceptos.

bién que cincuenta gitanos sí pueden calificarse como tal, pero fuera de esos límites todo son dudas.

Las construcciones de Jellinek o de Heck nos permiten separar, aunque sea con una línea muy fina, los conceptos determinados de aquellos que no lo son, pero dentro del campo de lo indeterminado siguen siendo necesarias algunas precisiones: ¿pertenecen a la misma categoría conceptual «la buena fe» y la «horda»? ¿Tiene sentido distinguir entre «diligencia del buen padre de familia» y «nocturnidad»? ¿Hay diferencias entre «orden público» y «reconocido prestigio y experiencia»? A los primeros conceptos de estos binomios suele, al menos entre los juristas alemanes, considerárselos cláusulas generales. A los segundos, conceptos jurídicos indeterminados.

La distinción no es pacífica y muchos autores ni siquiera la intentan, pero quienes han tratado de establecerla la consideran necesaria, porque de otro modo no se capta el verdadero sentido de las cláusulas generales y no se pueden abordar correctamente los problemas que ocasiona su existencia (Miquel, 1997: 305).

Las normas no son cláusulas generales sólo por contener algún concepto jurídico indeterminado, sino que, como señala R. Weber, únicamente pueden definirse como cláusulas generales aquellas disposiciones en las que el legislador ha utilizado conceptos para la determinación del supuesto de hecho de un grado tan alto de abstracción y de indeterminación que carecerían de núcleo de certeza en un sentido unívoco y claramente comprobable y sólo tendrían zona de penumbra. Las buenas costumbres, la moral, la buena fe o el orden público carecerían de núcleo lingüísticamente aprensible, de modo que la incertidumbre se extiende al concepto en su totalidad (Miquel, 1997: 304). Expuesta de forma tan tajante es quizá una distinción difícil de mantener (¿cómo no van a existir candidatos positivos o negativos en el concepto de buena fe o de orden público?) pero parece aceptable si con ella se pretende expresar que entre las cláusulas generales y los conceptos indeterminados existe una diferencia importante de grado de indeterminación, o, lo que es lo mismo, que el núcleo de certeza en los primeros es más pequeño que en los segundos y, sobre todo, más inestable (comportamientos que hace no muchos años serían sin duda candidatos positivos del estándar «moral y buenas costumbres» son hoy en día y también sin duda candidatos negativos del mismo estándar).

Otra diferencia entre cláusulas y conceptos es que las cláusulas no regulan supuestos de hecho concretos, sino que cierran la regulación de distintos supuestos de hecho, operan en sectores amplios del ordenamiento<sup>7</sup>, indicando a los operadores jurídicos que deben ser

<sup>7</sup> Hedemann habla de una mayor envergadura –*Spannweite*– de las cláusulas generales frente a los conceptos flexibles o fluidos –*dehnbare Begriff*–. Los conceptos flexibles permanecen como supuestos de hecho o como partes de un supuesto de hecho, mientras que las cláusulas generales se sitúan precisamente por encima del supuesto de hecho. Reconoce sin embargo que la frontera es dúctil (Hedemann, 1933: 53-54).

sensibles a los cambios de valores que en la sociedad se vayan produciendo. Así, contienen una directiva que es potencialmente aplicable a diversas situaciones, sin que, sin embargo, determine su necesaria aplicación a un caso concreto de la vida (Miquel: 304-305), mientras que los conceptos indeterminados sí acostumbran a figurar en supuestos de hecho concretos y es preciso «enfrentarse» a ellos para poder operar con dicho supuesto. Por ejemplo, la cláusula de buena fe en materia contractual recogida por el artículo 1258 del Código Civil opera como una especie de «controlador silencioso» en la mayor parte de los litigios contractuales, ya que para resolverlos se aplican otras normas del ordenamiento que los regulan directamente y sólo excepcionalmente se discute sobre la buena fe. Sin embargo, para nombrar al presidente del Consejo de Estado es necesario que se trate de un «jurista de reconocido prestigio y experiencia en asuntos de Estado» y en materia de expropiación la necesidad de la ocupación ha de concretarse en «bienes o derechos que sean estrictamente indispensables» y la ley utiliza continuamente expresiones como «necesidad» o «solución más conveniente al fin que se persigue» o «justo precio»<sup>8</sup>. En estos casos es imprescindible concretar el sentido de los conceptos mencionados que figuran en los supuestos de hecho para poder operar con la norma, siendo el alcance de estos conceptos más reducido que el de las que hemos denominado cláusulas generales. Según este criterio, la diferencia entre cláusulas generales y conceptos indeterminados no es cualitativa y a priori, sino que depende del lugar y la función que estos ocupen en el ordenamiento jurídico, de forma que el orden público, por ejemplo, puede ser una cláusula general y también, en casos concretos, un concepto indeterminado<sup>9</sup>.

Algo en lo que coinciden todos los autores que se han ocupado de las cláusulas generales es que están necesitadas de relleno valorativo (Canaris, 1998: 93), es decir, que obligan al juez a realizar juicios de valor, sin indicar los criterios desde los cuales se pueda controlar la corrección de esos juicios (Rüthers, 1973: 214; Garstka, 1976: 96, 101). Pero en esto no se diferencian de los conceptos indeterminados, cuya concreción con relación a un supuesto también implica necesariamente un acto valorativo, ya que ninguna de las reglas interpretativas destinadas a averiguar el contenido semántico de esas expresiones proporciona una respuesta unívoca, ni siquiera el recurso

---

<sup>8</sup> García de Enterría los considera conceptos claros, conceptos reglados (1995: 260-261) respecto de los cuales no existiría por tanto potestad discrecional para la administración. Tendremos ocasión de criticar la teoría administrativa de la única solución correcta, que entiende que para poder someter a la administración a control judicial es necesario que las normas y los conceptos indeterminados presupongan una única solución correcta, ya que si se admite que cabe cualquier solución entraríamos dentro del campo de la discrecionalidad administrativa y sus decisiones no podrían ser controladas por el poder judicial.

<sup>9</sup> Hedemann explica que una cláusula general puede devenir en concepto fluido –según su terminología– y que por el contrario un concepto fluido puede llegar a convertirse en cláusula general (Hedemann, 1933: 54).

al método teleológico, que suele servir para hacer pasar por fin de la norma lo que al intérprete mejor le parece (Koch, 1976: 206). Por esa razón, los conceptos indeterminados y las cláusulas generales exigen algo más que un esfuerzo de interpretación cuando deben aplicarse a un supuesto concreto, exigen que el juez procese información, pondere valores y proceda a la construcción del mandato, produciéndose así un desarrollo judicial del derecho pretendido por el legislador.

### 3. LA TEORÍA ADMINISTRATIVA DE LOS CONCEPTOS INDETERMINADOS O LA TESIS DE LA ÚNICA SOLUCIÓN JUSTA

En este punto es necesario referirnos aunque sea brevemente a la teoría administrativista de la única solución justa o correcta <sup>10</sup>, porque caracteriza los conceptos indeterminados de un modo que puede chocar con lo que hasta aquí hemos mantenido. Esta teoría surge en el ámbito del derecho administrativo con el noble propósito de permitir el control judicial de los actos de la Administración y resumidamente funciona con los siguientes argumentos: 1) se quiere impedir que la administración se libere del control judicial haciendo valer su potestad discrecional en los casos en que su actuación se ampara en normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados; 2) para ello se distinguen las potestades discrecionales –que permiten optar entre alternativas igualmente justas o, mejor, entre indiferentes jurídicos– de los conceptos jurídicos indeterminados, que, según esta teoría, sólo permiten una única solución justa; 3) con los conceptos indeterminados el legislador busca un resultado concreto y no cualquier resultado (Sainz Moreno, 1976: 194), por eso la Administración debe hacer una búsqueda reglada de esa única solución justa y su control último es de legalidad y, por tanto, accesible al juez (García de Enterría, 1996: 446). Conceptos jurídicos indeterminados como los de urgencia, orden público, justo precio, calamidad pública, medidas adecuadas o proporcionales, etc., no permitirían en su aplicación una pluralidad de soluciones justas, sino una sola solución en cada caso: «o hay buena fe o no la hay, el precio es justo o no lo es, *tertium non datur*» (García de Enterría, 1996: 448) <sup>11</sup>. La base sobre la que se sustenta esta teoría

<sup>10</sup> Sainz Moreno las identifica (1976: 168).

<sup>11</sup> No estamos de acuerdo con este razonamiento; claro que siempre y necesariamente, de hecho, hay una única respuesta judicial; claro que cuando el juez, o la Administración, se han pronunciado, *tertium non datur*, ahora bien, que, de hecho, exista siempre y necesariamente un pronunciamiento jurídicamente fundamentado, no quiere decir que haya sido el único posible en el sentido de compatible con el ordenamiento. No es que los conceptos jurídicos indeterminados permitan una única solución correcta, es que permiten –y demandan– siempre y necesariamente, como todos, de hecho, una única solución y punto. Que sea correcta o no ya es otro asunto. Decir que los conceptos indeterminados prefiguran una única solución porque, de hecho,



es, en palabras de Sainz Moreno, que «todo concepto jurídico significa algo y no cualquier cosa» (1976: 172). Pero con «algo» y «cualquier cosa» no se agota el universo de posibilidades, estamos de acuerdo en que un concepto, por indeterminado que sea, no significa «cualquier cosa», pero sí puede significar «muchos algo». Por eso tampoco nos parece correcta la afirmación de que «cuando el legislador utiliza un concepto indeterminado está predeterminando un resultado concreto y no buscando cualquier resultado» (Sainz Moreno, 1976: 194). Como veremos, parece que la teoría de la legislación confirma que cuando el legislador utiliza conceptos indeterminados está invitando a los operadores jurídicos a que sean ellos quienes los precisen y está renunciando a petrificar un único sentido concreto y con ello una única solución correcta, sin que esto quiera decir que sea válido cualquier resultado (todo concepto tiene candidatos negativos). Cuanto más indeterminado es un concepto más extensa es su zona de penumbra y, en la zona de penumbra, *tertium datur* (Bacigalupo, 1997: 198; Koch, 1976: 206).

La teoría de la única respuesta correcta opera con este esquema: si queremos controlar judicialmente el acto interpretativo o aplicativo de la Administración, necesitamos mantener que el concepto indeterminado predetermina una única respuesta correcta ya que si, por el contrario, asumimos que un concepto indeterminado puede dar lugar a más de una solución correcta, entonces no podremos controlar la decisión interpretativa o aplicativa de la Administración, porque las distintas soluciones potencialmente correctas son fungibles y no hay razón para que la del juez sea preferible a la de la Administración. El uso de conceptos indeterminados generaría a favor de la Administración un margen de apreciación que quedaría fuera del control judicial <sup>12</sup>.

---

la Administración o el juez van a pronunciarse en un único sentido –o *dictamina* que hay ruina o *dictamina* que no la hay– es falaz e innecesario. Considerar, además, que esa decisión que, de hecho, se ha tomado, es la única correcta o la única justa es una especie de judicialismo ideológico.

<sup>12</sup> Esta será, de hecho, la situación si se consolida jurisprudencialmente la argumentación mantenida por el Tribunal Supremo en su polémica sentencia de 12 de diciembre de 2000 [bien comentada por Bocanegra y Huergo (2000) a cuyo artículo nos remitimos], ya que, si bien no ha excluido del control judicial los actos de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, al eximir sorpresivamente a la Administración del deber de motivar dichos actos [sí debe motivar, sin embargo, las decisiones discrecionales en virtud del art. 54.1.f) de la Ley 30/1992] ha convertido ese control judicial en algo prácticamente imposible. Como los autores mencionados se encargan de demostrar se invierte injustificadamente la carga de la prueba, ya que, en lugar de ser la Administración la obligada a aportar las razones de su decisión, controlables por el Tribunal, es el recurrente quien debe probar que la decisión no es racional, lo que, en su caso, llevaría a su anulación por vulnerar el artículo 9.3 CE, que se convierte de hecho en el único canon jurídico de esta clase de actos (Bocanegra y Huergo, 2001: 410) Es más, en el caso que resuelve esta sentencia, el concepto jurídico indeterminado ni siquiera está explícitamente formulado en una norma, sino que es el Tribunal quien lo presupone tácitamente, por lo que siendo como es un artificio lingüístico, podrían convertirse perfectamente todos los supuestos de discrecionalidad en supuestos de conceptos jurídicos indeterminados, haciendo desaparecer la institución de la discrecionalidad y el deber de motivar (Bocanegra y Huergo, 2001: 412).

Por eso, quienes quieren controlarla se empeñan en mantener la tesis de la única respuesta correcta. Y eso que no desconocen las dificultades que puede entrañar encontrar tan milagrosa solución<sup>13</sup>, y así explican que aunque abstractamente el concepto indeterminado no admite más que una sola solución justa en su aplicación a un supuesto de hecho determinado, es igualmente claro que la concreción de esa única solución no siempre es fácil, pero eso no nos autoriza a pensar que la Administración pueda librarse del control judicial; simplemente es más difícil llevarlo a cabo<sup>14</sup>.

Habíamos considerado conveniente exponer aquí la teoría de la única solución correcta porque podía chocar con nuestra afirmación de que tanto cláusulas generales como conceptos indeterminados exigían necesariamente juicios de valor previos para poder ser aplicados, y excluían por tanto la posibilidad de hablar de únicas respuestas correctas. Pero entre ambas afirmaciones no necesariamente existe una contradicción, o al menos hay vías para conciliarlas, recurriendo por ejemplo a las teorías más modernas de la argumentación jurídica, que defienden la idea regulativa de la única respuesta correcta como ideal al que tender<sup>15</sup>. Pero el punto de partida necesario para situar la discusión en este terreno es abandonar las falaces seguridades de la dogmática más tradicional y, sobre todo cuando los conceptos jurídicos son indeterminados, no hacer pasar como *interpretación y descubrimiento* lo que es *atribución de sentido y creación*, es decir, que no se pretenda que esa única respuesta correcta se alcanza mediante una actividad puramente cognoscitiva<sup>16</sup> y el uso de reglas técnicas neutrales, y que no se oculte el carácter volitivo, valorativo, y creativo que comporta siempre, necesaria e inevitablemente, la utilización de

---

Es curioso que la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados que siempre tuvo como intención reducir el ámbito de discrecionalidad de la Administración y favorecer el control judicial de sus actos, sea utilizada en esta sentencia para todo lo contrario, haciendo prácticamente inviable la impugnación judicial de dichos actos. La sentencia del TS de 12 de diciembre de 2000 también ha sido comentada por Bacigalupo (2001a, 2001b), que además la compara con la sentencia del TS de 30 de noviembre de 1999, que en un asunto similar llega a la misma conclusión que la sentencia de 2000, pero, curiosamente, con un razonamiento totalmente distinto.

<sup>13</sup> Sainz Moreno dedica un buen número de páginas a explicar cómo debe ser el razonamiento que conduzca a la única solución justa y las dificultades que este razonamiento entraña (1976: 172 a 187).

<sup>14</sup> Si en todos los derechos distintos del administrativo la fiscalización jurisdiccional de conceptos indeterminados no encuentra impedimentos, tampoco debe encontrarlos en el orden administrativo (García de Enterría, 1996, 450) En contra, considerando precisamente una peculiaridad del derecho administrativo la imposibilidad de dicho control se manifiesta Bachof citado por Koch (1976: 188).

<sup>15</sup> Cito, por emblemática, la obra de Alexy (1989).

<sup>16</sup> Según la sentencia del TSJ de Canarias (Sala de Santa Cruz de Tenerife) de 13 de diciembre de 1996 (Ar. 2248), cuando la Administración aplica conceptos jurídicos indeterminados realiza una operación cognoscitiva perfectamente verificable por terceros, ya que se trata en principio de un juicio técnico o de experiencia y no de una apreciación política o basada en criterios asequibles sólo al órgano administrativo (citada por Bocanegra y Huergo, 2001: 409, nota 10).

conceptos indeterminados. El control de las decisiones será entonces un control de los argumentos invocados para motivarlas, con todas las dificultades que eso entraña, que parece ser hacia lo que tiende la moderna doctrina administrativista <sup>17</sup>, cada vez menos necesitada del expediente de la única solución correcta.

Resumiendo: las cláusulas generales se caracterizan, y con ello se diferencian, de los conceptos jurídicos indeterminados porque 1) abarcan una constelación de supuestos relativamente amplia; 2) su grado de indeterminación es muy elevado, y 3) su aplicación se produce sólo de forma mediata, ya que de la cláusula indeterminada no se puede derivar directamente una respuesta, antes el juez, o quien desee invocarla, deberá construir la proposición normativa que la vincule con el caso concreto (Rödig, citado por Garstka, 1976: 101). La teoría de la única respuesta correcta es difícil de conciliar con el juicio de valor que comporta la utilización de todo concepto jurídico indeterminado, salvo que se esté pensando en el planteamiento de las teorías de la argumentación, en cuyo caso puede empezar a discutirse.

#### 4. LA INDETERMINACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL PODER LEGISLATIVO. VIRTUDES E INCONVENIENTES

La imprecisión de los términos jurídicos ha pasado de ser considerada un defecto del derecho y un mal endémico que no tiene solución, a valorarse como un aspecto esencial del mismo al que el legislador no debe renunciar (Mackaay, 1980: 256). La discrepancia de valoraciones se comprende si pensamos que las cláusulas generales (y muchos conceptos indeterminados, como los de valor o experiencia)

---

<sup>17</sup> Vide Atienza (1995), Bacigalupo (1997), Igartua Salaverria (1998). La diferencia entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad de la Administración se diluye en muchos casos concretos y aferrarse ciegamente a distinciones teóricas, olvidando el valor siempre funcional que estas tienen, puede conducir a pronunciamientos tan discutibles como los de la sentencia del TS de 12 de diciembre de 2001 ya mencionada. Teóricamente, la diferencia entre el control de la discrecionalidad y el control de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado es que en el primer caso los tribunales llevan a cabo un control negativo, esto es, se limitan a controlar la legalidad de la decisión sin entrar a valorar el fondo del asunto mientras que cuando se aplican conceptos indeterminados se entiende que el Tribunal es perfectamente capaz de aplicar directamente el concepto, sustituyendo en su caso la aplicación que hizo la Administración (Bocanegra y Huergo, 2001: 418 y 419). Ahora bien, hay casos en que los conceptos indeterminados no se comportan de ese modo y los tribunales reconocen a la Administración un margen de apreciación porque entienden que la Administración está en mejores condiciones de aplicar el concepto y renuncian a aplicarlo directamente buscando lo que sería la famosa única solución correcta. En esos casos, la Administración se limita a verificar el mismo tipo de control que en los casos, de discrecionalidad (Bocanegra y Huergo: 424 y 425), pero sea cual sea el supuesto y con ello el control de que se trate, lo que es imprescindible para poder llevarlo a cabo es que exista motivación.

funcionan como «ventanas a la ética jurídica» (Dubischar, 1974: 85), como vías que aseguran que el derecho tecnificado será llevado a la práctica en consonancia con los estándares morales que rigen en la sociedad en cada momento, por lo que el juicio que merezcan estará muy condicionado por la concepción que en cada momento se tenga de las relaciones entre el derecho y la moral<sup>18</sup>. Y pocas cuestiones hay que hayan sufrido a lo largo de la historia fluctuaciones tan importantes como ésta.

Es evidente que los grandes problemas que plantean las cláusulas generales y los conceptos indeterminados están relacionados con el difícil equilibrio entre seguridad y justicia. Cuanto más indeterminado sea un concepto más difícil será decidir si resulta o no aplicable a un caso concreto y por tanto mayor será la inseguridad jurídica y, en la medida en que la justicia se identifique con la igualdad, mayor será también la injusticia. Pero como el legislador no siempre puede abarcar con una norma las especificidades de la vida, a veces es preferible dejar que sea el juez quien valore el caso concreto y no someterle a las rigideces de unos conceptos muy determinados. Esta es la forma clásica de presentar el asunto y hay que decir que ha cambiado poco. Paradójicamente, los cimientos sobre los que descansa esta argumentación nunca han sido firmes: presuponemos que cuando los conceptos son determinados, y muchas veces ocurre, el juez se limita a aplicarlos sin buscarles los dobleces que no tienen; y sin embargo un análisis de sentencias nos muestra la cantidad de ocasiones en las que el juez encuentra mecanismos *interpretativos* para dejar de aplicar normas aparentemente claras, dibujándonos un legislador «en constante pie de guerra con su lengua materna»<sup>19</sup>, que elige siempre las palabras menos adecuadas para expresar lo que se propone, que cuando utiliza conceptos determinadísimos no quiere que estos se apliquen y que, sin embargo, cuando utiliza conceptos indeterminados y cláusulas generales esté diseñando para cada conflicto una única solución correcta.

La utilización de cláusulas generales fue alabada por los juristas nazis porque: 1) su elasticidad permitía adaptar la sentencia al caso concreto –adaptar la sentencia, no aplicar una ley que probablemente no resultaba acorde con la *Weltanschauung* del régimen–; 2) permitían modificar las normas sin alterar los textos normativos, «imbuir de nuevo espíritu viejos cuerpos»; 3) servían para crear derecho en

<sup>18</sup> Y, en último término, por tanto, por la concepción del derecho que se profese. Los enfrentamientos teóricos y las discrepancias interpretativas en un ámbito que se pretende por algunos tan neutralmente tecnificado como es la metodología jurídica, tienen casi siempre, como origen, profundas discrepancias respecto de lo que se entiende que es, o que debe ser, el derecho (García Amado, 2001: 1-2; 2001a: 85-90). En este sentido, es muy interesante y sumamente esclarecedor de la relación entre concepto del derecho y teoría de la interpretación, el análisis realizado por García Amado del modo de funcionamiento del argumento *a contrario* en las diferentes concepciones del derecho (lingüística, intencionalista y material) que distingue (2001a).

<sup>19</sup> La expresión es de Stampe (1905: 1017): «... der normale Gesetzgeber mit seiner Muttersprache auf stetem Kriegsfuss lebt» .

caso de lagunas, considerando también como tales aquellos supuestos que están regulados por normas contradictorias con el nacionalsocialismo—; 4) servían para hacer justicia; 5) los riesgos de seguridad y arbitrariedad no existirían, ya que en el nacionalsocialismo se comparte la *Weltanschauung* (Hubernagel, citado por Rùthers: 215). Estas ventajas se convierten en riesgos para quienes no comparten la mencionada *Weltanschauung*.

Con unos parámetros diferentes, con otro vocabulario, otras pretensiones y por tanto otra perspectiva, el tema de la indeterminación jurídica preocupa desde hace ya algunas décadas al análisis económico del derecho, que ha conseguido ofrecer una visión panorámica clara de los aspectos que supuestamente tiene en cuenta el legislador cuando opta por utilizar conceptos indeterminados, aunque la terminología desprovista de pasión que emplean no deja ver los auténticos problemas que generan este tipo de regulaciones indeterminadas. Quizá tampoco era su pretensión.

Para el *análisis económico del derecho*<sup>20</sup>, las instituciones jurídicas son el reflejo de una lógica económica que les subyace y que se puede intentar aprehender y aclarar con la ayuda de las teorías microeconómicas habituales y de los conceptos de coste y de beneficio. La tesis avanzada por autores como Mackaay es que «la división de roles entre poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial se desarrolla de tal manera que se reducen al mínimo los costes generados por la formulación y la aplicación de las normas jurídicas y que la precisión de los términos elegidos por el legislador está en función de esta división de roles» (1980: 258). La imprecisión conceptual de las normas jurídicas, por tanto, no sería resultado de la resignación generada ante la imposibilidad de eliminarla sino de un acto consciente dirigido a evitar el despilfarro en todos los niveles de toma de decisión (legislativo, ejecutivo y judicial) y constituiría un elemento esencial para el buen funcionamiento del derecho, siempre partiendo de la hipótesis de que las instituciones se esfuerzan, consciente o inconscientemente, en reducir al mínimo los costes vinculados a la formulación y aplicación de las normas jurídicas (Mackaay, 1980: 273). ¿De qué costes y de qué despilfarro estamos hablando? A un nivel muy básico, y contado de forma muy esquemática, el análisis económico del derecho diferencia en la formulación y aplicación de las normas tres tipos de costes<sup>21</sup>:

– Costes de formulación: abarcan 1) los costes ocasionados por la elaboración y redacción de las normas; cuanto más precisa sea la norma más elevados serían los costes de formulación, ya que

<sup>20</sup> En este apartado sigo la exposición de Mackaay (1980), que sintetiza con una claridad ejemplar el tipo de análisis propio de este movimiento.

<sup>21</sup> Aunque traigan nuevo ropaje, las ideas son antiguas: del problema de conciliar los dos ideales a los cuales debe aspirar la formación del derecho, el de la determinación plena y el de la plena adecuación, ya hablaba Heck, y a tratar de conciliarlos dedicó buena parte de sus esfuerzos metodológicos (1932a: 6).

su elaboración requeriría más tiempo, más especialistas; los costes disminuyen si por ejemplo la materia a regular ya ha sido desarrollada por la jurisprudencia. 2) Los costes ocasionados por la aprobación de la norma por el parlamento. Tanto más difícil y más costosa cuanto más controvertido sea el tema y más precisa sea la regulación y cuanto más elevado sea el número de parlamentarios que puedan votar libremente –a diferencia del voto en bloque o voto de partido.

– Costes de la incertidumbre (o de la imprecisión): tienen que ver con los efectos de la norma en los ciudadanos, igual que los costes de inadecuación. Los términos imprecisos son más costosos, porque obligan a los ciudadanos a acudir a abogados y a especialistas y contribuyen a aumentar la litigiosidad, litigios que además son largos, porque al no existir una solución unívoca y clara se tiende también a recurrir las sentencias. Por último, los operadores jurídicos encargados de aplicar las normas imprecisas gozan de un mayor margen de maniobra y eso puede dar lugar a arbitrariedades o abusos y por tanto a soluciones no deseables, lo que nos llevaría ya a los costes de inadecuación. Reacción de los ciudadanos: adoptar, mediante acuerdo, reglas más precisas –costes de transacción– aunque en muchos casos no es posible, esto es, los costes de transacción serían demasiado elevados. En ese caso los ciudadanos pueden dirigirse a los tribunales. Se dice entonces que los tribunales «aplican» la ley. Claro que, y es únicamente una intuición, podría pensarse que, de forma paradójica, este tipo de costes apuntalan los conceptos indeterminados y contribuyen a que se perpetúen. Nos explicamos: litigar es costoso y no sólo económicamente, se pierde también tiempo y salud. Los procesos están organizados de tal forma que disuaden al ciudadano medio. Muchos litigarían pero no lo hacen; o no pueden o no les compensa y de esa forma se consolidan interpretaciones absurdas o poco justificadas, vicios y conductas abusivas que quizá no se mantuviesen de haber podido cumplir la Administración de justicia su función depuradora.

– Costes de inadecuación: ejemplo del límite de velocidad a 50 kilómetros. Es una norma muy precisa y sin embargo en casos de niebla o hielo, por ejemplo, no evita los riesgos que pretende y resulta muy restrictiva cuando las calles son amplias y el tiempo bueno o hay poco tráfico. Si se mitigan los costes de inadecuación de la norma haciendo intervenir consideraciones de tipo más impreciso, aumentan los costes de imprecisión. Reacción de los ciudadanos: si son normas dispositivas, adoptar mediante acuerdos reglas más precisas. Si no, dirigirse a los tribunales, con la particularidad de que se trata de normas precisas y el margen de actuación del tribunal es limitado y puede suceder que la respuesta que puedan ofrecer los tribunales, en el sentido de la ley, no les parezca acertada ni a las partes ni a otros ciudadanos que se encuentren envueltos en conflictos similares, por lo que deberá valorarse, si los costes no

son demasiado elevados, la posibilidad de dirigirse al legislador con grupos de presión y si esto resulta demasiado costoso, hacerlo de forma indirecta mediante campañas en los medios de comunicación, elecciones, etc. (Mackaay, 1980: 259–260).

El análisis de los conceptos indeterminados desde la perspectiva de los costes generados permite formular casi intuitivamente una serie de reglas que nos indican que el legislador optaría preferentemente por conceptos precisos en los siguientes casos:

1. *a)* Si las distinciones pertinentes ya han sido elaboradas por la jurisprudencia –en cuyo caso se reducen los costes de formulación que siempre acompañan a los conceptos precisos–, y *b)* si no se prevén cambios técnicos o económicos que requieran modificaciones en un futuro próximo.

2. Si la conducta que se regula es relativamente homogénea.

3. Si la materia no es objeto de controversia o si es una materia objeto de controversia, pero los costes de incertidumbre son demasiado elevados.

4. Si la norma es dispositiva y por tanto las partes pueden modificarla fácilmente mediante negociación (p. ej. reglas del Código Civil en materia de contratos).

5. Si el coste de incertidumbre que acarrearía utilizar conceptos indeterminados es considerable (normas de derecho penal: si son imprecisas perjudican al ciudadano honrado que quiere evitar los riesgos y benefician al criminal que puede estar tentado a probar fortuna. Igual en derecho fiscal).

Además, teniendo en cuenta las características de los tribunales y sus diferencias respecto al parlamento <sup>22</sup>, este debe evitar las indeterminaciones cuando hay múltiples intereses en juego, cuando se trata de acciones prospectivas o cuando se quiere incidir de forma masiva sobre las reglas de todo un sector (Mackaay, 1980: 263–264).

El análisis de la legislación en términos de costes, considerando al legislador como una especie de empresario deseoso de obtener beneficios, soslaya el auténtico y espinoso problema de definir qué deben considerarse beneficios, y olvida que el derecho es, sobre todo y ante todo, una forma de poder y un instrumento en manos de quien ostente el monopolio de la fuerza. Y eso es algo que no conviene olvidar, menos aún en el tema de las cláusulas generales, que como veremos a continuación han constituido y constituyen magníficas herramientas para utilizar el poder que confiere el derecho.

---

<sup>22</sup> Son más y pueden solucionar más casos, pero sus sentencias sólo afectan a las partes y sólo se ponen en funcionamiento a instancia de parte, no pueden modificar grandes bloques de legislación y tampoco actúan rápidamente, sino que es una vía lenta y además no pueden establecer regímenes transitorios en el paso de una regulación a otra, y sólo actúan cuando ya se ha producido el conflicto, no pueden realizar actuaciones prospectivas (Mackaay, 1980: 263).

5. LA INDETERMINACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE SU APLICACIÓN JUDICIAL. ¿PUEDEN UTILIZARSE LAS CLÁUSULAS GENERALES PARA DEROGAR NORMAS VIGENTES?

El uso (y abuso) interesado que el nacionalsocialismo hizo de las cláusulas generales para modificar las normas sin alterar los textos normativos es uno de los argumentos fuertes que han servido para rechazar los intentos de culpar al positivismo jurídico de la catástrofe acaecida bajo el nazismo <sup>23</sup>. De hecho, ya en 1934 un jurista «sospechoso» de simpatías con el régimen, Carl Schmitt, se encargó de presentar positivismo y cláusulas generales como realidades difíciles de conciliar: «en Alemania se puede ver hoy del modo más claro en qué medida ha llegado a su fin el tiempo del positivismo jurídico. En todas partes y en todos los campos de la vida jurídica penetran las llamadas “cláusulas generales” en detrimento de la seguridad positivista: conceptos indeterminados de todo tipo, reenvíos a medidas y conceptos extralegales como buenas costumbres, lealtad y buena fe, exigibilidad y no exigibilidad, razón suficiente, etc., que suponen una renuncia al fundamento del positivismo, a saber, la decisión legal, a la vez contenida y desvinculada de la norma... En el momento en que conceptos como “lealtad y buena fe”, “buenas costumbres”, etc., se aplican no a una sociedad civil de tráfico individualista, sino al interés de la totalidad del pueblo, cambia de hecho todo el derecho sin que sea preciso que cambie una sola ley. Yo estoy, por tanto, convencido de que con esas cláusulas generales puede introducirse un nuevo modo de pensamiento jurídico.» (Schmitt, 1996: 67-68).

No hizo falta esperar a que los nazis llegasen al poder para que el uso de las cláusulas generales se extendiese y fuese objeto de viva discusión científica <sup>24</sup>, sobre todo por la polémica utilización que los

<sup>23</sup> Sobre lo incorrecto de culpar al positivismo de los excesos jurídicos del nazismo, García Amado (1999). En la misma línea de exculpación del positivismo y culpando, en cierto modo, al «antiformalismo», se pronuncia Behrends, para quien no es que los juristas del movimiento del Derecho Libre fuesen pronazis, sería un sinsentido ya que les es ajeno lo específico del nacionalsocialismo, que es el racismo biológicamente fundado. Pero su fomento del voluntarismo judicial, su romántica imagen de la decisión o situación a decidir, a cuyas exigencias eran especialmente sensibles, su empeño de liberar al juez de las tradicionales ataduras a la ley, a los conceptos jurídicos, a los valores reflejados en el sistema, prepararon de forma considerable el terreno para que las teorías adecuadas al movimiento nacionalsocialista sobre el derecho y el juez brotasen de forma inmediata (Behrends, 1989: 36, 38-39).

<sup>24</sup> Con ironía y refiriéndose al entonces recién promulgado *BGB*, diferencia J. W. Hedemann entre parágrafos que son reyes y parágrafos que son mendigos. Los primeros serían los que contienen las cláusulas generales y cita el 157 (interpretación de los contratos según el principio de buena fe y las costumbres del tráfico); 242 (obligación del deudor de llevar a cabo la prestación como exige la buena fe y las costumbres del tráfico), 826 (quien causa a otro daños intencionados y contra las buenas costumbres está obligado a resarcirlos); 226 (el ejercicio de un derecho no está



tribunales hicieron de ellas para derogar normas vigentes<sup>25</sup>. De esta polémica utilización es buena muestra la sentencia del Tribunal del *Reich* de 28 de noviembre de 1923, que utilizó la cláusula general de buena fe recogida en el parágrafo 242 del código civil alemán (*BGB*) para dejar sin vigencia una norma de derecho público y revalorizar las hipotecas. Esta sentencia, que ha sido calificada por Rüthers como «el suceso más dramático de la joven historia de la jurisprudencia alemana» (1973: 87)<sup>26</sup>, ha sido objeto de abundantes comentarios<sup>27</sup> y juristas del momento, como Philipp Heck, la utilizaron para probar la solidez de sus propuestas teóricas, criticándola duramente, pese a considerarla justa (1924: 204).

## 6. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL IMPERIAL ALEMÁN DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1923 SOBRE REVALORIZACIÓN DE UNA HIPOTECA

El 4 de agosto de 1914 el parlamento alemán decide intervenir en el mercado financiero y adopta cuatro proyectos de ley: supresión de la libre convertibilidad de los billetes en oro, autorización para emitir marcos-papel –*papiermark*– hasta los 5.000 millones de marcos durante la prosecución de la guerra, creación de cajas de préstamos encargadas de conceder créditos al *Reich*, a los *Länder* y a los municipios, bajo la forma de bonos utilizables como medios de pago por las cajas públicas, y autorización concedida al *Reichsbank* para utilizar los bonos del tesoro y los bonos de las cajas de préstamo para su cobertura, al mismo título que el oro, a fin de poder emitir billetes de banco en gran cantidad (Guillen, 1973: 293-295). Estas medidas provocaron una enorme inflación que se agravó cuando Alemania perdió la gue-

---

permitido cuando sólo tiene por finalidad causar a otro daños). Cientos de párrafos, los mendigos, se ven relegados a un segundo plano y deben soportar que unos pocos se eleven sobre ellos (Hedemann, 1933: 6).

<sup>25</sup> Según Hedemann la *huida hacia las cláusulas generales* era una cuestión decisiva, probablemente el tema de reflexión más importante que podía plantearse el jurista del siglo XX (1933: 3) y así se titula su famoso libro publicado en 1933, en el que va exponiendo, apoyándose en la jurisprudencia de la época, todos los riesgos que entraña el uso de las cláusulas generales para la seguridad, la previsibilidad y la libertad. De hecho el subtítulo de la obra es «un peligro para el Derecho y el Estado».

<sup>26</sup> No se incurre en una exageración si se califica esta sentencia del tribunal del *Reich* como el suceso más dramático de la joven historia de la jurisprudencia alemana: una ley obligatoria fue derogada por el tribunal del *Reich* sin consideración alguna a la voluntad del legislador histórico ni tampoco del legislador del momento y el parágrafo 242 se interpretó, por primera vez de tal forma que se convertía en un abrigo bajo el que el juez podía actuar como legislador (Rüthers, 1973: 87). «Una actuación, una representación incomparablemente dramática» (Hedemann, 1933: 11).

<sup>27</sup> Un análisis exhaustivo, no sólo de la sentencia sino, sobre todo, de la repercusión de las dos guerras mundiales y la inflación, en las relaciones de derecho privado, se encuentra en Boehmer (1959: 457-614).

rra. La ley monetaria de 1914 permitía pagar las deudas contraídas en marcos-oro (*Goldmark*) con los nuevos marcos-papel (*Papiermark*) –según el principio de equivalencia nominal (*Mark gleich Mark*: «un marco es igual a un marco»)–, lo que debido a la depreciación continua de la moneda provocada por la inflación galopante <sup>28</sup>, ocasionó a los acreedores grandes pérdidas de capital (Rüthers, 1973: 64) y a los deudores la posibilidad de liberarse con cierta facilidad de sus débitos. El principio del *Mark gleich Mark* fue mantenido y ratificado por los tribunales, que denegaron sistemáticamente las pretensiones de los acreedores de revalorización de las obligaciones hipotecarias, señalando expresamente en algún caso que los perjuicios que la continua depreciación del dinero ocasionaba al acreedor no podían considerarse atentados contra el principio de buena fe del parágrafo 242 <sup>29</sup> (Heck, 1924: 205) <sup>30</sup>. Hasta que en noviembre de 1923 el tribunal del *Reich* pronuncia la célebre sentencia, tan aplaudida como criticada, por la que autoriza al acreedor de un préstamo hipotecario contraído antes de la guerra a denegar al deudor la cancelación, cuando éste le ofrece el valor nominal en marcos-papel (*Papiermark*), a la vez que reconoce la posibilidad de proceder a una revalorización judicial de las obligaciones hipotecarias sobre la base del parágrafo 242 del *BGB* (Rüthers, 1973: 66).

En dicha sentencia, el tribunal invoca los siguientes argumentos para fundamentar su decisión: 1. cuando se promulgó la ley monetaria de 1914 los marcos-papel se encontraban en una situación de paridad respecto al marco-oro y el legislador no podía prever que se depreciasen tanto y que se causasen con ello perjuicios tan graves al acreedor, perjuicios que de ningún modo el legislador había querido. Estaríamos en presencia de una laguna primaria, que se produce cuando el legislador ha dejado de regular algo porque no lo ha percibido, y no secundaria, que sería una laguna sobrevenida por el cambio de las circunstancias o de la situación respecto al momento en que la reguló el legislador (Rüthers, 1973: 70); 2. según el tribunal, la ley monetaria no excluye la posibilidad de acuerdos entre las partes y si las partes pudiesen haber previsto semejante depreciación del dinero, habrían acordado mecanismos de revalorización de las deudas. El parágrafo 157 del código civil

<sup>28</sup> Las cifras sobre la inflación son impresionantes. «Un marco-oro (*Goldmark*) costaba, calculado sobre la base del dólar, 177 marco-papel (*Papiermark*) en julio de 1922: 757 en octubre y 1.807 en diciembre del mismo año» (Rüthers, 1973: 65). En diciembre de 1923 el precio había alcanzado el billón de marco-papel (Rüthers, 66). Cuando se estableció la medida en 1914, ambas monedas estaban en una relación de equivalencia.

<sup>29</sup> «El deudor está obligado a efectuar la prestación como exige la buena fe en atención a los usos del tráfico.»

<sup>30</sup> Quien así se pronuncia es el mismo tribunal del *Reich*, el 18 de diciembre de 1920. Y como advierte Boehmer (1959: 462), en una sentencia de 16 de abril de 1921 todavía declara eficaz una oferta de venta de un inmueble hecha por determinado precio antes de la guerra, para ser mantenida unos diez años, a pesar de que entonces la depreciación monetaria ya era muy acentuada.

que obliga a interpretar los contratos de acuerdo con la buena fe y los usos del tráfico, autoriza a entender incluida en los contratos de préstamo una especie de cláusula de revalorización tácita; 3) el fundamento principal y último de la sentencia lo proporcionó el recurso al principio de buena fe contenido en el parágrafo 242 del código civil: la constante depreciación del dinero hacía absolutamente incompatibles las medidas adoptadas por la ley monetaria de 1914 (pago del valor nominal, cambio obligatorio) y el principio de buena fe exigible al deudor en el cumplimiento de sus obligaciones del parágrafo 242. En ese conflicto debe vencer necesariamente el principio de buena fe que domina la vida jurídica.

Lo que hace tan interesante esta sentencia es que en ella se utiliza una cláusula general, la buena fe, para derogar una norma vigente, y se hace en contra de la voluntad expresa (y tácita) del legislador<sup>31</sup>. Y esto último no es un dato irrelevante. ¿No apreciaba el legislador en el año 1923 los problemas que estaba ocasionando la regulación monetaria de 1914? ¿No era consciente de la inflación y de lo que eso suponía para los acreedores? Por supuesto que sí. De hecho, y esa es una de las razones por las que Heck niega que en este supuesto pueda procederse a la rectificación judicial del derecho, juristas y economistas pedían insistentemente al legislador que tomase cartas en el asunto y pusiese remedio a la injusticia que la ley de 1914 estaba ocasionando y todavía en diciembre de 1922, poco antes de que se pronunciase el fallo que comentamos, se había presentado ante el parlamento un proyecto de ley en ese sentido y, por tanto, nadie podía desconocer que el legislador tenía intención de revalorizar las obligaciones, aunque esa intención ya había sido manifestada y pospuesta en ocasiones anteriores<sup>32</sup>. En esa situación, el tribunal decide echar un pulso al legislador y en el verano de 1923, a través del consejo de magistrados, se dirige al ministro de justicia pidiéndole, primero, que adopte alguna medida, porque la situación causaba graves problemas de conciencia a los jueces, y poco después advirtiéndole que una intervención legislativa que desconociese el derecho de los acreedores a la revalorización sería contraria al principio de buena fe y podría ser desobedecida por los tribunales (Rüthers, 1973: 80-81; Heck, 1924: 222-223). Semejante postura constituyó entonces, y constituiría ahora, un desafío inimaginable al legislador, desafío que una vez más, encontró apoyo legi-

<sup>31</sup> Acierta nuevamente Boehmer al señalar que la eterna pugna entre el *jus aequum* y el *jus strictum* se manifiesta de manera particularmente intensa y dramática cuando circunstancias anormales –guerra, inflación, etc.– perturban el curso de la vida social y es entonces cuando se hacen más evidentes las tensiones entre ley y poder judicial (Boehmer, 1959: 458-459).

<sup>32</sup> Según Boehmer (1959: 465) «el legislador había mantenido con firmeza la regla de que un marco es igual a un marco, no sólo porque la completa depreciación de todas las cantidades debidas por la Hacienda pública fuera estimado un camino apropiado para sanear las finanzas del Estado, sino también porque se vio que sería un gran beneficio para la economía popular que la misma depreciación destruyera las deudas que gravaban la propiedad inmobiliaria y la industria».

timador en el ya famoso artículo 242 del *BGB*: el principio de buena fe está más allá del alcance de cualquier ley singular, más allá de las concreciones jurídico-positivas. «Ningún ordenamiento jurídico digno de llamarse así puede subsistir sin ese fundamento. Razón por la cual el legislador no puede frustrar con el poder de su palabra un resultado que el principio de buena fe demanda imperiosamente.» (R. Weber, 1992: 633).

## 7. LA CONSTELACIÓN DE INTERESES EN JUEGO: CRÍTICA DE PHILIPP HECK A LA SENTENCIA

El fundador y máximo representante de la *Jurisprudencia de intereses* aprovecha la sentencia del tribunal del *Reich* para poner a prueba, una vez más, la solidez de sus propuestas metodológicas respecto a las complejas cuestiones de cuándo y en qué condiciones pueden los jueces dejar de cumplir las normas y qué relevancia jurídica tiene el envejecimiento de las normas y el cese de la *ratio* que las vio nacer.

Según la teoría de la interpretación mantenida por Heck, en el proceso por el que el juez obtiene la norma que le permite resolver un caso — el proceso de *Rechtsgewinnung*— pueden distinguirse en dos partes bien diferenciadas: la investigación histórica de los intereses y el desarrollo judicial del derecho, que en muchas ocasiones implica una construcción valorativa del mandato (1914: 59; 1932: 107). La investigación histórica del conflicto de intereses resuelto por la norma es una actividad cognoscitiva cuyos resultados deben ser contrastados con ayuda del método crítico. Y en este sentido, para Heck, la hipótesis de laguna primaria mantenida por el tribunal carece de todo fundamento: no es cierto que el legislador no pudiese prever las consecuencias inflacionistas y desfavorables para los acreedores que iban a acarrear las medidas adoptadas en 1914, sino que sabiéndolo prefirió sacrificar los intereses de los acreedores en beneficio de los intereses superiores del Estado<sup>33</sup>. La única forma que tenía el gobierno de conseguir los medios financieros que necesitaba eran las medidas que adoptó y, por supuesto, sabía las consecuencias inflacionistas que podían tener. El principio de cambio obligatorio, de curso legalmente forzoso del marco-papel, sería absurdo si no se previese la pérdida de valor del marco-papel respecto al marco-oro. En 1914 el legislador optó por hacer prevalecer los intereses del Estado y dicha opción contó con el respaldo de la opinión pública durante mucho tiempo. La pretensión de revalorización de las obligaciones va

<sup>33</sup> Si se hubiese tratado de una laguna primaria como pretendía el tribunal, es decir, si efectivamente el legislador al promulgar la ley no hubiese pensado en la posibilidad de una devaluación y, por tanto, no hubiese querido —preferido— los perjuicios, en tales casos inevitables, que sufrirían los acreedores, entonces estaría totalmente justificado que el tribunal *corrigiese* la norma y no habría ningún obstáculo para proceder a una revalorización (Heck, 1924: 209).

contra la finalidad de las medidas adoptadas por la legislación monetaria de 1914 de protección del mantenimiento del valor del marco-papel. Si sólo se atendiesen a los intereses privados de las partes y se despreciase el interés del Estado, sí encontraríamos motivos para justificar la revalorización. Pero en el momento en que el interés del Estado entra en juego, los intereses privados deben ceder porque la ley ha dado prioridad al primero <sup>34</sup>. Por eso, toda la jurisprudencia que hasta esta sentencia rechazó las pretensiones de revalorización era conforme a derecho y por tanto correcta (Heck, 1924: 203-216).

Una vez que se conoce cuál era el conflicto de intereses que quiso resolver el legislador se entraría dentro de la segunda fase de obtención de la norma, que ya no es una actividad cognoscitiva sino que pertenece a lo que Heck denomina pensamiento emocional. En esta segunda fase se produce una especie de procesamiento de la información obtenida en la actividad de interpretación. Según Heck, la situación de intereses que fue base de la ley monetaria ha dejado de existir: la inflación y la depreciación de la moneda han perjudicado los intereses de los acreedores hasta el punto de aniquilarlos y el interés nacional que había justificado el sacrificio de los acreedores se ha ido volviendo cada vez más débil y ha terminado por desaparecer. Frente al descalabro que la moneda ha experimentado en 1922 y 1923, las medidas de 1914 son insignificantes y mantenerlas o derogarlas en nada altera el interés del Estado, con lo que el sacrificio del acreedor carece de sentido y además es desproporcionado. Y por eso hiere el sentimiento jurídico de la comunidad (Heck, 1924: 216). Estamos por tanto ante una laguna secundaria, ante un problema de adaptación de normas, que se han quedado desfasadas, a las nuevas circunstancias, adaptación que puede producirse por tres vías: el cese automático de la ley, la «derogación» de esa ley mediante una sentencia judicial y la derogación de esa ley mediante un nuevo acto legislativo <sup>35</sup> (Heck, 1924: 217). Ahora bien, y esto es importante para valorar el recurso al principio de buena fe, que una norma se vuelva lesiva para el sentimiento jurídico de la comunidad porque se haya producido un cambio en la situación regulada, no implica

---

<sup>34</sup> Una de las aportaciones más relevantes, según Heck, de la metodología propuesta por la jurisprudencia de intereses, es la teoría del conflicto –*Konflikttheorie*– y el valor hermenéutico del interés sacrificado: toda ley encierra la solución de un conflicto de intereses y por eso, para interpretarla correctamente, es necesario «vivenciar» ese conflicto de intereses originario, ya que, tan importante como identificar el interés preferido es conocer el interés frente al que éste se prefirió, es decir, el interés sacrificado, porque si no podría caerse en la tentación de «absolutizar» el interés preferido y suponer que lo va a ser siempre que entre en conflicto con cualquier otro, y eso es incorrecto (Heck, 1974: 348; 1933: 8, 13-14).

<sup>35</sup> Éste es el meollo de la cuestión y lo que suscitó entre los comentaristas de la sentencia la mayor divergencia de opiniones, cosa que no es de extrañar si pensamos que lo que se está planteando es nada más y nada menos que el tema de la vinculación del juez a la ley y de sus posibles excepciones (Rüthers, 1973: 74; Boehmer, 1959: 458, 466).

su cese automático ni justifica por sí sólo que el juez la desconozca (Heck, 1924: 218). El brocárdico *cessante ratione cessat lex ipsa* no tiene carácter absoluto ni es un cheque en blanco a favor del juez. ¿Cómo debería producirse la adaptación en este caso concreto? Según Heck no cabe invocar cese automático de la norma porque: 1) la ley surge con vocación expresa de continuidad y así consta como coletilla en sus artículos; 2) el parágrafo 4 de dicha ley prevé que sea el parlamento quien tenga potestad para derogarla; 3) el cese automático generaría una inseguridad jurídica y un vacío intolerables. La confianza de los ciudadanos y poderes públicos generada por la jurisprudencia consolidada merece ser protegida y además sería imposible operar sin una nueva norma que regulase la materia y el cese automático no la podría proporcionar (Heck, 1924: 219).

La vía de la «derogación» judicial, elegida por la sentencia no le parece a Heck justificable, aunque sí defiende que en los casos en que la situación de intereses ha cambiado, y respetando determinadas limitaciones, cabe que se produzca una rectificación judicial de normas vigentes que no han cesado de forma automática (1924: 196 ss.). Esos límites serían el respeto a la seguridad jurídica y a la autonomía de la comunidad (Heck 1924: 219-220). La decisión del tribunal de revalorizar las hipotecas perjudica seriamente la seguridad jurídica, ya que frente a los intereses de los acreedores habría que situar el interés en la protección de una situación que se ha consolidado y que además está respaldada por una norma obligatoria. No hay un parámetro objetivo que permita ponderar ambos intereses y por eso debe ser el legislador, y no el juez, quien realice esa ponderación. De otra forma se originarán sentencias diferentes que supondrán un ataque importante a la igualdad y a la seguridad en un ámbito en que el legislador no ha querido dejar a los jueces margen de valoración alguna, ya que las leyes monetarias son derecho estricto y determinado (Heck, 1924: 220-221)<sup>36</sup>. El juez sólo puede rectificar las normas cuando existen factores que demuestren que el legislador, en ese momento y ante la nueva situación, también las hubiese modificado. La pasividad y las reticencias que ha mostrado el legislador en esta materia, de la que nadie puede negar que tenía conocimiento, nos llevan más bien a pensar que si no ha intervenido antes es porque no ha querido, y que el juez no debe suplir esa falta de voluntad de intervención<sup>37</sup> (Heck, 1924: 221-222). La modificación de la norma por el legislador se produjo pocos meses después

---

<sup>36</sup> En contra se manifiesta Rüthers para quien el argumento de la inseguridad jurídica no es convincente, ya que según él la seguridad jurídica y el tráfico jurídico ya habían sufrido un deterioro debido al mantenimiento del principio *Mark gleich Mark* mucho mayor del que pudiese provocar la intervención judicial derogatoria (Rüthers, 1973: 79).

<sup>37</sup> Nuevamente Rüthers discrepa y valora como argumento para justificar la intervención judicial el hecho de que la posterior reforma legislativa se haya producido en el mismo sentido (Rüthers, 1973: 79).

de la sentencia y en ella se reconoció, aunque con condiciones y límites, la revalorización de las obligaciones.

Para Heck, el recurso a la cláusula de buena fe no es suficiente para dejar de aplicar una norma obligatoria y clara, porque lo relevante no es la violación de la buena fe, lo importante es que se trate de una violación que no quiso el legislador. Cuando el legislador promulgó la norma de 1914, no le importó sacrificar a los acreedores y por tanto fue consciente de la potencial violación de la buena fe que la norma supondría y la asumió en beneficio de intereses superiores del Estado. No toda violación de la buena fe es antijurídica. Hay que andar con pies de plomo para no quedarnos atrapados por el hechizo de la fórmula <sup>38</sup>.

Para otros autores, sin embargo, decir que el juez se extralimita en sus funciones cuando corrige un precepto legal por medio de una cláusula general es un sarcasmo (Miquel González, 1997: 317; Weber, 1992: 634) ¡Precisamente para eso están las cláusulas generales! Si ni el legislador ni el ejecutivo asumen las responsabilidades que les corresponden, es el juez quien debe hacerlo.

Lo que estos jueces y estos autores no aclaran es cómo se explica que exista una opinión pública o un sentimiento jurídico colectivo suficiente para rellenar la cláusula de buena fe en el sentido corrector que pretenden las sentencias y que, pese a ello, esa opinión pública o conciencia colectiva no hayan parecido suficientes al legislador para modificar la norma. Si está tan claro, ¿por qué no lo ve el legislador?

## 8. CONSIDERACIONES FINALES

La valoración que en cada momento merezcan las cláusulas generales está condicionada por el grado de reticencia y desconfianza que exista respecto de los poderes que las van a utilizar como instrumentos. R. Weber (1992: 631) cuenta que el *Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten* contenía más de 19.000 artículos porque sus autores estaban convencidos de poder normar la realidad de forma agotadora y además, y sobre todo, porque miraban con desconfianza el recurso a conceptos jurídicos indeterminados o simplemente vagos,

---

<sup>38</sup> En nuestro derecho también se recurrió a las cláusulas generales de buena fe y abuso de derecho para corregir, en los casos de arrendamientos con rentas ínfimas por su congelación y antigüedad, la norma del código civil que imponía a los arrendadores la obligación de realizar obras de conservación. La jurisprudencia de las Audiencias, aunque vacilante, descargaba en esos casos al arrendador de la obligación de pagar esas obras y permitía al arrendatario que fuese él quien las realizase. La norma del código civil no ofrecía lugar a dudas y tampoco dejaba margen a la interpretación, pero muchos tribunales entendieron que respecto a rentas antiguas y congeladas era absolutamente contrario al principio de buena fe el resultado injusto que provocaba una aplicación literal de la norma (sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 19 de noviembre de 1993, citada por Miquel González, 1997: 317).

«ya que nada puede ser más peligroso para la libertad de los ciudadanos que convertir al juez en legislador, más aún siendo el juez un servidor a sueldo del Estado y la judicatura un cargo de por vida» (Carl Gottlieb Suarez, citado por R. Weber, 1992: 631). En la exposición de motivos del *BGB*, que sí contiene cláusulas generales –los parágrafos «reales» a los que se refería Hedemann– también se dice explícitamente que se conocen los riesgos de inseguridad y arbitrariedad que pueden originar, pero se confía en que los jueces harán de ellas un uso correcto. Al ir consolidándose las libertades de los ciudadanos, va desapareciendo el temor a que viejas prácticas propias del absolutismo puedan colarse de nuevo en el sistema utilizando los conceptos vagos o las cláusulas generales como puerta de entrada. Además, el desarrollo veloz e imparable que se producía en todas las esferas de la vida fue utilizado por los movimientos de reforma metodológica como arma para derribar el mito de la plenitud del ordenamiento sobre el que se había asentado el formalismo y acentuar el carácter esencialmente lagunoso del derecho, lo que también contribuyó a disipar los iniciales temores que suscitaban las indeterminaciones normativas, vistas ahora como algo inevitable, no sólo porque la vida iba mucho más rápido que el legislador <sup>39</sup>, sino también porque se generalizó, exagerándose a veces de forma interesada, el carácter imperfecto del lenguaje como instrumento para elaborar normas <sup>40</sup>.

El formalismo jurídico y su consecuente recelo respecto a indeterminaciones y vaguedades se diluye en los períodos en que deja de verse como una necesidad someter y limitar al poder, en los momentos en que desaparece el antagonismo entre la sociedad y el Estado (Tönnies, 1990: 294), o más exactamente, entre el poder y el Estado <sup>41</sup>. Esa era, según Max Weber, la situación en Alemania antes de la primera guerra mundial, respaldada, desde el punto de vista teórico, sobre todo por la Escuela del Derecho Libre <sup>42</sup>. Y esa sería, según Tönnies, la situación actual, en la que el formalismo jurídico ya no se considera un medio para lograr el control del poder –que tampoco se

<sup>39</sup> Hoeniger 1917, citado por Garstka (1976: 96).

<sup>40</sup> Las referencias son innumerables. Por citar a un clásico, Zitelmann (1904: 32) con ejemplos que después se han convertido a su vez en clásicos para explicar los problemas que plantea el uso del lenguaje natural en la creación de normas.

<sup>41</sup> En este sentido hay que interpretar la interesante conclusión a la que llega Franz Neumann después de examinar el papel que juegan y las funciones que cumplen las cláusulas generales en los distintos ámbitos jurídicos, que se resumen en una única: servir al poder. Por eso cuando ese poder se convierte en monopolio, cuando además el monopolio cuenta con el respaldo del grupo social con poder, la huida hacia las cláusulas generales se intensifica y el derecho positivo, que había incorporado una parte importante de las reformas sociales, se ve destruido por cláusulas generales cuya interpretación tautológica beneficia siempre a quien tiene el monopolio (Neumann, 1967: 39-41), Son esclarecedoras las sentencias que utiliza para apoyar esta idea.

<sup>42</sup> El derecho libre es culpable según Hedemann del auge desmedido que habían experimentado las cláusulas generales en esa época (1933: 10).



pretende— sino que, en ocasiones, aparece como un obstáculo al libre juego de las fuerzas sociales, que parecen gozar de mayor confianza <sup>43</sup>. Entonces se ve con buenos ojos que las cuestiones sobre las que es difícil alcanzar un acuerdo (porque las posturas están muy enfrentadas o porque hay muchos intereses inconmensurables y, por tanto, inconciliables en juego) se regulen de forma indeterminada, para que sea el juez quien en cada momento lo precise. El juicio que ello nos merezca dependerá en último término de la concepción del derecho que mantengamos (o de nuestra capacidad para asumir las propias contradicciones). No han faltado voces señalando que no debería exigirse de los jueces solucionar conflictos como los que plantean las cláusulas generales en su relación con el resto de las normas del ordenamiento jurídico y que, sin embargo, deberían exigírsele más responsabilidades al legislador <sup>44</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M. (1985): *Introducción al Derecho*, Barcanova, 1.<sup>a</sup> edición, Barcelona.
- (1995): «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85, enero/marzo, pp 5-26.
- ALEXY, R. (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid.
- BACIGALUPO, M. (1997): *La discrecionalidad administrativa. (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid.
- (2001a): «De nuevo sobre la motivación de los nombramientos discrecionales en las carreras judicial y fiscal», *La Ley*, 5262.
- (2001b): «Discrecionalidad, conceptos jurídicos indeterminados y motivación de las decisiones administrativas. (A propósito de la motivación de los nombramientos discrecionales en las Carreras Judicial y Fiscal)», Comunicación presentada en el 7.º Congreso Internacional de Metodología Jurídica «La aplicación del derecho por la Administración Pública y la Justicia: problemas de los conceptos jurídicos indeterminados», 20 y 21 de septiembre de 2001, organizado por el INAP, Madrid.
- BEHRENDTS, O. (1989): «Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken» en Dreier, R./ Seller, W. (ed.), *Recht und Justiz im «Dritten Reich»*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Taschenbuch 1989, pp. 34-80.
- BOEHMER, G. (1959): *El Derecho a través de la Jurisprudencia. Su aplicación y creación*, Bosch, Barcelona, traducción de José Puig Brutau.
- BOCANEGRA SIERRA, R. y HUERGO LORA, A. (2001): «Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos

<sup>43</sup> ¡Incluso entre la izquierda está pasado de moda Franz Neumann!, lamenta Tönnies con ironía (1990, 295).

<sup>44</sup> Hedemann 1933, 77.

- jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar», *REDA*, 111, pp. 405-428.
- CANARIS, C. W. (1998): *El sistema en la Jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, traducción de Juan Antonio García Amado.
- DUBISCHAR, R. (1974): *Vorstudium zur Rechtswissenschaft*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, W. Kohlhammer, 1974.
- ENGISCH, K. (1967): *Introducción al pensamiento jurídico*, Ediciones Guadarrama, 1967, traducción al español de Ernesto Garzón Valdés, Madrid. Revisión y adaptación al Código Civil Español de Luis García San Miguel.
- GARCÍA AMADO, J. A. (1991): «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho* 8, pp. 344 ss.
- (2001): «¿Interpretación judicial con propósito de enmienda (del legislador)? Acerca de la jurisprudencia sobre el artículo 133 del Código Civil», *La Ley*, núm. 5338, junio 2001, pp. 1-9.
- (2001a): «Sobre el argumento *a contrario* en la aplicación del Derecho», *Doxa*, 24, pp. 85-114.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1985): *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (1995): *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, reimpresión de la 4.<sup>a</sup> edición.
- (1996): *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, reimpresión de la 7.<sup>a</sup> edición.
- GARSTKA, H. (1976): «Generalklauseln», en Koch, H. J. (ed.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Kronberg, Athenäum-Verlag, pp. 96-123.
- GUILLEN, P. (1973): *El imperio alemán 1871/1918*, en Droz, J. (dir.), *Historia de Alemania*, Vicens-Vives, Barcelona, 1973, traducción de Miguel Llop Remedios.
- HECK, Ph. (1914): «Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz», *AcP*, 112, pp. 1-318
- (1924): «Das Urteil des Reichsgerichts vom 28. November 1923 über die Aufwertung von Hypotheken und die Grenzen der Richtermacht», *AcP*, 122 (1924), pp. 203-226.
- (1932): *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- (1932a): *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2.<sup>a</sup> edición. La primera edición es de 1912. Hay traducción al castellano de Manuel Enteza (pseudónimo de Sacristán) y prólogo de Puig Brutau, de la primera edición, con el título *El problema de la creación del derecho*, Ariel, Barcelona, 1961. Reeditado en Comares, Granada, 1999.
- (1933): *Interessenjurisprudenz*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), p. 36. Hay traducción al castellano: «Jurisprudencia de intereses», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, 1948, pp. 523-550.
- (1933a): «Rezension: Justus Wilhelm Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1933», *JW*, 1933, pp. 1448-1449.
- (1974): «Die neue Methodenlehre Müller-Erbachs» en Ellscheid, G., Hassemer, W. (eds.), *Interessenjurisprudenz*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, pp. 345-379. El artículo original apareció en *AcP*, 140, N.F. 20, (1935), pp. 257-295.

- HEDEMANN, J. W. (1933): *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, Mohr (Paul Siebeck).
- IGARTUA SALAVERRÍA, J. (1998): *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid.
- KOCH, H. J. (1976): «Das unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht», en Koch, H. J. (ed.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Kronberg: Athenäum-Verlag, pp. 186-213.
- MACKAAY, E. (1980): «Le nozione "fluide" in diritto ovvero l'economia dell'imprecisione», *Informatica e Diritto*, 6, pp. 253-274.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (1997): «Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho», en *La vinculación del juez a la ley, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, pp. 297-326.
- NEUMANN, F. (1967): «Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft», en *Demokratischer und autoritärer Staat. Beiträge zur Soziologie der Politik*, Frankfurt a. M., Europäische Verlagsanstalt.
- RÜTHERS, B. (1973): *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Frankfurt a. M., Athenäum Fischer Taschenbuch. La primera edición es de 1968, Tübingen, J.C.B. Mohr.
- SAINZ MORENO, F. (1976): *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid.
- SCHMITT, C. (1996): *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Tecnos, Madrid. Estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero.
- SYBILLE TÖNNIES, E. (1990): «Fair trial oder Kann die Flucht in die Generalklausel gegen Kabinettsjustiz helfen?», *ZRP*, Heft 8, pp. 292-295.
- WEBER, R. (1992): «Entwicklung und Ausdehnung des § 242 BGB zum «königlichen Paragraphen», *JuS*, pp. 631-636
- ZITELMANN, E. (1904): *Die Kunst der Gesetzgebung*, V. Zahn & Jaensch, Dresden.



# La interpretación literal de la Ley

Por MARÍA CONCEPCIÓN GIMENO PRESA

Universidad de León

*INTRODUCCIÓN:* En este trabajo se intenta encontrar respuestas a dos interrogantes: ¿en qué consiste llevar a cabo una interpretación literal de la ley?, y ¿cuál es el papel que representa la interpretación literal en una concepción general de la interpretación jurídica? El objetivo de este trabajo es mostrar que la interpretación literal sigue jugando actualmente un rol importante en la actividad de interpretar el derecho incluso en aquellas posturas donde aparentemente se niega esta posibilidad. Para mostrarlo, se analizan dos teorías jurídicas actuales, en concreto la teoría de Ricardo Guastini y la de Rafael Hernández Marín, en las que se puede constatar la plausibilidad de dicha afirmación.

Abordaremos algunos problemas relacionados con la llamada «interpretación literal de la ley», los que se enmarcan en la cuestión más amplia de la interpretación y el razonamiento jurídico. Dado que este tema ha acaparado la atención de los juristas en los últimos años, la bibliografía sobre el mismo es prácticamente inabarcable<sup>1</sup>. Por ello trataremos de señalar sólo una parte de los problemas que suscita la determinación del «sentido literal de la ley».

La vinculación del intérprete a la letra de la ley constituye un mandato legislativo en el ordenamiento jurídico español<sup>2</sup>. Este hecho ha generado que las disciplinas dogmáticas traten de determinar qué es el sentido literal de una ley. Aunque sus explicaciones en la mayoría de los casos se reducen a remitir a la necesidad de que el intérprete tenga

---

<sup>1</sup> Ver Comanducci 1999, Bix 1995, Lifante Vidal 1999, Marmor 1995, Shauer 1993.

<sup>2</sup> Ver a modo de ejemplo los artículos 3, 675 ó 1281 del Código Civil.

un buen conocimiento de la lengua y emplee los significados establecidos para las expresiones en juego (cfr. Pabón de Acuña, 1999: 9-47). También el Tribunal Supremo alude a su propia tarea de interpretación como la atribución del sentido literal a las expresiones objeto de interpretación aunque en muchas ocasiones en sus sentencias no existe ninguna precisión sobre la forma en que dicho sentido puede ser determinado, salvo la tácita remisión al significado dado por un buen diccionario de la lengua<sup>3</sup>.

En este artículo estamos interesados en analizar otro tipo de explicaciones y problemas, aquellos preocupados por los aspectos teóricos y conceptuales de la cuestión. Intentaremos encontrar respuestas a dos interrogantes: ¿En qué consiste realizar una interpretación literal de la ley? y ¿cuál es el papel que representa la interpretación literal en una concepción general de la interpretación jurídica? El objetivo de este trabajo es mostrar que la interpretación literal sigue jugando actualmente un rol importante en la actividad de interpretar el derecho incluso en aquellas posturas donde aparentemente se niega esta posibilidad. Para dar respuesta a estos interrogantes procederemos dividiendo el trabajo en dos partes. En la primera examinaremos algunos problemas que trae aparejada la expresión interpretación literal de la ley. Mostraremos cómo el concepto de significado, de significado literal, y de interpretación, todo ellos ambiguos, condicionan la respuesta a los interrogantes objeto de este estudio. En la segunda parte examinaremos cómo tratan el tema de la interpretación literal dos teorías de la interpretación jurídica recientes: las defendidas por Guastini y por Hernández Marín.

## I

El estudio de la interpretación literal del derecho se enfrenta con una serie de problemas en la actualidad. Así, a la hora de analizar este tema nos encontramos en primer lugar con una cuestión de base, que no sólo atañe a la interpretación literal sino a cualquier estudio de la interpretación cuando ésta es definida relacionándola con el término significado. Dicho problema consiste en la pluralidad de sentidos que el propio término *significado* lleva aparejado y la forma de ser entendido el mismo cuando se relaciona con el término interpretación. Un segundo problema viene generado por el sentido de la locución *senti-*

---

<sup>3</sup> Por ejemplo, en el caso de subrogación arrendataria resuelto el 22 de junio de 1995, cuando afirmó: «... la expresión literal que la citada norma emplea de haber convivido habitualmente en la vivienda entraña un concepto jurídico revelador de una situación de hecho entre ambas personas, no un concepto semejante al del domicilio legal... El término literal de “habitualmente” que dicha norma emplea –forma abreviada del verbo *habituarse*–, significa forma o modo de acostumbrarse a una conducta o situación constante en el tiempo». La sentencia está tomada de la cita efectuada por Pabón Acuña, 1999: 45-46.

*do literal o significado literal*. Esta locución es usada de forma distinta por los lingüistas y por los juristas. El problema se agrava además si, como luego veremos, la pluralidad de usos que estos últimos hacen de la locución no coinciden con la pluralidad de usos que llevan a cabo los primeros»<sup>4</sup>. Estos dos problemas impiden dar una respuesta rápida y sencilla a los dos interrogantes que nos hemos planteado en este trabajo: ¿Qué es la interpretación literal del derecho? y ¿cuál es el rol que juega la misma en una concepción general de la interpretación jurídica?

## 1. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA NOCIÓN DE SIGNIFICADO

En el ámbito de la interpretación, y especialmente de la interpretación de la ley, se suele relacionar los términos: interpretación y significado. Esto se puede apreciar cuando examinamos el concepto de interpretación que sostienen, entre otros autores, Kelsen, Hart o Ross. Además, existen pensadores que ven en dicha relación una condición conceptual necesaria e imprescindible para una teoría de la interpretación<sup>5</sup>. Pareciera a simple vista que sostener que interpretar la ley es determinar el significado de la misma es una afirmación que aclara la cuestión acerca de la interpretación del derecho. Sin embargo, dado lo polémico que resulta el término significado dicha afirmación dista de cumplir tan radicalmente esta función. Mostrar este hecho es la intención que perseguimos con este epígrafe.

Cuando intentamos rastrear la teoría del significado sustentada por algún autor, lo que en realidad hacemos es preguntar en qué consiste, para él, el significado lingüístico de un enunciado. De esta manera se pueden identificar y comparar las posiciones de filósofos muy diversos, como: (i) la de Platón, para quien los nombres son las unidades significativas, que poseen una significación independiente de la voluntad de aquellos que los emplean. La misma está dada, pues los términos representan la esencia misma de las cosas a través de sus elementos. No niega la incidencia de los usos en el establecimiento de esta relación aunque de manera secundaria; (ii) la de Guillermo de Occam, para quien los signos lingüísticos orales y escritos significaban de manera convencional, esto es, por decisión de los usuarios

---

<sup>4</sup> Entre juristas y lingüistas no sólo no existe unanimidad a la hora de determinar el uso del término sentido literal sino que ni siquiera existe tal unanimidad a la hora de establecer el papel que juega la interpretación literal dentro del ámbito de la interpretación en general. Ha puesto de manifiesto esto Mazzaresse, quien sostiene al respecto que, pese a las críticas que el sentido literal tiene para las teorías lingüísticas actuales, este tipo de interpretación sigue siendo una pieza importante en las teorías jurídicas (Mazzaresse, 2000).

<sup>5</sup> Defiende esta postura Villa, 2000: 167-168; Brink, 1988: 111; Stavropoulos, 1996: 4.

y no por representar esencia alguna de las cosas. Esta hipótesis está también acotada por la existencia de signos lingüísticos mentales que significan de una manera natural, esto es, independientemente de las convenciones y de una manera común a la esencia humana, de los cuales dependen los otros dos tipos vistos. El signo lingüístico oral o escrito se articula en una proposición y da un conocimiento primario del objeto; (iii) la de Locke, para quien el término es la unidad significativa y cuyo significado le viene dado en relación a su eficacia eidética, esto es, la capacidad cognitiva con él asociada, (iv) la de Frege, quien identifica significado y sentido, pero los distingue a su vez de la referencia, que puede o no estar presente en un nombre. La referencia es aquello a lo que el nombre representa, su correlato en la realidad. El nombre es la unidad con sentido o significado.

Lo segundo que solemos hacer es emplear algún esquema que nos permita clasificar las diversas teorías, a los efectos de poder ubicar en ese marco la propuesta que se quiere explicar. En este sentido y siguiendo a Alston (1985), podemos distinguir entre: (i) teorías referenciales, que parten del supuesto de que las expresiones significativas están en lugar de algo, a lo que representan; (ii) teorías ideacionales, en las que las expresiones significativas lo son en la medida de que se usan en la comunicación suscitando ciertas ideas compartidas entre los que las emiten y las reciben; (iii) teorías comportamentales, para las que las expresiones significativas lo son en la medida en que provocan ciertas reacciones observables comunes en los usuarios de las mismas.

En virtud de estas teorías, por lo tanto, el significado lingüístico de una expresión se identifica con: 1. Aquello a lo que ésta se refiere o con la conexión referencial. 2. Las ideas con las que se la asocia. 3. Los estímulos que suscita su emisión y/o con las respuestas que esa emisión, a su vez, vuelve a suscitar (Alston, 1985: 27).

El concepto de significado de una expresión variará de acuerdo con la teoría de la cual se parta<sup>6</sup>. Con independencia de cuál de esas teorías se elija, la opción no resolverá, ni siquiera aclarará todos los problemas que dicho concepto plantea, ya que los mismos se generan en muy diversos niveles. Así, por ejemplo, se suele interrogar si el significado de una expresión es léxico o estructural. El término significado puede ser entendido de dos formas. Por un lado éste es identificado como reglas del uso establecidas en el sistema lingüístico o estipuladas por los sujetos. Por otro lado, el significado es entendido

---

<sup>6</sup> Evidentemente, el panorama de las teorías del significado es mucho más complejo que lo expuesto en este epígrafe. Normalmente cada teoría funciona bien en ciertos aspectos y no en otros. Esto ha originado la aparición de otras muchas posiciones. Algunas de éstas son versiones refinadas de las teorías vistas, mientras que otras adoptan posiciones eclécticas incorporando las partes que se consideran más satisfactorias de cada teoría examinada.



como el uso mismo, o sea, como el resultado de la aplicación de una regla en un discurso o texto<sup>7</sup>.

Si identificamos el término significado como reglas que determinan el uso de una expresión, nos preguntaremos cuántos tipos de reglas son las que especifican el mismo. Normalmente se suele admitir que son las reglas semánticas las encargadas de precisar el significado de un término. Ahora bien, cuando de lo que se habla es del significado de una expresión lingüística más amplia que un término, como es el caso de un texto jurídico, la duda surge en determinar si el significado de dicho texto viene dado por la suma de los significados de sus términos aplicando a los mismos las reglas semánticas, o si tal significado no viene determinado por dicha suma, y, por lo tanto, la sola aplicación de las reglas semánticas no es suficiente para hallarlo. En este sentido, se sostiene la importancia de las reglas de la sintaxis además de las semánticas, para llevar a cabo esta actividad y por lo tanto se parte de un concepto de significado estructural y no meramente léxico<sup>8</sup>.

Con independencia de cuál de estas dos nociones de significado se elija, los autores que defienden estas tesis parten de considerar que las transformaciones conservan el significado, por lo que se les considera como partidarios de una semántica generativa. Mientras que existen otros autores para quienes el significado varía con las transformaciones siendo partidarios de una semántica interpretativa. Para estos últimos la noción de significado no depende sólo de elementos sintácticos y/o semánticos sino también de aspectos pragmáticos<sup>9</sup>.

Otro de los problemas que origina el término significado viene dado a la hora de relacionar éste con la actividad interpretativa. En este caso los problemas del término significado no consisten en responder qué cosa es éste, cuál es su naturaleza o cuáles son sus características, sino que el problema recae en responder a la cuestión acerca de qué clase es la conexión que se da entre la actividad interpretativa y el significado. Vittorio Villa sostiene al respecto que las teorías de la interpretación jurídica formalista contestan esta pregunta afirmando que interpretar es descubrir el significado, o sea, se trataría de una actividad cognoscitiva o descriptiva, mientras que las teorías de la interpretación jurídica antiformalista entienden que la conexión entre interpretación y significado no deriva de una tarea descriptiva sino prescriptiva. Para estas últimas la interpretación sería una actividad encargada de crear un significado y, por lo tanto, una actividad valorativa.

---

<sup>7</sup> Pone de manifiesto estos dos significados del término «Significado» Luzzatti, 2000: 73.

<sup>8</sup> La sintaxis se encargaría de estudiar los signos con independencia de su significado, se trata, por lo tanto, de estudiar las relaciones de los signos entre sí.

<sup>9</sup> La pragmática consiste en el estudio de la relación existente entre los signos y los sujetos que usan los signos.

Estas formas radicalmente, opuestas entre sí, de ser entendida la relación entre ambos términos de la discusión, se basan a juicio del autor italiano en una concepción errónea del significado que es visto desde una concepción estática. Esto significa que por significado se entiende una entidad que se descubre o se produce toda de una vez<sup>10</sup>. Según Villa, el significado no es una entidad que viene dada de una vez, sino el éxito de un proceso complejo que requiere la aparición progresiva de varios niveles de significación. Partir de esta idea de significado es sostener una concepción dinámica del mismo y afirmar su estructura multidimensional<sup>11</sup>.

En base a todo lo apuntado en este epígrafe, podemos sostener que cuando se afirma que la interpretación jurídica es la actividad encargada de adscribir (describir, proponer, crear, etc., dependiendo de la teoría en cuestión) el significado del objeto interpretado, nos podemos estar refiriendo a cosas muy diversas en base a, entre otros posibles aspectos, el sentido que del término significado estemos partiendo, en virtud del tipo de semántica que se adopte (generativa o interpretativa) y en virtud de cómo consideremos la estructura del término significado (monodimensional o pluridimensional).

## 2. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA LOCUCIÓN SIGNIFICADO LITERAL

Ciñéndonos ahora al estudio de la interpretación literal exclusivamente, se suele entender la misma como la atribución del sentido literal de un texto. En qué cosa consiste este sentido es objeto de estudio tanto por lingüistas como por los juristas.

Chiassoni diferencia cinco usos que los lingüistas hacen de la locución significado literal. El autor italiano las enumera de la siguiente forma: 1. El significado literal es entendido como el significado de un enunciado analítico, interactivo del enunciado interpretado. De esta forma, la locución «significado literal» se refiere al significado expreso de un enunciado interpretativo el cual es idéntico al enunciado interpretado pero que es emitido en el nivel de lenguaje meta-lingüístico<sup>12</sup>. 2. La noción «significado literal» se entiende como «significado no contextual», es decir, como aquel significado que se puede atribuir a un enunciado, en base a la aplicación de los siguien-

<sup>10</sup> «Naturalmente si se sostiene que el significado es descubierto, esta entidad preexiste a la actividad interpretativa; si se sostiene, por el contrario, que es creado en sede de interpretación, entonces la entidad en cuestión viene producida íntegramente por el intérprete» (Villa, 2000: 175).

<sup>11</sup> Villa distingue tres estratos dentro de la noción de significado. Para un estudio de los mismos, ver Villa, 2000: 178-179.

<sup>12</sup> Hay sin embargo juristas que niegan la existencia de interpretación cuando el enunciado interpretativo es igual al enunciado interpretado, como es el caso de Riccardo Guastini.

tes elementos: el significado lexical de los términos que componen el enunciado, las características gramaticales de los mismos (tales como el género y el número, los modos verbales y sus tiempos, etc.), la estructura sintáctica del enunciado. De acuerdo con esta noción, el «significado literal» no dependerá de ningún aspecto contextual, ya sea éste entendido como contexto lingüístico donde está formulado el enunciado a interpretar o como contexto extralingüístico<sup>13</sup>. 3. También se usa la locución «significado literal» para hacer referencia al significado que se extrae combinando dos componentes: la fuerza ilocutoria explícita de un enunciado y el contenido proposicional<sup>14</sup>. De acuerdo con los partidarios de esta posición, el significado literal de un enunciado se extrae del significado lexical de las palabras que lo componen, las características gramaticales de las mismas, la estructura sintáctica del enunciado y, además, de un conjunto de asuntos contextuales denominados asuntos de fondo<sup>15</sup>. 4. Una cuarta acepción de «significado literal» viene a considerarle como el significado o significados adscribibles a un enunciado en un cierto contexto de uso, en el que, a posteriori, los factores pragmáticos se descubren como faltos totalmente de importancia, de ahí que se hable de «contexto pragmáticamente nulo a posteriori o *ex post*»<sup>16</sup>. 5. Una quinta forma de ser entendida la locución «significado literal», sostiene que se pueden dar dos tipos de significados literales en un enunciado. El primero, al que se denomina significado estándar, sería aquel significado que se le asigna al enunciado sobre la base de los conocimientos habituales de la semántica por parte de los intérpretes. El segundo, denominado significado incidental, sería aquel o aquellos significados que, al margen de los usos generalizados y/o de convenciones sociales, son el fruto de tácitos acuerdos, bilaterales, momentáneos y transitorios entre un intérprete y un emittente determinado. 6. La sexta acepción, según Chiassioni, identifica «significado literal» con el significado verdadero o falso de un enunciado. Esta forma de relacionar «significado literal» con significado verdadero trae como consecuencia que sólo se pueda hablar de «significado literal» respecto de un enunciado descriptivo negando la posibilidad de hablar de significado literal de

<sup>13</sup> Algunos filósofos del derecho identifican contexto con el contexto lingüístico, mientras que los factores que pueden influir en la interpretación de un enunciado extralingüístico se denominan «situación». Es el caso de Alf Ross, por ejemplo.

<sup>14</sup> La fuerza ilocutoria de un enunciado nos permite determinar la función lingüística de un enunciado (descriptiva, prescriptiva, emotiva...), y viene determinada por una serie de elementos, como el lugar que ocupan las palabras dentro de un enunciado, el tiempo verbal, la puntuación, etc.

<sup>15</sup> Ésta es la posición, por ejemplo, de Searle:1978, según el cual ningún significado puede darse al margen de un contexto, a no ser que sea del todo indeterminado. Por esta razón, y de acuerdo con este autor, para identificar el significado literal de un enunciado hay que tener en cuenta, entre otras muchas cosas, las características físicas, institucionales y morales que se encuentran en el uso de dicho enunciado, ver Searle, 1998: cap.6

<sup>16</sup> Chiassioni, 2000: 26-27

un enunciado cuya función lingüística sea interrogativa, expresiva o imperativa.

Si tenemos en cuenta la relación de significados que los lingüistas dan a la locución «significado literal» podemos afirmar que entre los filósofos del lenguaje no existe una unanimidad a la hora de entender dicha locución. Y que, al menos, existen actualmente dos teorías distintas acerca de su uso: las teorías semánticas que conciben el significado literal como aquel que se obtiene al margen del contexto, y las teorías pragmáticas para quienes incluso el significado literal de un enunciado no puede determinarse al margen del contexto en el que se emite.

Es importante tener, además, en cuenta que, entre los lingüistas, no sólo no existe unanimidad a la hora de establecer qué es el sentido literal sino también a la hora de contestar a la pregunta de cuál es el rol que la interpretación literal juega cuando se quiere determinar el significado de un enunciado. A este respecto, y siguiendo a Tecla Mazzaresse, existen corrientes lingüísticas para quienes el significado literal es lo único que se necesita para definir el significado de una expresión lingüística, mientras que otras sostendrán que el significado literal no sirve ni siquiera como un punto de partida para empezar a estudiar el significado de una expresión, ni siquiera es concebido como un elemento entre otros muchos para individualizar el significado de una expresión. Entre ambas posturas radicales, Mazzaresse distingue también posturas más moderadas, para quienes si bien el significado literal de una expresión no se puede identificar con el significado de la expresión misma, aquél sí que juega un papel más o menos importante como elemento a tener en cuenta a la hora de determinar éste, o como punto de partida en su determinación<sup>17</sup>.

Si prestamos ahora atención a cómo entienden los juristas la locución «significado literal» nos encontramos con que tampoco existe una unanimidad a la hora de definirla. Así, Vernengo sostiene que dicha locución es usada para referirse a cinco cosas diferentes: 1. El significado adscribible a un enunciado en virtud de la suma del significado lexical de los vocablos que lo componen. 2. El significado que puede ser comunicado ostensivamente, indicando el hecho (comportamiento, situación...) a los cuales el enunciado interpretado se refiere. 3. El significado expreso de un enunciado exactamente interactivo del enunciado interpretado. 4. El significado expresado por un enunciado perfectamente sinónimo del enunciado interpretado. 5. La traducción o paráfrasis aclaradora del enunciado interpretado, que consiste en sustituir los términos técnicos por otros términos más fácilmente inteligibles, teniendo en cuenta, además, la estructura sintáctica profunda del enunciado (Vernengo, 1994).

---

<sup>17</sup> Tecla Mazzaresse establece una clasificación más extensa acerca de las posiciones adoptadas por los lingüistas en torno al rol del significado literal, para un estudio detallado de la misma, ver Mazzaresse, 2000: 100-110.

Luzzati, por su parte, también señala que por significado literal de una disposición se pueden entender al menos cinco cosas diferentes: 1. El sentido de las expresiones lingüísticas al margen de su contexto (verbal, cultural y/o situacional). 2. El significado conforme al uso ordinario de las palabras. 3. El significado *prima facie* claro y unívoco, o sea, obvio, de sentido común, no absurdo. 4. El significado identificado mediante un argumento a contrario. 5. Los significados atribuibles a una disposición en base a los usos lingüísticos consolidados por los juristas, a la sintaxis, al cotexto, al contexto cultural y al contexto situacional (Luzzati, 1990: 208 ss.)<sup>18</sup>.

La pluralidad de formas distintas de entender el significado literal por parte de los juristas obedece a dos tipos de razones: por un lado, en muchas ocasiones, los juristas aluden o justifican sus interpretaciones afirmando ser el resultado de una interpretación literal de sus disposiciones, cuando en realidad su actividad se ha alejado de cuantos instrumentos pueden ser considerados propios de una interpretación de este tipo a nivel conceptual. Esto es lo que hace explicable el hecho de que tanto con una interpretación extensiva como con una restrictiva se pueda determinar el sentido literal de una expresión. Por eso, cuando si lo que hacemos a la hora de estudiar qué es la interpretación literal es recoger todos los usos que los juristas hacen de ella cuando la mencionan nos encontraremos con una lista muy dilatada y en ocasiones contradictoria de definiciones de la locución. Por otro lado, en los supuestos en que esto no ocurre, o sea en los casos en que realmente se pretenden analizar el sentido desde la perspectiva iusfilosófica de la locución significado literal, tampoco existe unanimidad de lo que por literal se entiende. Prueba de ello es que si nos fijamos en la misma terminología que se usa para hablar del sentido literal es muy variada, en algunas ocasiones se considera sinónimo de sentido ordinario, otras veces del sentido más inmediato, en otras ocasiones el sentido aparente, sentido lingüístico, gramatical, propio, semántico, etc., y, sin embargo, luego hay quienes distinguen entre los términos propio y literal (N. Irti, 1996: 150-151), o entre los términos lingüístico y literal (MacCormick, 1991: 365-366, o Aarnio, 1991: 133-134), mientras que otros los usan como sinónimos (Peczenik y Berghoiz, 1991).

De la misma forma que los lingüistas, el rol que los juristas hacen jugar a la interpretación literal de la ley a la hora de estudiar la interpretación jurídica en general no es unánime y dependerá en gran medida de la teoría que se adopte en relación a la teoría de la interpretación jurídica en general. Se suele distinguir a grandes rasgos entre los partidarios de una concepción tradicional de la interpretación del derecho y los partidarios de concepciones no ortodoxas. La concepción tradicional se caracteriza por afirmar que la interpretación jurídica es una actividad cognoscitiva encargada de descubrir el significado

---

<sup>18</sup> También hacen un estudio acerca de los usos que los juristas hacen del sentido literal Mazzaresse, 2000, y Chiassioni, 2000.

de un texto jurídico cuando este presente dificultades, es decir, cuando le falta claridad. Junto a esta concepción tradicional existen las opiniones no ortodoxas de la interpretación que consideran que esta es una actividad volitiva, consistente en decidir o en adscribir un significado a un texto jurídico. Mazzaresse sostiene que la interpretación literal del derecho es una pieza clave para la concepción tradicional, que parte de la idea de que las palabras poseen un significado propio, mientras que para las posiciones no ortodoxas, si bien la interpretación literal también juega un rol importante lo hace en menor medida que para las anteriores (Mazzaresse, 2000: 123). No obstante, y como tendremos oportunidad de ver más adelante, esta afirmación es demasiado genérica. Dada la heterogeneidad de posturas que se pueden incluir dentro de la concepción no ortodoxa, y dados los diferentes sentidos que el término significado literal posee para dichas posturas, el rol que para cada una de ellas puede tener variará considerablemente. Pese a ello, quizá merezca la pena señalar el hecho de que los juristas prestan una mayor atención a la interpretación literal que los lingüistas, y pese a la pluralidad de opiniones divergentes, este tipo de interpretación juega en el ámbito jurídico un rol más importante que para los filósofos del lenguaje<sup>19</sup>.

## II

Vamos a dedicar la segunda parte de este artículo a examinar dos teorías de la interpretación jurídica que se están desarrollando actualmente: la teoría de Riccardo Guastini y de Rafael Hernández Marín. Hemos elegido estas dos posturas porque si bien las dos parten de entender la interpretación jurídica de forma distinta, pareciera que, sin embargo, coinciden a la hora de sostener que cuando se interpreta el derecho no se interpreta literalmente. El objetivo a perseguir es

---

<sup>19</sup> A favor de esta opinión está Mazzaresse, 2000. Aparentemente en contra Chiassioni, 2000. Creemos, no obstante, que la opinión en contra de este último se debe a la clasificación que lleva a cabo acerca de los usos que los juristas hacen de la locución significado literal. En dicha clasificación, el autor intenta describir los sentidos de la locución teniendo como punto de partida las ocasiones en las que la misma es nombrada por los juristas con el objeto de señalar cómo han justificado sus decisiones y no los sentidos posibles que dicha locución puede expresar desde el punto de vista conceptual. Por esta razón, mientras Mazzaresse afirma que la protección de la certeza es la razón principal por la que se sigue empleando la interpretación literal en la interpretación del derecho, mientras que Chiassioni llega a la conclusión de que «los juristas no atribuyen a la certeza un valor absolutamente prioritario en la interpretación de las disposiciones, y que, en todo caso, los juristas entienden el fin de la certeza como un fin no completamente realizable sobre la única base del significado literal de las disposiciones, siendo conscientes de los límites del criterio interpretativo semántico-gramatical» (Chiassioni, 2000: 54).

demostrar cómo la interpretación literal sigue teniendo cabida en ambas teorías.

## 1. INTERPRETACIÓN Y DEFINICIÓN: LA PROPUESTA DE RICCARDO GUASTINI

Una de las formas más comunes de entender la interpretación es asociarla a la actividad de definir los términos presentes en los textos normativos. Son varios los representantes contemporáneos que siguen esta tendencia, y, entre ellos, se encuentra Guastini.

La teoría de Guastini se caracteriza por el intento de ser una teoría descriptiva, cuyo objeto son los discursos de los intérpretes. De acuerdo con este autor, una teoría debe responder al interrogante qué es interpretar y no al interrogante qué debería ser interpretar. A través de un análisis lógico del discurso de los intérpretes, Guastini sostiene que la interpretación no es una tarea cognoscitiva, sino valorativa, donde el intérprete elige y/o propone un significado dentro de los posibles que, en todo caso, expresa un enunciado jurídico. Se parte de la idea de que el lenguaje es siempre ambiguo y vago, lo que hace que nunca podamos afirmar que un enunciado expresado en lengua natural tenga un significado unívoco. Todo enunciado admite una pluralidad de sentidos distintos. El juez cuando interpreta puede, o elegir uno de entre esos significados posibles o elegir uno distinto. El jurista y el científico cuando interpretan proponen uno de esos significados. La actividad interpretativa es, según la teoría de Guastini, una actividad altamente discrecional.

Para este autor, además, la interpretación jurídica es una actividad consistente en traducir un texto jurídico perteneciente a las fuentes del derecho. Esto se realiza adscribiéndole un significado a sus términos, lo que es lo mismo que redefinir o definir estipulativamente su significado. Esto da como resultado la formulación de otro texto sinónimo del interpretado. Si interpretar no es otra cosa que definir, el significado literal de un texto, se determinará definiendo los términos en los que está formulado, y teniendo además en cuenta su estructura sintáctica.

Pese al intento de Riccardo Guastini por sostener una teoría descriptiva de la interpretación jurídica, en su obra aparecen enunciados prescriptivos, a través de los cuales el autor sostiene que, pese a que cuando se interpreta el derecho el juez puede elegir un significado distinto de los posibles que el enunciado puede expresar, a esta tarea no se la debería considerar como una tarea interpretativa, y que la interpretación debería consistir en que el juez elija uno de los significados entre los posibles que ese enunciado tiene. De igual forma, en la doctrina de Guastini se sostiene que el científico del derecho no debería

proponer significados, sino que su tarea se debería limitar a describir los significados posibles que una disposición normativa puede tener.

A la vista de estas ideas, nos preguntamos ¿qué es para el autor la interpretación literal? y ¿cuál es el rol que juega la misma a la hora de interpretar el Derecho, según el autor? Pues bien, según Guastini el significado literal es aquel más inmediato, el significado *prima facie*, como se suele decir, que surge de considerar el uso común de las palabras y las conexiones sintácticas que se establecen entre ellas en el enunciado interpretado (Guastini, 1993:360)<sup>20</sup>. Tal y como es definido el significado literal pareciera que una expresión lingüística sólo pudiera tener un significado literal. Por otra parte, en la teoría de Guastini no se establece de forma expresa si la interpretación literal juega un rol mayor o menor que otros tipos de interpretaciones a la hora de ser el Derecho lo que se interpreta.

Sin embargo, si prestamos atención a la doctrina de la interpretación del autor genovés, nos encontramos con las siguientes tesis: 1. Los jueces deberían elegir uno de entre los significados posibles que la disposición normativa expresa. 2. Los científicos del Derecho deberían limitarse a describir los significados posibles sin proponer uno de ellos en detrimento de los otros. 3. Los significados posibles son aquellos derivados de los problemas de ambigüedad y vaguedad del lenguaje natural con que se expresan los enunciados jurídicos. Los problemas de ambigüedad vienen dados por razones semánticas, sintácticas y pragmáticas. La ambigüedad pragmática hace referencia a la función del enunciado (descriptiva, prescriptiva, etc.). De esta forma en la doctrina de Guastini no se tienen en cuenta los aspectos extralingüísticos a la hora de determinar los significados posibles de una expresión lingüística. 4. Teniendo en cuenta que para el autor el lenguaje es siempre ambiguo y vago, no existiría nada que se adecuara a la definición de significado literal dada por él como el significado más inmediato, *prima facie*, sino que existirían varios significados literales posibles (todos aquellos significados que surgirían de considerar el uso común de las palabras y las conexiones sintácticas). 5. De esto resulta que cuando Guastini sostiene que el juez cuando interpreta debería elegir entre los significados posibles de la expresión, lo que sostiene es que debería elegir entre los significados literales posibles que pueda tener dicha expresión. De lo que resulta que en el pensamiento de Riccardo Guastini interpretar el derecho debería ser interpretarlo literalmente<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Otra definición de interpretación literal se puede ver en Guastini, 1988: 79-80, donde se establece que se trata de la interpretación realizada según el uso común de las palabras en su contexto. Aunque el autor no define qué entiende por contexto, a la vista de la definición dada en obras más recientes creemos que contexto hace referencia a los aspectos sintácticos del enunciado, es decir, al orden de las palabras en el enunciado y sus conexiones.

<sup>21</sup> Para un estudio acerca de la diferenciación entre teoría y doctrina en el pensamiento de Guastini, ver Gimeno Presa, M.<sup>a</sup> C., 2000.



## 2. INTERPRETACIÓN Y SINONIMIA: LA POSTURA DE HERNÁNDEZ MARÍN

El empleo de la noción de sinonimia, y en algunos casos la equiparación de la interpretación de textos jurídicos con la traducción, es otra de las vías con las que se ha intentado explicar la interpretación jurídica. Éste es el camino seguido por Hernández Marín en su libro *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho* (Hernández Marín, 1999), donde construye una de las teorías más originales y sugerentes que se han formulado en España en los últimos años.

De acuerdo con este autor la interpretación jurídica no es nunca interpretación literal, ya que un enunciado interpretativo no consiste en describir el significado literal del enunciado interpretado. A esta conclusión llega tras sostener las siguientes tesis: 1. La interpretación jurídica es la actividad consistente en atribuir sentido a los enunciados jurídicos. El producto de dicha tarea son enunciados interpretativos en los que se atribuye sentido total a los mismos. 2. Hernández Marín diferencia entre sentido literal y sentido total de un enunciado jurídico. El primero es definido como el que tiene un enunciado en sí mismo y al margen de cualquier circunstancia que rodee la formulación del enunciado. Este sentido depende exclusivamente de factores de dos tipos: el sentido de las palabras que componen el enunciado... y la forma en que dichas palabras se relacionan entre sí. El sentido total es el que tiene un enunciado en sí mismo, pero atendiendo además al conjunto de circunstancias que rodean la formulación del enunciado. El sentido total de un enunciado es el que éste tiene en atención, por un lado, al sentido de las palabras que componen el enunciado, a la forma en que dichas palabras se relacionan entre sí y en atención también, por otro lado, al contexto en sentido amplio, o sea, al mundo que rodea el acto de formulación del enunciado. 3. El contexto es definido en un sentido amplio y en un sentido estricto. En un sentido amplio el contexto es todo el mundo que rodea al acto de emisión de un enunciado. En sentido estricto es el conjunto de los factores que rodean al acto de formular un enunciado y que condicionan su sentido total. Estos factores son de dos tipos: unos lingüísticos, formado por otros enunciados que por origen o tema se encuentran próximos al enunciado emitido y otros extralingüísticos que vendrían a estar formados por las características de la persona que lo emite y las circunstancias de tiempo y lugar de emisión. 4. Hernández Marín afirma que cuando se interpreta el Derecho lo que se hace es determinar el sentido total de los enunciados jurídicos. 5. El autor afirma que el intérprete, para atribuir sentido total a un enunciado jurídico, debe citar otro enunciado, llamado enunciado interpretante, que sea sinónimo del que se pretende interpretar, denominado enunciado interpretado. 6. Los enunciados interpretativos afirman que el sentido total del enunciado interpretado es igual al sentido del enunciado

interpretante. Aquí cabe preguntarse con qué sentido se está usando el término sentido del enunciado interpretante: ¿nos referimos al sentido literal del enunciado interpretante o a su sentido total? Hernández Marín afirma que en ninguna de las dos acepciones. No se puede entender que sea su sentido literal porque el sentido total de un enunciado interpretado no puede ser reducido al sentido literal de otro enunciado. Tampoco puede ser su sentido total porque si el enunciado interpretativo lo que hace es describir el sentido total del enunciado interpretado (es decir, el que éste tiene en un contexto determinado), dicho contexto nunca puede ser el mismo que el del enunciado interpretante. Para resolver esto, el autor estipula que el enunciado interpretante es un enunciado eterno, es decir, un enunciado cuyo sentido es el mismo en cualquier contexto. 7. Una buena interpretación de un enunciado es un enunciado interpretativo de dicho enunciado que, ante todo, es verdadero (criterio semántico) y además mejora en algún aspecto la comprensión que pueda proporcionar la mera lectura del enunciado (criterio pragmático).

Resumida así la teoría de Hernández Marín, nos encontramos con que en la misma se da respuesta a los dos interrogantes objeto de este artículo: ¿qué es la interpretación jurídica? Y, ¿cuál es el rol que juega la misma a la hora de interpretar el Derecho? El sentido literal es definido como el que tiene un enunciado en sí mismo y al margen de cualquier circunstancia que rodee la formulación del enunciado. Este sentido depende exclusivamente de factores de dos tipos: el sentido de las palabras que componen el enunciado y la forma en que dichas palabras se relacionan entre sí. Por otra parte, si consideramos la forma en la que Hernández Marín caracteriza la actividad interpretativa, esto es, como la descripción del sentido total de los enunciados jurídicos, podríamos concluir que en su propuesta no hay espacio para hablar de «interpretación literal» de un enunciado jurídico, en cuanto que la interpretación de un enunciado jurídico no es nunca una interpretación literal. La misma se encuentra excluida por la propia definición de «interpretar» que formula el autor<sup>22</sup>.

No obstante, consideramos que en esta teoría de la interpretación del derecho existe también la posibilidad de dar un papel a la interpretación literal. Como ha quedado de manifiesto anteriormente el autor distingue entre el sentido literal (el que sólo depende del sentido de las palabras que lo componen y de la forma en que se relacionan entre sí) y el sentido total (el que, además de atender al sentido de las palabras y sus relaciones, tiene en cuenta también las condiciones extralingüísticas que rodean el acto de su emisión). En consecuencia, se puede afirmar que en la teoría de Hernández Marín la determinación del

---

<sup>22</sup> «... Lo que se entiende usualmente por “interpretación del Derecho” no consiste en determinar el sentido literal de los enunciados jurídicos... consiste en determinar... el sentido que tienen... en sí mismos, pero atendiendo también a todas las circunstancias que los rodean» (Hernández Marín, 1999: 45).

sentido total de un enunciado presupone que se ha establecido con anterioridad su sentido literal, y que además se han tenido en cuenta los factores relevantes del mundo que rodeó el acto de su formulación. Esto significa no sólo que se puede establecer el sentido literal de un enunciado, sino que el intérprete del Derecho debe hacerlo necesariamente como paso previo a la formulación de cualquier enunciado interpretativo (tal como son concebidos por esta teoría, esto es, como descripciones del sentido total de un enunciado). Aunque el intérprete del Derecho no lo haga de forma explícita, cada vez que emite una afirmación respecto del sentido total de un enunciado presupone la aceptación de un enunciado en el que se describe el sentido literal del enunciado interpretado. La propia definición de «sentido total» es lo que permite realizar esta afirmación.

El siguiente ejemplo que propone Hernández Marín en su libro muestra hasta qué punto lo dicho anteriormente se encuentra presupuesto en su teoría. Tomando como punto lo dicho anteriormente, se encuentra presupuesto en su teoría. Tomando como punto de partida el enunciado: «... el sentido literal del enunciado “no la he visto”, al que en su ejemplo señala con el número (2), afirma: “... el sentido literal de enunciado (2), el sentido que (2) tiene en sí mismo y al margen de cualquier contexto... es que un individuo indeterminado no ha visto una persona o una cosa indeterminada en un intervalo de tiempo también indeterminado” (Hernández Marín, 1999:37). Luego considera un posible contexto de emisión, aislando los siguientes factores relevantes para la determinación del sentido total del mismo enunciado (2): si “... dicho enunciado fue emitido por Carlos a las tres de la tarde del día 20 de enero de 1999... (e) instantes antes de dicha emisión, un amigo de Carlos había preguntado a éste si había visto la película ‘Casablanca’”: (Hernández Marín, 1999:37). Teniendo en cuenta la descripción del sentido literal realizada en un primer momento, más los factores extralingüísticos enumerados con posterioridad, se puede emitir un enunciado interpretativo de (2) que reúna las condiciones establecidas por la Teoría de la interpretación del Derecho para ser un enunciado interpretativo correcto. Dicho enunciado diría lo siguiente: “el sentido total del enunciado ‘No la he visto’” es igual al sentido del enunciado eterno “Carlos no ha visto la película ‘Casablanca’” antes de las tres de la tarde del día 20 de enero de 1999»<sup>23</sup>.

En la propuesta de Hernández Marín los enunciados que describen el sentido literal de un enunciado jurídico no pueden ser entendidos como enunciados interpretativos. Sin embargo, no sólo es posible emitirlos con sentido, sino que muchas veces esto es lo que hacen los intérpretes del Derecho en la práctica jurídica. Incluso, tal como

---

<sup>23</sup> «Teniendo en cuenta estos factores que rodean la emisión del enunciado (2) (y teniendo en cuenta también el sentido de las palabras que lo componen y la forma en que dichas palabras se relacionan entre sí), podemos concluir que el sentido total de dicho enunciado es que Carlos no ha visto la película “Casablanca” antes de las tres de la tarde del día 20 de enero de 1999» (Hernández Marín, 1999: 37).

vimos, pareciera ser una condición necesaria para considerar que un enunciado interpretativo es verdadero según la teoría de la interpretación de este autor, que el mismo presuponga la verdad del enunciado en el que se afirme cuál es el sentido literal del enunciado interpretado (otra condición es que los enunciados que describen los factores extralingüísticos relevantes también sean verdaderos). Pero que no se puedan considerar enunciados interpretativos no significa que no tengan cabida en esta teoría. Los mismos podrían ser considerados lo que Hernández Marín denomina «enunciados semiinterpretativos», y que son aquellos que «describen el sentido de los enunciados jurídicos a los que se refieren, no completamente, como hacen o pretenden hacer los enunciados interpretativos, sino sólo *parcialmente*» (Hernández Marín, 1999:120, resaltado en el original).

De esta manera, podemos considerar que en la Teoría de la interpretación del Derecho los enunciados en los que describe el sentido literal de los enunciados jurídicos deben ser considerados «enunciados semiinterpretativos», ya que en ellos no se describe el sentido total del enunciado interpretado, sino una parte del mismo. Los enunciados interpretativos en los que se describe el sentido literal de un enunciado son (1) asertivos, pues en ellos se describe parcialmente el sentido de los enunciados interpretativos; (2) no jurídicos, pues de la misma manera que los enunciados interpretativos, no pueden ser considerados parte del Derecho; (3) metajurídicos, pues se refieren a enunciados jurídicos, que son entidades lingüísticas. ¿Cuál es la estructura de este tipo de enunciados? Los enunciados semiinterpretativos del tipo que estamos analizando afirman que el sentido literal de un enunciado jurídico, al que llamaremos «enunciado semiinterpretado», es igual (o semejante) al sentido de otro enunciado denominado «enunciado semiinterpretante». ¿Con qué alcance debemos entender la noción «sentido» en su segunda aparición, esto es, cuando con ella se alude al enunciado semiinterpretante? En este caso creemos que no existen inconvenientes para considerar que en los enunciados semiinterpretativos se afirma que el sentido literal del enunciado semiinterpretado es igual al *sentido literal* del enunciado semiinterpretante. Las razones por las que Hernández Marín desecha esta posibilidad en relación con los enunciados interpretativos no son aplicables en este caso, pues en los enunciados semiinterpretativos no se pretende describir el sentido total del enunciado semiinterpretado y, en consecuencia, la alusión al sentido literal de los enunciados semiinterpretantes no los haría inevitablemente falsos (cfr. Hernández Marín, 1999:49).

Nada de lo dicho contradice lo expuesto en la Teoría de la interpretación del Derecho de Hernández Marín, sino que constituye una expansión de su capacidad explicativa hacia otras actividades que, a pesar de que no podrían ser consideradas interpretativas en sentido estricto, se encuentran en estrecha conexión con ellas. Cabría preguntarse, no obstante, si no pueden existir enunciados semiinterpretativos que pudieran constituir el fundamento de Derecho para una decisión

jurídica. Esto es, si no pueden existir situaciones en las que a un juez, para justificar la aplicación de un enunciado jurídico determinado, no le baste con la formulación de un enunciado semiinterpretativo verdadero que describa el sentido literal del enunciado que supuestamente ha aplicado.

Si aceptamos que los enunciados semiinterpretativos que describen el sentido literal pueden agotar la actividad interpretativa requerida por la justificación de decisiones jurídicas en ciertas circunstancias, entonces deberíamos preguntarnos si merece la pena seguir excluyéndolos del ámbito de aplicación del término «interpretar».

Tras el examen de estas dos teorías de la interpretación jurídica, la de Guastini y la de Hernández Marín, podemos sostener que la interpretación literal está presente en ambas. Si tenemos en cuenta la definición que el autor italiano da de significado literal, como el significado *prima facie*, inmediato de un enunciado lingüístico, y, teniendo además en cuenta que para este autor el lenguaje es siempre vago y ambiguo, la conclusión a la que llegaremos es que ninguna expresión tiene un significado literal. Sin embargo, si partimos de otra definición de significado literal concibiéndolo como los significados que una expresión puede tener en virtud del sentido de sus términos y de la conexión que éstos tienen en dicha expresión, al margen del contexto (definición, por ejemplo, de la que parte Hernández Marín y que pareciera aceptar el mismo Guastini<sup>24</sup>), nos encontraríamos con que en la doctrina de Guastini la interpretación literal no sólo juega un rol primordial, sino que es totalmente coincidente con la interpretación jurídica.

Centrándonos ahora en la postura de Hernández Marín, tenemos que, dado el concepto del que parte para definir el sentido literal y teniendo en cuenta su teoría de la interpretación del Derecho, está claro que interpretar éste no es nunca interpretarlo literalmente. Sin embargo, consideramos que no es incompatible con la teoría de este autor sostener que en el proceso para determinar el sentido total de una expresión, la determinación del sentido literal juega un rol importante, por lo que si bien interpretar el Derecho no es interpretarlo literalmente, para interpretar aquél se debe tener en cuenta, entre otros aspectos, el sentido literal de la expresión.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis (1991): *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, .
- ALSTON, William P. (1985): *Filosofía del Lenguaje*, 3.<sup>a</sup> ed., Alianza, Madrid.

<sup>24</sup> Ver nota a pie número 20 de este trabajo.

- BIX, Brian (1995): «Questions in Legal Interpretation», en Marmor, Andrei (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, pp. 137-153.
- BRINK, David O. (1988): «Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review», *Philosophy and Public Affairs*, 17, pp. 105 y ss.
- (1992): «Sull'interpretazione giuridica», *Analisi e Diritto*, 1992, 1-30.
- COMANDUCCI, Paolo (1999): «L'interpretazione delle norme giuridiche. La problemática attuale», en Mario Bessone (ed.), *Interpretazione e diritto giudiziale*, I. Regole, metodi, modelli, Giappichelli, Torino, pp. 1-20.
- CHIASSONI, Pierluigi (2000): «Significato letterale: giuristi e linguisti a confronto (another view of the cathedral)», en Vito Velluzzi (ed.), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino, pp. 1-63.
- GIMENO PRESA, M.<sup>a</sup> Concepción (2001): «Teoría y doctrina en la propuesta de Riccardo Guastini», *Doxa*.
- GUASTINI, Riccardo (1988): «Redazione e interpretazione dei documenti normativi», en S. Bartole (ed.), *Lezioni di tecnica legislativa*, Pádova, pp. 37-117.
- (1993): *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffré, Milano.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael (1999): *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- IRTI, Natalio (1996): *Testo e contesto. Una lettura dell'art 1362 codice civile*, Cedam, Pádova.
- LIFANTE VIDAL, Isabel (1999): *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- LUZZATI, Claudio (1990): *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffré, Milano.
- (2000): «Se una volta un giurista al buffet della stazione», en Vito Velluzzi (ed.), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino, pp. 65-94.
- MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert S. (1991): «Interpretation and Justification», en Summers, R., y MacCormick, N., (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, Engl., Dartmouth, pp. 511-544.
- MARMOR, Andrei (1995): (edi.) *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford.
- (2001): *Interpretación y teoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona.
- MAZZARESE, Tecla (2000): «Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto», en Vito Velluzzi (ed.), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino, pp. 95-136.
- PABÓN DE ACUÑA, José María (1999): *La interpretación según «la realidad social» del artículo 3 del Código Civil*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia.
- PECZENIK, Aleksander y BERGHOLZ, Gunnark (1991): «Statutory Interpretation in Sweden», en Summers, R. y MacCormick, N., (ed.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, Engl., Dartmouth, pp. 311-358.
- SCHAUER, Frederick (1993): (edi.), *Law and Language*, Aldershot, Dartmouth.
- SEARLE, John (1998): *Mind, Lenguaje and Society. Philosophy in the Real World*, Basic Books, New York.
- STAVROPOULOS, Nicos (1996): *Objectivity in Law*, Clarendon Press, Oxford.

- VERNENGO, Roberto J. (1994): *La interpretación literal de la Ley*, 2.<sup>a</sup> ed., ampliada, Bs.As., Abeledo-Perrot.
- VILLA, Vittorio (2000): «Condiciones per una teoria della interpretazione giuridica», en Vito Velluzzi (ed.), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino, pp. 167-187.





# Leer o no leer, ésa es la cuestión\*

MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS  
Universidad de Zaragoza

«Hombre sin noticias, mundo a oscuras»  
*Oráculo manual y arte de prudencia,*  
Baltasar GRACIÁN

*SUMARIO:* 1. DE LA NECESIDAD DE UN CONTEXTO PARA EL TEXTO. 2. CONVICCIONES EPISTEMOLÓGICAS. 3. DE LA CREACIÓN A LA CREATIVIDAD JURÍDICA: EL COMETIDO DEL *ARS INVENIENDI* EN EL DERECHO.

## 1. DE LA NECESIDAD DE UN CONTEXTO PARA EL TEXTO

«Lee todo, pero con sentido crítico»  
*Conversación en la catedral,* M. VARGAS LLOSA

Se atribuye a Oliver Wendell Holmes (jr.) una breve lección a algunos alumnos de leyes, «vuestra labor como abogados, les dijo,

---

\* Este texto formó parte del Proyecto Docente defendido en una plaza de profesor titular de la Universidad de Zaragoza el pasado mes de noviembre de 2001. Agradezco aquí las consideraciones y sugerencias manifestadas entonces por la Comisión compuesta por los profesores Gregorio Peces-Barba, Juan Antonio García Amado, M.<sup>a</sup> José Añón, Virginia Martínez Bretones y Joaquín Rodríguez-Toubes.

será ver la relación entre vuestro hecho particular y todo el marco del universo». Según Harold Berman, el juez sabía bien que, «sin un particular contexto universal, los hechos son enteramente precarios»<sup>1</sup>.

De cuáles sean las fuentes más adecuadas para proveer de ese «contexto universal» se ha hablado, al menos, desde Platón. En el libro III de su República el rechazo a la poesía, fábula y por ello falsaria, es el favor al monopolio de la mentira de magistrados<sup>2</sup>. La *Poética* de Aristóteles da, en cambio, amparo a la representación<sup>3</sup>. «El arte literario, decía él, es “más filosófico” que la historia, porque la historia se limita a mostrar “qué sucedió” mientras que las obras literarias nos muestran “las cosas tal como podrían suceder” en la vida humana»<sup>4</sup>. El discípulo «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»<sup>5</sup>.

En cualquier caso, en el mundo antiguo la lectura fue privilegio reservado a la élite y así continuó hasta que el programa del humanismo se hizo praxis en la cultura occidental. Hablamos del siglo XIX, e incluso en algún caso XX, en época de mayor auge de las ideologías liceístas laicas de los estados nacionales burgueses. Hasta ahí el camino no había sido fácil. «El gusto por las letras, la filosofía y las bellas artes reblandece los cuerpos y las almas, asegura Rousseau [...]. El estudio gasta la máquina, agota el espíritu, enerva el coraje [...] es así como uno deviene cobarde y pusilánime, incapaz de resistir tanto a la pena como a las pasiones»<sup>6</sup>.

Todo lo cubre el «pérfido velo» de la cultura ilustrada. «Consideremos los horrorosos desórdenes que la imprenta ha causado ya en Europa, juzguemos el futuro por el progreso que el mal hace de un día para otro; fácilmente puede preverse que los soberanos no tardarán en aplicar su celo en prohibir en sus Estados este arte terrible igual que

<sup>1</sup> BERMAN, Harold J., *La formación de la tradición jurídica en Occidente*, tr. M. Utrilla de Neira, México, FCE, 1996, p. 9.

<sup>2</sup> «Sólo a los magistrados supremos pertenece el poder de mentir, a fin de engañar al enemigo o a los ciudadanos por el bien de la República. La mentira nunca debe permitirse a los demás hombres [...]», «Los poetas y los autores de fábulas se engañan gravemente con relación a los hombres cuando dicen que los malos son dichosos en su mayor parte y los hombres de bien desgraciados; que la injusticia es útil en tanto que permanece oculta y, por el contrario, que la justicia es dañosa al que la practica y útil a los demás. Les prohibiríamos semejantes discursos y les prescribiríamos que en lo sucesivo dijeran lo contrario, lo mismo en verso que en prosa», PLATÓN, *La República o el Estado*, (libro III), 20.<sup>a</sup> ed., Espasa Calpe, Madrid, 1990, pp. 97, 100 y 101.

<sup>3</sup> ARISTÓTELES, *Poética*, 9, Alianza Editorial, Madrid, 1986.

<sup>4</sup> NUSSBAUM, Martha, *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*, tr. Carlos Gardini, Andrés Bello, Santiago de Chile, 1997, p. 29.

<sup>5</sup> BASTIDA, Xacobe, *El Derecho como creencia. Una concepción de la Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 29.

<sup>6</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, «Prefacio al *Narcisse*», en *Oeuvres Complètes*, II, Gallimard, París, 1964, p. 966.

hicieron para introducirlo»<sup>7</sup>. Todo lo mueve el temor al fantasma de la corrupción, «propia de un yo complejo, presa del entramado que teje la cultura ilustrada»<sup>8</sup>.

Mal que le pesase a Rousseau, con el tiempo el canon de lectura se convirtió en tentación y señuelo de la sociedad política. Tan es así que, sólo retóricamente, se pregunta Sloterdijk «¿Qué otra cosa son las naciones modernas sino eficaces ficciones de públicos lectores que, a través de unas mismas lecturas, se han convertido en asociaciones de amigos que congenian?» A decir verdad, eso y no otra cosa es, para Sloterdijk, el humanismo burgués, «el pleno poder para imponer a la juventud los clásicos y para declarar la validez universal de las lecturas nacionales [...]. Naturalmente también la validez nacional de las lecturas universales»<sup>9</sup>.

Cuando la humanidad sólo había comenzado a acostumbrarse a vivir con los libros, previsiones algo agoreras dan ya por terminado el momento de mayor esplendor de la lectura. Como en tantos otros casos la cosa arranca de 1945. Los medios de comunicación de masas y las redes informáticas son hoy más que soportes de significados, nuevos fundamentos para la existencia. De tal modo que las sociedades actuales «sólo ya marginalmente pueden producir síntesis políticas y culturales sobre la base de instrumentos literarios, epistolares, humanísticos». Señal, y sigo con Sloterdijk, de que «la era del humanismo moderno como modelo escolar y educativo ha pasado, porque ya no se puede sostener por más tiempo la ilusión de que las macroestructuras políticas y económicas se podrían organizar de acuerdo con el modelo amable de las sociedades literarias»<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discours sur les sciences et les arts en Oeuvres Complètes 2*, Seuil, París, 1971, p. 67, nota.

<sup>8</sup> BÉJAR, Helana, *El corazón de la república. Avatares de la virtud política*, Paidós, Barcelona, 2000, p. 97. Contra tal radicalidad roussoniana advierte la autora que «no hay que descartar que ese antiintelectualismo extremo fuera una provocación. De hecho, contra el relato de Rousseau de su iluminación antiilustrada camino de la cárcel donde Diderot estaba preso, éste aclara que fue él quien aconsejó a Jean-Jacques escribir un ensayo incendiario para que ganara el premio de la Academia de Dijon. La respuesta negativa al tema del concurso (“Si el restablecimiento de las artes y las ciencias contribuye a purificar las costumbres”) pudo bien ser un truco, pero curiosamente coincidía con las convicciones de Rousseau», *Ibidem*, p. 98.

<sup>9</sup> SLOTERDIJK, Peter, *Normas para el parque humano. Una respuesta a la Carta sobre el humanismo de Heidegger*, tr. T. Rocha Barco, Siruela, Madrid, 2000, pp. 25 y 27, respectivamente.

<sup>10</sup> SLOTERDIJK, Peter, *Ibidem*, pp. 28 y 29. Si bien se mira, se aprecia una notable afinidad entre las tesis, algo sombrías, de Sloterdijk y Luhmann respecto al humanismo y el provenir de la ilustración (con minúsculas). Según Luhmann «en el siglo de la educación los pedagogos incluyen esta prospección en sus tareas propias: de generación en generación mejores hombres, luego mejor educación, luego mejores hombres. Pero también este mundo ha desaparecido». Próximo, muy próximo, dice Sloterdijk: «el humanismo tanto en el fondo como en forma [...] supone el compromiso de rescatar a los hombres de la barbarie [...] su tema latente es, pues, la domesticación del hombre; su tesis latente: una lectura adecuada amansa». Cfr., respectivamente LUHMANN, *Observaciones de la Modernidad. Racionalidad y contingencia en la*

Pero eso, aun discutible <sup>11</sup>, no empaña las esperanzas que tenemos depositadas en la lectura. Un insigne administrativista ha dicho que «con un solo libro se puede formar un buen jurista» <sup>12</sup>. No alcanzo a adivinar de qué libro pueda tratarse, imposible un manual, por bueno que sea. La lectura se nos hace imprescindible. Y no es sólo porque todo aspirante a jurista debe, en esta etapa, adquirir una «capacidad de construcción verbal» cuyo grado de precisión dependerá, en buena medida, de los libros <sup>13</sup>. Ése sería motivo bastante, pues «encontrar las palabras oportunas en el momento oportuno es acción» <sup>14</sup>. Pero hay algo más, de nuevo una convicción epistemológica.

## 2. CONVICCIONES EPISTEMOLÓGICAS

Nuestros pensadores, los occidentales, han imaginado el comprender de dos formas bien distintas. O a la manera de Platón y Descartes que culminaría en Spinoza. O a la manera de Nietzsche. La primera «siempre caracterizó el conocimiento por el logocentrismo, la semejanza, la adecuación, la beatitud, la unidad». En la de Nietzsche, el entender es «la forma misma en que se nos hacen perceptibles a un tiempo las tres cosas (denostadas por Spinoza), un resultado de esos impulsos distintos y contradictorios que son los deseos de burlarse, de deplorar y de detestar» <sup>15</sup>.

Para Nietzsche no sólo no es verdad que *intelligere* se opone a *ridere, lugere y detestari*, como dejó dicho Spinoza, sino que se trata precisamente de lo contrario. *Intelligere*, comprender, vendría a ser el resultado de cierta composición o compensación de las tres pasiones. Ni habría conocimiento absoluto y consciente, ni en su raíz nada parecido a la felicidad o al amor, sino más bien a un enfrentamiento de impulsos encontrados. También Foucault lo ve así cuando dice: «el

---

*sociedad moderna*, tr. C. Fortea, Paidós, Barcelona, 1997, p. 153, y SLOTERDIJK, *Normas para el parque humano*, pp. 31 y 32.

<sup>11</sup> A buen seguro que a otros autores eso sonaría a precipitado réquiem. Pennac, por ejemplo: «¿El siglo XX demasiado “visual”? ¿El XIX demasiado descriptivo? ¿Y por qué no el XVIII demasiado racional, el XVII demasiado clásico, el XVI demasiado renacentista, Pushkin demasiado ruso y Sófocles demasiado muerto? Como si las relaciones entre hombre y libro necesitaran siglos para espaciarse», Daniel PENNAC, *Como una novela*, J. Jordá, Anagrama, Barcelona, 1993, p. 33.

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces* (en colaboración con Alejandro Nieto), Ariel, Barcelona, 1998, p. 205.

<sup>13</sup> Ésa es una de las preocupaciones pedagógicas que el profesor Juan Ramón CAPELLA transmite en *El aprendizaje del aprendizaje. Fruta prohibida. Una introducción al estudio del Derecho*, Trotta, Madrid, 1995, p. 55.

<sup>14</sup> ARENDT, Hannah, *La condición humana*, tr. Ramón Gil Novales, Paidós, Barcelona, 1993, pp. 39 y 40.

<sup>15</sup> NIETZSCHE, Friedrich, *La gaya ciencia*, tr. Luis Díaz Marín (§ 333 Qué significa conocer), ME Editores, Madrid, 1994, p. 201

conocimiento es siempre una cierta relación estratégica en la que el hombre está situado [...], sería totalmente contradictorio imaginar un conocimiento que no fuese en su naturaleza obligatoriamente parcial, oblicuo, perspectivo. El carácter perspectivo del conocimiento no deriva de la naturaleza humana sino siempre del carácter polémico y estratégico del conocimiento»<sup>16</sup>.

Quizá en la base de esa discrepancia lo que haya es un olvido y es que «bajo las condiciones de la modernidad ningún conocimiento es conocimiento en el antiguo sentido del mismo, donde “saber” es tener certeza, y esto se aplica por igual a las ciencias sociales y a las ciencias naturales»<sup>17</sup>. Acaso por ello, con el tino de Hannah Arendt sea preciso discernir entre «pensamiento y cognición (que) no son lo mismo»<sup>18</sup>. El primero emparenta la filosofía con el arte, «carece de fin u objetivo al margen de sí, y ni siquiera produce resultados»<sup>19</sup>. En cambio, a través del segundo, convenientemente almacenado, llegamos a las ciencias, porque el conocimiento es un proceso que finaliza cuando persigue y alcanza los objetivos definidos. Por su parte la actividad de pensar, cosa de la literatura tanto como de la filosofía, «es tan implacable y repetida como la vida misma, y la cuestión de si el pensamiento tiene algún significado constituye un enigma tan insoluble como el de la vida; sus procesos impregnan de manera tan íntima la totalidad de la existencia humana que su comienzo y final coinciden con los de la vida del hombre»<sup>20</sup>.

Pues bien, y si así es, ¿por qué no enriquecer la perspectiva como lo hicieron el propio Radbruch<sup>21</sup> o Carbonnier<sup>22</sup>? Aunque pocos casos

<sup>16</sup> FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, tr. Enrique Lynch, Gedisa, Barcelona, 1980, pp. 26 y 30.

<sup>17</sup> GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, tr. A. Lizón Ramón, Alianza Editorial, Madrid, 1993, p. 47.

<sup>18</sup> ARENDT, Hannah, *La condición humana*, op. cit., p. 187.

<sup>19</sup> ARENDT, Hannah, *Ibidem*, p. 187.

<sup>20</sup> ARENDT, Hannah, *Ibidem*, p. 188. Podemos dudar del significado del pensamiento pero no del mal que provoca su ausencia. Saturado de tristeza, dice Primo Levi: «Si pudiese encerrar todo el mal de nuestro tiempo en una imagen, escogería esta imagen, que me resulta familiar: un hombre demacrado, con la cabeza inclinada y la espalda encorvada, en cuya cara y en cuyos ojos no puede leerse ni una huella de pensamiento», LEVI, Primo, *Si esto es un hombre*, Muchnik Editores, Barcelona, 1987, p. 17.

<sup>21</sup> El propio Radbruch, maestro más que profesor, tenía por «justo reconocer que los testimonios de los poetas acerca del Derecho son, no pocas veces, de mayor peso y fuerza probatoria que los de los especialistas en Filosofía del Derecho, por la sencilla razón de que tienen raíces existenciales más profundas que se hallan no sólo en el pensamiento, sino en toda la personalidad». Tras el elogio, no puede sorprender que el propio Radbruch dedicara un espacio a las enseñanzas que la literatura está en condiciones de brindar a los juristas, y no sólo porque el Derecho sea uno de sus temas frecuentes, también porque la literatura palía «la abstracción de los rasgos esencialmente humanos de la llamada objetividad jurídica». GUSTAV RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 4.ª ed., tr. Wenceslao Roces, FCE, Madrid, 1974, pp. 144-152.

<sup>22</sup> Nada como la intuición (y la experiencia) de Balzac para descubrir y describir lo inescrutable de una relación jurídica como la deuda y la situación por la que atraviesa el deudor. O, ¿quién mejor que Camus con su *Extranjero* o Koestler con *El*

se han dado de lo contrario, el propio Stendhal confesaba en una de sus cartas a Balzac que «mientras estaba escribiendo la *Cartuja*, para adquirir el tono correcto, leía de vez en cuando unas pocas páginas del Código Civil». Nadie sostiene que el Código Napoleónico sea una «obra maestra en el arte de la expresión literaria que un novelista deba tomar como modelo. Pero una ley de uso diario y extendido si ha de cumplir su función tiene que ser esmeradamente puntual en lo que enuncie: no ha de contener ni un vocablo superfluo, ni ha de faltarle ninguno indispensable, a fin de no dar pie a equívocos o ambigüedades»<sup>23</sup>.

Aprovechemos la afinidad lingüística y discursiva de la literatura y el Derecho. Añadamos a las lecturas técnico-jurídicas y ensayos sociológicos, fundamentales en nuestra disciplina, una selección de obras literarias<sup>24</sup>. Y no sólo por el entrenamiento que reporte al estudiante, dadas «las analogías existentes entre la interpretación de una obra literaria y la de un texto jurídico»<sup>25</sup>. Inclusive a los teóricos dice Aarnio<sup>26</sup> o a los abogados, según Dworkin, a quienes «les vendría bien estudiar interpretaciones literarias [...] para mejorar la comprensión del Derecho»<sup>27</sup>. Pero, aunque no es poco hay algo más, y es que «la buena literatura es perturbadora de una manera en que rara vez lo son la historia y las ciencias sociales». Se trata de aprovechar

---

*ceros y el infinito* para dar testimonio de «la angustia del siglo frente a un Derecho penal que la razón no parece ya comprender»? Tal vez la reflexión interesada de Jean CARBONNIER en su *Derecho Flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, tr. Luis Díez-Picazo, Tecnos, Madrid, 1974, pp. 140, 141, 290 ó 293, entre otras.

<sup>23</sup> FUSTER, Joan, *Stendhal. Rojo y Negro*, Nauta, 1969, Barcelona, p. 15.

<sup>24</sup> Sin perjuicio de que posteriormente se tratará la cuestión con mayor detalle, adelanto aquí que el estudio de esas obras se llevaría a cabo opcionalmente y en seminarios (lo que en nuestra jerga se denomina prácticas no periódicas). Mi experiencia como alumna en un seminario de «Literatura y Derecho» en quinto curso de licenciatura coordinado por el profesor Jesús Ignacio Martínez García (que, a su vez, tomó el testigo del profesor Gil Cremades) fue, créanlo, apasionante. En realidad su utilidad fue la que me decidió a darle continuidad en cuanto mi condición de docente me lo permitió. En mi caso los alumnos cursaban Derecho Natural (hablo de cuando la asignatura Derecho Natural existía como tal y era anual), lo cual añadió, si cabe, un mayor entusiasmo.

<sup>25</sup> ATIENZA, Manuel, «Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho», *Claves de la razón práctica*, núm. 86 (1998), p. 40.

<sup>26</sup> Para Aarnio «cuando se reúnen todas las semejanzas y factores de diferenciación, lo que queda es la semejanza *estructural* entre la interpretación de una novela y la jurídica. La presencia de ambigüedad semántica [...] es típico de ambas; han de tolerarse diversas reconstrucciones alternativas (y porque...) creo que las ontologías de la interpretación jurídica y la interpretación jurídica tienen algo en común [...]. La teoría de la interpretación de una novela parece ofrecer varias ideas nuevas a la teoría jurídica», AARNIO, Aulis, «Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica», *Doxa*, núm. 4, (1987), p. 117.

<sup>27</sup> «Quiero utilizar la interpretación literaria como modelo para el método fundamental de hacer análisis jurídico», DWORKIN, Ronald, «Cómo el Derecho se parece a la literatura», en Ronald Dworkin y Herbert L. A. Hart, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, trs. Magdalena Holguín y Juan Manuel Pombo, Siglo del Hombre Editores, Santafé de Bogotá, 1997, pp. 148, 143 y 165, respectivamente.

el impulso de conocimiento ínsito en las buenas obras, consistente en «la interacción entre las aspiraciones generales humanas y ciertas formas particulares de la vida social que alientan o frustran dichas aspiraciones, modelándolas en el proceso»<sup>28</sup>. El objetivo es acercar al estudiante a «formas persistentes de necesidad y deseo humanos encarnadas en situaciones sociales específicas»<sup>29</sup>. En el fondo, una táctica más de acercarse a lo complejo de lo real. Porque somos todos iguales, dice la ley, pero todos humanos y, por tanto, todos diferentes, una comunidad de excepciones.

Un seminario de Literatura y Derecho<sup>30</sup> puede ser la ocasión propicia para reflexionar sobre la actitud del alumno en el aula. «¿En qué se convierte un cuerpo en un aula si ya no tiene la coartada del boli y de la hoja en blanco? ¿Qué hacer con uno mismo en una circunstancia semejante?»<sup>31</sup>. Un grupo de estudiantes de Derecho compartiendo lecturas, además de desafiar la inercia, realizan un acto de creación y recreación permanente y, por tanto, de pensamiento. Sin ser lo más habitual, no faltan selecciones y ensayos literarios de intelectuales europeos<sup>32</sup> y americanos dispuestos a proyectar las «sombras de la historia»<sup>33</sup>, la épica revolucionaria y un «vasto abanico de conductas y morales» a través de la «protoplasmática diferencia de casos individuales»<sup>34</sup> capaces de provocar emociones, humildad, comprensión y, en última instancia, neutralidad. Entre las

<sup>28</sup> NUSSBAUM, Martha, *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*, op. cit., pp. 30 y 32. Desde una realidad profundamente distinta a la de Ilya Ehrenburg, Martha Nussbaum parece partir de un convencimiento (o quizá haber llegado a él) bien parecido al que ese autor manifiesta en su autobiografía *Los hombres, los años, la vida*, a saber, «que la literatura no modifica el orden establecido, pero sí a los hombres que lo establecen».

<sup>29</sup> NUSSBAUM, Martha, *Ibidem*, p. 32.

<sup>30</sup> El cine resulta demasiado tentador como para no incluirlo, siquiera en pequeñas dosis. La fascinación casi hipnótica de imágenes y palabras no debe ser desaprovechada. En el seminario del que hablé con anterioridad, en colaboración con el profesor Andrés García Inda, se proyectaron películas como *El juicio de Nuremberg* (*Vencedores o vencidos*) de Stanley Kramer, *Delitos y faltas* de Woody Allen o *Ciudadano Bob Roberts* de Tim Robbins con resultados magníficos respecto al interés y la participación de los alumnos.

<sup>31</sup> PENNAC, Daniel, *Como una novela*, op. cit., p. 106.

<sup>32</sup> En nuestra propia disciplina el profesor Capella hace sus propias recomendaciones «para adquirir el hábito de leer» y, en primer lugar, está la narrativa. Cfr. Juan Ramón CAPELLA, *El aprendizaje del aprendizaje*, pp. 108 ss.

<sup>33</sup> Para Magris la literatura es «la sombra de la historia». Su colección de artículos *Utopía y desencanto* revela cómo la literatura, como utopía, puede ser buena guía para exposición de las contradicciones y necesidades humanas. Para ello añade a las lecciones de clásicos como *El Quijote*, *Antígona*, *Fausto* (el de Goethe), *La educación sentimental*, *Los hermanos Karamazov*, las de autores casi desconocidos como Ippolito Nieva o Johan Turi. Cfr. MAGRIS, Claudio, *Utopía y desencanto. Esperanzas e ilusiones de la Modernidad*, tr. J. Antonio González Sainz, Anagrama, Barcelona, 2001.

<sup>34</sup> Así, se refiere Vargas Llosa a la obra de Shakespeare, Balzac y Tolstoi, respectivamente, pero les dedica un detenimiento mucho mayor. VARGAS LLOSA, Mario, «Un héroe de nuestro tiempo», en BERLIN, Isaiah, *El erizo y la zorra*, tr. C. Aguilar, Muchnik Editores, Barcelona, 1998, pp. 26 y 27.

elegidas, nunca falta alguna obra de Kafka como *El Proceso*, *La colonia penitenciaria* u otras, donde por medio de la parábola «se intentan explicar, en todos y cada uno de sus aspectos, los misterios que entraña el poder, tan sólo entrevistos en la desazón del individuo sometido»<sup>35</sup>. En puridad se propone una metonimia, pues con la lectura siempre provechosa de Kafka se procura investigar sobre el lugar o «el no lugar de la Ley»<sup>36</sup>.

De todos modos, acéptese como ejemplo la experiencia de Cardozo: «Me sentí muy perturbado, en mis primeros años de práctica, al descubrir cuán inexplorado era el océano al que me había lanzado. Buscaba certidumbre. Sentí abatimiento y desánimo al comprender que esa búsqueda era fútil. Trataba de llegar a tierra, la tierra firme de las reglas fijas y establecidas, el paraíso de una justicia que con sus señales se manifestara más clara e imperiosa que sus tenues y fluctuantes reflejos en mi mente y mi conciencia vacilantes. Descubrí con los viajeros del *Paracelso* de Browning que “el verdadero” cielo está siempre más allá»<sup>37</sup>.

En realidad, todo gravita en torno al cultivo de la prudencia como virtud de la inteligencia práctica más importante en jueces y demás juristas<sup>38</sup>. Dice el profesor Atienza, y así nos parece, que «la prudencia es una especie de síntesis entre el pensamiento abstracto y la experiencia del mundo»<sup>39</sup>. Pero esa síntesis no llega sola, requiere imaginación, o, por mejor decir, requiere de los dos aspectos de la imaginación: el estético y el ético. El primero es la invención y quien inventa encuentra, compone y aumenta las posibilidades de lo dado. El segundo, el moral, es el redondeo de la compasión y la serenidad<sup>40</sup>, algo así como dejar de ser uno mismo para ser el otro el tiempo que dura comprender.

<sup>35</sup> Así de sugerente es, en su totalidad, el libro de Carlos EYMAR *El funcionario poeta. Elementos para una estética de la burocracia*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 186.

<sup>36</sup> «Kafka o le non-lieu de la loi» es el título del brillante artículo que Antoine Garapon dedica al papel del Derecho en la obra de Kafka, *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, núm. 28 (1992), pp. 1-18.

<sup>37</sup> CARDOZO, Benjamín, *The Nature of the Judicial Process*, Nueva York, 1921, pp. 166 y 167.

<sup>38</sup> Gracián no hace distinciones por ocupaciones respecto a la importancia de la prudencia, que entiende como aciertos del vivir. Sin embargo, nos parece que sirve en mucho al jurista, por ejemplo, para que en su decisión «no sea de la primera impresión». Para que no le pase como a aquellos que se quedan con la primera información. «Ni la voluntad con el primer objeto, ni el entendimiento con la primera proposición se han de llenar, que es cortedad de fondo [...]. Quede siempre lugar a la revista: guarde Alejandro la otra oreja para la otra parte, quede lugar para la segunda y tercera información», Baltasar GRACIÁN, *Oráculo manual y arte de prudencia*, Plaza & Janés, Barcelona, 1986, pp. 450 y 451.

<sup>39</sup> ATIENZA, Manuel, «Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho», *op. cit.*, p. 39.

<sup>40</sup> El profesor Atienza aborda esta cuestión con mayor detalle, *Ibidem*, pp. 139 y 40.



### 3. DE LA CREACIÓN A LA CREATIVIDAD JURÍDICA: EL COMETIDO DEL *ARS INVENIENDI* EN EL DERECHO

«Recuerdo haber leído, en un escrito de Thomasio, que ningún jurista, tampoco el práctico, puede prescindir de una buena dosis de fantasía. Esa fantasía, dice, es necesaria para imaginar los extraños *casus iuris*.»

*Bromas y veras en la ciencia jurídica: Ridendo dicere verum.*

Rudolf von Ihering.

Este apartado bien hubiera podido titularse: Más sobre la imaginación. Con anterioridad nos hemos desecho en halagos a la lectura, y si nuestro énfasis no se reducía al tratamiento de libros técnico-jurídicos, filosóficos o sociológicos es porque, con el profesor Martínez García, creemos que «hoy día epistemologías tolerantes reemplazan la idea clásica de una realidad única por una multiplicidad de versiones del mundo igualmente válidas que coexisten y se interrelacionan, quebrándose la oposición rígida entre fáctico y ficticio»<sup>41</sup>.

La imaginación, como antítesis de la réplica, es un modo de pensamiento ni contrario ni subalterno al científico<sup>42</sup> y tiene, a mi entender, un espacio nada desdeñable en la praxis y la teoría jurídica. La hermenéutica, la integración y la ficción no se conciben sin ella. Sabemos que este planteamiento desafía algunos de los presupuestos, o mejor tópicos, de los que se ha venido sirviendo nuestra cultura hasta hace bien poco. Y, sin embargo, hace mucho, mucho tiempo, en realidad desde siempre, la imaginación ha sido parte del acervo de los juristas, eso sí, ni del mismo modo ni en la misma medida.

Con la lucidez de Pietro Costa y Riccardo Orestano no será difícil corroborarlo. La labor de los juristas medievales con los textos romanos, por ejemplo. Ninguno de ellos pudo obrar con normas de un sistema que conociera. Más bien tuvo que «sacudir» el texto recibido para adaptarlo, al interpretarlo reelaboró un discurso. Así fue como dilató el campo semántico de instituciones como el *dominium* o la *iurisdictio*. De lo que llegó a sus manos salió el «propio discurso del saber». Lo que incorporó al texto «no reflejaba un mundo ya dado, sino que construía un mundo nuevo, construía lo que los semióticos (y los lógicos) llamarían un *mundo posible*». En realidad tuvo que «imaginar el texto»<sup>43</sup>. Pues «es un hecho que los medievales se encontraron con el

<sup>41</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, *La imaginación jurídica*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 79.

<sup>42</sup> Sostenemos tal opinión toda vez que «los estudios de los escritos científicos apuntan a la presencia de la retórica y la imagería en el quehacer de la investigación científica», ALEXANDER, Jeffrey C., *Sociología cultural. Formas de clasificación en las sociedades complejas*, tr. Celso Sánchez Capdequí, Anthropos, Barcelona, 2000, p. 1.

<sup>43</sup> COSTA, Pietro, «Discurso jurídico e imaginación: Hipótesis para una antropología del jurista», en Petit, Carlos (Ed.), *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 176, 179 y 180.

testimonio de un mundo –y tuvieron que trabajar con él– que había mirado la problemática jurídica con ojos diferentes a los suyos»<sup>44</sup>. En otras palabras, «el *Corpus Iuris* procedía de un hábito mental que ya no correspondía a sus nuevos condicionamientos culturales»<sup>45</sup>.

Tiempo después no hubiera habido teorías contractualistas sin un imaginado contrato. Así, la *fictio iuris* es pura técnica en manos de Hobbes donde no hay mentira porque no hay engaño, ni hipótesis porque nada hay que verificar. Pero «la ficción no es, a los ojos del profesor Martínez García, una herramienta ocasional del jurista como se ha creído casi siempre: está presente en la misma trama de su discurso»<sup>46</sup>. El estado de naturaleza o el pacto social, tan bien racionalizado, de Hobbes; la *Grundnorm*, más ficticia que presupuesta, del último Kelsen o el *contrato hipotético* de la *Teoría de la justicia* de Rawls<sup>47</sup>, por citar un representante actual del contractualismo, tan querido a la tradición filosófica y política liberal<sup>48</sup>. Ésas son ilustres muestras de nuestra tesis.

Pero retomemos el hilo histórico de nuestra ciencia en busca de más ejemplos. Como dice Costa, hablar de una dimensión imaginativa en el discurso del saber jurídico de la iuspublicística de corte lógico-positivista en la Italia o Alemania de finales del XIX podría sonar a provocación, creemos que no exagera. Lo cual no significa que quede descartada la imaginación, bastará con mirar en otra dirección: es tiempo para la metáfora en la definición misma del objeto teórico<sup>49</sup>. «La representación del Estado [...] aparece continuamente suspendida entre un análisis puramente “jurídico” y un continuo, disimulado pero operante, retorno del mito (porque) la iuspublicística no *describe* el Estado como el resultado objetivo de una serie de normas simplemente constatadas, sino que *construye* el Estado [...] a través de una tupida red de metáforas (sobre todo la metáfora organicista) y lo retiene dentro del círculo mágico del mito»<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> ORESTANO, Riccardo, *Introducción al estudio del Derecho Romano*, tr. M. Abellán, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1997, p. 170.

<sup>45</sup> ORESTANO, Riccardo, *Ibidem*, p. 171.

<sup>46</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, *La imaginación jurídica*, op. cit., p. 72.

<sup>47</sup> Me remito a MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, *Ibidem*, pp. 71 a 91 *in totum*.

<sup>48</sup> GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de Filosofía política*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 30 ss.

<sup>49</sup> El profesor García Amado enseña que «la doctrina jurídica difícilmente puede trabajar sin metáforas. La esencial incorporeidad del Derecho, su condición de realidad pensada, de constructo intelectual, de “cosa hecha con palabras”, requiere recurrir a la metáfora para ver en imagen [...] lo que sólo puede funcionar y ser operativo como idea. Pero la imagen refuerza la idea y hasta la determina en su modo de configurarse en cada momento». Pero el propio García Amado también alerta de los peligros del uso de la metáfora en Derecho, «el problema se plantea, dice, cuando la metáfora lo es de una quimera» e ilustra su tesis con algún caso en que la metáfora lo ha sido «con ribetes de imposible», «¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez?», *Defensa de la ley frente a otros valores y principios*, *AFD*, vol. XIII (1996), pp. 67 y 68.

<sup>50</sup> COSTA, Pietro, «Discurso jurídico e imaginación: Hipótesis para una antropología del jurista», pp. 181 y 182.

Alexander va más allá y hace extensible la referencia al mito en toda teoría social, dada la permanente transitoriedad del mundo. El autor está seguro de que, «a pesar de que no tenemos una verdadera idea del alcance de nuestras posibilidades históricas, toda teoría del cambio social debe teorizar no sólo sobre el pasado, sino también sobre el presente y el futuro. Podemos hacer tal cosa sólo bajo una forma no racional, en relación no sólo a lo que sabemos, sino también a lo que creemos, esperamos y tememos»<sup>51</sup>.

En su continua descripción de la prescripción, la del Derecho dicho y la del no dicho, el jurista «imagina el Derecho». No se dice que entre las virtudes del buen jurista esté la de buen zahorí. Se dice que en sede interpretativa el jurista inmerso en el Derecho lo conoce y lo recrea. Pues, «cualesquiera que fuesen las teorías hermeneúicas sostenidas [...] la clase profesional de los juristas no se ha limitado a constatar, a registrar “el derecho que es”, sino que se ha continuamente lanzado a prefigurar, imaginar, recomendar “el Derecho que no es”, mientras la teoría del carácter “descriptivo” y “meramente aplicativo” de la interpretación jurisprudencial no funcionaba en absoluto como sujeción efectivamente operante para su cotidiana actividad profesional»<sup>52</sup>.

Desde hace algún tiempo y hasta hoy, como en un dilatado presente, varios estudiosos han avistado cambios en el paradigma o un cambio de paradigma<sup>53</sup>. El modelo de conocimiento basado en series lógicas de oposiciones binarias realidad/ficción, ciencia/arte o conocimiento/imaginación resultaría ya demasiado precario. El «paradigma lógico-positivista o, simplemente, cientifista»<sup>54</sup> de la Modernidad consolidó en su día, para todo tiempo, una oposición, casi como un *a priori*. A saber, un análisis, todo análisis, se adscribe, necesariamente, o bien a una teoría fuerte del conocimiento científico o bien a una teoría débil de la subjetividad. El mundo de los hechos, la objetividad y la lógica del primero velan por el conocimiento verdadero con la arrogancia epistemológica que otorga lo axiológicamente superior.

En ese modelo, «el discurso jurídico se anunció como un discurso de saber directamente productor de verdad. El discurso jurídico, como cualquier otro tipo de saber, en la medida en que respete los *standars* de descriptividad, falta de valoración, rigurosa consecuencialidad, objetividad, impersonalidad, abstracción, generalidad, es un discurso que se considera capaz de captar, sin mediaciones ni incertidumbres,

---

<sup>51</sup> ALEXANDER, Jeffrey C., *Sociología cultural. Formas de clasificación en las sociedades complejas*, op. cit., p. 60.

<sup>52</sup> COSTA, Pietro, *Ibidem*, p. 185.

<sup>53</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, tr. C. Bernal y M. García Villegas, Ediciones Uniandes, Santa-fé de Bogotá, 1998, p. 272. Dicho por él mismo, la tesis central de su libro es la crisis del paradigma de la modernidad (cfr. p. 8), denominador común, por otra parte, de buen número de postmodernos.

<sup>54</sup> COSTA, Pietro, *Ibidem*, p. 165.

la realidad, la realidad del Derecho, el derecho como “realmente” es»<sup>55</sup>. Sin embargo, el Derecho es, en esencia, prescripción y no hay prescripción falsa o verdadera porque no hay modo de contrastarla con la verdad o falsedad misma. *Ad impossibilia nemo tenetur*.

Pero eso no es todo. La terna característica del cientifismo triunfante: la elección de lo global como mejor nivel para conocer y organizar; la convicción de que su conocimiento y organización suponen victorias sucesivas sobre la irracionalidad y el desorden y la consagración, en fin, de la generalidad, la abstracción, la racionalidad, la planificación y la funcionalidad como sus principales valores<sup>56</sup> ha devenido inoperante. El paradigma, más o menos desquiciado, comienza a alterarse sin alharacas en los ochenta<sup>57</sup>. Llámese a ello postmodernidad o no, se prefiere y antepone lo particular, lo micro, lo subjetivo, lo lúdico, y así el caso aventaja al sistema, al tiempo que la complejidad crece. Ahí, entretejiéndose, descubrimos «una red de sujetos donde se combinan varias subjetividades correspondientes a las distintas formas básicas de poder que circulan en la sociedad. Somos un archipiélago de subjetividades que se combinan de manera diferente bajo múltiples circunstancias personales y colectivas»<sup>58</sup>.

Esos factores, para algunos perversos, provén a lo jurídico de efectos contundentes. Arrastrando una crisis como una carga de profundidad, el Derecho es y ha sido tratado «cada vez menos como un cuerpo coherente, un organismo, un *corpus iuris*, y cada vez más como una mezcolanza, como una masa fragmentada de decisiones *ad hoc* y de reglas en conflicto, unidas sólo por técnicas comunes»<sup>59</sup>.

Hoy, en un mundo de posibilidades abiertas, cuando se detecta un problema político, de coordinación e incluso técnico o sanitario, la sociedad parece decir: Derecho, urgente. Pero, en muchos casos, Derecho hay más que bastante. Es más, ya hemos sugerido que una de las crisis que como herida abierta debilita al Derecho es la «admi-

<sup>55</sup> COSTA, Pietro, *Ibidem*, p. 167.

<sup>56</sup> Ésa es la descripción, algo condensada, de Antonio Manuel HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Publicações europa-américa, Lisboa, 1997, p. 246.

<sup>57</sup> En realidad ya para entonces había conocido alteraciones. Quienes con mayor detalle se ocupan de las etapas distinguen cuatro períodos teóricos e ideológicos en el pensamiento social de postguerra: la teoría de la modernización y el liberalismo romántico; la teoría de la antimodernización y el radicalismo heroico; la teoría de la postmodernidad y el distanciamiento irónico; y la fase emergente de la teoría de la neomodernización o reconvergencia, que parece combinar las formas narrativas de cada una de sus predecesoras en el escenario de postguerra», ALEXANDER, Jeffrey C., *Sociología cultural. Formas de clasificación en las sociedades complejas*, op. cit., p. 61.

<sup>58</sup> BOAVENTURA DE SOUSA, Santos, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, op. cit., p. 127.

<sup>59</sup> BERMAN, Harold J., *La formación de la tradición jurídica en Occidente*, op. cit., p. 49.

nistrativización de la ley» que trae causa de la imposición de la lógica intervencionista del Estado social y que ocasiona, fundamentalmente, dos resultados. Uno: la legislación pierde su carácter general, con lo que «el espacio de la decisión ya no corresponde a la representación general, sino que debe ser compartida por los intereses concretos implicados, a los que, desde la óptica garantista individual, es necesario integrar en el procedimiento»<sup>60</sup>. Dos: «la desvalorización que ha seguido a una inflación desmedida de las leyes como consecuencia de su multiplicación incontenible, que, además, ha sido acompañada de un desarrollo desbocado de normas reglamentarias». Habiéndose notado en todos los países el mismo fenómeno<sup>61</sup>.

Todo apunta a la conveniencia de un imperativo creativo en la labor del jurista en su continuo conservar e innovar, ante la profetizada pujanza del Derecho no dicho<sup>62</sup>. En una aproximación, algo tosca, a la cuestión podría resultar paradójico o *iusnaturalista* hablar de Derecho no dicho, pues, se dice por escrito. Tras esa primera lectura, la segunda apunta a que Derecho no dicho es, por definición, el caso de la laguna jurídica. Pero, aún más, Derecho no dicho es el no hecho explícito, Derecho implícito al fin. Y es que hasta cuando el Derecho guarda silencio lo sigue siendo. Y si alguien duda de «la relevancia de la noción de Derecho implícito para la teoría de las fuentes que piense en la cantidad de veces que los juristas hacen uso indirectamente de la misma»<sup>63</sup>. Qué jurista no incluye en su repertorio más habitual frases como éstas o parecidas: «en conclusión, habrá de incluirse en la norma el supuesto...», «entiendo tácitamente comprendido en dicho artículo el caso...» Y si de algún tipo de normas puede hablarse, cuando de lo implícito se trata, es de los principios. «Los principios generales del Derecho, al igual que el muy cercano argumento analógico, constituyen, pues, un caso de creación de Derecho en sede interpretativa»<sup>64</sup>. En ese decir el Derecho, donde al método tradicional le cuesta encontrar su hueco, hay mucho de la cosecha del jurista.

De hecho, cada vez parece mayor el eco de las teorías y autores que entre la maraña legislativa abren paso a los principios. Se compartan

---

<sup>60</sup> DE CABO MARTÍN, Carlos, *Sobre el concepto de ley*, Trotta, Madrid, 2000, p. 95.

<sup>61</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 47 y 55.

<sup>62</sup> La creatividad... de nuevo, de algún modo tras las huellas de la literatura, probablemente porque, menos ella, todo en nuestro entorno vive en la era postindustrial. Lo dice y le creemos uno de los personajes de la novela de J. José MILLÁS, *Dos mujeres en Praga*, Espasa-Calpe, Madrid, 2002.

<sup>63</sup> AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 130.

<sup>64</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, «Diez argumentos a propósito de los principios», en *Ley, principios, derechos*, Instituto Bartolomé de las Casas-Dykinson, Madrid, 1998, p. 50, y *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992.

o no planteamientos como los de Dworkin <sup>65</sup>, Alexy <sup>66</sup>, o, en nuestro país, García de Enterría <sup>67</sup>, los principios generales del Derecho son hoy un importante catalizador para el ordenamiento además de una puerta abierta a la creatividad.

El despliegue normativo del que el Estado se ha demostrado capaz no es insuficiente, sino más bien inapropiado para afrontar por sí solo los desafíos a los que el Derecho actual debe dar remedio. Que ésta no sólo provenga de la cantidad, sino de la calidad y adecuación es la aportación que se espera de la creatividad del jurista, cuyo conocer se vuelca en su actividad, operativa por excelencia, proveer soluciones ajustadas. Y aunque sea hoy más preciso que nunca, no es de ahora, pues viene de lejos, que «no es posible escribir las leyes de tal manera que comprendan todos los casos que pueden acontecer; basta determinar aquellos que ordinariamente suelen suceder. Y si otros acaescieran que no tengan ley que en propios términos los decida, no es el Derecho tan falto de reglas y principios, que si el juez o el abogado tiene buen entendimiento para saber inferir, no halle la verdadera determinación y defensa, y de dónde sacarla. De suerte que si hay más negocios que leyes, es menester que en el juez o en el abogado haya mucho entendimiento para hacerlas de nuevo, y no de cualquiera manera, sino que, por su buena consonancia, las reciba sin contradicción el Derecho [...] .Los legistas que alcanzan tal ingenio y habilidad no se deben llamar *letrados*. Porque no construyen la letra ni están atentos a las palabras formales de la ley, antes parecen legisladores o jurisconsultos a los cuales las mismas leyes están pidiendo y determinando qué es lo que han de determinar» <sup>68</sup>.

Pero no sólo del práctico, también del teórico se aguardan respuestas. Y no es nada fácil, vendría a decir Orestano. La creatividad «distingue la grandeza de un jurista y da su medida, tanto más grande cuanto más sepa dar libre vuelo a su fantasía. Existen, luego, los que tienen que contentarse con realizar “variaciones sobre el tema” o con volver a pintar el mismo cuadro cambiando colores y tonalidades» <sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Ronald DWORKIN desarrolla, en lo fundamental, su tesis sobre la superioridad de los principios en el sistema de normas jurídicas en *Los derechos en serio*, tr. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.

<sup>66</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, tr. E. Garzón, CEC, Madrid, 1993, y *El concepto y la validez del Derecho*, tr. J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994.

<sup>67</sup> De la obra en que este autor se ocupa del poder de los principios destacamos *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, *El Derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, y *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, *op. cit.*, y en colaboración con Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *El Derecho, la Ley y el Juez*, Civitas, Madrid, 1997.

<sup>68</sup> HUARTE DE SAN JUAN, Juan, *Examen de ingenios para las ciencias*, Cátedra, Madrid, 1989, pp. 473 y 474.

<sup>69</sup> ORESTANO, Riccardo, *Introducción al estudio del Derecho Romano*, *op. cit.*, p. 456.

# Interrogantes planteados por la manipulación genética y el proyecto genoma humano a la filosofía jurídica

Por RAFAEL JUNQUERA DE ESTÉFANI  
UNED

*INTRODUCCIÓN:* La manipulación genética y, más en concreto, el Proyecto Genoma Humano están suponiendo un gran reto para toda la sociedad. Ésta pide guías y reglas que orienten y regulen todas las actuaciones que se están llevando a cabo en este campo. En el presente trabajo se analizan cuáles son los principales interrogantes que surgen, poniéndolos en relación con los ya tradicionales principios bioéticos y presentando un intento de sistematización de los criterios orientativos que han sido presentados por diversas concepciones éticas. Igualmente se defiende que el Derecho debe hacerse eco de las posiciones éticas mínimas que rijan en la sociedad y acogerlas en su normativa. Tras un análisis de algunas normas españolas e internacionales, así como de las orientaciones allí contenidas, se establece la necesidad de buscar unas vías de encuentro entre Ciencia, Ética y Derecho.

Hemos iniciado el siglo XXI acompañados de un acontecimiento importante para el mundo de la genética: la elaboración del primer mapa del genoma humano. Este hecho supone un cambio radical en el campo de la biomedicina, modificándose el concepto de enfermedad, el concepto de enfermo-paciente, la misma relación médico-paciente, etc. La sociedad también se verá afectada por estos cambios producidos por los avances genéticos; igualmente se modificarán las relaciones sociales en su conjunto.

El horizonte ha cambiado ante nuestros ojos y surgen nuevos retos e interrogantes ante los que la ética, de un lado, y el Derecho, de otro, deben aportar su reflexión con la finalidad de humanizar las situaciones emergentes. Las posibilidades que nos ofrece la nueva genética

deben ser puestas al servicio de toda la humanidad y de las generaciones futuras.

Desde estas líneas vamos a intentar clarificar cuáles son algunos de esos retos. Para llevar a cabo esta tarea comenzaremos por una breve introducción histórica sobre la evolución de la ciencia genética; aclararemos los conceptos que vamos a utilizar; presentaremos los logros y expectativas de la genética actual; plantearemos algunos de los grandes interrogantes que aparecen en este horizonte; analizaremos varios criterios orientativos manejados por la doctrina; y, para finalizar, abordaremos el panorama normativo que acompaña a la situación en la que nos encontramos.

## 1. GENÉTICA, GENOMA Y PROYECTO GENOMA HUMANO (PGH)

Se ha dicho que la genética como ciencia comienza con el inicio del siglo XX. Anteriormente, en el siglo XIX, Mendel (1865) había publicado los resultados de sus trabajos de investigación mezclando diversos vegetales (guisantes y judías) intentando lograr una mejora de las plantas mediante hibridación. En dichos resultados formula lo que más adelante se conocerán como *leyes de Mendel*. Sin embargo, será en 1900 cuando estos trabajos obtienen un gran eco en la comunidad científica gracias al botánico holandés Hugo de Vries que los descubrió y dio a conocer <sup>1</sup>.

Desde su nacimiento hasta nuestros días se pueden distinguir cuatro épocas <sup>2</sup>:

– *Genética clásica*: es la época que abarca desde 1900 a 1940. En esta etapa nace el *gen* y se centra en el estudio de la transmisión hereditaria de los caracteres dentro del ámbito familiar y poblacional.

– *Genética molecular*: se extiende desde 1940 a 1960. Tiene por objeto de su estudio a la naturaleza, la composición, la estructura y las propiedades del material hereditario. Se descubre el ADN.

– *Dogma fundamental de la biología molecular*: comprende la década de 1960. Se descubre que el mensaje vital se transmite por una doble vía: el ADN, compuesto de cuatro bases nitrogenadas (A, C, G, T) <sup>3</sup>, y las *proteínas*, formadas por veinte aminoácidos. Este dogma fundamental explica «cómo se traduce el mensaje genético codificado, desde un idio-

<sup>1</sup> GAFO, J., *Problemas éticos de la manipulación genética*, Madrid, Ediciones Paulinas, 19 a 92, pp. 11 ss.

<sup>2</sup> LACADENA, J. R., «Manipulación genética», en GAFO, J. (ed.), *Fundamentación de la Bioética y Manipulación Genética*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1988, p. 143.

<sup>3</sup> Adenina, Citosina, Guanina y Timina.



ma que utiliza sólo cuatro letras a otro formado por veinte»<sup>4</sup>. Se adquiere un conocimiento profundo de los procesos de *replicación, transcripción y traducción* genéticas.

– *Nueva genética*: a partir de 1970. Es la época de la manipulación o ingeniería genética que llega hasta nuestros días.

El final de siglo ha sido vertiginoso en lo referente a la rapidez con que se han ido produciendo los avances en el campo que es objeto de nuestra reflexión actual. Se habla no sólo de *ingeniería genética*, sino también de *sondeo génico, terapia génica, genoma, proyecto genoma humano*, conceptos que creemos que es necesario clarificar antes de continuar con nuestra reflexión.

### 1.1 Aproximación a los conceptos

En este apartado vamos a realizar una breve explicación de los conceptos arriba indicados y que vamos a utilizar en el transcurso de este trabajo:

#### TECNOLOGÍA O MANIPULACIÓN GENÉTICA O INGENIERÍA GENÉTICA

Con cualquiera de estos nombres se denomina la técnica que se inicia en la década de los setenta (etapa de la *nueva genética*) cuando la genética deja de ser una ciencia *teórica* y se convierte en una ciencia *manipulativa*. Se habla de nueva genética al comenzarse a *tocar el gen*: se articulan técnicas que permiten trocear<sup>5</sup> el ADN en lugares específicos e introducir fragmentos del mismo procedentes de otros seres vivos en una bacteria multiplicándose millones de veces<sup>6</sup>. El ADN transferido se incorpora al de la bacteria y se reproduce al reproducirse la bacteria. Así nació la técnica del ADN recombinante. También ha recibido el nombre de *clonado de genes*, puesto que se está copiando el gen.

#### SONDEO GÉNICO<sup>7</sup>

Consiste en el examen de la constitución genética de uno o varios individuos en busca de indicios acerca de la posibilidad de que se desarrolle o transmita determinado defecto o enfermedad. Si el estudio se realiza sobre un individuo, recibe el nombre de *consejo genético*. Es una forma de asesoramiento médico (de ahí el nombre) que difiere

<sup>4</sup> GAFO, J., *op. cit.*, p. 24.

<sup>5</sup> Esta acción se lleva a cabo a través de las enzimas de restricción.

<sup>6</sup> Pegándose a través de otras enzimas: las ligasas.

<sup>7</sup> SUZUKI, D., y KNUDTSON, P., *Genética (conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos)*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 145 ss.

de la habitual relación entre médico-paciente en varios aspectos <sup>8</sup>: se trata de una anomalía genética, las decisiones que se tomen afectan habitualmente a la descendencia y el sujeto primario es, más bien, la pareja o familia. Cuando el sujeto del estudio es una población, recibe el nombre de *cribado genético*.

Este sondeo se puede llevar a cabo a través de dos vías: *a) análisis bioquímico* de sustancias que revelan indirectamente la presencia de genes variantes (concentración de depósitos de grasa en las células nerviosas –enfermedad de Tay-Sachs–, por ejemplo); *b) examen directo del ADN* de los cromosomas que se encuentran en las células somáticas para detectar defectos. Según el momento en que se realice este estudio podemos diferenciar varias clases de sondeos:

1. *Prenatal*: dentro de esta categoría se encuentran los estudios que se realizan sobre el feto para detectar determinadas anomalías. Típicos sondeos prenatales son: la amniocentesis (muestra de líquido amniótico); y el muestreo de vellos coriónicos (análisis de células extraídas de las vellosidades que envuelven al embrión durante las diez primeras semanas del embarazo). La finalidad de estos estudios es, prioritariamente, evitar una malformación o anomalía.

2. *Posnatal* (o de recién nacidos): es un sondeo que se utiliza para detectar determinadas incapacidades, patologías o predisposiciones a las mismas por parte del recién nacido. Como ejemplo tenemos el test de la fenilcetonuria (FCU) para detectar la incapacidad de metabolizar un aminoácido (fenilalanina) que produce un retraso mental de diversos grados. Su finalidad es prevenir la patología.

3. *Adultos*: en esta clase de sondeos los tests pueden tener dos finalidades: diagnosticar una enfermedad hereditaria que se desconocía o evitar la transmisión de genes defectuosos a la prole. Cabe, también, realizar una distinción entre: *a)* el test de sondeo génico destinado a identificar individuos que pueden presentar gran susceptibilidad a ciertos riesgos (a determinados agentes medioambientales); y *b)* el test de control génico destinado a detectar posibles daños ocasionados a las moléculas genéticas por sustancias medioambientales.

#### TERAPIA GÉNICA <sup>9</sup>

Con la aparición de la *nueva genética* se abre la posibilidad de tratar directamente los genes de las células enfermas. La *Terapia Génica* consiste en la sustitución o reparación de genes defectuosos en células vivas humanas. Podemos clasificarla en tres métodos distintos: *a) inserción génica*, consiste en insertar una copia de la versión normal de un gen en los cromosomas de una célula enferma y esperar que se

<sup>8</sup> GAFO, J., *op. cit.*, p. 58.

<sup>9</sup> SUZUKI, D., y KNUDTSON, P., *op. cit.*, pp. 160 ss; GAFO, J., *op. cit.*, pp. 121 ss; y GAFO, J., «Ética y manipulación genética», en PALACIOS, M., *Bioética 2000*, Nobel, Oviedo, 2000. pp. 227-249.

expresen; *b) modificación génica*, supone modificar químicamente una secuencia defectuosa de ADN en el lugar exacto de la célula viva en que se encontrase; *c) cirugía genética*, es la eliminación de un gen defectuoso del cromosoma en que se encontrara y sustituirlo por un gen clonado.

Atendiendo a que se realice en células reproductivas o no, se puede distinguir entre *terapia génica germinal* o *somática*. La diferencia entre ambas radica en que en la primera se ven afectadas futuras generaciones, mientras que en la segunda no. En la terapia de células somáticas se intenta corregir un defecto genético en una célula corporal de un paciente. La terapia en línea germinal requiere la inserción de un gen normal en las células reproductoras del paciente con el fin de corregir la anomalía en su descendencia.

También se puede distinguir un tercer tipo de terapia: la de *mejora o perfectiva*. Su finalidad no es propiamente terapéutica pues lo que se pretende es mejorar un determinado carácter mediante la inserción de un gen. Se le puede considerar como una práctica eugénica, aunque algunos autores diferencian entre la terapia perfectiva y la eugénica en que ésta intenta mejorar rasgos complejos en que intervienen un gran número de genes <sup>10</sup> y suelen ser factores que afectan a la dimensión espiritual e intelectual del individuo humano.

Igualmente es importante diferenciar las terapias que tienen por objeto patologías o anomalías *monogénicas* o *multigénicas*, según se vea afectado un único gen o varios, puesto que la dificultad terapéutica es mayor en el segundo caso.

## GENOMA

Podemos definir *Genoma* como la dotación genética completa de un organismo o individuo, o bien la totalidad de secuencias de ADN portadoras de genes que contiene una célula y que controla la herencia <sup>11</sup>.

## PROYECTO GENOMA HUMANO (PGH) <sup>12</sup>

En la década de los ochenta se inicia en Estados Unidos un estudio del genoma humano por el Departamento de Energía (DOE) con la finalidad de analizar el efecto de las radiaciones con exposición de

<sup>10</sup> GAFO, J., *Problemas éticos de la...*, cit., p. 128.

<sup>11</sup> Ver por ejemplo: SUZUKI, D., y KNUDTSON, P., *op. cit.*, pp. 281 y 315; LEE, T. F., *El Proyecto Genoma Humano*, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 11.

<sup>12</sup> BLÁZQUEZ, J., *Derechos Humanos y Proyecto Genoma*, Comares, Granada, 1999, pp. 27 ss; ROMEO CASABONA, C. M., «Genética y Derecho», en *Biotecnología y Derecho: perspectivas en derecho comparado*, Comares, Granada, 1998, pp. 15 ss; LEE, T. F., *op. cit.*, pp. 13 ss y 233; GAFO, J., *Problemas éticos de la...*, cit., pp. 173 ss; y HERNÁNDEZ YAGO, J., «Manipulación del patrimonio genético», en AA.VV., *Retos Actuales en Bioética I*, Fundación Mainel, Valencia, 2000, pp. 49-62.

baja intensidad sobre los genes humanos. Coetáneamente, en la Universidad de California (1985) se abordaba la importancia de iniciar un trabajo de estas características. Pronto se incorporaron otros centros de investigación médica por las ventajas que los estudios resultantes podrían tener de cara a enfermedades como el cáncer. Para algunos científicos resultaba inquietante que el Departamento de Energía propusiese esta investigación cuando poseía pocos especialistas en genética y biología molecular, así buscaron la implicación de los Institutos Nacionales de Salud. Estos organismos junto con otros entes federales crearon el *Gen Bank*, banco de datos en el que se recogían todos aquellos que se iban obteniendo relativos al genoma humano.

En la comunidad internacional se incorporan por su cuenta a estos estudios: Canadá, Japón y varios países de la Comunidad Europea que, a través del *European Molecular Biology Laboratory*, estuvo en contacto con el *Gen Bank* desde sus orígenes y puso en marcha los Proyectos Biomed y Biomed 2. La UNESCO crea la Organización del Genoma Humano (HUGO) con la finalidad de asumir la coordinación de los diversos proyectos de investigación existentes en el mundo <sup>13</sup>.

La finalidad básica de este proyecto es conseguir el cartografiado de los genes humanos: localización, posición y distancia entre genes en los cromosomas humanos mediante la secuenciación de las bases.

En el año 2000 se anuncia, con una antelación de cinco a diez años sobre lo previsto, la finalización de un primer mapa del genoma humano, a falta de ciertos detalles. En los primeros meses del 2001 se hacen públicos los resultados definitivos (por ahora).

## 2. LOGROS Y EXPECTATIVAS DE LA MANIPULACIÓN GENÉTICA

Los logros y expectativas que nos ofrece la ingeniería genética son muchos y variados, entre ellos podemos destacar que:

- Es posible realizar el clonado de forma ilimitada de fragmentos de ADN procedentes de otros seres vivos <sup>14</sup>.

- Es posible introducir en las bacterias genes que sintetizan productos importantes para el hombre (biotecnología realizada por ADN recombinante) <sup>15</sup>.

- Se ha conseguido la genética inversa: posibilidad de pasar desde las proteínas y aminoácidos hasta el ARN y al ADN.

<sup>13</sup> El 1 de octubre de 1990 se declara como la fecha oficial de inicio del Proyecto Genoma.

<sup>14</sup> Se introducen dichos fragmentos en un tipo de bacterias (*Escherichia Coli*) que se encargan de, al reproducirse, copiarlos ilimitadamente.

<sup>15</sup> Así se ha conseguido la producción de insulina humana, hormona del crecimiento, vacuna contra la hepatitis B.

- Se ha logrado secuenciar el genoma humano (Proyecto Genoma Humano).
- Se han comenzado a modificar organismos superiores mediante manipulación genética (OMG: organismos genéticamente manipulados).
- Se han conseguido plantas y animales transgénicos.

Pero, a nuestro modo de ver, uno de los más importantes es el cambio efectuado en la orientación de la medicina: aparece un nuevo concepto de medicina: *la medicina predictiva*. Frente al concepto tradicional, concepto paliativo-terapéutico, que se limitaba a sanar la patología existente o a aminorar sus efectos perniciosos, aparece una medicina que se presenta como capaz de «predecir» la posibilidad de que se desarrolle una determinada enfermedad <sup>16</sup>. Por parte de varios expertos se ha defendido que se precisan unos requisitos necesarios, en el momento actual de la ciencia genética, para poder aplicar este tipo de terapia y éstos son <sup>17</sup>: *a)* que un solo gen esté afectado; *b)* que se conozcan las secuencias críticas de su ADN; *c)* que exista un sistema efectivo de insertar el gen; *d)* que, dado su coste actual, se utilice para enfermedades muy graves.

Algunos autores hacen alusión a esta modalidad médica como *medicina genómica* <sup>18</sup>, que tendrá como rasgos conformadores de la misma los siguientes: *a)* la regresión a la *pobre situación terapéutica del siglo XIX*, en la que se tendrá mucha información acerca de enfermedades genéticas, pero pocas posibilidades de sanación; *b)* *lo potencial se convertirá en actual*, aparecerá la categoría de «paciente pero no enfermo» constituida por aquellas personas a las que se les detecten enfermedades no manifestadas todavía; *c)* *no se centrará sólo en el presente sino que tendrá en perspectiva enfermedades futuras*; *d)* supondrá el tránsito de una *medicina dual a otra comunitaria*, en la cual la relación entre médico y paciente no se basará en esas dos personas implicadas (dual) sino que se abrirá a la familia, a las generaciones futuras y a la sociedad en su conjunto.

### 3. INTERROGANTES PLANTEADOS

A pesar del eco obtenido por el resultado de muchas de todas estas investigaciones, hay que constatar que, en este momento, no

---

<sup>16</sup> GRISOLÍA, S., «La Biotecnología del Tercer Milenio», en *Biotecnología y Derecho*, Comares, Granada, 1998, p. 9. El mismo autor mantendrá que «la Medicina del futuro se basará en una Medicina Preventiva y Predictiva basada en un mayor conocimiento del genoma humano» [GRISOLÍA, S., «Genoma Humano: algunas expectativas en el siglo XXI», en PALACIOS, M. (coord.), *Bioética 2000*, Nobel, Oviedo, 2000, p. 218].

<sup>17</sup> GRISOLÍA, S., «Genoma Humano...», cit., p. 219.

<sup>18</sup> GAFO, J., *Problemas éticos de la...*, cit., pp. 186-188.

comportan un beneficio inmediato y directo para la población, salvo determinadas técnicas y aplicaciones muy específicas. Pero, para la comunidad científica, todas ellas y, en concreto, el Proyecto Genoma Humano suponen un instrumento valiosísimo porque le proporciona una información importantísima para acelerar muchos de sus trabajos, de los que ya sí se podrán obtener aplicaciones inmediatas para los individuos <sup>19</sup>. Desde el campo científico se valora especialmente dicho Proyecto por suponer un entendimiento del origen del hombre, de su proceso evolutivo y del hombre mismo, más que por su impacto en la medicina y tecnología <sup>20</sup>, manifestándose que «lo más fascinante del genoma es que vamos a entender lo que somos» <sup>21</sup>. En el mismo sentido, Kenneth M. Weiss <sup>22</sup> mantiene que «los genetistas están haciendo falsas promesas al público. No podemos esperar curar todas las enfermedades conociendo sólo los genes» <sup>23</sup>. El hecho es que va a tener múltiples consecuencias para el futuro de la medicina y de la biología <sup>24</sup>: se conocerán profundamente los mecanismos que afectan al desarrollo embrionario, tendrá implicaciones en la lucha contra el cáncer, permitirá conocer tempranamente la base genética de las enfermedades hereditarias, etc.

Ahora bien, esta nueva genética con sus logros y perspectivas ha suscitado muchos miedos, recelos e interrogantes. Algunos autores centran los problemas éticos planteados en cinco campos <sup>25</sup>: *a)* dilemas planteados por el desarrollo de la nueva biotecnología; *b)* creación de neobacterias y otros microorganismos; *c)* producción de organismos genéticamente manipulados (OGM); *d)* los distintos tipos de terapias génicas; y *e)* el Proyecto Genoma Humano.

Todos estos campos afectan a los principios bioéticos clásicos: *beneficencia, no-maleficencia, autonomía y justicia*. Desde cada uno de ellos brotan algunas cuestiones que nos interrogan profundamente. Vamos a tratar de presentar aquellas que nos llaman más la atención.

A) Desde los principios de *Beneficencia-No maleficencia* <sup>26</sup>, entendidos como el máximo empeño en mejorar la salud, o al

<sup>19</sup> Editorial «El mapa del genoma humano: realidades y fantasías», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 12, 2000, pp. 17 y 18.

<sup>20</sup> GRISOLÍA, S., «La Biotecnología del Tercer Milenio»..., p. 9.

<sup>21</sup> Opinión manifestada por Miguel BEATO en la entrevista publicada por *El País Semanal*, 18 de marzo de 2001, p. 14.

<sup>22</sup> Profesor de Antropología Biológica y Genética Humana –Universidad de Pensilvania–, EE. UU.

<sup>23</sup> *El País*, 27 de marzo de 2001, p. 28.

<sup>24</sup> GAFO, J., *Problemas éticos...*, cit., p. 180.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>26</sup> Presentamos conjuntamente ambos principios al considerar que, en la actualidad, deben implicarse mutuamente y que no existe mayor beneficio para una persona que el hecho de que no le causen ningún daño. Hoy ya no tiene ningún sentido quedarnos en posturas paternalistas obsoletas donde se valore la simple acción de evitar daños a los sujetos.

menos de no hacer daño, lo que implica los siguientes condicionamientos: que se debe actuar si el sujeto se encuentra en peligro de una pérdida o daño importante; que la actuación sea necesaria para evitar ese daño o pérdida; que la actuación tenga probabilidad de evitarlo; que, a su vez, no implique un daño significativo para el paciente; y que el beneficio supere ampliamente a los daños que puedan ocasionarse; surgen los siguientes interrogantes:

– ¿Estamos en disposición de «sanar» todas las patologías génicas que se conozcan?

En principio podemos decir que NO lo estamos. Habría que distinguir entre patologías monogénicas o plurigénicas. En el primer caso, existen algunas posibilidades de sanación, pero en el segundo estamos todavía muy lejos. Según la opinión de los propios bioquímicos ahora tenemos la lectura del genoma, pero hay que dedicar mucho tiempo a entenderlo y, entonces, se podrá empezar a hablar de aplicaciones. Si se da ya el salto de descifrar el genoma a curar determinadas enfermedades, estaremos engañando a la gente <sup>27</sup>.

Podemos decir que nos encontramos ante una situación contradictoria, ya que «tenemos muchas formas de diagnóstico antes de tener las capacidades terapéuticas» <sup>28</sup>.

– ¿Se amplía el concepto de enfermedad/patología?

La existencia de un gen anómalo ¿va a considerarse ya como patología? Puede ocurrir que una persona que posea una secuencia particular de ADN no sufra directamente ninguna enfermedad hereditaria, sino que haya heredado alguna resistencia hacia daños inducidos ambientalmente. ¿Cuál va a ser el patrón de normalidad?, ¿qué diferencia existe entre *anomalía* y *variación* creada por la evolución?

– ¿Son razonables los riesgos a que se somete al paciente?

En el momento actual, parece que los diversos métodos de terapia génica no pueden asegurar la razonabilidad de los riesgos. En muchas ocasiones hay que esperar que el nuevo gen se exprese para analizar las consecuencias. Se han establecido tres condiciones para evitar los riesgos de la manipulación genética <sup>29</sup>: que exista constancia de que el nuevo gen es insertado en las células enfermas; que el producto del nuevo gen esté en cantidades suficientes para corregir el defecto genético; y que haya constancia de que el nuevo gen no daña a las células donde se ha insertado.

<sup>27</sup> Opinión manifestada por Miguel BEATO en la entrevista publicada por *El País Semanal*, 18 de marzo de 2001, p. 16.

<sup>28</sup> GRISOLÍA, «La Biotecnología del Tercer Milenio»..., cit., p. 9.

<sup>29</sup> GAFO, J., *Problemas éticos...*, cit., p. 129.

– ¿No tenemos ya la posibilidad de conocer la base genética de muchas enfermedades y de descubrir otras, mejorando en el futuro la salud y la calidad de vida de la población?

El paso de una medicina puramente paliativa a una medicina predictiva es ya cualitativamente considerable. Hasta ahora la medicina se dedicaba sólo a solucionar la patología emergente, pero rara vez tenía la posibilidad de adelantarse a las consecuencias. Ahora estamos en el umbral de una nueva situación.

B) Desde el principio de *Autonomía* que mantiene que el ser humano debe ser libre de todo control externo y respetado en sus decisiones vitales básicas, lo que implica: que el ser humano es un sujeto y no un objeto; que, como paciente, debe ser correctamente informado de su situación y posibles alternativas; que deben respetarse las decisiones de los pacientes competentes; y que debe respetarse el derecho a no ser informado, si así lo expresa el paciente; brotan los siguientes interrogantes:

– ¿Qué ocurrirá cuando el paciente conozca que tiene predisposición a contraer determinada enfermedad y para la que, probablemente, no existe terapia?

El individuo al que se ha informado de su predisposición a contraer determinada enfermedad ¿no tiene muchas posibilidades de sentirse YA como un enfermo?, ¿cómo le va a tratar la sociedad?, ¿estamos preparados para recibir una información que nos desborda?, ¿qué decisiones se pueden tomar partiendo de esta información?

– ¿Están preparados los profesionales sanitarios que se encuentran en relación directa con los enfermos para dar esta clase de información?

– ¿Se puede obligar a los individuos a someterse a sondeos genéticos?

Previamente a cualquier respuesta hay que distinguir entre los sondeos destinados a identificar las susceptibilidades a determinados riesgos (pueden utilizarse para selección laboral) o los destinados a detectar los daños ocasionados en los genes por sustancias medioambientales (pueden utilizarse como control de seguridad e higiene en el trabajo).

– ¿Qué destino se va a dar a la información obtenida?

Se plantea el tema de la intimidad de la información genética. Puede surgir el conflicto entre el interés particular (el derecho a su intimidad) y el interés colectivo (derecho a conocer las posibles predisposiciones patológicas de la población para mejorar la salud colectiva de futuras generaciones).

– ¿Los científicos tienen el deber de compartir la información?

Ante una humanidad expectante e interesada en los resultados que se vayan obteniendo, parece que la postura ética mejor es la de defender la mayor publicidad de la información.



C) Desde el principio de *Justicia*, que mantiene que cada uno tenga acceso a los servicios médicos adecuados, dignos y básicos, lo que implica que un cierto nivel de servicios sanitarios esté a disposición de todos; se nos presenta la gran interrogante de si:

– Los servicios sanitarios a que puede dar lugar el desciframiento del genoma humano, incluso la misma tecnología genética ¿estarán considerados como adecuados y básicos y por lo tanto se pondrán a disposición de toda la población?

Juntamente con todas estas preguntas y aquellas que se nos han quedado en el tintero se nos plantea una cuestión global y más genérica:

Dadas las posibilidades inherentes a la manipulación genética y al cartografiado y secuenciamiento del genoma humano para el conocimiento del mismo ser humano y para aliviar el sufrimiento ¿podemos valorarlo negativamente?

Ante la multiplicidad de interrogantes surgidos podemos acudir a una variedad de criterios que nos orienten a la hora de valorar estas técnicas y tomar decisiones acerca de su aplicabilidad.

#### 4. CRITERIOS ÉTICOS

Partiremos de los criterios aplicables a todo ensayo o experimentación clínica realizados sobre el ser humano, establecidos por las distintas Declaraciones de la Asamblea Médica Mundial <sup>30</sup> y que pueden agruparse en cuatro bloques: *a)* la necesidad de una experimentación previa en laboratorio y sobre animales; *b)* la ponderación de los posibles riesgos y beneficios que se seguirán para el sujeto sometido al análisis; *c)* la necesidad de contar con el consentimiento informado del sujeto sobre el que recae la experimentación; y *d)* la necesidad de tratar al sujeto humano sometido a este ensayo de acuerdo con su dignidad intrínseca. Por extensión, todos ellos son aplicables a las actuaciones que requieran cualquier variedad de manipulación genética, a pesar de no encontrarse contemplados de un modo expreso.

No obstante, desde posiciones diversas se han ido elaborando algunos criterios concretos para el campo biogenético partiendo de diversos modelos éticos. Tomando como referencia las formulaciones kan-

---

<sup>30</sup> Recomendaciones para orientar a los médicos en los trabajos de investigación biomédica con sujetos humanos. Adoptadas por la 18.<sup>a</sup> Asamblea Médica Mundial (Helsinki, Finlandia, junio de 1964), revisadas por la 29.<sup>a</sup> Asamblea Médica Mundial (Tokio, Japón, octubre de 1975), por la 35.<sup>a</sup> Asamblea Médica Mundial (Venecia, Italia, octubre de 1983), y por la 41.<sup>a</sup> Asamblea Médica Mundial (Hong Kong, 1989). Ver AA. VV., *Bioética Práctica. Legislación y jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2000, pp. 142-144.

tianas, H. Jonas formula un imperativo que se adapte al nuevo tipo de acciones humanas y a los nuevos sujetos de esas acciones y que queda redactado en diversas proposiciones <sup>31</sup>: una primera redacción podría ser «obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica sobre la tierra»; o bien si lo redactamos en una proposición negativa diría «obra de tal modo que los efectos de tu acción no sean destructivos para la futura posibilidad de esa vida»; o también «no pongas en peligro las condiciones de la continuidad indefinida de la humanidad en la tierra»; y por último, este autor indica otra formulación en positivo que es «incluye en tu elección presente, como objeto también de tu querer, la futura integridad del hombre». Para la elaboración de estos principios se parte de una *ética de la responsabilidad*. Responsabilidad que no está constreñida al círculo próximo del individuo, a las relaciones con los demás, sino que abarca la idea de que el ser humano debe asumir también su responsabilidad con respecto a los sistemas ecológicos, a la naturaleza y a la vida en general. Este nuevo imperativo apela a la concordancia de los efectos últimos del acto con la continuidad de la actividad humana en el futuro <sup>32</sup>.

Ciñéndonos al tema de la manipulación genética, McCormick considera que la manipulación genética debe estar guiada por las siguientes exigencias éticas <sup>33</sup>: a) *el respeto a la vida*, lo que implica evitar riesgos desproporcionados, la protección de los derechos humanos de todos, y contar con el consentimiento informado del interesado; b) *la interdependencia de las diversas estructuras dentro de nuestros sistemas*, así los beneficios de la manipulación genética deben ser a largo plazo, redundando no sólo en el individuo, sino también en su descendencia y en la misma especie humana; c) *la diversidad de los seres humanos y la unicidad de cada uno*, implica que todos los seres humanos son distintos entre sí y únicos, debido a su identidad cromosómica, racial y cultural, por lo que todo atentado contra esta unicidad o diversidad debe ser considerado como un atentado contra la persona; y d) *la responsabilidad social y las prioridades de la investigación deben responder a los imperativos de la justicia distributiva*, así se deben evitar los desequilibrios entre los recursos destinados a inves-

<sup>31</sup> JONAS, H., *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica* (traducción de J. M. FERNÁNDEZ RETENAGA), Herder, Barcelona, 1995, p. 40. También, en lo relativo a la aplicación del principio de responsabilidad a los problemas médico-tecnológicos, ver de este mismo autor: *Técnica, medicina y ética* (traducción de C. FORTEA GIL), Paidós, Barcelona, 1996. Sobre este nuevo imperativo que propone Jonas ver: JUNQUERA DE ESTÉFANI, R., «De Kant a Jonas: El principio de responsabilidad, Biotecnología y Derecho», en LLANO, F., *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte*, Lagares, Sevilla, en prensa.

<sup>32</sup> JONAS, H., *El principio de...*, cit., pp. 39-41.

<sup>33</sup> Recogido por GAFO, J., *Problemas éticos de la...*, cit., pp. 264-265.

tigaciones sobre temas desconocidos y la corrección de carencias que podrían subsanarse de una manera sencilla.

Podríamos seguir acudiendo a diversos autores para analizar los criterios propuestos por cada corriente doctrinal; sin embargo, también es importante tomar en consideración las conclusiones y recomendaciones a las que se han llegado tras las diversas reuniones interdisciplinarias celebradas durante los últimos años y en diversas partes del mundo. Entre ellas podemos destacar la celebrada en Valencia en 1990 donde se plantearon los aspectos éticos del Proyecto Genoma Humano y, de su Declaración final, se pueden deducir las siguientes orientaciones <sup>34</sup>: *a)* se afirma que una sociedad civilizada incluye el respeto por la diversidad humana y las variaciones genéticas; *b)* se reconoce que la información genética debe utilizarse para potenciar la dignidad del individuo, siguiendo los principios éticos de respeto a la persona, bienestar y justicia; *c)* se mantiene que el conocimiento de la cartografía y secuenciación del genoma humano producirá grandes beneficios para la salud y bienestar humanos; *d)* se requiere la más amplia colaboración y participación de todos los países y disciplinas en el desarrollo de la investigación genómica y en el intercambio de información y materiales relativos al genoma humano y de otros organismos; *e)* se ve la necesidad de fomentar debates públicos sobre las implicaciones éticas, sociales y legales de los diferentes usos de la información genética; *f)* se debe apoyar la formación del público en general sobre la cartografía y secuenciación genética, enfermedades genéticas y servicios genéticos; *g)* se requiere un mayor apoyo para la formación de consejeros genéticos y de otros profesionales de la salud; *h)* se opta por el principio general de que la información genética sobre un individuo sólo debe ser obtenida o revelada con su autorización; y, por último, *i)* se admite la utilización de terapia génica en vía somática, mientras que se solicita un mayor debate sobre la terapia en vía germinal, al no existir un consenso ético general.

Esta reunión fue completada con el Congreso de Bilbao de 1993 <sup>35</sup>, donde se trataron los aspectos jurídicos y se propusieron las siguientes conclusiones: *a)* el conocimiento genético del ser humano demanda una detenida reflexión jurídica para dar respuesta a los problemas emergentes; *b)* la investigación científica será libre, sin más cortapisas que las impuestas por el autocontrol del investigador; *c)* el límite a toda aplicación de técnicas genéticas sobre el ser humano vendrá marcado por el respeto a los derechos humanos; *d)* la intimidad personal debe ser inmune a cualquier intromisión; *e)* el cuerpo humano no debe ser susceptible de comercialización, así los conocimientos genéticos son patrimonio de la humanidad y se comunicarán libremente; *f)* la

---

<sup>34</sup> Declaración de Valencia'90 sobre Ética y el Proyecto Genoma Humano recogida por J. R. LACADENA en «Genética, Sociedad y Bioética», en PALACIOS, M., *Bioética 2000*, Nobel, Oviedo, pp. 259-260.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 260.

técnica genética aplicada a la identificación personal deberá restringirse a la exigencia indispensable de cada caso en concreto; g) hasta que lo permitan los avances científicos es prudente establecer una moratoria en el uso de células germinales genéticamente modificadas; h) se rechazará la utilización de los datos genéticos que generen cualquier discriminación; y, finalmente, i) se aconseja elaborar acuerdos internacionales y armonizar las legislaciones nacionales.

Dentro del Proyecto Genoma Humano, el Consejo de la Organización del Genoma Humano (HUGO) <sup>36</sup> solicitó a su Comité de Aspectos Éticos, Jurídicos y Sociales de la Investigación del Genoma Humano (HUGO-ELSI) que elaborara unas directrices <sup>37</sup> para las actuaciones en la investigación genética. El mencionado Comité elaboró unas recomendaciones basadas en cuatro principios básicos: a) reconocimiento de que el genoma humano es parte del patrimonio común de la humanidad; b) observancia de las normas internacionales de derechos humanos; c) respeto a los valores, tradiciones, cultura e integridad de los participantes en las investigaciones; y, por último, d) aceptación y defensa de la dignidad y libertad humanas. Sobre estos pilares se recomienda que: la competencia científica sea un requisito previo esencial de la investigación ética; la comunicación sea comprensible para la población y los interesados, teniendo en cuenta el contexto social y cultural; debe existir un procedimiento de consulta previamente a reclutar a los participantes en la investigación; el otorgamiento del consentimiento informado para participar en las investigaciones puede ser individual, familiar o en el ámbito de comunidades y poblaciones; debe respetarse cualquier opción elegida por los participantes con respecto al uso que se dé a los materiales obtenidos y a la información que desea recibir; debe garantizarse el derecho a la intimidad mediante la confidencialidad de la información genética; el flujo e intercambio de información y el acceso a la misma deben ser libres; deberá revelarse cualquier posible conflicto de intereses al comunicarse la información; y debe prohibirse la incentivación indebida mediante remuneración para conseguir la participación de personas, familias y poblaciones. Estas recomendaciones han guiado los estudios sobre el genoma y pretenden salvaguardar los derechos humanos en el transcurso de las investigaciones y experimentaciones, sobre la base de una claridad diáfana de la información que se dé a los participantes y a la sociedad.

Creemos, como ya expusimos en otro trabajo <sup>38</sup>, que éstos y otros principios pueden ser sistematizados en tres grandes bloques, según

<sup>36</sup> Organismo creado por la UNESCO para coordinar la investigación sobre el genoma humano.

<sup>37</sup> *Declaración sobre los principios de actuación en la investigación genética*, aprobada por el Consejo de HUGO en Heidelberg (Alemania), el 21 de marzo de 1996.

<sup>38</sup> JUNQUERA DE ESTÉFANI, R., *Reproducción Asistida, Filosofía Ética y Filosofía Jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 28-31.

el criterio priorizado: la *dignidad personal*, los *riesgos que corren los sujetos* o el *impacto ecológico*.

A) Atendiendo a la *dignidad personal*, pueden marcarse las siguientes guías: *a)* el principio orientador y delimitador por excelencia debe constituirlo para el investigador la protección de la dignidad humana; *b)* para permitir que se actúe sobre el ser humano se establece como necesario un elemento limitador: el consentimiento del sujeto; *c)* no se debe valorar del mismo modo el patrimonio genético del ser humano que el de otras especies; *d)* hay que respetar el derecho a la intimidad de la información genética, utilizándose para orientar las actuaciones de los individuos, y, en algún caso, por utilidad general; *e)* dicha información no debe utilizarse con fines discriminatorios; y *f)* debemos respetar el patrimonio genético individual.

B) Atendiendo a los *riesgos a los que se somete a los sujetos*, hay que tener en cuenta los siguientes principios: *a)* como principio global deben evitarse los riesgos innecesarios; *b)* profundizar en el conocimiento del gen y del ADN, asegurándonos, en lo posible, de sus funciones; *c)* tomar en consideración que los genes están interrelacionados, de modo que la actuación sobre uno de ellos puede afectar al resto; *d)* admitir la manipulación genética en las células somáticas humanas, si bien bajo regulación oportuna, evitándose la manipulación sobre las células germinales (en el momento actual); y *e)* evitar el uso destructivo de todas las biotecnologías.

C) Teniendo en cuenta el *impacto ecológico*, puede establecerse que: *a)* toda investigación y experimentación debe evitar los desequilibrios ecológicos; *b)* el intercambio genético entre las especies no es deseable por las consecuencias desconocidas que puede acarrear; *c)* es necesario defender la diversidad genética como una riqueza; y *d)* en la medida de lo posible, debemos respetar la naturaleza no interfiriéndonos innecesariamente en su camino.

En todo caso, los principios que se señalen deben ser unos indicadores de la actuación del científico y del médico, ante los cuales éstos sometan su libertad de investigación y actuación en beneficio de la comunidad en su conjunto. La función del investigador está sometida al grupo social, que es quien va a soportar los riesgos de dicha actividad, va a beneficiarse de los logros obtenidos y financia (generalmente) esas actuaciones. De ahí que no se pueda defender la situación de quien se enfrenta en solitario con sus probetas sin someterse a la regulación social. Así, el problema que se nos plantea es cómo controlar a estos científicos aislados y ocultos en las sombras de los laboratorios; no hay forma de fiscalizar dichos trabajos y, por tanto, sólo queda el camino de apelar a su responsabilidad. A pesar de esta dificultad, el Derecho debe colaborar intentando aplicar los principios éticos a través de su normativa.

## 5. CRITERIOS JURÍDICOS Y NORMATIVA EXISTENTE

Un primer problema que nos surge al tratar la intervención del Derecho en este campo es plantearnos si es el instrumento adecuado para orientar y limitar las actuaciones y manipulaciones genéticas y, en general, la biotecnología. No son pocos los que se oponen a la existencia de una legislación específica, basados en una batería de razones<sup>39</sup> entre las que se encuentran las siguientes: *a)* la rapidez de cambio de la tecnología convierte en obsoletas las leyes nada más promulgarse, lo que obliga a una constante revisión y modificación de las mismas; *b)* las actuaciones científicas no conocen fronteras, mientras que las leyes sí, lo que produce corrientes migratorias buscando eludir el control normativo, quedando perjudicados aquellos países más restrictivos; *c)* la legislación debe ser altamente técnica y provisional (por lo menos hasta que los riesgos queden sometidos a verificaciones), así, son los mismos expertos implicados en estas materias los que participarían en la redacción y en la toma de decisiones para controlar su propia actuación; y, por último, *d)* la mayor parte de los peligros que se describen carecen de realismo. Como conclusión, esta postura aboga por unas directrices flexibles fundadas en la autoconciencia de una sociedad «libre y decente». Pero, cabe la duda de qué se entiende por dichas directrices y si se refiere exclusivamente a un autocontrol por parte de los mismos científicos.

A pesar de estas argumentaciones, nosotros creemos que si el Derecho tiene como misión regular las acciones que incidan en la vida social, también deberá cumplir esta función en el ámbito científico. Bien es verdad que, por las peculiaridades propias del mismo, habrá que adoptar técnicas legislativas más flexibles y ágiles que permitan que ciencia y normativa se acompasen. Según esto, creemos que las leyes no deben descender a demasiadas concreciones, sino más bien definir criterios generales y fórmulas abiertas que permitan su adecuación a nuevas situaciones, estableciendo unos mínimos que garanticen la paz social y la defensa de la sociedad, así como de los individuos que la componen, evitando los riesgos excesivos y prescindibles. Otro posible instrumento jurídico es la articulación de diversos comités y comisiones que constituyan los órganos decisorios que adopten la responsabilidad de decidir ante los casos concretos y asesoren a otras instancias decisorias (médicos, jueces, legisladores, políticos, etc.). Pero, eso sí, los comités deben estar compuestos por una amplia y variada representación del espectro social. Para ello la legislación reguladora de los mismos deberá tener en cuenta este aspecto y establecer los mecanismos oportunos que eviten la constitución monocolor de estos entes.

---

<sup>39</sup> NOSSAL, G. J. V., *Los límites de la manipulación genética* (traducción LÓPEZ, B.), Gedisa, Barcelona, 1997, segunda edición, pp. 158-160.

En los últimos años ha aparecido una diversidad de normativas, intentando ofrecer protección a los individuos ante los riesgos que se temía que estaban emergiendo como consecuencia de los descubrimientos biogenéticos. A continuación vamos a revisar aquella regulación más próxima a nuestro entorno para analizar cuáles son los principios y orientaciones en ella contenidos.

Desde estos parámetros vamos a comenzar examinando cuál es el panorama español, para, a continuación, acudir al ámbito internacional.

En España contamos con una legislación específica que, a pesar de no regular directamente la manipulación genética, contiene algunos artículos referidos a la misma. Estamos aludiendo a la *Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, y a la *Ley 42/1988, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos*. También el *Código Penal* dedica un apartado a los delitos por manipulación genética. Igualmente, es de aplicación la legislación general cuando la actividad genética pueda poner en peligro alguno de los derechos fundamentales como la dignidad, la igualdad, la intimidad, la libertad, la no-discriminación, etc. Lógicamente, a esta última no vamos a aludir por ser demasiado amplia y heterogénea.

La primera alusión que realiza la *Ley sobre TRA (35/1988)* a la manipulación genética es al comienzo de su articulado cuando establece que las técnicas de reproducción asistida pueden utilizarse para la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario<sup>40</sup>. Es decir, se está intentado evitar la transmisión de enfermedades genéticas a la descendencia. Ahora bien, en el mencionado artículo se recoge, igualmente, el criterio de ponderación de riesgos que anteriormente habíamos citado, cuando establece que se cuente con las suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y esté estrictamente indicado acudir a esas técnicas. También se articula una fórmula genérica, aplicable tanto a cualquier tipo de terapia o investigación (genética o no-genética), para regular las intervenciones sobre los *preembriones* y *embriones*, determinando que dichas actuaciones deben ser siempre con fines diagnósticos y en beneficio de los mismos y con garantías razonables y contrastadas. Además, para emplear cualquier terapia sobre ellos debe obtenerse una autorización administrativa y darse los requisitos de: contar con el consentimiento informado de los padres; tratarse de enfermedades de diagnóstico muy preciso; de enfermedades de pronóstico grave o muy grave; ofrecerse garantías razonables de mejoría; disponerse de un listado de enfermedades en que la terapia sea posible; no influir en los caracteres hereditarios no patológicos; no buscar la selección de individuos o de raza; y realizarse en centros autorizados y por equipos cualificados<sup>41</sup>. En lo referente a la investigación y experimentación

---

<sup>40</sup> Artículo 1, 3.

<sup>41</sup> Artículos 12 y 13.

genética, la ley autoriza las investigaciones sobre la estructura de los genes y cromosomas, su localización, identificación, funcionamiento y los procesos de diferenciación sexual en el ser humano <sup>42</sup>, así como las investigaciones sobre el origen de las enfermedades genéticas o hereditarias, en especial las de mayor gravedad <sup>43</sup>. En estos casos se requiere cumplir las siguientes condiciones: que los gametos objeto de la investigación o experimentación no se empleen posteriormente para la procreación; que se cuente con la autorización de las personas de las que procedan los gametos o preembriones; que si se obtiene la fecundación, no se mantenga el preembrión *in vitro* más de catorce días; que se realice en centros sanitarios y por equipos multidisciplinarios legalizados; que se trate de una investigación de carácter diagnóstico y con fines terapéuticos o preventivos; que se demuestre que no puede realizarse en el modelo animal; que se realice sobre la base de un proyecto debidamente presentado y autorizado; y que se realice en plazos autorizados <sup>44</sup>. Y, por último, la Ley considera una infracción grave la selección de sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados <sup>45</sup>, así como la clonación <sup>46</sup> y el intercambio genético humano con otras especies <sup>47</sup>. Podemos globalizar estas prescripciones diciendo que quedan recogidos los criterios de beneficencia, ponderación de los riesgos y autonomía de los sujetos intervinientes.

La *Ley sobre donación y utilización de embriones (42/1988)* en su capítulo tercero hace alusión a la tecnología genética con material humano para autorizarla cuando se realice para la consecución de los siguientes fines <sup>48</sup>: *diagnósticos* de enfermedades genéticas o hereditarias, para evitar su transmisión o para tratarlas o curarlas; *industriales* de carácter preventivo, diagnóstico o terapéutico como es la fabricación de sustancias de uso sanitario o clínico sin riesgo biológico, cuando no sea conveniente por otros medios; y *terapéuticos, de investigación y estudio* de las secuencias del ADN del genoma humano. Considerándose como infracción muy grave la realización de cualquier actuación dirigida a modificar el patrimonio genético humano no-patológico <sup>49</sup>. Por último, se preve la creación de un Registro Nacional de Centros o Servicios autorizados para utilizar o investigar material genético. La permisividad de esta norma es bastante amplia y, a nuestro juicio, se está primando la libertad de investigación con algunas limitaciones, no excesivamente estrictas.

---

<sup>42</sup> Artículo 16.e).

<sup>43</sup> Artículo 16.j).

<sup>44</sup> Artículos 14 y 15.

<sup>45</sup> Artículo 20.n).

<sup>46</sup> Artículo 20.l). Esta infracción ha sido recogida por el Código Penal Español de 1995 (art. 161.2).

<sup>47</sup> Artículo 20.q).

<sup>48</sup> Artículo 8.

<sup>49</sup> Artículo 9.B).a).



El Código Penal Español dedica el título quinto del libro segundo a los *delitos relativos a la manipulación genética*, tipificándose cinco delitos que son los siguientes: la manipulación de genes humanos de manera que se altere el genotipo<sup>50</sup>; la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana<sup>51</sup>; fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana<sup>52</sup>; la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de raza<sup>53</sup>; y practicar la reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento<sup>54</sup>. Se incurre en un error al abarcar, bajo el mencionado rótulo que da nombre a este apartado, algunas actuaciones que no tienen por qué implicar manipulación genética, como la fecundación de óvulos o la reproducción asistida. Este Código ha recogido algunas de las acciones consideradas como infracciones por las leyes anteriormente citadas, tipificándolas como delitos, siendo susceptibles, por tanto, de sanción penal y no meramente administrativa como les imponían esas normativas.

Dentro del campo internacional, en el ámbito europeo nos encontramos con el *Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina* del Consejo de Europa<sup>55</sup>. Este Convenio dedica un capítulo expresamente al genoma humano<sup>56</sup>, prohibiéndose toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético<sup>57</sup>, así como la selección de sexo salvo que se trate de evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo<sup>58</sup>. Se admiten las pruebas predictivas de enfermedades genéticas con fines médicos o de investigación médica y con asesoramiento genético apropiado<sup>59</sup>, y las intervenciones que tengan por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no introduzcan modificaciones en el genoma de la descendencia<sup>60</sup>. Como vemos, se parte de la protección de un derecho básico, recogido en todas las declaraciones, como es el derecho a no ser discriminado por ningún motivo. Así, con la intención de fortalecer esta protección genérica

---

<sup>50</sup> Artículo 159. Se entiende por genotipo: el conjunto de los genes existentes en cada núcleo celular de los individuos pertenecientes a una determinada especie.

<sup>51</sup> Artículo 160.

<sup>52</sup> Artículo 161.1.

<sup>53</sup> Artículo 161.2.

<sup>54</sup> Artículo 162.

<sup>55</sup> *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina)*, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 19 de noviembre de 1996, y firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997.

<sup>56</sup> El capítulo cuarto.

<sup>57</sup> Artículo 11.

<sup>58</sup> Artículo 14.

<sup>59</sup> Artículo 12.

<sup>60</sup> Artículo 13.

se prohíbe esa nueva clase de discriminación basada en el patrimonio genético, adelantándose a una de las consecuencias negativas de los conocimientos acerca del genoma que se indican desde distintos sectores.

En un ámbito más amplio, la UNESCO aprueba la *Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos*, en la que se parte de la proclamación inicial de unos principios: que el genoma humano es la base de la unidad fundamental de los seres humanos <sup>61</sup>; que es el centro del reconocimiento de la dignidad y diversidad intrínsecas a los hombres <sup>62</sup>; que el genoma humano es patrimonio de la humanidad, aunque en sentido simbólico <sup>63</sup>; que todo individuo independientemente a sus características genéticas tiene derecho al respeto a su dignidad y derechos <sup>64</sup>; que no se debe reducir a los individuos a sus características genéticas <sup>65</sup>; que debe respetarse su carácter único y diverso <sup>66</sup>; que las posibilidades que entraña el genoma humano se expresan en función del entorno natural y social de cada persona <sup>67</sup>; y, por último, que el genoma humano no debe dar lugar a beneficios pecuniarios <sup>68</sup>. Una vez establecidos estos principios base relacionados con la dignidad humana, se declaran los derechos de las personas implicadas, que son <sup>69</sup>: derecho a una evaluación previa de riesgos y ventajas de cualquier actuación sobre su genoma; derecho a prestar el consentimiento previo, libre e informado; derecho a respetar su decisión a que se le informe o no de los resultados de su examen genético; derecho a que los protocolos de investigación se sometan a una evaluación previa, conforme a la normativa nacional e internacional; derecho a que cualquier investigación en su genoma, en caso de no estar en condiciones de manifestar su consentimiento, sólo se lleve a cabo con el requisito de que suponga un beneficio directo para su salud; derecho a no ser discriminado por las características genéticas; derecho a que se proteja la confidencialidad de sus datos genéticos; y derecho a una reparación por daños causados por la intervención en su genoma. Se prevé una excepción a los principios de consentimiento y confidencialidad, pudiendo limitarse en aras de proteger, precisamente, los derechos humanos y las libertades fundamentales <sup>70</sup>. En lo referente a la investigación que tenga por objeto el geno-

---

<sup>61</sup> Artículo 1.

<sup>62</sup> *Ibidem.*

<sup>63</sup> *Ibidem.*

<sup>64</sup> Artículo 2.a).

<sup>65</sup> Artículo 2.b).

<sup>66</sup> *Ibidem.*

<sup>67</sup> Artículo 3.

<sup>68</sup> Artículo 4.

<sup>69</sup> Artículos 5, 6, 7 y 8.

<sup>70</sup> Artículo 9.

ma, se establece que, en ningún caso, podrá prevalecer sobre el respeto a los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana <sup>71</sup>, considerándose la clonación reproductiva como una práctica contraria a esta dignidad y, por tanto, debe prohibirse <sup>72</sup>. Las últimas afirmaciones podrían haberse evitado puesto que se deducía de la declaración de derechos formulada en el articulado anterior, pero no está de más una reiteración en este sentido. Hasta este momento hemos visto que quedan recogidos los principios bioéticos de autonomía, beneficencia y no-maleficencia, falta el de justicia. Este criterio aparece asumido más adelante cuando se establece que toda persona debe tener acceso a los progresos en materia de genoma humano <sup>73</sup>. Se reitera el principio de beneficencia (individual y colectiva) al declararse que toda aplicación de la investigación acerca del genoma humano debe orientarse a aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la humanidad <sup>74</sup>. En la última parte de la Declaración se proclama la necesidad respecto de la difusión y cooperación internacional del saber científico sobre el genoma humano, la diversidad humana y la investigación genética <sup>75</sup>, es decir, no es materia de apropiación intelectual por parte de un grupo o de un país, intentando evitar una nueva forma de colonialismo o de explotación por parte de los países más desarrollados.

También, desde otro ángulo, se encuentra relacionado con la problemática de la manipulación genética el *Convenio sobre la diversidad biológica* <sup>76</sup>. En su preámbulo se declara la importancia que tiene la diversidad biológica para la evolución y para el mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida de la biosfera, por lo que se afirma que su conservación es interés común de toda la humanidad, a pesar de que determinadas actividades humanas están reduciendo esa diversidad. El Convenio se propone tres objetivos claros e íntimamente relacionados <sup>77</sup>: la conservación de la diversidad biológica; la utilización sostenible de sus componentes; y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos. Para cumplir estos objetivos se establece que las partes firmantes del Convenio se permitan entre sí el acceso y transferencia de recursos genéticos y biotecnológicos, así como el intercambio de información y la cooperación científica y técnica <sup>78</sup>. En la misma dirección que la Declaración anterior, se

---

<sup>71</sup> Artículo 10.

<sup>72</sup> Artículo 11.

<sup>73</sup> Artículo 12.a).

<sup>74</sup> Artículo 12.b).

<sup>75</sup> Artículos 18 y 19.

<sup>76</sup> Elaborado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992.

<sup>77</sup> Artículo 1.

<sup>78</sup> Artículos 15, 16, 17, 18 y 19.

trata de evitar que la tecnología genética se convierta en un nuevo instrumento de dominación entre norte y sur, desarrollo y subdesarrollo, primer y tercer mundo.

Durante el año 2001, un grupo internacional junto con distintas organizaciones civiles y organizaciones de pueblos indígenas elaboraron un proyecto de Tratado para Compartir el Patrimonio Genético <sup>79</sup>. En él se proclama que: el valor intrínseco del universo genético de la tierra es anterior a su utilidad y valor comercial, por lo que debe ser respetado y protegido; que el universo genético de la tierra existe en la naturaleza y no puede ser reclamado como propiedad; que el universo genético global es un legado compartido y una responsabilidad colectiva; y que el conocimiento creciente de la biología nos obliga a actuar como guardianes para la preservación y bienestar de nuestra especie y de todas las criaturas. Estos principios nos llevan a proclamar que el universo genético de la tierra es un patrimonio global que debe ser explorado, compartido, protegido y nutrido por todos los pueblos y nunca reclamado como propiedad intelectual. Las partes firmantes acordarían administrar el universo genético como un fideicomiso, cada país y nación tiene la responsabilidad de vigilar sus recursos biológicos y de determinar cómo serán utilizados y compartidos, sin que dicho universo pueda venderse. En el fondo de este proyecto late la intención de evitar las patentes sobre plantas, animales y vida humana, incluyendo los genes, cromosomas, etc.

Hasta aquí hemos podido comprobar que el panorama normativo empieza a ser muy amplio, al menos en el ámbito internacional, y coincidente en la práctica de proclamar unos principios basados en el respeto a la dignidad del ser humano, deduciendo algunos derechos concretos relacionados con la manipulación genética y con el genoma humano, pero reconociendo la importancia que tienen para toda la humanidad los estudios en esta materia.

Una vez realizado este breve recorrido por el campo ético y el jurídico hemos podido constatar que la situación no es ni mucho menos pacífica y que se trata de un tema totalmente abierto. Desde muchos rincones de nuestra sociedad surgen voces alarmadas y alarmantes que ven en la genética todo un cúmulo de riesgos y peligros en los que se proyectan los miedos atávicos del ser humano. Sin embargo, en un mundo donde los motores de combustión y demás sistemas de emanación de gases a la atmósfera han causado un cambio climático y otros efectos contaminantes, donde la utilización de energía atómica ha creado situaciones de efectos escalofriantes, donde la naturaleza ha quedado transformada y herida, puede resultar un tanto hipócrita la actitud que se

---

<sup>79</sup> Se trata de un Tratado que se pretendía fuese adoptado por los gobiernos en la Conferencia Río+10 celebrada en Sudáfrica (RAFI –Rural Advancement Foundation International–; [www.rafi.org](http://www.rafi.org)).

manifiesta de manera generalizada en lo que atañe a la genética. Ante esto se podrá argumentar que precisamente por la situación dada hay que evitar nuevas fuentes de destrucción de nuestro hábitat, pero no faltan genetistas y biólogos que defienden que los efectos negativos que se le achacan no son más que producto de la ciencia-ficción. Ante ello nos preguntamos: ¿no estaremos proyectando todos nuestros miedos y prejuicios –nuestros fantasmas ancestrales– en esta nueva ciencia que vinculamos inconscientemente con la vieja y obsoleta alquimia?

Sin embargo, también hay que tener en cuenta que esta ciencia «toca» la base de la vida, por lo que no están muy desenfocadas las alarmas que se han disparado. Más aún, se puede poner en juego la misma permanencia de las especies en la tierra. Pero conviene no ser alarmistas y considerar que cualquier técnica o tecnología puede utilizarse con efectos nocivos o benéficos. Miremos con optimismo los avances logrados, pensando que estamos en camino hacia la superación de muchas de las dolencias que afectan al ser humano y que suponga una luz de esperanza para tantos enfermos incurables.

Cuando desde diversos estrados nos dedicamos a reflexionar sobre lo bueno y lo malo, lo verdadero y lo falso, lo lícito y lo ilícito, lo legítimo y lo ilegítimo, de los avances genéticos, tomemos en consideración a todos aquellos que se encuentran en situaciones de una calidad de vida ínfima y pensemos que el mejor criterio orientativo (si es que se puede decir que hay uno) es el de procurar que recuperen el mayor grado de calidad que se le pueda ofrecer desde el estado de nuestros conocimientos y técnicas.

El papel del Derecho será el de organizar la estructura social donde se garantice ese objetivo con el mayor respeto a los derechos humanos. No se trata de elaborar unas leyes totalmente restrictivas y casuísticas, sino unas normas que establezcan algunos principios básicos basados en el respeto a la dignidad humana y de ahí se deduzcan unos derechos de las personas que intervengan en estas investigaciones o terapias <sup>80</sup>. No se puede caer en *la otra pendiente resbaladiza* <sup>81</sup> de crear incesantemente restricciones normativas que impidan el progreso y el avance científico. Este es un bien de la humanidad que no debemos obstaculizar ni negar. El Derecho debe colaborar en la tarea, ofreciendo su capacidad de organizar pacíficamente la vida de convivencia, armonizando los diversos intereses que entran en conflicto, conjuntando la libertad de investigación y la obtención de un beneficio para los individuos, la sociedad en general y la humanidad presente y futura.

---

<sup>80</sup> Estructura que, como hemos analizado anteriormente, empiezan a tener algunos de los documentos internacionales.

<sup>81</sup> Sobre *la otra pendiente resbaladiza* ver: JUNQUERA DE ESTÉFANI, R., «De Kant a Jonas...», cit., en prensa.

La Ciencia, la Ética y el Derecho tienen ante sí el difícil reto de ofrecer una respuesta al hombre de hoy y del futuro, responsabilizándose de ofrecerle la posibilidad de vivir en plenitud como persona, contando con todos los instrumentos posibles para que esa vida tenga una *calidad digna* de la que puedan participar todos los individuos. Afrontemos el desafío y dirijamos nuestras reflexiones a la búsqueda de soluciones y de vías de encuentro entre el ámbito científico, ético y jurídico.

# La consolidación del derecho subjetivo en el período postclásico romano

Por JOSÉ JUSTO MEGÍAS QUIRÓS  
Universidad de Cádiz

*INTRODUCCIÓN:* Se afronta en este estudio la secular cuestión del origen del derecho subjetivo como auténtica categoría jurídica. Tras una breve introducción, en la que se pone de relieve la sustancial diferencia entre la mentalidad romanista y la mentalidad moderna en relación a determinados aspectos jurídicos, a continuación se afronta el significado que el término *ius* tenía en los textos jurídicos hasta la finalización del período postclásico. Si en las primeras etapas podría ser identificado más bien con la «posición justa» o el *status* de una persona o una cosa, implicando la existencia tanto de facultades como de cargas, en el período postclásico fue derivando hacia la concepción que hoy día tenemos del derecho subjetivo. Sin embargo, se aprecia claramente que los juristas romanos utilizaron esta categoría jurídica como una más, sin otorgarle la importancia que alcanzaría a finales de la Edad Media y, sobre todo, con la Modernidad.

## 1. PLANTEAMIENTO

Uno de los problemas más destacados que encontramos al acercarnos al estudio del derecho subjetivo deriva de la diferencia entre la mentalidad contemporánea –más acorde con la modernidad– y la mentalidad romanista<sup>1</sup>, pues en ella radica la distinta concepción que tenemos del mismo y la importancia que le atribuimos en nues-

---

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ PUERTO, M. J., «Tópica y humanismo jurídico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII, 2001, pp. 363-383.

tro actual ordenamiento jurídico. Entre los muchos estudiosos del Derecho romano que se han planteado la existencia de esta categoría jurídica en las fuentes romanas, podemos advertir que desde el principio hubo notables discrepancias<sup>2</sup>. La concepción moderna –de la que somos deudores en gran medida– defendía un derecho subjetivo configurado como categoría primaria o primordial del ordenamiento, radicalmente distinto de lo que hubiéramos podido encontrarnos en las obras de los juristas romanos y en la propia mentalidad de la sociedad romana. Sin embargo, podemos afirmar con total tranquilidad que el derecho subjetivo fue sencillamente una categoría jurídica más para los romanistas, dentro del entramado jurídico, de la que tuvo conocimiento y a la que dio su lugar en el Derecho romano.

A la Ciencia jurídica romana no le interesó en absoluto la consideración de los problemas abstractos, sino las cuestiones jurídicas reales y concretas que se planteaban a diario a la sociedad, a las que intentó dar la solución *jurídica* más adecuada en ese momento<sup>3</sup>. La mentalidad moderna, por el contrario –como ha puesto de relieve en innumerables ocasiones F. Carpintero–, pretendió reducir la multiplicidad de la realidad a categorías abstractas que acogieran el mayor número de situaciones o posibilidades, pero no toda variedad era siempre reconducible a la abstracción sin que perdiera su identidad<sup>4</sup>. Para H. Coing estaba claro que todo lo concerniente al derecho subjetivo tampoco quedaba al margen de estas diferencias, por lo que advertía que no sería correcto afrontar los textos romanos sin tenerlas presente<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Es conocida la disputa entre M. VILLEY y G. PUGLIESE a la que aluden otros autores (*vid.*, por ejemplo, GROSSO, G., «La distinzione fra *res corporales* e *res incorporeales* e il secondo capo della *Lex Aquilia*», en *Syntelesia. V. Arangio-Ruiz*. Jovene, Napoli, 1964, p. 795), aunque parece responder más bien a una errónea interpretación de los escritos de Villey por parte de Pugliese.

<sup>3</sup> En este sentido –expone Vallet de Goytisolo parafraseando a Villey– el jurista romano tenía como objetivo «estudiar cada cosa (*rerum notitia*), y más exactamente lo justo de cada cosa (*iusti atque iniusti scientia*), para descubrir lo que cada una es en un mundo armoniosamente ordenado; su estatuto, su propia situación, *ius suum*, su lugar en el todo». *Metodología de la determinación del Derecho*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 48 (dedica las páginas siguientes a exponer el método tópico utilizado por los juristas romanos). También M. J. GARCÍA GARRIDO hace hincapié en esta idea: «las decisiones y enseñanzas de los juristas eran claras y sencillas, estaban al alcance de los ciudadanos. El jurisconsulto es un práctico, un experto en el consejo certero y la respuesta pensada; no es un teórico ni un doctrinario. Sólo en un aspecto es un científico: cultiva la ciencia de lo justo y de lo injusto... El jurista utiliza un lenguaje común y trata de ser más claro» (*Derecho privado romano*. Vol. I. *Instituciones*. Dykinson, Madrid, 1982, p. 7).

<sup>4</sup> Cfr. su *Una introducción a la Ciencia Jurídica*. Civitas, Madrid, 1989, pp. 251 ss. En obras posteriores (por ejemplo en *Libertad y Derecho*. Escuela Libre de Derecho, México, 1999 y en *Historia breve del Derecho natural*. Colex, Madrid, 2000) ha desarrollado extensamente las consecuencias que tuvo para la Ciencia Jurídica el cambio de método, el abandono de los modernos de la tónica romanística en pro de unos conceptos y principios abstractos.

<sup>5</sup> Así lo puso de manifiesto H. COING al considerar que los juristas romanos fueron fundamentalmente prácticos y no se preocuparon de realizar un estudio teórico del derecho subjetivo. Cfr. COING, H., «Zur Geschichte des Begriffs subjektives



Quizá, el olvido de este cambio de mentalidad es lo que ha originado las confusiones en torno a la concepción del derecho subjetivo en el Derecho romano, pues cuando encontramos el término *ius* –aunque sea en los textos romanos– tendemos a identificarlo inmediatamente con la idea moderna de derecho, objetivo o subjetivo, haciendo abstracción del contexto y de sus implicaciones. En cambio, para los juristas romanos el término *ius* no era exactamente un concepto abstracto ajeno a las circunstancias de *cada realidad*, como lo fue más tarde con la Modernidad<sup>6</sup>. Para fundamentar esta aseveración tendremos que aludir brevemente al significado romano de *ius*.

Como es sabido, el término *directum* –que más tarde originó las palabras *derecho*, *droit*, *diritto*, etcétera– no fue el propio de la tradición jurídica romana, correspondiendo más bien al lenguaje vulgar tardo-romano, de inspiración judeo-cristiana y reflejo de una idea moralizante: la conducta justa de una persona era aquella que seguía el camino recto<sup>7</sup>. Fue el término *ius*, que hoy traducimos como derecho, el propiamente romano, entendido como *lo justo*, bien en el sentido de la misma cosa justa o bien del orden judicial socialmente admitido y formulado por los que sabían de lo justo (los *iuris prudentes*). Por ello, en este último sentido, podemos leer a Celso en el *Digesto* que el *ius* era el arte de lo bueno y de lo equitativo<sup>8</sup>, mientras que Ulpiano, por su parte, reconocía un *ius publicum* y *privatum*, dividiendo éste último a su vez en *naturale*, *gentium* y *civile*. Estos Derechos eran concebidos por este jurista como la ordenación de lo justo y equitativo en los diversos órdenes en los que se podría decir que participaba la persona, de modo que el derecho natural debía ser entendido como el orden de justicia común a todos los animales establecido por la naturaleza, mientras que el Derecho de gentes sería el orden propio de los hombres exclusivamente, y el civil sería el orden jurídico propio de cada ciudad en concreto. En un sentido similar, Hermogeniano nos hablaba del *ius gentium et civilis*, Papiniano del *ius civile et praeto-*

---

Recht», en AA.VV., *Arbeiten zur Rechtsvergleichung*. Berlín, A. Metzner, 1959, vol. 5, pp. 8 ss.; *vid.* también su «Signification de la notion de droit subjectif», en *Archives de Philosophie du Droit*, 9, 1964, pp. 1 ss.

<sup>6</sup> Por ello afirma R. Domingo que «para conocer con exactitud el *ius Romanorum* es preciso que el romanista, antes de sumergirse en el inmenso océano de las fuentes jurídicas romanas, se despoje de las categorías jurídicas actuales, de suerte que pueda captar, libre ya de ataduras conceptuales, cuáles fueron los hábitos lógicos y los esquemas jurídicos de los juristas romanos». DOMINGO, R., «*Ius ratumque* y *ius potestasque* (Una contribución al concepto de *ius*)», *Persona y Derecho*, 25, 1991, p. 49.

<sup>7</sup> Cfr. D'ORS, A., *Elementos de derecho privado romano*. Pamplona, Eunsa, 1975, p. 28. Un estudio clásico sobre los términos *ius* y *directum*, en GARCÍA-GALLO, A., «*Ius* y derecho», *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXX, 1960, pp. 5-47.

<sup>8</sup> D. 1, 1, 1, pr.: «*ius est ars boni et aequi*». La edición del *Digesto* y de la *Instituta* que utilizo es la de P. Krueger y Th. Mommsen, *Corpus Iuris Civilis*. Vol. I, Dublín-Zúrich, Apud Weidmannos, 1973 (impresa en Alemania).

*rium*, Marciano del *ius honorarium*, Gayo del *ius civile et gentium*, y Paulo nos ofrecía la mayor variedad de significados de *ius*<sup>9</sup>, siendo uno de los más comentado por los glosadores en la Edad Media. Todas estas referencias al Derecho se hicieron tomándolo en este sentido objetivo, es decir, como un ordenamiento formado por instituciones y normas externas que debían regir la conducta de las personas en la sociedad y que establecían lo justo<sup>10</sup>.

Pero también tomado en su sentido objetivo, el término *ius* podía ser entendido como la misma cosa justa, *res iusta*, una realidad que era debida a otro en atención a una relación de igualdad. Es decir, el derecho así entendido expresaba una medida de lo justo en nuestras relaciones con los demás, con independencia de nuestros intereses particulares y de nuestras intenciones: debemos algo a alguien o alguien nos debe algo objetivamente, y ese algo puede ser determinado con la sencilla observación de la realidad<sup>11</sup>. Por ello afirma Schouppe que podríamos decir que el derecho es una cosa que se debe en justicia: «el origen del derecho se ha de buscar en la atribución de esa *cosa* a un titular como propia. A partir del momento en que esta persona dispone de un título que reconoce su señorío sobre la cosa, nace a su favor un reconocimiento de deuda. Esa cosa que es suya le es debida, y justamente esta calidad de debida es lo que convierte a la cosa en derecho.»<sup>12</sup>

<sup>9</sup> D. 1, 1, 11 (Paulus liber 14 ad Sabinum): «Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit. alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit. quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva maiestate, imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur.»

<sup>10</sup> Expone GIOFFREDI que «consegue a quanto si è detto, che se abbiamo definizioni romane di *ius* in senso oggettivo (*ius publicum, ius privatum, ius naturale, ius civile, ius praetorium, ius honorarium*), non esiste una definizione di *ius* in senso soggettivo, pur non mancando, ad es., una definizione dell'azione. Sono certo numerosi i testi in cui *ius* è riferito a un soggetto, e talvolta vi figura anche l'espressione *ius suum*, sicché in essi *ius* si può rendere con "spettanza", "prerogativa", "utilità" e persino "facoltà", ma è certo che in questi testi *ius* si può anche tradurre semplicemente con "diritto", ove "diritto" –avviene anche per noi oggi– è sì riferito a un soggetto, ma in definitiva non è altro che quella parte del diritto oggettivo che spetta al soggetto». «Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel Diritto romano», *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 70, 1967, p. 228.

<sup>11</sup> Cfr. SCHOUPPE, J.-P., en «La concepción realista del Derecho», *Persona y Derecho*, 11, 1984, pp. 555-566. Una *cosa* relaciona a las personas y es distinta de cualquier facultad que pueda corresponderles a causa de esa relación. Para este autor «hacer del derecho una norma o una facultad moral significa confundir el derecho con su causa o con su consecuencia, olvidando que, según la concepción realista, el derecho es propiamente la cosa justa en cuanto cosa atribuida y, por consiguiente, debida y exigible» (p. 622).

<sup>12</sup> *Loc. cit.*, p. 623. En sentido similar, J. B. VALLET DE GOYTISOLO, afirmaba que «los textos del derecho romano se refieren propiamente a una *res incorporal* representati-

Aunque podríamos estar de acuerdo en que esto no plantea ningún problema, sin embargo, debemos dar la razón a A. d'Ors cuando reclama la necesidad de tener en cuenta la elasticidad de la palabra *ius* en el pensamiento jurídico romano, que abarca un concepto tanto objetivo (Derecho) como subjetivo (derecho). Esta tesis «está, en cierto modo, un poco en la mente de todos, ya que parece haberse hecho evidente en la romanística moderna que los romanos no distinguieron de una manera rígida, como hacemos hoy, entre Derecho objetivo y derecho subjetivo»<sup>13</sup>. He aquí la cuestión determinante: al jurista contemporáneo, le resulta enormemente difícil eliminar la rigidez normativista propia de la dogmática jurídica que preside la mentalidad más extendida en nuestros días.

## 2. EL CONTROVERTIDO SENTIDO SUBJETIVO DE *IUS*

Ulpiano definió la justicia como la constante y perpetua voluntad de atribuir a cada uno su *ius*, su derecho<sup>14</sup>. Esta expresión, junto a otras muchas como *ius altius tollendi*, *ius tigni immittendi*, *ius utendi fruendi*, *ius testandi*, *ius ad crescendi*, *ius adipiscendae civitatis Romanae*, *ius tutoris optandi*, etc., constituyen el origen de la discusión sobre la existencia del derecho subjetivo entre los romanos, que —como ya advertí al principio— no ha sido un tema pacífico<sup>15</sup>.

M. Villey, en consonancia con Mounier, negó la existencia de la categoría del derecho subjetivo tal como la entiende la dogmática contemporánea<sup>16</sup>, a veces con afirmaciones excesivamente rigurosas,

---

va de la parte justa que corresponde a cada uno en ciertos bienes sociales, y que lo significado en estos casos por esa palabra es la parte justa, *id quod iustum est*, no el poder que corresponde al sujeto». *Las definiciones de la palabra Derecho y los múltiples conceptos del mismo*. Madrid, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, 1998, p. 17.

<sup>13</sup> D'ORS, A., «Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de *ius*», en *Studi in memoria di E. Albertario*. Milano, Giuffrè, 1953, vol. 2, p. 277 (este artículo está publicado también en *Nuevos Papeles del oficio universitario*. Rialp, Madrid, 1980, pp. 280-311). «Con todo —continúa D'ORS—, no dudo que algunos la considerarán censurable, dada la fuerza que inevitablemente ejercen sobre nuestra mente las categorías de la dogmática jurídica moderna, que es necesario abandonar para reconstruir los genuinos conceptos romanos.»

<sup>14</sup> D. 1, 1, 10, pr.: «Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.»

<sup>15</sup> Un breve resumen de la cuestión en VATTIER, C., «Observaciones críticas en tema de derecho subjetivo», *Anuario de Derecho Civil*, 2, 1981, pp. 14-15.

<sup>16</sup> Los escritos de VILLEY sobre este tema, con un estudio de presentación de A. GUZMÁN, están recogidos —al margen de su publicación original— en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Ediciones Universitarias de Valparaíso (Chile), 1976, e incluye, entre otros, los siguientes artículos: *Los orígenes de la noción de derecho subjetivo*; «*Suum cuique tribuens*»; *Las Instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo*; *Acerca del sentido de la expresión «ius in re» en el Derecho romano clásico*; *El «ius in re» del Derecho romano clásico al Derecho moderno*; y *La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam*.

como la que realizó en un artículo publicado en 1947: «El derecho romano clásico desconoce totalmente, en mi opinión, la idea del derecho subjetivo.»<sup>17</sup> A esta afirmación hicieron referencia otros estudiosos que pretendieron situar a Villey en una posición dogmática negadora del derecho subjetivo, sin prestar atención a lo que el propio Villey expresó en artículos posteriores<sup>18</sup>. Efectivamente, seis años más tarde —en 1953— matizaba la afirmación anterior y trataba de aclarar que su negación del derecho subjetivo no significaba un rechazo taxativo del mismo en el Derecho romano, sino el de las facultades, potestades o atributos del individuo que la Modernidad hizo depender exclusivamente de éste, de modo que tal acepción no aparecía en la exposición del *Corpus Iuris Civilis*. Pero también afirmó Villey que desde aquí no se debía concluir su total inexistencia, sino que dicha acepción tendría un lugar muy secundario y que no se reconocía con suficiente nitidez<sup>19</sup>.

En esta misma posición se situó A. d'Ors, para el que «aunque podemos traducir a menudo la palabra *ius* por nuestro derecho subjetivo, los romanos no llegaron a entenderla precisamente en ese sentido, porque no construyeron tal categoría»<sup>20</sup>. En el mismo sentido se pronuncian Albanese<sup>21</sup>, Gioffredi<sup>22</sup>, Aru y Orestano<sup>23</sup>,

<sup>17</sup> *El «ius in re» del Derecho romano clásico...*, cit., p. 128. También SCHOUPE, J-P. en «La concepción realista del Derecho», cit., afirma que «la noción de derecho subjetivo era totalmente desconocida en el siglo XIII» (p. 560) y que «ni en Aristóteles, ni en los juristas romanos, ni en Santo Tomás encontramos la idea del derecho como facultad moral. No solamente es ajeno a ellos el concepto de derecho subjetivo, sino que el mismo habríales parecido absolutamente inadmisibles, salvo en un sentido puramente metafórico» (p. 622). En las páginas 563-566 ofrece una explicación de sus afirmaciones basándose en los estudios de VILLEY y D'ORS.

<sup>18</sup> En «Las Instituciones de Gayo...», cit., p. 95 afirmaba que «no intentamos en absoluto discutir que las situaciones de hecho actualmente calificadas de derecho subjetivo estén presentes en el Derecho romano» y —continúa en la p. 97— «nadie puede prescindir completamente de la idea de derecho subjetivo. Pero qué diferencia hay entre la idea romana de derecho subjetivo» y la que tenemos ahora.

<sup>19</sup> Cfr. «Los orígenes de la noción de derecho subjetivo», cit., p. 35. Esta vino a ser la idea más generalizada. F. DE CASTRO reconocía que los textos romanos distinguían en ocasiones el *ius* de la *potestas* y de la *facultas*, pero que no se advierte en ellos una preocupación por caracterizar doctrinalmente el derecho subjetivo, sino que este hecho se produce a partir del carácter marcadamente individualista que el derecho subjetivo adquiere a lo largo del Renacimiento. Cfr. su *Derecho civil de España*. Civitas, Madrid, 1984, p. 566.

<sup>20</sup> «Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de *ius*», cit., p. 280. A. d'Ors hizo notar la ambigüedad del término, «que tan pronto se nos muestra en un sentido objetivo, de ordenamiento, como en uno subjetivo, de facultad, sin que podamos afirmar sin embargo que los romanos separan netamente los dos aspectos».

<sup>21</sup> ALBANESE, B., «La successione ereditaria in diritto romano antico», *Annali Palermo*, 20, 1949, pp. 232 ss.; *vid.* también «Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo», en *Studi in onore di Arturo Carlo Jemolo*. Giuffrè, Milán, 1963, vol. IV, pp. 1-13.

<sup>22</sup> GIOFFREDI, C., «*Ius, lex, praetor* (Forme storiche e valori dommatici)», *Studia et Documenta*, 13-14, 1947-1948, pp. 50 ss.; «Osservazioni sul problema del diritto soggettivo...», cit., pp. 227-238.

<sup>23</sup> ARU, L., y ORESTANO, O., *Derecho romano*. Epesa, Madrid, 1944, p. 21, mantenían que «el término *ius* designa para los romanos tanto el derecho en sentido

García-Gallo <sup>24</sup>, Domingo <sup>25</sup>, Guzmán <sup>26</sup>, Vallet de Goytisolo <sup>27</sup>, etc., para quienes la palabra *ius* en los textos romanos no designaba propiamente un derecho subjetivo, sino una *posición* justa, un *status*, pues no conllevaba sólo potestades o facultades, sino también obligaciones, hecho que no cuadra con la noción que hoy tenemos de derecho subjetivo.

R. Domingo se detuvo en el análisis de las endíadis *ius ratumque, facultas iusque* y *ius potestasque*, cuyas primeras referencias se remontan al siglo I a. C. La conclusión a la que llega en su investigación es que de ningún modo se puede afirmar que la expresión *ius* contenida en estas endíadis tenga equivalencia con nuestro derecho subjetivo, aunque no rechaza que una de estas fórmulas aluda a la vertiente subjetiva del derecho. En *ius ratumque*, el *ius* tenía una función adjetival y se utilizaba en su vertiente objetiva, viniendo a significar «lo que es justo» y válido (*ratum*) porque así lo ha establecido una ley <sup>28</sup>. En el caso de *ius potestasque*, el *ius* muestra su aspecto subjetivo, pero solamente equiparable a lo que entendemos por capacidad, y «esta misma aproximación muestra la diferencia con el moderno concepto de derecho subjetivo, claramente distinto del de capacidad» <sup>29</sup>.

---

objetivo, entendido éste como norma, cuanto el derecho en sentido subjetivo, esto es, como facultad o poder reconocido por el ordenamiento jurídico a un sujeto. Correlativamente al concepto de *ius* en sentido subjetivo estaba el de *actio*, esto es, del medio procesal mediante el cual el ordenamiento jurídico aseguraba a los individuos la tutela y la realización de los derechos subjetivos a ellos atribuidos». Conciben el derecho subjetivo como algo atribuido al sujeto, no como un atributo del mismo.

<sup>24</sup> Aunque admite que «la escasa afición que los juristas romanos mostraron por las definiciones hace difícil conocer lo que ellos entendían por *ius*» («Ius y derecho», cit., p. 29), afirma también que se puede inducir de sus textos y de la propia evolución del Derecho romano la concepción predominante en aquella que entiende el *ius* como un ordenamiento y, en segundo lugar, como lo lícito con carácter normativo. Pero no tiene inconveniente en admitir su concepción como derecho subjetivo, remitiendo a la doctrina expuesta por A. D'Ors. Cfr. «Ius y derecho», cit., pp. 29-40, en especial las pp. 32-33.

<sup>25</sup> DOMINGO, R., «Ius ratumque y ius potestasque...», cit., pp. 49-58. Años más tarde, en el libro titulado *Auctoritas* (Ariel, Barcelona, 1999, p. 31) continúa manteniendo la misma doctrina.

<sup>26</sup> Vid. *Presentación a los Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo* de VILLEY, cit., pp. 16-19 y «La doctrina iusnaturalista de los derechos innatos y los modernos derechos humanos», *Revista de Ciencias Sociales*, 41 (Valparaíso, 1996), p. 249.

<sup>27</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Metodología de la determinación del Derecho*, cit., pp. 11 y 17-18, y «Las definiciones de la palabra Derecho y los múltiples conceptos del mismo», cit., pp. 18-19.

<sup>28</sup> Por ello los juristas no utilizaban jamás esta expresión, ya que a ellos tan solo correspondía declarar lo que «es justo»; sin embargo, la ley podía hacer lo uno y lo otro: «la ley, como es un acto de potestad, puede ratificar y dar validez a los actos justos que de ella se deriven, es decir, puede *ir más allá* de la mera declaración; no así los juristas, que, como tienen autoridad, pero no potestad, pueden decidir lo que es justo, pero no imponerlo». DOMINGO, R., «Ius ratumque y ius potestasque...», cit., p. 53. Para un estudio completo y profundo sobre la *auctoritas* y la *potestas*, vid. su *Auctoritas*, cit. pp. 13-105.

<sup>29</sup> DOMINGO, R., «Ius ratumque y ius potestasque...», cit., pp. 57-58. Algo similar ocurre con la endíadis *facultas iusque*: «En el *Codex Theodosianus* se nos conser-

Más recientemente ha sido M. Bretone quien volvía a rechazar la existencia de esta categoría jurídica en el Derecho romano tomando como fundamento expresiones como el *ius potestasque* de D. 35, 2, 1. Para Bretone no cabía duda de que el origen del derecho subjetivo se sitúa al final de la Edad Media y principios de la Modernidad, y que una categoría creada en estos siglos no podía ser traspuesta a los siglos anteriores correctamente<sup>30</sup>.

Otros autores no niegan expresamente que tal categoría jurídica naciera en el Derecho romano, pero excluyen indirectamente esta posibilidad al apuntar un nacimiento más tardío. Este es el caso, por ejemplo, de A. M. López López, que cifra el origen del derecho subjetivo en la exaltación del individuo realizada por la escuela del Derecho natural racionalista<sup>31</sup>. Y, efectivamente, F. Carpintero expuso en profundidad el cambio que consagró la Escuela de Derecho Natural Moderno en la concepción del individuo, que pasaba a ocupar el centro de todo. En el ámbito jurídico supuso que el Derecho tuviera que ser concebido como una proyección –en el mundo exterior– del arbitrio de las personas, por lo que el *ius* pasaba a ser una cualidad personal de cada sujeto<sup>32</sup>. Aunque afirmaba que fue el racionalismo moderno el que consiguió presentar el Derecho como un conjunto de derechos subjetivos, en sus estudios más recientes pone de manifiesto que el derecho subjetivo no sólo estaba ya presente en los nominalistas medievales, sino que fueron en verdad los que pusieron toda la estructura necesaria para que terminara triunfando más tarde esta nueva categoría<sup>33</sup>.

---

va la expresión *facultas iusque*, pero no en el sentido de derecho subjetivo, sino en el de capacidad, como lo confirma la palabra *condicio*.» *Op. cit.*, p. 56.

<sup>30</sup> Cfr. BRETONE, M., «La “coscienza ironica” della romanistica», *Labeo*, 43, 1997, pp. 187-201. Es preciso tener en cuenta que este autor es partidario de estudiar el Derecho romano y sus instituciones sin extrapolaciones de la mentalidad contemporánea, sin tratar de establecer un hilo continuista entre lo que fue el Derecho y lo que es ahora. Por ello rechaza que los juristas romanos pudieran concebir en su mundo algo similar a una categoría jurídica creada con posterioridad. A este método de afrontar el estudio de la romanística se opuso con vehemencia un año más tarde O. BEHRENDTS en «Die Person oder die Sache?», *Labeo*, 44, 1998, pp. 26-60.

<sup>31</sup> Cfr. LÓPEZ, A., MONTÉS, V. L. (coords.), *Derecho civil. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 308-309 y 346. En el mismo sentido LACRUZ-LUNARIVERO reconocen que en todos los tiempos había resultado evidente la vertiente subjetiva del derecho sin necesidad de analizar su naturaleza, y que «la transformación de esa evidencia en un *concepto* se inicia cuando el individualismo del Renacimiento y la filosofía racionalista polarizan hacia la persona la proyección del Derecho y el sentido de lo jurídico (...). Fueron los romanistas del siglo XIX quienes, sobre la base de aquellos textos romanos que hablaban del *ius* como poder o facultad, sintetizaron y describieron estos conceptos, más bien filosóficos, y que en el Derecho civil, no definidos (ni precisando definición) por la ley, constituyen términos usuales en la doctrina, aptos para denominar las correspondientes generalizaciones, pero sin mayor alcance práctico». LACRUZ, J. L., LUNA, A. y RIVERO, F., *Parte General de Derecho civil*. Vol. III, *El derecho subjetivo*. J. M.<sup>a</sup> Bosch Editor, Barcelona, 1990, p. 82.

<sup>32</sup> Cfr. *Una introducción a la Ciencia Jurídica*, cit., pp. 40-48.

<sup>33</sup> Vid. su *Historia breve del Derecho natural*, cit., pp. 109 y ss.

Por el contrario, Pugliese, en un principio <sup>34</sup>, se opuso frontalmente a la tesis de Villey y mantuvo que el término *ius* designaba con toda propiedad –también en el Derecho romano– un auténtico derecho subjetivo <sup>35</sup>. Pugliese reconocía que los romanos no habían elaborado el concepto de derecho subjetivo, como tampoco lo habían hecho con otras categorías jurídicas, pero ello no era óbice –a su juicio– para que se pudiera utilizar esta categoría moderna al estudiar y comentar los textos del Derecho romano. Del mismo modo, atribuyó a Villey la utilización de terminología que tampoco habían acuñado los romanos, y que éste manejó sin reparos, como fue el caso de la expresión «institución jurídica» <sup>36</sup>. Llama la atención los términos en los que se expresa Pugliese al referirse a Villey y a Albanese; la impresión que causa es la de estar dolido por las críticas realizadas por el francés sobre algunas de sus opiniones contenidas en el libro *Actio e diritto subiettivo*, publicado en 1939 en Milán <sup>37</sup>. Lo más curioso es que tanto Villey como Albanese se extrañan de las ideas que Pugliese les atribuye, desmintiendo categóricamente lo que éste les hace decir <sup>38</sup>.

Pero no han sido los únicos que han tenido que defenderse de una crítica por algo que no han mantenido; también A. d'Ors hubo de replicar a Burdese cuando éste manifestó que d'Ors entendía el término *ius* únicamente como «posición justa», haciendo de él un concepto unitario o unívoco <sup>39</sup>. D'Ors constató más tarde que esta visión no concordaba con su afirmación, que iba más bien en el sentido de que los romanos de la época arcaica y clásica no distinguían la acepción objetiva y subjetiva con el rigor que se distinguen hoy, y que más bien empleaban el término *ius* con un valor *dinámico*, que abarcaba estos

<sup>34</sup> Digo en principio, porque más tarde atempera sus afirmaciones, negando también que exista en el Derecho romano el derecho subjetivo en su sentido moderno: «Ciò tuttavia non significa che “ius” abbia indicato in forma generale quel che, secondo il diritto, un soggetto poteva fare o che al soggetto spettava, ossia ciò che nella terminologia moderna si chiama *diritto soggettivo*». PUGLIESE, G., *Instituzioni di Diritto romano*. Padova, Piccin, 1986, p. 39; cfr. también pp. 41 ss. y 239 ss., en las que se refiere a la situación jurídica.

<sup>35</sup> PUGLIESE, G., «*Res corporales, res incorporales* e il problema del diritto soggettivo», en *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*. Jovene, Napoles, 1952, vol. III, pp. 223-260.

<sup>36</sup> Cfr. «*Res corporales, res incorporales...*», cit., pp. 225-228.

<sup>37</sup> Escribía de Villey que «Nè la posizione del Villey è isolata, giacchè egli non ha che sviluppato e, se me si consente di dire, esasperato le idee del suo maestro, il Monier, che infatti lo cita senza alcuna riserva in un successivo lavoro» y a Albanese le reprocha una adhesión «entusiastica». Cfr. «*Res corporales, res incorporales...*», cit., pp. 224-225.

<sup>38</sup> Cfr. VILLEY, «Los orígenes de la noción de derecho subjetivo», cit., p. 35 y ALBANESE, B., «Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo», cit., p. 10, n. 4. M. COMPARTI en su «Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo», en *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*. Jovene, Napoles, 1972, vol. I, pp. 718-719, también se hace eco de estas acusaciones cruzadas, que más bien responden a malentendidos.

<sup>39</sup> BURDESE, A., «Il concetto di “ius naturale” nel pensiero della giurisprudenza classica», *Rivista Italiana Scienza Giuridica*, 5, 1954, p. 409.

dos aspectos y otros intermedios, difíciles de clasificar para una mentalidad moderna <sup>40</sup>. También V. Arangio-Ruiz reconoció este carácter dinámico del término *ius* en sus puntualizaciones a Schlossmann, Thon, Pfersche, etc., de la corriente normativista del siglo XIX, que negaban la existencia del derecho subjetivo entre los romanos y en cualquier sistema jurídico <sup>41</sup>.

Pugliese dejó clara cuál era su posición en este tema: «Il mio interesse è richiamato soprattutto dalle argomentazioni che, secondo lui, dimostrerebbero la visuale oggettiva adottata dai giuristi romani nel considerare le situazioni che per noi sono soggettive e quindi l'assenza in loro dell'idea di una pertinenza del soggetto. A me sembra invero che proprio attraverso l'analisi di quelle argomentazioni si giunga a chiarire in quale larga misura i Romani abbiano conosciuto attribuzioni del soggetto» <sup>42</sup>. En esta línea se sitúan también los estudios de Robleda <sup>43</sup>, Kaser <sup>44</sup>, Crifó <sup>45</sup>, etc.

### 3. EL PERÍODO CLÁSICO

Entre los textos destacables de este período, podríamos comenzar por la ya citada definición que Ulpiano nos ofrecía de justicia, entendida como *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. Para A. d'Ors, el que la distribución tuviera por objeto el *ius* no quería decir que se diera a cada uno su derecho subjetivo, sino más bien que se le reconocía a cada cual su posición justa. Así, el juez —que debía

<sup>40</sup> Cfr. «Ius, posición justa», *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXV, 1955, p. 825. Vid. también su «Ius, en sentido objetivo-subjetivo», *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXIV, 1954, pp. 635-636.

<sup>41</sup> Cfr. ARANGIO-RUIZ, V., «La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano», en *Scritti di diritto romano I*. Camerino, Jovene editore, 1974, pp. 5-9. Este artículo fue publicado originalmente en AG, 81, 1908, pp. 361-470, y 82, 1909, pp. 417-469. Sobre la negación del derecho subjetivo en Thon y otros normativistas, vid. MONTORO, A., *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*. Universidad de Murcia, 1983.

<sup>42</sup> «Res corporales, res incorporales...», cit., p. 230. También IONESCU pone de manifiesto que «les Romains ont bâti tout leur système sur cette notion de droit subjectif», pero matiza que es en la época postclásica y sin preocupación por construir una teoría sobre el derecho subjetivo. Cfr. *La notion de droit subjectif dans le droit privé*. Bruselas, E. Bruylant, 1978, pp. 23 ss.

<sup>43</sup> ROBLEDA, O., «El derecho subjetivo en Gayo», en *Studi in onore di G. Scherillo*. Milán, Giuffrè, 1972, vol. I, pp. 7-17; «La idea del derecho subjetivo en el ordenamiento romano clásico», *Bulletino dell'Instituto di Diritto Romano*, 80, 1977, pp. 23-41.

<sup>44</sup> KASER, M., «Zum ius-Begriff der Römer», en *Essays in honour of Ben Beinart*. University of Cape Town, 1979, vol. II, pp. 63-81 (cit. por R. DOMINGO). No acepta que el término *ius* pueda tener una vertiente objetiva y otra subjetiva al mismo tiempo, en el sentido expuesto por d'Ors.

<sup>45</sup> En su artículo «Diritti della personalità e diritto romano cristiano», *Bulletino dell'Instituto di Diritto Romano*, 64, 1961, pp. 33-59, da por admitido el derecho subjetivo, entre los que se encuentran los derechos de la personalidad.



decidir en el conflicto jurídico que se le presentaba— se limitaría a «poner» o colocar a cada uno en su posición conveniente <sup>46</sup>. Para M. Villey tampoco se podía interpretar este *ius suum* como una atribución de derechos subjetivos, pues *ius* no significaba exactamente poder jurídicamente protegido, facultad o ventaja tal como lo concibieron los modernos, sino que esta expresión de Ulpiano significaba más bien que la Justicia determinaba el estatuto de cada cosa de acuerdo con la equidad, por lo que el jurista debía atribuir a cada uno y a cada cosa la condición jurídica que le correspondiera, ya fuera algo ventajoso o desventajoso <sup>47</sup>. No se trataba, por tanto, de establecer o dilucidar únicamente los poderes que correspondían a cada individuo, sino descubrir el *status* en el que se encontraba, la situación jurídica, de la que derivarían tanto poderes o facultades como cargas o castigos por alguna acción realizada <sup>48</sup>.

A esta visión se opuso Olís Robleda, que no encontraba vínculos entre la posición jurídica o el *status* y las acciones que podían corresponder a algún sujeto, y afirmaba, por tanto, la existencia de derechos subjetivos en relación con las acciones que le eran conferidas a los individuos sin necesidad de atender a un derecho objetivo anterior. En este sentido —mantenía—, al mismo tiempo que los jurisprudentes formaban el *ius civile*, también se comenzaba a formar el *ius praetorium* a base de la *aequitas*. Esta *aequitas* era norma objetiva, pero no positiva, por lo que cuando el pretor concedía por primera vez una *actio praetoria*, una *restitutio in integrum*, una *missio in possessionem* u otro remedio con fundamento en la *aequitas*, no se estaba apoyando en alguna norma positiva preexistente, sino que la concedía exclusivamente atendiendo a la dignidad y valor personal del *cives* <sup>49</sup>. «Es verdad —escribía Robleda— que el pretor, procediendo a base de la *aequitas*, procede, de todos modos, a base de una norma objetiva, ya que la *aequitas* es una norma objetiva, si bien, no positiva; pero ni aun esa norma objetiva se nombra o aparece en el caso. Lo que entonces

<sup>46</sup> Cfr. D'ORS, A., «Aspectos objetivos y subjetivos...», cit., pp. 284-285. Afirma este autor en este mismo lugar que «el juez *pone* las cosas en su sitio; coloca a cada uno en la posición conveniente: en eso consiste precisamente la *iustitia*, virtud eminentemente judicial, si bien puede decirse igualmente del legislador, o de la *lex* misma, que *dat* o *tribuit ius*».

<sup>47</sup> Cfr. VILLEY, M., «*Suum ius cuique tribuens*», cit., pp. 63-64. Por ello afirma A. Guzmán, refiriéndose al pensamiento de Villey, que «debe insistirse en que no se trata de que los antiguos hayan desconocido la noción de poder: el derecho romano está lleno de poderes; sólo que los antiguos no hacen de los poderes un derecho, ni de la determinación de los poderes el objeto de la ciencia jurídica; como se dijo, el *ius*, en tanto partición justa de ventajas y de desventajas, es delimitadora del poder; el derecho subjetivo, en cambio, lo reafirma». «Presentación» a *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, cit., p. 18.

<sup>48</sup> VILLEY, M., *op. ult. cit.*, p. 65: «Se trata, estudiando cada cosa (*rerum notitia*), y más precisamente, lo justo de cada cosa (*justi atque injusti scientia*), de descubrir lo que cada uno es en un mundo armoniosamente ordenado; su estatuto, su propia condición: *ius suum*, su lugar en el todo.»

<sup>49</sup> Cfr. ROBLEDA, O., «La idea del derecho subjetivo...», cit., p. 26.

aparece, y se ve, es únicamente la exigencia del *cives*, su petición. Esa exigencia del *cives*, que el pretor vivamente considera, es igual a la realidad, a la sustancia de un derecho subjetivo. Sólo después que el pretor ha concedido sus específicos remedios por primera vez, y los ha fijado luego en su Edicto anual, se podrá hablar de un *ius* también positivo (pretorio), que precede al subjetivo»<sup>50</sup>. Pero no creo que este razonamiento pueda servir, como pretende Robleda, para combatir las ideas de d'Ors y Villey. En su razonamiento, Robleda ha prescindido del «status» del *cives*, que es lo que le permite acudir al pretor y solicitar su protección. Este «status» en el que se encuentra un individuo y su relación con el objeto del litigio es lo que servía al pretor para conceder o no una acción determinada, de modo que si prescindimos de estos datos el individuo ni siquiera podría acudir al pretor en solicitud de protección.

También alude A. M. López a una confusión que perdura hasta el primer cuarto del siglo XIX entre acción y derecho subjetivo debido a la máxima de Celso (hijo) «*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi*». Si se entendiera que la acción no era más que un derecho a exigir en juicio lo que era debido, concluye López, es lógico que se pudiera confundir con un derecho subjetivo «en pie de guerra». Pero rechaza tal identificación y afirma que en nuestro Derecho contemporáneo está más nítida la distinción, correspondiendo a la acción activar un mecanismo procesal de defensa independiente de un derecho subjetivo<sup>51</sup>. Tampoco en el Derecho romano habría problema para distinguir entre la acción y la vertiente subjetiva de un derecho si partimos de una «posición jurídica».

Otros textos clásicos, en los que algunos autores se han fijado para afirmar la existencia del derecho subjetivo, recogen expresiones tales como *ius fundi*, *ius testandi*, *ius utendi fruendi*, etc., ante las que hoy día podríamos entender la existencia de tal derecho subjetivo, pero que es necesario entenderlas en el sentido que le dieron los jurisprudentes romanos en sus textos. Afirma A. d'Ors que estas expresiones designan también una posición jurídica y no un derecho subjetivo<sup>52</sup>. Cuando en el *Digesto* encontramos la

<sup>50</sup> ROBLEDA, *op. ult. cit.*, p. 27. Más adelante continúa: «al darse una norma objetiva, se hace patente correlativamente la posibilidad de la pretensión que la norma otorga. Esto es innegable. Sin embargo el relieve de la dignidad de la persona del *cives*, y sus correlativas exigencias emergen todavía más como algo subjetivo, cuando no preexiste una norma concesiva positiva, sino sólo la natural de la *aequitas*; y el pretor, como se insinuó ya más arriba, sólo en base a ella pone en acto sus medios procedurales de protección.»

<sup>51</sup> Cfr. LÓPEZ, A. M., *op. cit.*, pp. 324-325, donde de nuevo hace referencia al Derecho natural racionalista como origen del derecho subjetivo y a la disputa entre Windscheid y Muther en torno a esta distinción. En el mismo sentido, cfr. LACRUZ, LUNA y RIVERO, *op. cit.*, p. 89.

<sup>52</sup> Cfr. D'ORS, A., «Aspectos objetivos y subjetivos...», *cit.*, pp. 285 ss. También GUZMÁN, A., «Presentación» a *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, *cit.*, pp. 18-19.

expresión *ius fundi*<sup>53</sup>, lo que se está designando es la «posición jurídica» del fundo, es decir, es una expresión dinámica, con un sentido objetivo y subjetivo al mismo tiempo. Los *iura* que acompañan a cada fundo constituyen las ventajas económicas de éste en cuanto que conforman una posición reconocida como jurídica. Al igual que se puede perjudicar la posición jurídica de una persona, también la posición jurídica de un fundo puede ser perjudicada, es decir, puede estar gravada con cargas, sin que ello nos lleve a entender que lo que se está perjudicando es un derecho subjetivo<sup>54</sup>. El *ius fundi* es una posición jurídica que ocupa el fundo; si sobre ese fundo existen servidumbres, también el titular o beneficiario de éstas tiene una posición sobre aquél. El propietario del fundo no tiene un *ius*, sino que tiene la *res* misma, el fundo con su posición jurídica, y el titular de la servidumbre tiene un *ius*, «que se equipara, por un proceso en cierto modo metafórico, a una *res* y se designa como *res incorporalis*»<sup>55</sup>. El hecho de que el dominio no constituya un *ius*, no impide que se dé la relación *ius domini*<sup>56</sup>; tal relación se da, pero equivale a posición justa de dueño, lo que no se puede identificar con *dominium* sin más, son cosas distintas<sup>57</sup>. En palabras de D'Ors, «la idea de “posición jurídica” parece explicar los dos aspectos (objetivo y subjetivo) sin incurrir en distinciones de significado. *Ius fundi*, desde el punto de vista del titular, puede parecer una facultad que éste tiene, en tanto, considerado en relación con las realidades jurídicas circundantes y como tal *ius fundi* en sí, se nos aparece, en cambio, como régimen normativo del fundo mismo»<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> V. gr. D. 50, 16, 86.

<sup>54</sup> Si en D. 2, 9, 1, 1 se habla del *ius actoris deterius facere* referido a la persona, en D. 50, 16, 86 se refiere al fundo: *ius fundi deterius facere*. En «Las Instituciones de Gayo...», cit., pp. 86-88, afirma VILLEY que no se puede entender la servidumbre como un derecho subjetivo, sino como una situación pasiva: la relación que liga a un fundo con otro fundo; realidad objetiva que puede convertirse, en relación con el hombre que la aprovecha, en un valor, en una cosa susceptible de utilización jurídica.

<sup>55</sup> Cfr. D'ORS, A., «Aspectos objetivos y subjetivos...», cit., p. 288.

<sup>56</sup> D. 39, 2, 15, 33: «posteaquam autem quis possidere iure domini a praetore iussus est». Defiende M. VILLEY que en la época clásica (no justiniana) el *dominium* no podía ser considerado como un *ius* propiamente, sino que venían a establecer el *status* o posición objetiva de la casa y de la persona. Cfr. «Acerca del sentido de la expresión...», cit., pp. 109-113.

<sup>57</sup> Cfr. D'ORS, A., «Aspectos objetivos y subjetivos...», cit., pp. 288-289.

<sup>58</sup> D'ORS, *op. ult. cit.*, p. 290. También Villey se muestra muy próximo a esta visión cuando se refiere a la propiedad: «*proprietatis* no designa en absoluto (en la época clásica) un derecho subjetivo cualquiera; es una cualidad del fundo propia de alguien, una cualidad objetiva de la cual uno puede hacerse dueño como de un usufructo, de un *ius*, de una cosa incorporal: así es como se dice *dominus proprietatis*. Solamente algunos de los *iura* particulares, el usufructo o la prenda, por ejemplo, objetivamente enfocados en el sistema de las Instituciones, muy pronto podrán ser pensados como derechos subjetivos, por un desplazamiento del sentido natural. Pero esas pocas creaciones aisladas no constituyen un sistema de derechos subjetivos.» «Las Instituciones de Gayo...», cit., pp. 98-99.

Del mismo modo, cuando leemos *ius altius tollendi*, no se quiere significar «la facultad de elevar el edificio», sino la posición justa de edificio elevado; *ius tigni immittendi* no significa la facultad de apoyar una viga en el edificio vecino, sino la posición justa de edificio que apoya su viga en el edificio vecino; y en el mismo sentido, *ius utendi fruendi* es la posición justa de uso y disfrute, el *ius testandi* es la posición justa de testador, *ius ad crescendi* es la posición justa de acrecimiento, el *ius adipiscendae civitatis Romanae* es la posición justa del que adquiere la ciudadanía, el *ius tutoris optandi* es la posición justa de opción de tutor, el *ius cognationis* o *ius ad finitatis* son la posición justa de cognación o de afinidad, el *ius pignoris* es la posición justa de prenda, etc. Todos estos *derechos* tienen sus implicaciones objetivas y subjetivas, pero no pueden ser entendidos exclusivamente como derechos subjetivos a edificar, a obtener la ciudadanía, etcétera <sup>59</sup>.

Algunos, como Kaser, han relacionado la *in iure cessio* con un derecho subjetivo –la cesión de un derecho subjetivo–, pero esta figura supone solamente la cesión de una posición jurídica, lo que explica la exclusión de toda idea transmisiva <sup>60</sup>. «El vindicante no adquiere un derecho del cedente, sino que su nueva titularidad procede precisamente de la *addictio* del magistrado, una vez que el cedente ha abandonado simplemente su posición» <sup>61</sup>.

Pero las mayores discusiones sobre la existencia o no del derecho subjetivo se producen al analizar algunos textos de las *Instituciones* de Gayo <sup>62</sup>, en los que los *iura in re* o cosas incorpóreas pueden ser entendidos como algo objetivo o como algo subjetivo <sup>63</sup>; antes he indicado que estas *res incorpóreas* también indicaban una posición justa, pero no todos coinciden en esta consideración. Afirma Robleda que «como cosas, son efectivamente los *iura* algo objetivo; mas, como *iura*, tienen otra cara, la subjetividad. De tal manera que sin esta otra cara, la subjetividad, los *iura* no son *iura*, y por tanto no son nada; es decir, tampoco son cosas» <sup>64</sup>. En honor a la verdad, es necesario

<sup>59</sup> Cfr. D'ORS, *op. ult. cit.* pp. 285-289. GIOFFREDI reconoce que estas expresiones pueden ofrecer una idea próxima al sentido subjetivo del derecho, pero en realidad muestran un claro valor objetivo. Cfr. «Osservazioni sul problema del diritto soggettivo...», cit., pp. 230-235.

<sup>60</sup> Cfr. *Das altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1949, pp. 96 ss.

<sup>61</sup> D'ORS, A., *op. ult. cit.* p. 285.

<sup>62</sup> Citaré estos textos por la edición bilingüe coordinada por F. HERNÁNDEZ-TEJERO, *Instituciones*. Madrid, Civitas, 1985.

<sup>63</sup> GUZMÁN, A., profundiza en esta cuestión en su libro *Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el derecho positivo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995. Vid. también su artículo «La influencia de la Filosofía en el Derecho con especial alusión al concepto de relación jurídica (examen crítico)», *Anuario de Filosofía jurídica y social*, 13 (Chile, 1995), pp. 140-144.

<sup>64</sup> ROBLEDA, O., «La idea del derecho subjetivo...», cit., p. 32. Para este autor es difícil que cuando Gayo habla del *ius successionis*, *ius utendi fruendi*, *ius altius tollendi*, etc., no esté pensando en una *facultas*, en un poder, que sería la cara subjetiva de esos *iura*.

decir que Villey, contra el que se dirigen estas palabras de Robleda, no rechaza esa vertiente subjetiva que puedan tener los *iura*; si bien en general prima la consideración objetiva de los *iura*, entendidos como posición justa o estatutos jurídicos, «algunos de los *iura* particulares, el usufructo o la prenda, por ejemplo, objetivamente enfocados en el sistema de las *Instituciones*, muy pronto podrán ser pensados como derechos subjetivos, por un desplazamiento del sentido natural. Pero esas pocas creaciones aisladas no constituyen un sistema de derechos subjetivos»<sup>65</sup>. Es decir, lo que estaba negando el francés era que se pudiera hablar de un sistema jurídico basado en los derechos subjetivos, pero no que se pudieran reconocer en algunas figuras jurídicas la similitud o el valor del derecho subjetivo: «nadie puede prescindir completamente de la idea de derecho subjetivo. Pero qué diferencia hay entre la idea romana del derecho subjetivo, vaga, informe, indiferenciada, expresada por un vocabulario pobre e impreciso, y el rico florecimiento de derechos subjetivos, variados, muy exactamente definidos, que describen los sistemas modernos»<sup>66</sup>.

Encontramos una muestra de ello cuando Gayo designaba con el término *ius* tanto la posibilidad de hacer algo como la prohibición de hacer eso mismo, por ejemplo, el *ius altius tollendi* y el *ius non extollendi*<sup>67</sup>. Para M. Villey ésta era una de las pruebas por las que *ius* no se podía entender como derecho subjetivo, puesto que unas veces significaba derecho y otras significaba o conllevaba una carga<sup>68</sup>. En cambio Robleda mantenía que cuando *ius* se entiende como una carga está implicando un derecho subjetivo de la persona que se beneficiará por la prohibición de que el vecino sobreedifique, impida que lleguen las aguas de lluvia o la luz, etcétera<sup>69</sup>. Si bien podría llevar cierta razón si diéramos validez a la teoría del beneficiario, tengo que decir que una simple carga para alguien no puede ser identificada siempre con un derecho subjetivo de una persona; las cargas impuestas a alguien siempre persiguen un beneficio, ya sea para una persona individual, ya sea para toda la sociedad, pero ello no significa que exista un derecho subjetivo. Por ejemplo, los aranceles que se imponen a productos importados son una carga para el importador y reportan un beneficio a los vendedores del país en cuestión que ven frenada la competencia, pero no podríamos afirmar que tienen un derecho subjetivo ni contra los importadores ni contra la autoridad que debe exigirlos<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> VILLEY, M., «Las Instituciones de Gayo...», cit., pp. 98-99.

<sup>66</sup> VILLEY, M., *op. ult. cit.*, p. 97.

<sup>67</sup> GAYO, 2, 14 (p. 108): «Praediorum urbanorum iura sunt uelut ius altius tollendi aedes et offiendi luminibus uicini aedium aut non extollendi, ne luminibus uicini officiatur.»

<sup>68</sup> Cfr. VILLEY, M., «Los orígenes de la noción...», cit., pp. 35-39.

<sup>69</sup> Cfr. ROBLEDA, O., «La idea del derecho subjetivo...», cit., pp. 34-35.

<sup>70</sup> Afirmaba F. DE CASTRO que desde Jhering se ha distinguido netamente entre derecho subjetivo y «situaciones jurídicas protegidas sólo por el *efecto reflejo* de las normas o del ordenamiento jurídico», que no pueden tener la consideración de verdaderos derechos». *Op. cit.*, pp. 600-601.

Otros dos textos discutidos son aquellos que hacen referencia a la potestad sobre los hijos y sobre los esclavos: «También están bajo nuestra *potestas* nuestros hijos, esto es, los que procreamos dentro del matrimonio. Este derecho es propio de los ciudadanos romanos, pues apenas hay hombres que tengan una tal potestad sobre sus hijos como la que nosotros tenemos»<sup>71</sup>. Robleda mantiene que esta potestad o poder constituye un genuino derecho subjetivo, tanto el del padre sobre su hijo como el del *dominus* sobre su esclavo<sup>72</sup>. Para D'Ors, en cambio, no constituyen derechos subjetivos: el *ius* del *pater* no es su derecho subjetivo, sino su posición de *pater*, y su *potestas* es el poder de actuar tal posición. El aditamento de *potestas* agrega la idea de «facultad de actuar» precisamente en virtud de esa posición de *pater*<sup>73</sup>.

Al tratar sobre las *res incorporales*, que antes hemos identificado con *ius*, Gayo incluye junto al *ius utendi fruendi*, el *ius successionis* y el *ius obligationis*. Para Villey y D'Ors el primero significa el estatuto jurídico o posición justa de uso y disfrute, el segundo la posición justa de sucesor y el tercero vendría constituido por el *vinculum* mismo abstraído de los sujetos pasivo y activo<sup>74</sup>. Robleda coincide con ellos en los dos primeros, aunque con algunas matizaciones, pero no en el *ius obligationis*, que –a su juicio– constituye un derecho subjetivo<sup>75</sup>.

#### 4. LOS TEXTOS DEL PERÍODO POSCLÁSICO

Durante la época clásica las fuentes normativas fueron muy variadas, y quizá fuera ésta la causa de que los romanos no consideraran la escisión entre normatividad y facultades. Esta escisión se hizo inevitable cuando el emperador acaparó, como única instancia legislativa,

<sup>71</sup> GAYO 1, 55 (p. 48): «Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreauimus. Quod ius proprium ciuium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus.» Y en 1, 54 (p. 48) se refiere a los esclavos: «ita demum seruorum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit; nam qui nudum ius Quiritium in seruo habet, in potestatem habere non intellegitur.»

<sup>72</sup> Cfr. ROBLEDA, O., «El derecho subjetivo en Gayo», cit., pp. 8-9.

<sup>73</sup> Cfr. D'ORS, A., «Aspectos objetivos y subjetivos...», cit., pp. 293-295. Para una idea más completa sobre el alcance de *potestas* en el derecho romano, cfr. F. HERNÁNDEZ TEJERO, «Sobre el concepto de *potestas*», *Anuario de Historia del Derecho Español*, XVII, 1946, pp. 605-624, en especial pp. 608-611; y DOMINGO, R., *Auctoritas*, cit., pp. 15 y ss.

<sup>74</sup> Para VILLEY, siempre refiriéndose al período clásico, cuando Gayo habla de un *ius obligationis*, *ius* designa un lazo objetivo de obligación, el *vinculum* mismo, y no el derecho del acreedor. Cfr. «Acerca del sentido de la expresión *ius in re...*», cit., pp. 109-113.

<sup>75</sup> Cfr. ROBLEDA, O., «El derecho subjetivo en Gayo», cit., pp. 13-14.

la creación del *ius*. Por ello comenta D'Ors que «las *leges* imperiales son en sí normas y el *ius* que constituyen es un Derecho objetivo en el sentido moderno. Nada queda ya a la *disposición* de los particulares, si no es el acogerse simplemente a los beneficios de las leyes. Por este motivo, surge en época post-clásica la idea de *ius* como derecho subjetivo»<sup>76</sup>.

Un ejemplo lo encontramos en los casos en que el *ius* era objeto de una transmisión. *Adquirere* o *amittere ius* podía decirse de la *posición justa*, pero no se entendía que se transmitiera esa posición. *Alienare ius*, en cambio, parecía ser una expresión posclásica. Así en el texto «*Totum autem ius consistit aut in acquirendo aut in conservando aut in minuendo: aut enim hoc agitur quemadmodum quid cuique fiat, aut quemadmodum quis rem vel ius suum conservet, aut quommodo alienet aut amittat*»<sup>77</sup>, aparecía ya la distinción; aparecía un *ius* objetivo, que consistía en normas para la adquisición, conservación o pérdida del *ius suum*, el *ius* subjetivo. «La forma es, gramaticalmente, inadmisibles. Es posible que Ulpiano tratase ahí tan sólo de *iura praediorum* y los bizantinos dieran, mediante retoques, un valor general a sus palabras»<sup>78</sup>. Y lo mismo ocurre con los textos de D. 50, 17, 175, 1 y 8, 5, 20, 1, que contienen interpolaciones y en ambos se trata de *alienare* y *transire ius*, un *ius* que se concibe como derecho subjetivo. «El clásico, en cambio, hablaba del *ius compascui*, que debe seguir al predio dominante, cuando éste es enajenado. El uso clásico de *ius* se entremezcla en estos textos con el uso posclásico»<sup>79</sup>.

También Giuffredi era de esta opinión, con un período clásico ajeno a la construcción de una categoría netamente subjetiva, pero que «la progressiva tendenza del diritto postclassico e giustiniano verso il dogmatismo e le costruzioni teoriche, lascerebbe presumere un'accentuazione del valore astratto di *ius* nei testi del Digesto fondatamente sospettati di rimaneggiamento. In effetti in quei testi ricorre talvolta una terminologia non ignota al diritto classico, ma che è al di fuori di ogni sistematica delle *res* –com'è ad es. nelle Istituzioni di Gaio (2, 12-14)– e che perciò non può intendersi come istituto che costituisce una prerogativa, ma piuttosto come un'entità ideale che si concreta in una spettanza del soggetto: *ius in corpore, ius dominii, ius successionis, ius pignoris, ius possessoris, ius petitoris*. Tuttavia per motivi che si intuiscono, una simile figura che ben poco se differenzierebbe da quella del diritto soggettivo, potrebbe essere ascritta al diritto postclassico sulla base dei testi riportati, con cautela, e solo dopo un'adeguata indagine –che è da condurre a parte– sulle fonti

<sup>76</sup> D'ORS, A., «Aspectos objetivos y subjetivos...», cit., p. 297. En la página siguiente expone una serie de textos en los que el término *ius* aparece en su sentido subjetivo: D. 2, 8, 7, pr.; 40, 11, 3; 48, 7, 7; 49, 17, 19, 2; etcétera.

<sup>77</sup> D. 1, 3, 41.

<sup>78</sup> D'ORS, A., «Aspectos objetivos y subjetivos...», cit., p. 299.

<sup>79</sup> D'ORS, A., *ibidem*.

postclassiche»<sup>80</sup>. Y prácticamente idénticas son las manifestaciones que Ionescu realizó en torno a esta cuestión<sup>81</sup>.

Por tanto, es necesario acudir a los textos postclásicos para vislumbrar los matices subjetivos del *ius*; los jurisprudentes postclásicos fueron los verdaderos *precursores* de los modernos en la distinción entre *res iusta* y ordenamiento (Derecho objetivo), por un lado, y determinadas facultades (derechos subjetivos), por otro, distinción que no es posible apreciar en el pensamiento clásico<sup>82</sup>. A partir del período posclásico, la idea del derecho subjetivo irá introduciéndose cada vez más en el pensamiento jurídico, y muchos serán los juristas que al comentar los textos romanos se fijan en mayor medida en esta faceta del derecho.

---

<sup>80</sup> GIOFFREDI, «Osservazioni sul problema del diritto soggettivo...», cit., p. 238. En el mismo sentido se pronuncia H. COING, que diferencia las épocas arcaica y clásica, en las que el derecho subjetivo apenas tiene importancia, y la época postclásica, en la que comienzan a afianzarse algunas figuras más propias del subjetivismo; cfr. su «Zur Geschichte des Begriffs subjektives Recht», cit., pp. 8-14.

<sup>81</sup> Cfr. IONESCU, «La notion de droit subjectif dans le droit privé», cit., pp. 23 ss.

<sup>82</sup> Albanese sitúa al final de la República el *nacimiento* de la idea del derecho subjetivo, que sería perfilado en etapas posteriores, y así expone que «noi, per conto nostro, non condividiamo questa opinione [se refiere a la negación taxativa de Villey en su primer artículo, después matizada]. Non ci sembra discutibile un ricorrere del termine *ius* in senso subiettivo nelle fonti, anche se non isolato linguisticamente da un più ampio senso, o valore, attributivo. Ci avviciniamo alquanto alla posizione accennata ora nell'affermazione dell'utilizzazione sistematica limitata e relativamente tarda di questa accezione soggettiva. Essa, per noi, si è operata sulla fine della Repubblica in connessione ad un processo graduale di autonomizzazione di specifiche situazioni soggettive (diritti soggettivi, nel senso corrente: diritto di credito, di successione, diritti reali frazionari) da un'originaria, indifferenziata situazione soggettiva di prevalenza (*meum esse*)». ALBANESE, B., «Appunti sui alcuni...», cit., p. 10.



# Hacia una «cartografía» del poder: Michel Foucault

Por ÓSCAR MORO ABADÍA  
y ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE  
Universidad de Cantabria

*INTRODUCCIÓN:* El presente artículo propone una definición del poder a través del trabajo de Michel Foucault. De acuerdo con la línea de interpretación que aquí esbozamos, Foucault concibió el poder a través de tres grandes líneas: La naturaleza jurídico-represiva del poder (el poder como *negación*), el poder como un campo de producción de saber (el poder como *producción*) y el poder como un tipo de relación que el individuo establece consigo mismo para transformarse en *sujeto* (el poder como un proceso de *subjetivación*). El objetivo de este artículo es elaborar una cartografía del poder (metaconcepto esencial en el ámbito de la filosofía del derecho) a partir de estas tres dimensiones.

## 1. FOUCAULT Y LA DEFINICIÓN DEL PODER: APUNTES METODOLÓGICOS

Con respecto al poder, el trabajo de Michel Foucault (1926-1984) podría interpretarse como el intento de escapar de la *incertidumbre* nacida en la convergencia de una doble constatación: la falta de una definición válida sobre su naturaleza <sup>1</sup> y la necesidad de elaborar una

---

<sup>1</sup> «Esta dificultad, nuestra zozobra para encontrar formas de lucha adecuadas, ¿no proviene de que aún ignoramos qué es el poder? Después de todo fue necesario esperar hasta el siglo XIX para saber lo que era la explotación, pero seguimos quizá sin saber qué es el poder», en FOUCAULT, M., «Los intelectuales y el poder», en *Estrategias de poder. Obras esenciales*. Volumen II, Paidós, Barcelona, 1999 (original 1972), p. 111.

serie de instrumentos metodológicos que nos permitan comprender su funcionamiento<sup>2</sup>. Esa inquietud, presente a lo largo de toda su trayectoria, ha llevado a numerosos autores a plantear la importancia de la reflexión foucaultiana sobre el poder y a tratar de determinar sus claves. Pasados veinte años de la muerte del filósofo, la cantidad de libros, artículos, ensayos, congresos, etc., acumulados sobre este tema es tan considerable que, quizá, la mejor manera de comenzar esta introducción sea planteando una pregunta siempre pertinente: ¿Qué podemos aportar nosotros a tan ingente bibliografía?

En líneas generales, la mayoría de estos trabajos han tratado de establecer las diferentes etapas a través de las cuales Foucault definió el poder. Simplificando mucho, se han venido considerando dos períodos: Un primer momento, que se prolonga desde *Histoire de la folie* (1961) hasta inicios de los años setenta, en el que Foucault definió el poder a partir del concepto de *represión* y un segundo período, hasta finales de los setenta, donde el conjunto del análisis foucaultiano se apoyó sobre la idea del poder como una situación estratégica esencialmente *productiva*. En nuestra opinión, dos problemas se derivan de este esquema.

En primer lugar, la consideración de la segunda etapa como una superación de la primera: la idea de que Foucault pensó el poder *primero* en términos de represión y *después*, abandonando esa intuición inicial, a partir del concepto de producción. Sin embargo, y como el propio filósofo no se cansa de repetir en el primer volumen de *L'Histoire de la sexualité*, la consideración de la dimensión productiva del poder no significa la negación de su carácter represivo, sino la inclusión del mismo en un *dispositivo* más amplio<sup>3</sup>.

En segundo lugar, la mayoría de los críticos parecen coincidir en señalar que los dos últimos libros de Foucault (*L'usage des plaisirs* y *Le souci de soi*) no abordan el problema del poder sino lo que el filósofo denomina «las técnicas de si», mediante las cuales «los hombres

<sup>2</sup> En 1977 Foucault resumía su problema: «Necesidad de pensar ese problema del poder y ausencia de instrumentos conceptuales para pensarlo», en FOUCAULT, M., «Pouvoir et savoir», en *Michel Foucault. Dits et écrits II. 1976-1988*, París, Gallimard, 2001 (original 1977), p. 401. En la misma entrevista, definía su trabajo como un intento de escribir una historia de los mecanismos de poder y reconocía: «Es cierto que no tengo [...] instrumentos hechos para construir esto [se refiere a la historia de los mecanismos de poder]. No tengo una concepción global y general del poder. Sin duda, alguien llegará después de mí y lo hará», en *Idem*, p. 402.

<sup>3</sup> «Entendámonos: no pretendo que el sexo no haya sido prohibido o tachado o enmascarado o ignorado desde la edad clásica [...]. No digo que la prohibición del sexo sea una engañifa, sino que lo es troncarla en el elemento fundamental y constituyente a partir del cual se podría escribir la historia de lo que ha sido dicho a propósito del sexo en la época moderna. Todos esos elementos negativos –prohibiciones, rechazos, censuras, denegaciones– que la hipótesis represiva reagrupa en un gran mecanismo central destinado a decir no, sin duda sólo son piezas que tienen un papel local y táctico que desempeñar en una puesta en discurso, en una técnica de poder, en una voluntad de saber que están lejos de reducirse a dichos elementos.» en FOUCAULT, M., *La voluntad de saber*, Siglo XXI, Madrid, 1989 (original 1976), pp. 19-20.

no sólo se fijan reglas de conducta, sino que buscan transformarse a sí mismos»<sup>4</sup>. Aunque esta interpretación se ajusta bien a la lectura retrospectiva que Foucault hace de su propio trabajo<sup>5</sup>, lo cierto es que *también* pueden leerse dichos libros como la formulación de una dimensión del poder (el poder como un tipo de relación que el individuo establece consigo mismo para transformarse en *sujeto*) que añadiría un nuevo registro, rara vez señalado, a los ya mencionados.

Para escapar de los problemas generados por el modelo de interpretación dominante, proponemos aquí una alternativa a partir de dos metáforas utilizadas por Gilles Deleuze: el mapa (*la carte*) y el pliegue (*le pli*). De este modo, *pretendemos construir un mapa del poder siguiendo los pliegues del pensamiento de Foucault*.

En primer lugar, queremos escapar de la lógica del calco (*le calque*) y de la reproducción. El calco procede por *estructuración*, representa solamente aquello que es capaz de fijar, cree en la existencia de un elemento primero que aspira a reproducir con la mayor fidelidad posible. El calco se limita a fijar la multiplicidad de elementos que fluyen a través de Foucault en relación con el poder, imagina una única definición válida (un referente final), *define etapas* (necesariamente *consecutivas*) que neutralizan las intensidades que atravesaron la reflexión del filósofo.

Frente al calco, «El mapa es abierto, conectable en todas sus dimensiones, desmontable, reversible, susceptible de recibir constantes modificaciones [...]. Contrariamente a un calco que vuelve siempre a «lo mismo», un mapa tiene múltiples entradas»<sup>6</sup>. Como el calco, el mapa se apoya sobre elementos estáticos, pero, a diferencia de aquél, deja fluir las intensidades a su través. El mapa no define etapas

<sup>4</sup> FOUCAULT, M., *El uso de los placeres*, Siglo XXI, Madrid, 1987 (original 1984), p. 14.

<sup>5</sup> En una conocida conversación acontecida en Berkeley en abril de 1983 con Hubert Dreyfus y Paul Rabinow, Foucault resumía su trabajo a través de tres etapas distintas que se corresponden con tres dominios genealógicos: la verdad, el poder, la moral. La primera, desde *La Naissance de la clinique* hasta *L'archéologie du savoir* (1969), aborda una ontología histórica de nosotros mismos en nuestras relaciones con la verdad. La segunda, que incluye *Surveiller et punir* (1975), plantea una ontología histórica de nosotros mismos en nuestras relaciones con un campo de poder. La tercera, que incluye los tres volúmenes de *L'Histoire de la sexualité* (1976-1984), esboza una ontología histórica de nuestras relaciones con la moral (FOUCAULT, M., «À propos de la généalogie de l'éthique: un aperçu du travail en cours», en *Michel Foucault. Dits et écrits II. 1976-1988*, Gallimard, París, 2001 (original 1983). p. 1212). En la introducción a *L'usage des plaisirs*, Foucault insiste en definir su trayectoria a través de esas tres etapas pero introduce una *modificación* al considerar que el primer volumen de *L'Histoire de la sexualité* (*La volonté de savoir*) debe incluirse entre sus análisis sobre el poder (FOUCAULT, M., *El uso de los placeres*, Siglo XXI, Madrid, 1986 (original 1984), pp. 7-16. En este sentido, es el propio Foucault quien (al situar sus análisis sobre el poder entre 1970 y 1976 y al hablar de un tercer desplazamiento que le llevó hasta «los modos de subjetivación») ha dificultado la investigación sobre el problema del poder en sus últimos libros.

<sup>6</sup> DELEUZE, G. y GUATTARI, F., *Rizoma (Introducción)*, Pre-textos, Valencia, 2000, (original 1976), p. 29.

sino que identifica *dimensiones* o *niveles* que más que sucederse se encabalgan, se apoyan, se complementan. En definitiva, no creemos útil *reproducir* una definición del poder según Foucault (ya no creemos en el Uno), sino que queremos *crear* un mapa del poder tomando como materiales de construcción la reflexión del filósofo.

Deleuze utilizó otra figura, el pliegue (*le pli*) que puede ayudarnos a construir el mapa. Según el coautor de *L'anti-Œdipe*, lo esencial es acceder a la lógica del pensamiento de Foucault: «La lógica de un pensamiento es una especie de corriente que nos arrastra, una serie de ráfagas o de sacudidas. Como decía Leibniz, cuando creíamos haber llegado a puerto nos encontramos de nuevo en alta mar. Este es el caso de Foucault. Su pensamiento no deja de añadir nuevas dimensiones.»<sup>7</sup> Tenemos que conocer esa lógica para determinar las direcciones, los flujos, los vaivenes de la producción de Foucault en torno al poder. Y el pensamiento de Foucault quizá pueda tomar la imagen de un pliegue. Más que operar a través de rupturas, parece plegarse y desplegarse. Nunca acaba. Tampoco empieza. Se arruga, se estira, se dobla. Pretendemos seguir esa línea, determinar las fuerzas que la atravesaron y que la hicieron plegarse: «¿Qué es lo que le obliga a aventurarse en tal o cuál dirección, a recorrer tal o cuál camino, siempre inesperado?»<sup>8</sup>.

¿Por qué partir de esa combinación tan extraña: un mapa y un pliegue? Porque la filosofía, como dice Heidegger, comienza con un *estado de ánimo*: la angustia, la curiosidad, la euforia. En Foucault, «el pensamiento no es nunca una cuestión teórica. Se trataba de problemas vitales. Era la vida misma.»<sup>9</sup> Hay que llegar a su pensamiento a través de las crisis que lo recorrieron y que actuaron como motor. Crisis que nacen de la propia consideración del pensamiento como un acto peligroso, «una máquina de guerra», una violencia que ejercemos sobre nosotros mismos: «Hay que considerar una obra en su totalidad, seguirla más que juzgarla, recorrer sus bifurcaciones, sus estancamientos, sus ascensos, sus brechas, aceptarla, recibirla entera. De otro modo no se comprende nada.»<sup>10</sup>

Nuestro mapa se compone de tres dimensiones: el poder como represión, el poder como producción, el poder como una cierta relación que el individuo establece consigo mismo. Estas tres dimensiones no corresponden a tres concepciones diferentes del poder, tampoco a tres momentos consecutivos. Foucault no consideró *primero* el poder como algo represivo, *después* como algo productivo y *finalmente* como una relación que mantenemos con nosotros mismos. Más bien parece que su pensamiento operase por *expansión*. Se expande como

<sup>7</sup> DELEUZE, G., *Conversaciones*, Pre-textos, Valencia, 1995 (original 1990), pp. 153-154.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 154.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 170.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 139.

si la línea que lo conforma, a fuerza de plegarse, fuera capaz de acumular cada vez más perspectivas. Siempre la reflexión sobre el poder, pero primero centrada casi exclusivamente en uno de sus registros (el represivo). Lo vemos en *L'histoire de la folie* y en *L'Ordre du discours*. Después, la línea se pliega sometida a la presión de diferentes fuerzas (*Groupe des Informations des Prison*, mayo del sesenta y ocho, la estancia en Túnez) y en la violencia de ese movimiento añade una segunda dimensión: el poder como una situación productiva. Esta idea recorre *Surveiller et punir* y *La volonté de savoir*, libros que no niegan la naturaleza represiva del poder sino que más bien la completan<sup>11</sup>. Pero el pliegue continúa, «siempre hay un pliegue en el pliegue, como también hay una caverna en la caverna»<sup>12</sup>. Y en los últimos años la línea se pliega tanto que ya sólo vemos el pliegue. El vaivén se hace tan intenso que Foucault no escribe un sólo libro durante ocho años; la marea le arrastra en un movimiento que conocemos mal. Sin embargo, al final, justo antes de que el pliegue se detenga para siempre, la línea, ya casi imperceptible, nos muestra una nueva dimensión a través de dos libros *L'usage des plaisirs* y *Le souci de soi*. Después, el silencio.

## 2. PRIMERA DIMENSIÓN: LA HIPÓTESIS REPRESIVA

La primera dimensión que Foucault maneja es la naturaleza represiva del poder o lo que en otras ocasiones denomina «la concepción jurídica del poder». Dicha concepción define el poder de un modo esencialmente *negativo*: «el significado del poder, el núcleo central, aquello en que consiste el poder, sigue siendo la prohibición, la ley, el hecho de decir no, y una vez más, la fórmula “no debes”. El poder es esencialmente el que dice “no debes”»<sup>13</sup>. Esta hipótesis se convirtió en el paradigma para *pensar* el poder durante los años sesenta<sup>14</sup> y, de hecho, es la dimensión sobre la que Foucault trabajó en sus primeros libros. Es la idea que subyace, por ejemplo, en *Histoire de la folie* (1961), *Naissance de la clinique* (1963) o *L'ordre*

<sup>11</sup> «Las dudas que quisiera oponer a la hipótesis represiva se proponen menos mostrar que ésta es falsa que colocarla en una economía general de los discursos sobre el sexo en el interior de las sociedades modernas a partir del siglo XVII», en FOUCAULT, M., *La voluntad de saber*, Siglo XXI, Madrid, 1989 (original 1976), p. 18.

<sup>12</sup> DELEUZE, G.; *El pliegue*, Paidós, Barcelona, 1988, p. 14.

<sup>13</sup> FOUCAULT, M., «Las mallas del poder», *Estética, ética y hermenéutica. Obras esenciales*. Volumen III, Paidós, Barcelona, 1999 (original 1981), p. 236.

<sup>14</sup> «Para analizar las relaciones de poder apenas si disponemos por el momento más que de dos modelos: el que nos propone el derecho (el poder como ley, prohibición, institución) y el modelo guerrero o estratégico en términos de relación de fuerzas», en FOUCAULT, M., «No al sexo rey», en *Michel Foucault. Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Alianza, Madrid, 1988, (original 1977), p. 162.

*du discours* (1971). Como el propio filósofo señala, la naturaleza de su objeto de estudio (la locura, la psiquiatría) le permitió entonces manejar una definición *negativa* del poder, «pues la locura es un caso privilegiado: durante el período clásico, el poder se ejerce sobre la locura sin duda bajo la forma privilegiada de la exclusión; se asiste entonces a una gran reacción de rechazo en la que la locura se encontró implicada. De tal forma que, analizando este hecho, he podido utilizar, sin excesivos problemas, una concepción puramente negativa del poder.»<sup>15</sup>

Sin embargo, a partir de 1970-1972, Foucault va a considerar esa dimensión *insuficiente* (que no superada). Esta es la razón que le lleva a emprender la genealogía de la *hipótesis represiva*<sup>16</sup> del poder a través de dos preguntas: ¿Cuál es el origen histórico de la misma?, ¿por qué se consolidó como modelo hegemónico a la hora de analizar el poder?

Foucault considera un doble origen histórico de dicha hipótesis. En primer lugar, la reducción del problema del poder al problema de la soberanía. Muchas de las instituciones de poder que hoy conocemos y que se desarrollaron en la Edad Media (p. e., la monarquía) lo hicieron sobre un conjunto de poder atomizado y heterogéneo que se había constituido en torno a la propiedad de la tierra, el vasallaje o la servidumbre. Las monarquías hubieron de imponer su orden sobre un conjunto amplio y lo hicieron utilizando el derecho como instrumento: «El derecho no fue simplemente un arma manejada hábilmente por los monarcas; fue el modo de manifestación y la forma de aceptabilidad del sistema monárquico. A partir de la Edad Media, en las sociedades occidentales el ejercicio del poder se formula siempre en el derecho.»<sup>17</sup> De este modo, las monarquías occidentales se constituyeron sobre el derecho y sobre una concepción negativa del poder de la que todavía no hemos podido liberarnos; seguimos pensando el poder a partir de la monarquía jurídica<sup>18</sup>. En segundo lugar, la *hipótesis represiva* se vio reforzada por la consolidación de la etnografía como disciplina científica a finales del siglo XIX. En opinión de Foucault, la etnografía se desarrolló influida por la concepción kantiana que considera el deber y el no deber como la oposición que regula la conducta humana<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> FOUCAULT, M., «Las relaciones de poder pasan al interior de los cuerpos», en *Microfísica del poder*, Ediciones de La Piqueta, Madrid, 1991 (original 1977), p. 154.

<sup>16</sup> FOUCAULT, M., *La voluntad de saber*, Siglo XXI, Madrid, 1984 (original 1976), p. 23.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 106.

<sup>18</sup> «Se permanece aferrado a cierta imagen del poder-ley, del poder-soberanía, que los teóricos del derecho y la institución monárquica dibujaron. Y hay que liberarse de esa imagen, es decir, del privilegio teórico de la ley y de la soberanía», en *Idem*, pp. 109-110.

<sup>19</sup> «La etnología siempre ha intentado detectar los sistemas de poder en sociedades distintas a la nuestra como si fueran sistemas de reglas. Y nosotros mismos,

Además de plantear una genealogía histórica de la *hipótesis represiva*, Foucault analiza las causas que provocaron que dicha hipótesis se convirtiera en el modelo hegemónico de análisis sobre el poder. Como bien han resumido Dreyfus y Rabinow, la hipótesis represiva implica no sólo una concepción negativa del poder, también determina el tipo de relación que éste mantiene con la verdad y la posibilidad de una liberación, «es decir, la idea de que la verdad se opone intrínsecamente al poder y, por tanto, juega rol de agente liberador.»<sup>20</sup> En opinión de Foucault, el éxito del discurso que interpreta el poder en términos de represión está relacionado con un triple fenómeno. En primer lugar, el llamado «beneficio del locutor»: «Quien usa ese lenguaje hasta cierto punto se coloca fuera del poder; hace tambalearse la ley; anticipa, aunque sea poco, la libertad futura.»<sup>21</sup> En segundo lugar, el poder sólo puede funcionar a condición de mostrar una cara (la represiva) que le permita esconder la complejidad de su naturaleza. En definitiva, la hipótesis represiva constituye parte esencial de aquello que denuncia: «el poder es tolerable sólo con la condición de enmascarar una parte importante del mismo. Su éxito está en proporción directa con lo que logra esconder en sus mecanismos»<sup>22</sup>. El secreto es parte de la naturaleza del poder o, más exactamente, es el mecanismo que permite su imposición y su aceptación. En tercer lugar, la hipótesis represiva procede a una *simplificación* que redundaba en beneficio del estudioso: sólo se considera una dimensión del poder (la interdicción) que puede ser aplicada a cualquier época y a no importa qué sociedad. En este sentido, esta hipótesis sobre el poder determina un doble proceso de subjetivación<sup>23</sup>: Con respecto a quien lo ejerce, el poder

---

cuando intentamos reflexionar sobre nuestra sociedad, sobre la manera en que se ejerce el poder, lo hacemos esencialmente a partir de una concepción jurídica: donde está el poder, quién lo detenta, qué reglas administran, cuál es el sistema de leyes que el poder establece sobre el cuerpo social.», en FOUCAULT, M., «Las mallas del poder», *Estética, ética y hermenéutica. Obras esenciales. Volumen III*, Paidós, Barcelona, 1999 (original 1981), p. 236.

<sup>20</sup> DREYFUS, H. y RABINOW, P., *Un parcours philosophique. Au-delà de l'objectivité et de la subjectivité*, París, Gallimard, 1992 (original 1982), p. 187.

<sup>21</sup> FOUCAULT, M., *La voluntad de saber*, Siglo XXI, Madrid, 1984 (original 1976), p. 13.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 105.

<sup>23</sup> Este es un problema importante y poco explorado: la importancia de la dimensión represiva del poder en los procesos de subjetivación. Tomando como punto de partida los dos últimos volúmenes de la historia de la sexualidad y la interpretación retrospectiva que el filósofo hace de su propio trabajo (especialmente en el apartado titulado «Modificaciones», incluido en la introducción a *L'usage des plaisirs*) la mayoría de los estudios han abordado la cuestión de los procesos de subjetivación exclusivamente a partir de esos dos libros. Efectivamente, es el propio Foucault quien determinó esta interpretación al hablar de un tercer desplazamiento teórico (después de un primero que le llevó hasta la arqueología del saber y un segundo que le condujo a una genealogía del poder) que, en los últimos años de su vida, le habría llevado a analizar «lo que se ha designado como el problema de “el sujeto”; convenía buscar cuáles son las formas y las modalidades de la relación consigo mismo por las que el individuo se constituye y se reconoce como sujeto» (en FOUCAULT, M., *El uso de los*

pasa a ser pensado en tanto que Sujeto absoluto y opresor al que hay que asesinar (el Rey o el Tirano del revolucionario, el Padre del psicoanalista, el Burgués del marxista). Con respecto a quien lo soporta, la hipótesis represiva imagina un sujeto para afirmar la realidad de la prohibición: «Se tiende generalmente a subjetivar determinando el punto en el que se hace la aceptación de lo prohibido, el punto en el que se dice sí o no al poder»<sup>24</sup>.

### 3. EL PLIEGUE HACIA UNA SEGUNDA DIMENSIÓN DEL PODER

Aunque no sean las únicas, vamos a considerar ahora tres fuerzas que, como tres intensas sacudidas, atraviesan a Foucault hasta llevarle a una nueva manera de comprender el poder: mayo de 1968, Túnez y el *Groupe des Informations sur les prisons*.

#### 3.1 La naturaleza *estratégica* del poder: Mayo de 1968

Michel Foucault no participó directamente en los acontecimientos de mayo del sesenta y ocho<sup>25</sup>. Su contacto con los movimientos de protesta estudiantil se produjo en Túnez, circunstancia que tuvo implicaciones importantes en su percepción de la revuelta. Sin embargo, tal y como señala Deleuze, los sucesos de París influyeron notablemente en su manera de comprender el poder, al poner en descubierto «todas las relaciones de poder allí donde se ejercían, es decir, en todas partes. Hasta entonces Foucault había analizado ante todo las formas. Da un salto hacia lo informe, hacia un elemento que él mismo denomina “microfísico”. Y esto durará hasta *La voluntad de saber*»<sup>26</sup>. En el sesenta y ocho se produce una coyuntura que le permitió acercarse a la complejidad del funcionamiento del poder. Frente a quienes continuaron interpretándolo únicamente en su vertiente negativa (el poder que aplasta la protesta), Foucault sugirió otra lectura: el poder *también* es una disposición estratégica de fuerzas que

---

*placeres*, Siglo XXI, Madrid, 1987 (original 1984), p. 13. Sin embargo, parece importante preguntarse por la influencia de otras dimensiones del poder (y no solamente de aquella que se refiere al poder que uno ejerce sobre uno mismo) en la constitución de dichos procesos.

<sup>24</sup> FOUCAULT, M., «Poderes y estrategias», en *Michel Foucault: Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Alianza Editorial, Madrid, 1988 (original 1977), p. 80.

<sup>25</sup> «Y las casualidades de la vida quisieron que ocurriera allí, en Túnez, en el mismo momento en el que los intelectuales franceses iban a verse sumidos en el torbellino de Mayo del 68, del que Foucault apenas llegó a ver algo: tan sólo regresó a París, por unos días, a finales de mayo.», en ERIBON, D., *Michel Foucault*, Barcelona, Anagrama, 1989, p. 236.

<sup>26</sup> DELEUZE, G.; *Conversaciones*, Pre-textos, Valencia, 1995 (original 1990), p. 169.



atraviesa la sociedad y que se expresa tanto en la represión del gobierno como en la organización de la revuelta o en las relaciones personales de los individuos. Esa primera aproximación a la naturaleza estratégica del poder sólo fue posible a raíz del sesenta y ocho <sup>27</sup>.

### 3.2 El poder como *práctica*: Túnez

El contacto con los movimientos de protesta estudiantil se produjo en Túnez, donde Foucault se encontraba trabajando <sup>28</sup>. Podríamos señalar al menos dos procesos fundamentales en relación con estos acontecimientos: por un lado, significaron el comienzo de la participación política *activa* de Foucault <sup>29</sup> y, por otro, le ayudaron a perfilar una cierta manera de comprender la relación entre teoría y práctica. En realidad, no se trata de procesos independientes sino de las dos caras de una misma moneda. Como el propio filósofo reconoce, «allí en Túnez me vi llevado a aportar una ayuda concreta a los estudiantes [...] en cierto modo, tuve que meterme en el debate político» <sup>30</sup>. Obligado a «saltar a la arena», Foucault se dio cuenta del rol jugado por la ideología y de la función catalizadora de determinadas teorías políticas (como, por ejemplo, el marxismo). La consecuencia fundamental de todo ello

---

<sup>27</sup> Al menos en un par de ocasiones Foucault reconoce la importancia de los acontecimientos de París en su trabajo: «Me parece que, hasta 1960-1965, los análisis de poder, los análisis críticos, a la vez teóricos y prácticos, han girado esencialmente en relación a la noción de represión: renunciar el poder represivo, hacerlo visible, luchar contra él. Pero, a continuación, tras los cambios que tuvieron lugar en 1968, es necesario abordarlo en un registro muy distinto», FOUCAULT, M., «Asilos, sexualidad, prisiones», en *Estrategias de poder. Obras esenciales*. Volumen II, Paidós, Barcelona, 1999 (original 1975), p. 285. Dos años más tarde, escribía en relación a su trabajo sobre el poder: «Sólo pudo empezar a hacerse este trabajo tras 1968, es decir, a partir de las luchas cotidianas llevadas a cabo por la base, por los que tenían que debatirse en las mallas más finas de la red del poder. Es allí donde apareció lo concreto del poder, y a la vez, la fecundidad verosímil de estos análisis de poder.», en FOUCAULT, M., «Verdad y poder. Diálogo con M. Fontana», en *Michel Foucault: Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Alianza Editorial, Madrid, 1988 (original 1977), pp. 134-135.

<sup>28</sup> La agitación había comenzado en 1966 a raíz de algunos episodios de represión policial. Sin embargo, la verdadera protesta se inició en junio de 1967, después de la victoria israelí en la Guerra de los Seis Días. La capital tunecina se vio envuelta en un estallido de violencia que acabó con algunos episodios antisemitas y que generó una situación de permanente conflicto en la universidad durante algo más de un año, con el punto culminante de marzo de 1968 provocado por la visita al país del vicepresidente norteamericano Hubert Humphrey. La represión policial (cuyos miembros encarcelaron y torturaron a los principales líderes del movimiento estudiantil, entre los que se encontraban numerosos alumnos de Foucault) provocó la condena de los intelectuales franceses que trabajaban en Túnez en ese momento.

<sup>29</sup> Ciertamente es que Foucault se había afiliado al Partido Comunista en 1950 (partido que abandonaría tres años más tarde), «pero Foucault nunca participaba en las actividades militantes [...]. Según todos los testimonios de la época, Foucault no fue un militante muy fervoroso.», en ERIBON, D., *Michel Foucault*, Anagrama, Barcelona, 1989, pp. 84-85.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 239.

fue la necesidad de priorizar el estudio de las *prácticas* con respecto a la teoría <sup>31</sup>. Durante su breve retorno a París, Foucault se dio cuenta de lo que el mismo denominó la *hypermarxisation* del debate político: una vorágine de grandilocuentes discursos, teorías, discusiones. Todo lo contrario que las luchas concretas de los estudiantes tunecinos <sup>32</sup>, alejadas de la magnificencia parisina e imbuidas de carácter práctico. La percepción de esa diferencia está en la base de la teoría foucaultiana sobre el *intelectual específico* y, sobre todo, en los cambios en su manera de abordar el estudio del poder: ya no trata de elaborar un estudio teórico del poder, sino de analizar *prácticas*, campos de experiencia donde el poder se ejerce, espacios privilegiados donde se manifiesta más claramente. Esta idea, con sus vaivenes y *modificaciones*, es fundamental para comprender los dos últimos volúmenes de *L'Histoire de la sexualité*. Allí, Foucault no va a analizar la producción teórica de la Grecia clásica con respecto a lo que hoy denominamos «sexualidad», sino que su objetivo es «buscar a partir de qué regiones de la experiencia y bajo qué formas se problematizó el comportamiento sexual, convirtiéndose en objeto de inquietud, elemento de reflexión, materia de estilización» <sup>33</sup>.

### 3.3 El poder como *dispositivo*: *Le Groupe des Informations sur les Prisons*

El tercer acontecimiento que determinó el pliegue del pensamiento de Foucault hacia una dimensión productiva del poder fue su experiencia en *Le Groupe des Informations sur les Prisons* <sup>34</sup>. «A partir de un cierto momento me pareció [la hipótesis represiva] insuficiente, y esto ocurrió en el transcurso de una experiencia concreta que yo he realizado a partir de los años 71-72 en relación con las prisiones. El caso de la penalidad me convenció de que el análisis no debía hacerse en términos de derecho precisamente, sino en términos de tecnología, en términos de

<sup>31</sup> Más aún, en algunas ocasiones Foucault propone renunciar a tomar como punto de partida la división entre teoría y práctica: «La teoría no expresa, no traduce, no aplica una práctica, es una práctica. Pero local y regional, como usted lo dice: no totalizadora», en FOUCAULT, M., «Les intellectuels et le pouvoir», en *Michel Foucault. Estrategias de poder. Obras esenciales*, Volumen II, Paidós, Barcelona, 1999 (original 1972), p. 107.

<sup>32</sup> «No hay comparación entre las barricadas del Barrio Latino y el riesgo real de pasar quince años de prisión, como en Túnez», en MACEY, D., 1993. *Las vidas de Michel Foucault*, Cátedra, Madrid, 1995 (original 1993), p. 268.

<sup>33</sup> FOUCAULT, M., *El uso de los placeres*, Siglo XXI, Madrid, 1987 (original 1984), p. 25.

<sup>34</sup> El 8 de febrero de 1971, J. M. Domenach, P. Vidal-Naquet y M. Foucault distribuyen a la prensa el manifiesto de constitución del G.I.P. (*Le Groupe d'information sur les prisons*), grupo constituido para «dejar la palabra a aquellos que tienen una experiencia de la prisión», en FOUCAULT, M., «Sur les prisons», *J'accuse*, núm. 3, 15 marzo de 1971, p. 26. La idea del grupo era la siguiente: no se trata de ayudar a los presos a tomar conciencia de la opresión (conciencia que tienen perfectamente clara) sino de quebrar el régimen de silencio que el poder les impone, abriendo nuevas vías a la comunicación entre los presos y entre éstos y el resto de la sociedad.

táctica y estrategia, y es esa sustitución de un esquema jurídico y negativo por otro técnico y estratégico lo que he intentado elaborar en *Vigilar y castigar*, y utilizar después en *La Historia de la sexualidad*»<sup>35</sup>.

Su trabajo en el GIP le permite introducir una modificación decisiva en su manera de *representar* el poder. Hasta ese momento, Foucault había visualizado el poder a partir de un esquema que Deleuze y Guattari llamaron *árbol-raíz*<sup>36</sup>: el Poder emana de un punto (el árbol) y se expande a través de sus raíces. Esta imagen remite a un sistema jerárquico donde todas las relaciones que se esparcen, *de arriba hacia abajo*, por el cuerpo social son deducidas a partir de la existencia de una unidad primera (el árbol que simboliza la *esencia* de un Poder metafísico, todopoderoso, colocado siempre *encima* de la sociedad). Sin embargo, a inicios de la década de los setenta, Foucault va a representar el poder de otro modo: a través de la imagen de una retícula o *dispositivo*<sup>37</sup>: «Un dispositivo es una especie de ovillo o madeja, un conjunto multilíneo. Está compuesto de líneas de diferente naturaleza y esas líneas del dispositivo no abarcan ni rodean sistemas cada uno de los cuales serían homogéneos por su cuenta (el objeto, el sujeto, el lenguaje), sino que siguen direcciones diferentes, forman procesos siempre en desequilibrio y esas líneas tanto se acercan unas a otras como se alejan unas de otras»<sup>38</sup>. El dispositivo remite a la imagen de una *red* compuesta de una multiplicidad de elementos y a las relaciones que éstos establecen entre sí. Esa imagen simboliza un cambio profundo en la concepción del poder: «Poder que no se encuentra ubicado históricamente en las instancias superiores de la censura, sino que también se sumerge más profundamente, más sutilmente, en todo el entramado de la sociedad»<sup>39</sup>. El trabajo del intelectual consistirá no

<sup>35</sup> FOUCAULT, M., «Las relaciones de poder pasan al interior de los cuerpos», en *Microfísica del poder*, Ediciones de La Piqueta, Madrid, 1991 (original 1977), p. 154.

<sup>36</sup> Deleuze y Guattari denuncian cómo el pensamiento occidental, desde la biología a la lingüística, ha adoptado la imagen de un *árbol-raíz*. Esta imagen supone la existencia de «una fuerte unidad principal» sobre la que pivotan las raíces secundarias, de tal modo que «el árbol o la raíz inspiran una triste imagen del pensamiento que no cesa de imitar lo múltiple a partir de una unidad superior, de centro o de segmento», en DELEUZE, G. y GUATTARI, F., *Rizoma (Introducción)*, Valencia, Pre-textos, 2000, (original 1976), p. 36. Frente a ello, estos autores proponen sistemas de tipo *rizoma*: «Haced rizoma y no raíz, no plantéis nunca! ¡No sembréis, horadad! ¡No seáis ni uno ni múltiple, sed multiplicidades! ¡Haced la línea, no el punto! (en *Idem*, p. 56).

<sup>37</sup> Foucault define el dispositivo como la red que se puede establecer entre un conjunto heterogéneo de elementos que incluye discursos, instituciones, reglamentos, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos, proposiciones filosóficas y morales. El dispositivo describe el tipo de relación que puede establecerse entre estos componentes: «Entre estos elementos, discursivos o no, existe como un juego, de los cambios de posición, de las modificaciones de funciones que pueden, éstas también, ser muy diferentes», en FOUCAULT, M., «El juego de Michel Foucault», en *Saber y verdad*, Las Ediciones de la Piqueta, Madrid, 1991 (original 1977), p. 129.

<sup>38</sup> DELEUZE, G.; «¿Qué es un dispositivo?», en *Michel Foucault, filósofo*, Gedisa, Barcelona, 1990 (original 1989), p. 155.

<sup>39</sup> FOUCAULT, M., «Los intelectuales y el poder», en *Estrategias de poder. Obras esenciales*. Volumen II, Paidós, Barcelona, 1999 (original 1972), p. 107.

tanto en denunciar la existencia de una represión sino en hacer visible esa sutil red de poder que atraviesa la sociedad.

#### 4. SEGUNDA DIMENSIÓN: LA NATURALEZA *PRODUCTIVA* DEL PODER

Influido por el conjunto de vivencias que venimos de analizar, a mediados de la década de los setenta Foucault va a trabajar en la definición de una segunda dimensión del poder que nosotros llamaremos *productiva* y a la que el filósofo denominó el *bio-técnico-poder* o *bio-poder*. Una vez más, no estamos de acuerdo con la opinión que defiende que Foucault «desarrolla una interpretación radicalmente diferente [del poder] para oponerse a la hipótesis represiva»<sup>40</sup>. El bio-poder no se opone a la hipótesis represiva, sino que la incluye en un campo de relaciones más amplio. No se trata de negar la existencia de ciertos mecanismos como la exclusión o la represión, sino de «desplazar los acentos y hacer aparecer los mecanismos positivos allí donde, generalmente, se privilegian los mecanismos negativos»<sup>41</sup>. En este sentido, cabría hablar de dos grandes líneas que articulan esta nueva dimensión: el bio-poder define un campo de relación entre fuerzas y el bio-poder es productivo.

##### 4.1 El poder define un campo relacional

Lo propio de la hipótesis represiva era considerar el poder en tanto que *cosa*: el poder como algo concreto, tangible, que puede ser identificado con facilidad y que se despliega en una única dirección: la que une a quien lo detenta (siempre *arriba*) y a quien lo soporta (siempre *abajo*). A principios de los años setenta Foucault va a alejarse de esta perspectiva<sup>42</sup> y va a dar un salto que se resume en la distancia que separa el Poder con mayúsculas (propio de la *hipótesis represiva*) y las *relaciones de poder* (propias del bio-poder).

El sesenta y ocho había puesto en evidencia la *inmaterialidad* y la *omnipresencia* del poder: el poder es intangible e invisible, no puede ser ni traspasado<sup>43</sup> ni personificado, «no se ejerce a partir de un lugar

<sup>40</sup> DREYFUS, H. y RABINOW, P., *Un parcours philosophique. Au-delà de l'objectivité et de la subjectivité*, Gallimard, París, 1992 (original 1982), p. 187.

<sup>41</sup> FOUCAULT, M., «Las relaciones de poder pasan al interior de los cuerpos», en *Microfísica del poder*, Ediciones de La Piqueta, Madrid, 1991 (original 1977), p. 155.

<sup>42</sup> «No estoy de acuerdo con el análisis simplista que considera el poder como una única cosa», en FOUCAULT, M., «La verdad y las formas jurídicas», en *Estrategias de poder. Obras esenciales. Volumen II*, Paidós, Barcelona, 1999 (original 1973), pp. 277-278.

<sup>43</sup> «El poder no es algo que se adquiera, arranque o comparta, algo que se conserve o se deje escapar; el poder se ejerce a partir de innumerables puntos, y en el

único y soberano, sino que emana de abajo, de las entrañas del cuerpo social, procediendo de fuerzas locales, móviles y transitorias»<sup>44</sup>. En este sentido, no se concreta en uno o varios puntos, sino que es omnipresente: recorre el cuerpo social, lo atraviesa, lo constituye. Se genera allí donde dos fuerzas entran en contacto. Como totalidad, se produce a cada instante, se modifica constantemente y corrige su perímetro en cada movimiento: «son los pedestales móviles de las relaciones de fuerzas los que sin cesar inducen, por su desigualdad, estados de poder»<sup>45</sup>.

Por todo ello, Foucault propone olvidar el Poder con mayúsculas<sup>46</sup> y hablar de *relaciones de poder*<sup>47</sup>. Esta idea sugiere que la sociedad funciona a partir de múltiples regiones de poder<sup>48</sup> que se relacionan entre sí de acuerdo con diferentes patrones: yuxtaposición, oposición, coordinación, etc. Sin embargo, no reenvía solamente a una multiplicidad de relaciones de fuerza, remite también a un determinado *funcionamiento*: «es la manera en que funcionan las tecnologías políticas a través del cuerpo social»<sup>49</sup>. Por lo tanto, el concepto *relaciones de poder* designa tanto un conjunto de relaciones como su funcionamiento en conjuntos articulados. Además, frente a la lectura unidireccional del ejercicio del poder propuesta por la *hipótesis represiva*, las relaciones de poder se definen por su carácter multidireccional: la oposición entre opresores y oprimidos queda disuelta en favor de «amplios efectos de escisión que recorren el conjunto del cuerpo social. Éstos forman entonces una línea de fuerza general que atraviesa los enfren-

---

juego de sus relaciones móviles y no igualitarias» en FOUCAULT, M., *La voluntad de saber*, Siglo XXI, Madrid, 1989 (original 1976), p. 114.

<sup>44</sup> BLANCHOT, M., *Michel Foucault tal y como yo lo imagino*, Pre-Textos, Valencia, 1988 (original 1986), p. 18.

<sup>45</sup> FOUCAULT, M., *La voluntad de saber*, Siglo XXI, Madrid, 1984 (original 1976), p. 113.

<sup>46</sup> «Abordar el tema del poder [...] es darse por objeto de análisis las *relaciones de poder*, y no un poder», en FOUCAULT, M., «Le sujet et le pouvoir», en *Michel Foucault. Dits et écrits II. 1976-1988*, Gallimard, París, 2001 (original 1982) p. 1054. A partir de mediados de los setenta Foucault critica en varias ocasiones a quienes reducen los «análisis de las tecnologías de poder a una especie de metafísica del Poder con una P mayúscula [...]. En primer lugar, no empleo nunca la palabra poder con una P mayúscula; son ellos quien lo hacen», en FOUCAULT, M., «Précisions sur le pouvoir. Réponses à certaines critiques», en *Michel Foucault. Dits et écrits II. 1976-1988*, Gallimard, París, 2001 (original 1978). p. 630.

<sup>47</sup> «No existe un único poder en una sociedad, sino que existen relaciones de poder extraordinariamente numerosas, múltiples, en diferentes ámbitos, en los que unas se apoyan a otras y en las que unas se oponen a otras», en FOUCAULT, M., «La verdad y las formas jurídicas», en *Estrategias de poder. Obras esenciales. Volumen II*, Paidós, Barcelona, 1999 (original 1973), pp. 277-278.

<sup>48</sup> En este sentido, Foucault define la sociedad como «un archipiélago de poderes diferentes», en FOUCAULT, M., «Las mallas del poder», *Estética, ética y hermenéutica. Obras esenciales. Volumen III*, Paidós, Barcelona, 1999 (original 1981), p. 239.

<sup>49</sup> DREYFUS, H. y RABINOW, P.; *Un parcours philosophique. Au-delà de l'objectivité et de la subjectivité*, Gallimard, París, 1992 (original 1982), p. 265.

tamientos locales y los vincula»<sup>50</sup>. Son esos enfrentamientos los que constituyen la energía que soporta y estructura lo que podrían llamarse «las grandes dominaciones». El poder recorre la sociedad y la articula a partir de un concepto que Foucault repite a menudo: el *micro-poder*. El micro-poder se opone punto por punto al Poder metafísico: este último pertenece al mundo de las ideas, es abstracto y teórico; el primero es una práctica: concreto, preciso y estratégico.

#### 4.2 El poder es productivo<sup>51</sup>

Hacia 1972-1973, Foucault va a comenzar a trabajar en una idea que será clave en *Surveiller et punir* (1975) y en *La volonté de savoir* (1976): *El poder produce saber*<sup>52</sup>. Frente a la tradición que, desde Platón, establece la incompatibilidad entre ambos<sup>53</sup>, Foucault recupera el pensamiento nietzscheano para mostrar que «el poder produce saber [...] que poder y saber se implican directamente el uno al otro,

<sup>50</sup> FOUCAULT, M., *La voluntad de saber*, Siglo XXI, Madrid, 1989 (original 1976), pp. 114-115.

<sup>51</sup> La definición del carácter productivo del poder está relacionada con la influencia que *L'Anti-Édipe* (DELEUZE, G. y GUATTARI, F., *El anti-edipo. Capitalismo y esquizofrenia*, Paidós, Barcelona, 1985 (original 1972)) ejerció sobre Foucault. Allí, Deleuze y Guattari proponían «desedipizar el inconsciente, [...] más allá de toda ley» (*Idem*, p. 88) con el objetivo de liberar a la *producción deseante* del psicoanálisis. Este último (que «en vez de participar en una empresa de liberación efectiva [...] se une a la obra de represión burguesa más general». *Idem*, p. 54) reduce todo el deseo a la unidad familiar y lo interpreta siempre en términos de carencia. Frente a ello, Deleuze y Guattari proponen un esquizoanálisis que muestre al carácter *productivo* del deseo. Las conexiones entre *L'Anti-Édipe* y *La volonté de savoir* son evidentes.

<sup>52</sup> Un texto fundamental en este sentido es «La verdad y las formas jurídicas», resumen de un conjunto de conferencias pronunciadas por Michel Foucault en Río de Janeiro. FOUCAULT, M., «La verdad y las formas jurídicas», en *Estrategias de poder. Obras esenciales*. Volumen II, Paidós, Barcelona, 1999 (original 1973), pp. 169-281.

<sup>53</sup> En opinión de Foucault, en las sociedades europeas del oeste mediterráneo (finales del segundo milenio, comienzos del primero) saber y poder se correspondían exactamente, eran correlativos. El saber no existía sin el poder y viceversa. En Grecia esta asociación va a deshacerse: el hombre del poder pasará a ser el hombre de la ignorancia. Y esto fue así porque, frente a las opciones representadas por los modelos sofista y platónico, se optó por la segunda. Los sofistas interpretaban la constitución de un determinado saber como indisociable del ejercicio del poder, pero dicha concepción fue desterrada por el triunfo del platonismo y por la idea de que saber y poder son incompatibles: «Se puede decir que, siguiendo a Platón, toda la filosofía de Occidente consistió en establecer el máximo de distancia entre uno y otro. Esto dio lugar a los temas, por una parte, de la idealidad del saber, pero también dio lugar a otra muy curiosa y muy hipócrita división del trabajo entre los hombres de poder y los hombres de saber, dio lugar a este curioso personaje, el del sabio, el científico que debe renunciar a cualquier poder, renunciar a cualquier participación en la ciudad, para adquirir la verdad. Todo esto constituye la fábula que Occidente se cuenta a sí mismo para enmascarar su sed, su gigantesco apetito de poder sirviéndose del saber», en FOUCAULT, M., «De la arqueología a la dinástica», en *Estrategias de poder. Obras esenciales*. Volumen II, Paidós, Barcelona, 1999 (original 1973), p. 155.

que no existe relación de poder sin constitución relativa de un campo de saber, ni saber que no suponga y no constituya al mismo tiempo unas relaciones de poder»<sup>54</sup>. A través del análisis de ciertas prácticas, Foucault intenta mostrar cómo el poder no es algo exterior al sexo, al saber o al trabajo, sino que es inmanente a todos ellos: debe ser considerado un elemento *activo* en la producción económica, en la definición de las relaciones sexuales y en la constitución de un determinado saber. Paradigma del tipo de relación que Foucault establece entre saber y poder es su análisis de la *sexualidad*.

En opinión del filósofo, el bio-poder se desarrolló al comienzo de *l'âge classique* bajo dos formas principales relacionadas con la inscripción del poder en los cuerpos: la primera, centrada en el *cuerpo-especie*, implicó la aparición de todo un conjunto de categorías científicas (población, especie, sociedad) cuya definición está íntimamente ligada a su utilización política. La segunda, centrada en el *cuerpo-máquina* y relacionada con las disciplinas del cuerpo (o prácticas que pretenden adiestrarlo), tiene por objeto «producir un ser humano que pueda ser tratado como un “cuerpo dócil”. Pero este cuerpo dócil debe ser también un cuerpo productivo»<sup>55</sup>. A través de ambos fenómenos, la constitución de un determinado *saber* convierte al cuerpo en superficie de inscripción del *poder*. Así por ejemplo, durante los siglos XVIII y XIX se produce una explosión discursiva que tiene por objeto definir un conjunto de sexualidades periféricas: la sexualidad infantil, la sexualidad del loco, la homosexualidad, la sexualidad de «la innumerable familia de los perversos». Aquí, poder y saber se enlazan en un tipo de relación específica de nuestra modernidad: el examen<sup>56</sup>. El poder, que a través de la constitución de un determinado saber define estas perversidades, no pretende excluirlas, sino dotarlas de una existencia objetiva que hunde en los cuerpos. Ese poder «no fija fronteras a la sexualidad, prolonga sus diversas formas, persiguiéndolas según

<sup>54</sup> FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Madrid, 1992 (original 1975), p. 34.

<sup>55</sup> DREYFUS, H. y RABINOW, P., *Un parcours philosophique. Au-delà de l'objectivité et de la subjectivité*, Gallimard, París, 1992 (original 1982), p. 197.

<sup>56</sup> En *Surveiller et punir*, Foucault define las características principales de la forma de saber-poder propia de nuestra contemporaneidad: el examen. Al contrario que la encuesta, forma de saber-poder propia de la época clásica, el examen no dará lugar a las grandes ciencias de la observación, sino a lo que llamamos «ciencias humanas»: psiquiatría, psicología, sociología. Tres son sus características: A) *El examen invierte la economía de la visibilidad en el ejercicio del poder*. Hasta el siglo XIX, el poder tiene un carácter esencialmente exhibicionista: se muestra, se manifiesta, se hace visible. A partir de entonces, el poder disciplinario se despliega en su invisibilidad, sometiendo a una visibilidad obligatoria a aquellos sobre los que se aplica. Con la sociedad disciplinaria, el poder pasa de observado a observador. B) *El examen hace entrar al individuo en un campo documental*. El examen, que somete a los individuos a permanente vigilancia, se fundamenta sobre la acumulación de una ingente masa documental. C) *El examen hace de cada individuo un «caso concreto»*. En la sociedad contemporánea, la biografía adopta la forma de informa y la descripción de la individualidad se convierte en un mecanismo de control.

líneas de penetración indefinida. No la excluye, la incluye en el cuerpo como modo de especificación de los individuos»<sup>57</sup>.

## 5. EL PLIEGUE HACIA UNA TERCERA DIMENSIÓN DEL PODER

Lo cierto es que entre 1976 (fecha de publicación de *La volonté de savoir*) y 1984 (año de la muerte del filósofo y de publicación de *L'usage des plaisirs* y de *Le souci de soi*), Michel Foucault no publicó un solo libro. Deleuze habla de ese movimiento final y sugiere algunas ideas: «¿Qué sucedió durante esos años? Si se trató de una crisis. Debieron incidir en ella muchos factores diferentes al mismo tiempo: quizá un desaliento lentamente fraguado, el fracaso final del movimiento carcelario; a otra escala, el derrumbe de las esperanzas más recientes; Irán, Polonia; el hecho de que Foucault soportaba cada vez peor la vida intelectual y cultural francesa; en cuanto a su trabajo, la impresión de un malentendido cada vez mayor acerca de la voluntad de saber [...] finalmente, quizás, el elemento más personal, su sensación de encontrarse en un *impasse*, de que necesitaba fuerza y soledad para hallar una salida que no concernía únicamente a su pensamiento sino también a su vida»<sup>58</sup>.

Sin negar la importancia de otros factores, Deleuze tiene razón en subrayar cómo fue la sensación de encontrarse en un callejón sin salida la que movió a Foucault hacia un último desplazamiento. Efectivamente, a partir de 1976 Foucault se encuentra atrapado en un proyecto, *L'Histoire de la sexualité*, que discurre por derroteros muy distintos de lo inicialmente planificado. Son años en los que el filósofo se ve inmerso en un debate sobre el sentido de su propio trabajo: «Hay momentos en la vida en los que la cuestión de saber si se puede pensar distinto de como se piensa y percibir distinto de como se ve es indispensable para seguir contemplando o reflexionando»<sup>59</sup>. Las transformaciones provocadas por ese debate son tan importantes que, ocho años más tarde, Foucault se verá en la necesidad de comenzar *L'usage des plaisirs* explicando a sus lectores las *modificaciones* de su trabajo. Como el propio filósofo señala en esas páginas, el motivo que le impulsó «fue bien simple»<sup>60</sup>: el intento de *pensar distinto*. Esta idea, que repite en numerosas ocasiones<sup>61</sup>, le lleva a un *desplaza-*

<sup>57</sup> FOUCAULT, M., *La voluntad de saber*, Siglo XXI, Madrid, 1989 (original 1976), p. 61.

<sup>58</sup> DELEUZE, G., *Conversaciones*, Pre-textos, Valencia, 1995 (original 1990), p. 175.

<sup>59</sup> FOUCAULT, M., *La voluntad de saber*, Siglo XXI, Madrid, 1989 (original 1976), p. 12.

<sup>60</sup> *Idem*, p. 11.

<sup>61</sup> «Cuando un trabajo no es al mismo tiempo una tentativa para modificar lo que uno piensa e incluso lo que uno es, no es muy divertido [...]. Trabajar es proponerse



miento hacia el análisis de las formas de subjetivación o formas de la relación consigo mismo a través de las cuales el individuo se constituye como sujeto.

Lo que pretendemos ahora es mostrar cómo, en su análisis de dichas formas, Foucault *también* esboza algunas ideas sobre el poder que nosotros resumimos en la tercera dimensión de nuestro mapa. En ningún caso se trata de afirmar que en sus últimos años Foucault propone una nueva definición del poder; tampoco de poner sobre la mesa una nueva lectura de *L'usage des plaisirs* y de *Le souci de soi* donde lo esencial sería el análisis del poder y no los modos de subjetivación. No ponemos en duda que el eje de los últimos volúmenes de *L'Histoire de la sexualité* sean «las formas sobre las cuales los individuos pueden y deben reconocerse como sujetos de esa sexualidad»<sup>62</sup>, más bien se trata de mostrar cómo en el rastreo de dichas formas Foucault descubre algunos mecanismos de funcionamiento del poder que hasta entonces no había explorado.

## 6. TERCERA DIMENSIÓN: EL PODER COMO DOMINIO DE SÍ

En su trabajo sobre la sexualidad, Foucault se da cuenta de cómo la preocupación moral de los individuos en relación con el comportamiento sexual no siempre está ligada a un sistema de interdicciones o restricciones, sino que «con frecuencia sucede que [...] sea fuerte allí donde no hay ni obligación ni prohibición»<sup>63</sup>. Frente a las morales «orientadas hacia el código» (articuladas en torno a un reglamento capaz de legislar todos los dominios del comportamiento), la nuestra es una moral «orientada hacia la ética» que tiene su origen en la antigüedad y que se prolonga hasta nosotros a través del cristianismo. En ella, «el acento [...] cae sobre las formas de relacionarse consigo mismo, sobre los procedimientos y las técnicas mediante las cuáles se las elabora, sobre los ejercicios mediante los cuales uno se da a sí mismo como objeto de conocimiento y sobre las prácticas que permiten transformar su propio modo de ser»<sup>64</sup>. En definitiva, sobre un modo de relación consigo mismo construido en torno al principio *epimeleia heautou* o «preocupación por sí mismo» (principio que determina una serie de prácticas relacionadas con el control de apetitos y de placeres, la libertad con respecto a la esclavitud de las pasiones y el perfecto dominio de sí mismo).

---

pensar algo diferente de lo que se pensaba antes», en FOUCAULT, M., «El cuidado de la verdad», en *Michel Foucault. Estética, ética y hermenéutica. Obras esenciales*, Volumen III, Paidós, Barcelona, 1999 (original 1984), p. 369.

<sup>62</sup> FOUCAULT, M., *La voluntad de saber*, Siglo XXI, Madrid, 1989 (original 1976), p. 8.

<sup>63</sup> FOUCAULT, M., *El uso de los placeres*, Siglo XXI, Madrid, 1986 (original 1984), p. 13.

<sup>64</sup> *Idem*, p. 31.

Esa *epimeleia heautou* (noción que, desde Sócrates hasta Gregorio de Niza, se repite en algunos de los textos fundamentales de la filosofía clásica y del cristianismo) a la que Foucault dedica parte de sus últimos cursos en el Colegio de Francia <sup>65</sup>, no define tanto una preocupación estrictamente filosófica como una *forma de vida* <sup>66</sup> que debe gobernar un conjunto de prácticas que han tenido, desde la antigüedad, gran importancia. Entre esas prácticas, destacan las *aphrodisia*, categoría griega que puede asimilarse a nuestra *sexualidad*. En Grecia, la inquietud moral provocada por dichos *aphrodisia* no se relacionó con la formulación de una ley universal, sino que adoptó la forma de un *uso de los placeres*: «No se trata de lo que está permitido o prohibido [...] sino de prudencia, de reflexión, de cálculo en la forma en que se distribuyen y en que se controlan los actos» <sup>67</sup>. Los mecanismos que regulan dicho uso son la necesidad (los placeres nacen de la necesidad), el *kairós* (los placeres se llevan a cabo «cuando es debido») y el *status* del individuo. Además, el buen uso de los placeres pasa siempre por la *enkrateia* o *forma de relación con uno mismo* que «se caracteriza por una forma activa de dominio de uno mismo, que permite resistir o luchar, asegurar su dominio en el campo de los deseos y de los placeres» <sup>68</sup>. Por lo tanto, y esto es importante, la *enkrateia* implica el ejercicio de un cierto *poder* (en forma de dominio o de control) sobre sí mismo. Esta categoría, en tanto que condición de la templanza, implica una moderación y continencia en el uso de los placeres que sólo puede ser conseguida a través de una doble *lucha*: en primer lugar, una lucha contra los placeres y deseos, de los que sólo podremos hacer un uso adecuado si somos capaces de dominarlos. En segundo lugar, una lucha con uno mismo donde «el adversario al que debe combatirse [...] no representa otro poder, ontológicamente extraño» <sup>69</sup>, sino un antagonismo de uno con uno mismo que determina la posición ética del individuo. De este modo, en Grecia «la conducta moral, en materia de placeres, está subtendida por una batalla por el poder» <sup>70</sup>.

El dominio de sí no está relacionado, como en el caso del cristianismo, con el intento de preservar una pureza; sino con la definición de individuos *libres*, condición a la que sólo se puede acceder mediante un uso moderado de los placeres. La libertad, entendida como una forma de soberanía que el hombre ejerce sobre sí, es indispensable para el buen orden de la ciudad. Así, se va a entablar una estrecha rela-

<sup>65</sup> FOUCAULT, M., «La hermenéutica del sujeto», en *Michel Foucault. Estética, ética y hermenéutica. Obras esenciales*, Volumen III, Paidós, Barcelona, 1999 (original 1982), pp. 275-288.

<sup>66</sup> *Idem*, p. 278.

<sup>67</sup> FOUCAULT, M., *El uso de los placeres*, Siglo XXI, Madrid, 1986 (original 1984), p. 13.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 62.

<sup>69</sup> *Idem*, p. 66.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 64.

ción entre dos formas de poder diferentes, la que el individuo ejerce sobre sí mismo en su intento por constituirse como sujeto moral y la que el hombre libre ejerce sobre la comunidad: «El que debe dirigir a los demás es aquel capaz de ejercer una autoridad perfecta sobre sí mismo [...] Para no ser excesivo y no hacer violencia, para escapar de la pareja de la autoridad tiránica (sobre los demás) y del alma tiranizada (por sus deseos), *el ejercicio del poder político llamará al poder sobre sí*, como su propio principio de regulación interna»<sup>71</sup>.

Por lo tanto, y esta es la clave, en Grecia la posibilidad de ejercer *poder* sobre los demás pasa por una definición del individuo como sujeto moral que implica una *libertad activa* en el uso de los placeres. En dicha libertad se anudan el dominio del sí (es decir, *el ejercicio del poder sobre sí mismo*) una determinada relación con la verdad y una cierta estética de la existencia.

De este modo, a través de su trabajo sobre los *aphrodisia*, Foucault se acerca a la definición de una forma de poder distinta de la represiva o de la productiva: «Esa forma de poder se ejerce sobre la vida cotidiana inmediata, que clasifica los individuos en categorías, los designa por su individualidad propia, les liga a su identidad, les impone una ley de verdad que les hace reconocer y que los otros deben reconocer en ellos. *Es una forma de poder que transforma los individuos en sujetos*. Hay dos sentidos para la palabra «sujeto»: sujeto sometido al otro por el control y la dependencia, y sujeto ligado a su propia identidad por la conciencia o el conocimiento de sí»<sup>72</sup>.

Tanto en la dimensión represiva como en la productiva, individuo y poder pertenecían a dos universos diferentes: el poder siempre era algo exterior al individuo. En el primer caso era aquello que, en forma de ley, determina lo que el individuo no debe hacer; en el segundo, se definía como una situación estratégica que penetra, desde el exterior, en los cuerpos. Sin embargo, en su intento de dar respuesta a la cuestión ¿qué hay del poder que el propio individuo ejerce sobre sí mismo?, Foucault descubre una dimensión, sin duda mucho más sutil que las anteriores, donde poder e individuo se constituyen como mixtura inseparable: el *sujeto*. El Poder metafísico que no hacía otra cosa que decir no, se ha diluido en un complejo conjunto de *relaciones de poder* que el individuo establece consigo mismo para constituirse en *sujeto moral*. Al lado de una hipótesis represiva que sólo contempla el poder como prohibición, Foucault coloca una nueva dimensión donde «el poder no se ejerce más que sobre “sujetos libres” y en tanto que son “libres” [...] en este juego la libertad va a aparecer como condición de existencia del poder»<sup>73</sup>. Dicha dimensión determina nuevas

<sup>71</sup> *Idem*, p. 79. (La cursiva es nuestra.)

<sup>72</sup> FOUCAULT, M., «Le sujet et le pouvoir», *Michel Foucault. Dits et écrits II, 1976-1988*, Gallimard, París, 2001 (original 1982), p. 1046. (La cursiva es nuestra.)

<sup>73</sup> *Idem*, p. 1057.

formas de lucha: además de la lucha de quienes se oponen a las formas de dominación (sociales o religiosas) y de quienes denuncian las formas de explotación del individuo; Foucault habla de un tercer combate: «Y, hoy, es la lucha contra las formas de sometimiento-contra la sumisión de la subjetividad-que prevalece de más en más, aunque las luchas contra la dominación y la explotación no han desaparecido, bien al contrario»<sup>74</sup>.

En definitiva, en los últimos años de su vida Foucault esboza algunas ideas sobre el sujeto y el poder que definen la tercera dimensión de nuestro mapa. Desgraciadamente, la temprana muerte del filósofo nos privó de una definición más completa de esta dimensión.

## 7. A MODO DE CONCLUSIÓN

A lo largo de este artículo hemos construido un *mapa* del poder a partir de la reflexión de Foucault sobre este tema. Con la ayuda de Deleuze e intentando escapar de alguno de los esquemas de interpretación dominante, no sólo hemos intentado dibujar las tres dimensiones de este ejercicio cartográfico (i.e. la dimensión *represiva* del poder, la dimensión *productiva* del poder y una tercera dimensión donde el poder se define como un tipo de relación que el individuo establece consigo mismo para transformarse en *sujeto*), sino también mostrar la articulación que, siguiendo los pliegues de la vida y del pensamiento de Foucault, puede establecerse entre ellas. Nuestro objetivo ha sido evitar la dicotomía que ha determinado muchos de los estudios sobre el problema del poder en la obra de Michel Foucault (a saber, el carácter *represivo* del poder *versus* su naturaleza *productiva*) integrando dicha oposición en un marco de interpretación más amplio y señalando la existencia de una tercera dimensión rara vez tenida en cuenta.

De cualquier manera, no se trataba tanto de considerar la reflexión de Foucault desde el punto de vista de un historiador, sino de poner sobre la mesa algunas ideas sobre una cuestión que sigue siendo fundamental en los inicios del siglo XXI: ¿Qué es el poder?

## AGRADECIMIENTOS

Quisiéramos mostrar nuestro agradecimiento a algunos amigos que han enriquecido, con sus ideas y sugerencias, este artículo. En este sentido, nos gustaría referirnos especialmente a Jesús Ignacio Martínez, Carlos Nieto, José María Arribas y Oscar Barroso. A todos, muchas gracias.

<sup>74</sup> *Idem*, p. 1047.

# ¿Nuevos derechos a debate? Razones para no resistir\*

MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP

Universidad P. Comillas (Madrid)  
Open University (Londres)

*SUMARIO:* 1. CUESTIONES PRELIMINARES. 2. EL CONTEXTO HISTÓRICO DE APARICIÓN DE LOS NUEVOS DERECHOS. 3. LA GENERACIÓN DE DERECHOS A VISTA DE PÁJARO. 3.1 *Su contenido crítico.* 3.2 *Su titularidad y objeto de protección.* 3.3 *Su fundamento axiológico.* 4. PLASMACIÓN JURÍDICA Y TRASCENDENCIA POLÍTICA DE LOS NUEVOS DERECHOS. 5. UNA BREVE RECAPITULACIÓN.

## 1. CUESTIONES PRELIMINARES

Sobre la denominada «nueva generación de derechos humanos» se han vertido en los últimos años una gran cantidad de críticas y acotaciones. Se ha dudado de su novedad, de su unidad como conjunto de demandas con rasgos comunes y de su posible integración en el catálogo de los derechos humanos. En la mayor parte de las ocasiones, tales reivindicaciones no han sido siquiera analizadas y han generado un rechazo casi intuitivo. Las razones que explican una actitud como ésta son muchas y muy variadas pero lo más interesante es dilucidar cuáles de entre ellas resultan convincentes. En este artículo no pre-

---

\* Las sugerencias y observaciones de Rafael de Asís y de Andrew Dobson han mejorado el contenido de este artículo cuyas deficiencias y carencias son de exclusiva responsabilidad de su autora.

tendo exponer todo el debate acerca de la cuestión sino sólo analizar algunos de sus extremos <sup>1</sup>. Mi objetivo es únicamente dibujar un mapa que nos ayude a comprender el horizonte que se abre con los nuevos derechos pasando por el contexto histórico en el que vieron la luz, su titularidad, objeto de protección, fundamento, plasmación jurídica y trascendencia política. Puntos que me parecen claves para afrontar los problemas que nos plantean estas demandas y el reto que supone su consagración como derechos humanos.

A fin de no extenderme demasiado y considerando que las cuestiones terminológicas y conceptuales resultan ineludibles, tanto por lo que se refiere a los derechos humanos en general como por lo que hace a la categoría que no ocupa, expondré brevemente algunos de mis puntos de partida:

1. Considero que los valores morales que constituyen el núcleo axiológico de los derechos humanos han de estar sometidos a la reflexión racional en la historia y su fundamento tiene que ser el fruto de un consenso abierto y revisable cuyo contenido material proceda del sistema de necesidades básicas o radicales de los hombres (soporte antropológico). Tales necesidades no son, ni pueden ser ahistóricas o permanentes y el consenso en torno a ellas habrá de alcanzarse siguiendo ciertas pautas, ciertos requisitos procedimentales.

2. Utilizo el término «derechos humanos» para hacer referencia a las aspiraciones o pretensiones que, debiendo haberse incluido en el sistema jurídico como auténticos derechos, aún no han sido consagradas como tales, interpretándose todavía como categorías reivindicativas y axiológicas. La denominación «derechos humanos» resulta suficientemente amplia, expresiva y ambivalente, porque tiene la propiedad de incluir en su seno tanto a los derechos positivados (sólo en el ámbito internacional) como a las exigencias morales fuertes que se reclaman como derechos básicos; es más reconocible como expresión del uso ordinario del término; es más integradora, pues se adapta no sólo a la fundamentación consensual pura sino también a una fundamentación ética más objetivista que, además, no ha de asociarse necesariamente con el iusnaturalismo ontológico puesto que la dignidad, la libertad y la igualdad pueden verse como exigencias éticas situadas en la historia y no como derechos naturales.

En cambio, con la expresión «derechos fundamentales», me refiero sólo el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho positivo. Si bien es cierto que pretenden condensar tanto una moralidad básica (moral social) como una juridicidad básica y que en el ámbito jurídico resulta ser un concepto y una terminología con total operatividad, los derechos

---

<sup>1</sup> Para un análisis detallado de este debate, *vid.* mi libro *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Dykinson/Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2002.

fundamentales no consiguen agotar los contenidos de moralidad que podrían formar parte del discurso de los derechos humanos.

3. Para hacer referencia a la nueva categoría de derechos, uso la denominación «cuarta generación de derechos humanos», por tratarse de una expresión que permite una aproximación a su origen mucho más aséptica de lo que admiten el resto de los términos que pueden emplearse. Esta perspectiva supone asumir que el recurso a la historia es imprescindible para explicar (no fundamentar) su génesis y desarrollo, y que los derechos civiles y políticos no pueden agruparse en una única categoría (con lo que se excluye la expresión «tercera generación de derechos humanos») <sup>2</sup>.

La nueva generación de derechos estaría integrada por el derecho al medio ambiente, al desarrollo, al patrimonio común de la humanidad, a la autodeterminación de los pueblos y a la paz.

La denominación «cuarta generación de derechos humanos» plantea el problema que para muchos autores supone la clasificación de los derechos en generaciones. Sin embargo, creo que es posible responder a algunas de las críticas que se han elevado contra esta visión generacional.

La primera de ellas radica en pensar que la multiplicación de los derechos es inversamente proporcional a la fuerza que tienen como exigencias morales, por lo que se apela a un catálogo reducido para el que, supuestamente, resulta más fácil encontrar una justificación. Parece que esta justificación es la que proporciona el dato de la escasez que nos ha de llevar a despreciar la continua ampliación de derechos y a elegir «moralmente» qué necesidades son las más radicales y más fáciles de satisfacer <sup>3</sup>. Sin embargo, el argumento de la escasez resulta falaz e ideológico, pues tras la imposibilidad fáctica siempre hay una decisión sobre cuánto y en qué es apropiado invertir, favoreciéndose en la mayor parte de los casos la protección de los derechos civiles frente a la de los derechos sociales. La cuestión es saber cuál es la moralidad que nos sirve de apoyo para seleccionar las exigencias, pudiéndose dudar de una perspectiva que, como ésta, no otorga un papel preponderante al consenso y al principio discursivo, sino sobre todo a ciertos derechos «morales» previos que determinan el resultado del consenso <sup>4</sup>. Por otro lado, escoger las necesidades más radicales

---

<sup>2</sup> Vid. J. de LUCAS, «Un test para la solidaridad y la tolerancia: un reto del racismo», *Sistema*, núm. 106, 1992, p. 20 y G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, con la colaboración de R. de Asís Roig, A. Llamas y C. R. Fernández Liesa, Boletín Oficial del Estado/Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995, pp. 180 ss.

<sup>3</sup> Vid. L. HIERRO, «¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto», *Sistema*, núm. 46, enero 1982, pp. 57 y 61, y F. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 36-42.

<sup>4</sup> Frente a la postura estrictamente liberal que ve en la apertura del discurso político a cualesquiera cuestiones y argumentos un peligro para la protección jurídica de la esfera privada y la integridad personal del individuo, en mi opinión, tanto la

no es siempre compatible con la selección de aquellas que son más fáciles de satisfacer y estimo que el elemento preponderante ha de ser que la necesidad y su satisfacción se hallen suficientemente justificadas desde un determinado punto de vista moral y no sus «condiciones de posibilidad», que están sujetas a la interpretación que de ellas se haga. Y todo lo anterior sin mencionar las dificultades que conlleva definir y delimitar en qué consiste exactamente la auténtica escasez y en qué medida puede ser ésta un elemento para determinar la existencia (no las garantías jurídicas) de los derechos humanos.

Es también una situación de escasez la que lleva a afirmar que la tendencia inflacionaria en este terreno conducirá irremisiblemente a una banalización por inversión, esto es, a que los derechos ya reconocidos y no garantizados queden reducidos al ámbito de las reivindicaciones estrictamente morales debido a la sobrecarga de la Administración y del sistema jurídico<sup>5</sup>. Este argumento esconde una postura ideológica favorable a la tesis liberal según la cual los nuevos derechos proceden, en su mayoría, de grupos sociales satisfechos que pretenden alcanzar cuotas más altas de bienestar y que han abocado al Estado a una situación de crisis económica. Sin embargo, como se verá, no es éste el móvil al que responden los nuevos movimientos sociales, voceros de los derechos que nos ocupan y cuya aparición ha sido más una consecuencia que una causa de la crisis.

La última crítica al pensamiento generacional se apoya en que éste dificulta la comprensión mezclada y abierta de los derechos humanos, bien presentándolos como entes separados y en confrontación, bien aglutinándolos en un grupo demasiado heterogéneo de reivindicaciones<sup>6</sup>. Sin embargo, las generaciones de derechos pueden interpretarse como conjuntos interdependientes de exigencias que se complementan y refuerzan unas a otras. Es decir, la visión generacional no implica la sustitución global de un catálogo de derechos por otro, pues o bien se traduce en la aparición de nuevos derechos como respuesta a nuevas situaciones históricas, o bien supone la redefinición o redimensión de

---

formación informal de la voluntad en el espacio público, como la regulada por procedimientos en el ámbito parlamentario, han de poder extenderse a cuestiones éticas relevantes de la vida buena y a la interpretación de las necesidades, lo cual implica, necesariamente, dialogar sobre valores y derechos.

<sup>5</sup> Vid. K. P. SOMMERMANN, «El desarrollo de los derechos humanos desde la declaración universal de 1948», en G. Oestreich y K. P. SOMMERMANN, *Pasado y presente de los derechos humanos*, trad. E. Mikunda, Tecnos, Madrid, 1990, p. 106. Este temor es compartido, entre otros, por R. PELLOUX en «Vrais y faux droits de l'homme? Problèmes de définition et de classification», *Revue de Droit Public*, t. XCVII, núm. 1, 1981, pp. 53-67 y J. RIVERO, «Vers de nouveaux droits de l'homme?», *Revue Social, Moral et Politique*, núm. 4, 1982, pp. 673-686.

<sup>6</sup> Vid. D. LOSCHAK, «Mutation des droits de l'homme et mutation du Droit», *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, núm. 13, 1984, pp. 81-83, y P. HÄBERLE, «El concepto de los derechos fundamentales», revisión de la traducción M. J. Fariñas, en J. M. Sauca (ed.): *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, BOE/Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1994, pp. 81-126.



los anteriores para adaptarlos a contextos novedosos en que deben ser aplicados<sup>7</sup>.

En definitiva, parece que la adopción de una u otra postura en este debate no depende tanto de la tesis que se mantenga acerca de la visión generacional cuanto de la concepción de los derechos humanos de la que se parta, por lo que la cuestión habría de dirimirse en otra sede.

## 2. EL CONTEXTO HISTÓRICO DE APARICIÓN DE LOS NUEVOS DERECHOS

La reivindicación de los derechos de cuarta generación como derechos humanos comenzó a dejarse oír en la Europa occidental y en los Estados Unidos tras la Segunda Guerra Mundial. Durante los años posteriores a 1945, especialmente en las décadas de los sesenta y setenta, el panorama político, económico y social pareció sufrir una profunda transformación que no podía dejar de afectar al papel que el Estado venía jugando en el orden interno y en el ámbito internacional. Todo ello se tradujo en la aparición de nuevas exigencias y en el resurgimiento de necesidades antiguas cuya satisfacción se consideraba entonces urgente. Tales exigencias vinieron de la mano de los nuevos movimientos sociales –ecologismo, feminismo y pacifismo– que se apresuraron a denunciar las deficiencias del sistema democrático, de la estructura económica y la concepción del desarrollo en la que se apoyaba el orden imperante. Los nuevos movimientos sociales apuntaron las contradicciones latentes en el sistema de valores propio de la modernidad, revitalizando el valor de la solidaridad; criticaron el crecimiento económico en términos puramente cuantitativos y el uso destructivo que se había hecho del desarrollo tecnológico en las sociedades industrializadas; representaban una dinámica de democratización, proponían una descentralización de la vida política y económica y un mayor protagonismo de ciertos sectores sociales y, finalmente, pretendían construir un nuevo modelo político en el orden nacional y reorientar las relaciones entre Estados en el orden internacional (señalando la problemática ambiental y la pobreza mundial, denunciando la carrera armamentista y el proceso colonial y apostando por la conservación del patrimonio común de la humanidad)<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Para una aproximación a este debate *vid.* A. E. PEREZ LUÑO, en «Las generaciones de derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, pp. 203-217 (también en «Le generazioni dei diritti umani», *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, a cargo de F. Riccobono, Giuffrè, Milán, 1991, pp. 139-157) y en «Tercera generación de derechos humanos», V. Theotonio y F. Prieto (eds.): *Derechos humanos*, Etea, Córdoba, 1995, pp. 108-132.

<sup>8</sup> *Vid.* C. OFFE a lo largo de toda su obra *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, trad. J. Gutiérrez, Sistema, Madrid, 1988; A. TOURAINE, *Movimientos sociales hoy*, trad. A. Juliá, Hacer, Barcelona, 1990, pp. 69-70, y R. FLACKS, «The

En mi opinión, el origen de tales movimientos ha de situarse en el contexto de crisis de legitimidad del sistema democrático-representativo y de los partidos políticos convencionales que comenzó a dejarse notar en los años sesenta.

Esta tesis, en primer lugar, se apoya en una idea de la legitimidad que exige un alto grado de racionalidad formal y no un simple y vacío procedimentalismo. Es decir, excluye tanto la identificación de la democracia con una práctica formal del sistema político-administrativo a la que corresponde gestionar la estabilidad de la esfera económica (de la que pudiera a llegar a depender en su totalidad), como la defensa de una democracia material, pues sólo desde esta perspectiva es posible constatar la existencia de una crisis política.

En segundo lugar, con este planteamiento se otorga un gran protagonismo a la participación en las decisiones del poder político y se considera, por tanto, que los bajos niveles de participación durante un espacio prolongado de tiempo son incompatibles, al menos, con el mantenimiento del sistema democrático como una forma legítima de gobierno <sup>9</sup>.

En tercer lugar, desde esta óptica, la crisis de legitimidad democrática del período que nos ocupa es una consecuencia de las contradicciones inherentes al propio modelo político imperante <sup>10</sup>. Y ello porque, si bien el Estado asistencial del capitalismo tardío funda su legitimación en el postulado de la participación en las decisiones (democracia formal) y en el bienestar social (democracia material), en su puesta en práctica existe un total falseamiento de tal participación. Las posibles soluciones a la crisis política que se manejaban, tales como la reducción de las exigencias sociales mediante la privatización de los servicios públicos, su limitación a través del establecimiento de mecanismos de filtrado, el establecimiento de acuerdos corporativos con colaboradores estratégicos (grupos de interés dominantes a los

---

Party is Over. ¿Qué hacer ante la crisis de los partidos políticos?», en E. Laraña y J. Gusfield (eds.): *Nuevos Movimientos Sociales: de la ideología a la identidad*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1994, p. 454. En España, puede encontrarse esta caracterización en N. M. SOSA, «Movimiento ecologista y cambio social», *Ecología Política*, núm. 5, 1993, p. 117; H. JOHNSTON, E. LARAÑA y J. GUSFIELD, «Identidades, ideologías y vida cotidiana en los nuevos movimientos sociales», en E. Laraña y J. Gusfield (eds.): *Los Nuevos Movimientos Sociales: de la ideología a la identidad*, cit., pp. 6-9, y J. RIECHMANN y F. FERNÁNDEZ BUEY, *Redes que dan libertad. Una introducción a los nuevos movimientos sociales*, Paidós, Barcelona, 1995, pp. 143 ss., entre otros.

<sup>9</sup> Vid. al respecto, W. NELSON en *La justificación de la democracia*, trad. M. I. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1986, pp. 53-75.

<sup>10</sup> Vid. sobre esta tesis: J. HABERMAS, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, trad. J. L. Etcheverry, Amorrortu, Buenos Aires, 1975 (reimpr. 1991); A. WOLFE, *Los límites de la legitimidad*, trad. T. Eugenia Cabó Pérez, Siglo XXI, México, 1987, y C. OFFE, *Partidos políticos y movimientos sociales*, cit., pp. 55 ss. Un análisis de la postura de estos autores puede encontrarse en M. J. RUBIO LARA, *La formación del Estado social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 386 ss.

que no afectan las luchas electorales), no lograban dar satisfacción a las demandas de los nuevos movimientos sociales.

En cuarto lugar, esta tesis excluye la visión de los nuevos movimientos sociales como detonantes de la crisis, como una de las causas de la quiebra del Estado de bienestar al que supuestamente, sobrecargaron de expectativas, responsabilidades y obligaciones<sup>11</sup>. Desde tal postura se concibe la legitimidad en términos de eficacia, de modo que la ausencia de la segunda conduce a la crisis de la primera ofreciéndose como respuesta la moderación de la democracia y su subordinación a las posibilidades del sistema.

Sin embargo, creo que también puede pensarse que si el compromiso con la legitimidad de un sistema es alto, mayor es su capacidad para enfrentarse a problemas insolubles y para sobrevivir a posibles crisis de eficacia y efectividad. Es decir, que la desestabilización no depende de las características técnicas de un problema, sino del contexto político en el que se plantea<sup>12</sup>. Una postura como ésta es compatible con aquélla según la cual la crisis económica del Estado de bienestar no es sólo una crisis de acumulación sino también, y sobre todo, de legitimación para cuya solución hace falta una profundización y autenticación de la democracia<sup>13</sup>.

Además, no parece que pueda responsabilizarse a las nuevas exigencias sociales de la sobrecarga del Estado de bienestar porque, entre otras cosas, si bien algunas de las reivindicaciones de los movimientos ecologista, feminista y pacifista supusieron un nuevo impulso al gasto público de transferencias y servicios sociales, muchas de sus demandas estaban orientadas a conseguir un mayor abstencionismo por parte del Estado. De hecho, es característico de los nuevos movimientos un rasgo antinómico: por una parte, una pretensión de autonomía y de autogestión, la recuperación de la soberanía popular; y, por la otra, una resistencia a separarse de las instituciones y del poder estatal<sup>14</sup>.

Así las cosas, es posible ver tras los derechos de cuarta generación una fuerte dinámica democratizadora que no implica la desaparición de la democracia representativa y su sustitución por una democracia directa, sino, más bien, la instauración de una democracia deliberativa. En el orden internacional, las nuevas exigen-

---

<sup>11</sup> Perspectiva en la que se sitúan, entre otros, D. BELL en *El advenimiento de la sociedad post-industrial: un intento de prognosis*, trad. Raúl García y Eugenio Gallego, Alianza Universidad, Madrid, 1976 (reimpr. 1994), pp. 152-154, U. K. PREUSS, «El concepto de los derechos y el Estado del bienestar» en E. Olivas (coord.): *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 65-91 y V. PÉREZ DÍAZ, *La primacía de la sociedad civil*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, pp. 75-145.

<sup>12</sup> Vid. J. J. LINZ, *La quiebra de las democracias*, trad. R. de Terán, Alianza Editorial, Madrid, 1996, p. 86 y pp. 100-102.

<sup>13</sup> Es lo que R. MISHRA denomina «crisis ideológica» de confianza en el Estado de bienestar en «El Estado de bienestar después de la crisis», R. Muñoz Bustillo (Comp.): *Crisis y futuro del Estado de bienestar*, Alianza, Madrid, 1989, p. 57.

<sup>14</sup> Vid. J. RIECHMANN y F. FERNÁNDEZ BUEY, *Redes que dan libertad. Una introducción a los nuevos movimientos sociales*, cit., p. 63.

cias se traducen en críticas al colonialismo, al imperialismo, a las relaciones entre Estados basadas en el poder de dominación de los países del Norte sobre los del Sur (ejercido mediante la explotación de sus recursos naturales, las relaciones comerciales, dejándolos al margen del desarrollo tecnológico y del disfrute de sus beneficios y sometiéndolos a la constante amenaza de un conflicto bélico), y a la marginación que sufren los países subdesarrollados a la hora de adoptar medidas político-económicas en el seno de los organismos internacionales.

Por consiguiente, en el análisis del origen de los nuevos movimientos sociales y de los derechos de cuarta generación he decidido rechazar las siguientes posturas:

En primer lugar, la que sitúa su aparición en un contexto de crisis política y económica del Estado de bienestar, pues estos movimientos no surgen en un período de regresión sino de bonanza económica, como fue el que se vivió en la década de los sesenta <sup>15</sup>.

Por lo general, esta perspectiva se asienta en una identificación absoluta entre el Estado democrático-representativo y el modo de producción capitalista, con total reducción del primero al segundo, por lo que los movimientos sociales y las iniciativas populares son el único factor eficaz para la ruptura con el capitalismo y la crítica global al orden establecido <sup>16</sup>. Sin embargo, se pasa por alto que la justicia y el desarrollo del Estado social se encuentran íntimamente vinculados a la democracia; en segundo término, que las críticas a los partidos políticos, el gobierno parlamentario, las burocracias de las instituciones públicas, la centralización, entre otras, se centran más en sus limitaciones, rigidez parcial, mal funcionamiento y deterioro, que en un rechazo integral del sistema; y, por último, que la democracia representativa puede combinarse con la democracia directa y con la atención a las demandas de diversos movimientos sociales.

No obstante sus deficiencias como tesis acerca del origen de los nuevos derechos, esta postura consigue dar cuenta con bastante exactitud de la finalidad que persiguen y que consiste en anteponer la profundización democrática a los objetivos estrictamente económicos.

En segundo lugar, he rechazado también la tesis según la cual los nuevos movimientos sociales y los derechos de cuarta generación están vinculados con la postmodernidad y se oponen a la tecnocratización, la burocratización y la mercantilización de la existencia que ha supuesto la realidad del proyecto moderno en el seno del capitalismo <sup>17</sup>. En efecto, al margen de que es posible defender que la

<sup>15</sup> *Op. cit.*, p. 89.

<sup>16</sup> *Vid.* E. DÍAZ, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984, pp. 258-260 y en «La justificación de la democracia», *Sistema*, núm. 66, mayo, 1985, p. 17.

<sup>17</sup> *Vid.* A. GARE, *Postmodernism and the environmental crisis*, Routledge, Londres, 1995.

modernidad aún se halla en proceso de construcción <sup>18</sup>, las nuevas tendencias y demandas surgen como el resultado de una «provocación» consistente en destacar las contradicciones que se desarrollan dentro del sistema de valores vigente y el modo de su realización, más que como la consecuencia de un choque entre los dominantes y los pretendidos nuevos valores postmodernos. Ciertamente, la consciencia acerca de las contradicciones que se dan en la constelación moderna de los valores ha acabado generando un énfasis selectivo en favor de alguno de ellos, en los que se apoyan los nuevos derechos, pero esto no es equivalente a una transformación definitiva <sup>19</sup>.

Así, la novedad que aportan los derechos de cuarta generación no reside tanto en sus contenidos, cuanto en la finalidad que se proponen, en su potencial crítico y emancipador por lo que se refiere al modelo político y económico que representa el Estado de bienestar y por lo que hace a la jerarquía de valores heredada de la modernidad. Del mismo modo que no se orientan a la aniquilación del vigente modelo estatal sino a la corrección de sus deficiencias, no pretenden sustituir el sistema axiológico moderno por uno postmoderno, sino sólo establecer nuevos criterios de prioridad y dotar de una fuerza mayor a valores que, como la solidaridad, han jugado un papel marginal en nuestras elecciones valorativas o incluso han sido ocultados por el proceso de la modernidad.

Finalmente, he excluido la tesis que interpreta los nuevos movimientos sociales como fenómenos marginales de las sociedades occidentales que tienen muy pocas posibilidades de participar en la toma de decisiones políticas <sup>20</sup>, porque parece un hecho, empíricamente contrastado, que los integrantes de tales movimientos se han reclutado, en su mayoría, de entre lo que se ha denominado la «nueva clase media». Este sector social, que cuenta con experiencia y está estrechamente relacionado con la práctica de instituciones políticas y económicas establecidas, no está desarraigado, ni marginado, sino que goza de seguridad económico-laboral y de altas cotas de formación educativa <sup>21</sup>. Lo que si es cierto es que, en un contexto en el que los

<sup>18</sup> Esta es la propuesta de J. HABERMAS según la cual el ideario de la modernidad, que encierra un potencial emancipador, está todavía inconcluso (en «La modernidad, un proyecto incompleto», AA.VV.: *La postmodernidad*, J. Fibla, sección y prólogo de H. Foster, Kairós, Barcelona, 1985, pp. 19-36). En la misma línea, se sitúa, en España, G. PECES-BARBA, en *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 109-110.

<sup>19</sup> Vid. sobre la cuestión, N. M. SOSA, «Movimiento ecologista y cambio social», cit., p. 104, y A. DOBSON, *Pensamiento político verde. Una nueva ideología para el siglo XXI*, trad. José Pedro Tosaus, Paidós, Barcelona, 1997, p. 33.

<sup>20</sup> Vid. J. GALTUNG, en «The green movement: A socio-historical exploration», *International Sociology*, vol. 1, núm. 1, 1986, pp. 79-80 y en «Los nuevos movimientos sociales y la izquierda actual»; A. GUERRA y otros: *El nuevo compromiso europeo*, Sistema, Madrid, 1987, p. 97.

<sup>21</sup> Vid. C. OFFE en *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, cit., pp. 194-196.

códigos socioeconómicos, como la clase, pierden la relevancia que tenían en el pasado y en el que la clásica lucha de clases entra en una fase de decadencia con carácter irreversible, no parece tener sentido actuar sólo en nombre o en favor de una clase, por lo que a este grupo se han venido uniendo posteriormente integrantes de otros segmentos sociales <sup>22</sup>.

### 3. LA GENERACIÓN DE DERECHOS A VISTA DE PÁJARO

#### 3.1 Su contenido crítico

Tras los derechos de cuarta generación se adivinan fuertes críticas al sistema político-económico establecido, tanto en su dimensión nacional como internacional, desde las que se exige un cambio de rumbo.

Se requiere, en primer término, una ampliación del horizonte democrático así como un grado más alto de participación y descentralización política y económica.

En segundo lugar, se pretende un uso de la ciencia y la tecnología que tenga en cuenta sus costes sociales y ambientales, y que no esté al servicio de la guerra y de los intereses económicos a ella vinculados, lo cual no implica necesariamente la adopción de posturas antitecnológicas.

En tercer término, se aspira a la consecución de un desarrollo sustentable y cualitativamente aceptable con el que sea posible lograr un alto nivel de desarrollo sin crecimiento, evitando la destrucción del medio ambiente y respetando la soberanía de todos los Estados en el ámbito político, económico y por lo que se refiere a la explotación de sus recursos naturales. Si bien es cierto, como afirman algunos sectores ecologistas, que el desarrollo sustentable es imposible dentro del marco de una economía de mercado apoyada en la alianza incondicional entre productivismo y capitalismo, en la creencia en una expansión económica infinita, en la lógica de acumulación ilimitada, de despilfarro de recursos, de consumo ostentoso y de destrucción acelerada del medio ambiente <sup>23</sup>, los nuevos movimientos sociales –y el

<sup>22</sup> Vid. A. GIDDENS en *La estructura de clases en las sociedades avanzadas*, trad. J. Bollo, Alianza, Madrid, 1989, p. 217, y C. OFFE en *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, cit., pp. 194-196. Para un análisis detallado de este debate, puede consultarse A. TOURAINE, *Movimientos sociales hoy*, cit., p. 29, y A. MELUCCI, «¿Qué hay de nuevo en los «nuevos movimientos sociales?»», E. Laraña y J. Gusfield (eds.): *Nuevos movimientos sociales: de la ideología a la identidad*, cit., p. 137.

<sup>23</sup> Vid. J. PORRITT en *Seeing Green*, Blackwell, Oxford, 1984, p. 44; J. O'CONNOR en «The Second Contradiction of Capitalism: causes and consequence», Conference on New Economic Analysis, Barcelona, 30 de noviembre-2 de diciembre, 1990, p. 3 y en *Natural Causes. Essays in Ecological Marxism*, The Guilford Press, Nueva York-Londres, 1998, pp. 158-177 y E. LEFF, *Ecología y capital. Racionalidad ambiental, democracia participativa y desarrollo sustentable*, siglo XXI, México, 1994, p. 364.

ecologismo, en particular— no plantean una lucha anticapitalista en favor del socialismo, ni conciben la superación del modo de producción capitalista en términos de ruptura revolucionaria, sino como una reforma gradual que depende de la puesta en marcha de muy diversas estrategias políticas <sup>24</sup>.

En cuarto lugar, se aboga por un cambio de dirección en la política internacional basado en el proceso de descolonización integral y en relaciones pacíficas y equitativas entre los Estados.

Puede decirse, en definitiva, que el proyecto de fondo en los nuevos derechos está orientado a un redescubrimiento de la noción de bien común y de intereses colectivos que abra las puertas a una intensificación de las relaciones a escala planetaria, a una superación de la visión etnocéntrica de los problemas y a una globalización no estratificada <sup>25</sup>. Dado que todas estas pretensiones tienen un carácter instrumental pues su satisfacción se considera un requisito imprescindible para lograr una situación de justicia, su novedad no consiste en defender un catálogo distinto de valores últimos, sino un nuevo modo en que tales valores han de relacionarse y unos mecanismos diferentes para lograr su realización. La filosofía sobre la que se asientan supone una opción muy clara por la calidad de vida, la paz, la ecología, la solidaridad social, la democracia y el antiimperialismo, así como una fuerte oposición a lo que J. Habermas llamó la «colonización del mundo de la vida» <sup>26</sup>. En el terreno político, los derechos de cuarta generación representan una orientación híbrida y en su defensa se muestra una actitud ambivalente frente al Estado de bienestar pues si bien se aprecia la seguridad y la protección que este modelo estatal proporciona, se censura su productivismo, su militarismo y su organización jerárquica y burocratizada, reivindicando, como ya he indicado, una mayor descentralización y una definitiva profundización de la democracia.

### 3.2 Su titularidad y objeto de protección

Parece claro que el desafío planetario que representan los desastres ecológico, bélico y alimentario y que ha dado origen a los derechos de cuarta generación revela la existencia de intereses generales y de bie-

---

<sup>24</sup> Vid. J. RIECHMANN, «Otra forma de trabajar, producir y consumir. Los programas económicos de *Die Grünen*», *Ecología política*, núm. 6, 1993, pp. 59-90.

<sup>25</sup> La globalización estratificada, «escinde al mundo y a la vez lo compele en cuanto comunidad de riesgo a actuar de manera cooperativa» (J. HABERMAS en «La idea kantiana de la paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años», *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. J. C. Velaco Arroyo y G. Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 167-168).

<sup>26</sup> El «mundo de vida» representa la reserva de evidencias y convicciones que constituye el sustrato común del entendimiento. Vid. sobre esta idea: J. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, vol. II, trad. M. Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1992, pp. 169-215.

nes colectivos cuya protección exige respuestas universales mediante normas intersubjetivamente válidas. Sin embargo, los nuevos derechos no pueden ser concebidos como derechos colectivos pues con ellos se trata de articular el modo en que puede aprovecharse y disfrutarse individualmente del bien común; es decir, estos derechos se predicán siempre del individuo (situado o no). Y ello aunque, al orientarse a la protección de intereses comunes, pueda ser conveniente y, en ciertos casos, inevitable, su reivindicación y ejercicio colectivo. Pues bien, dado que la titularidad individual de tales demandas no supone un problema para el concepto de derechos humanos que estamos manejando y que el estudio de las condiciones de su ejercicio exige adoptar una perspectiva estrictamente jurídica que no es la que ahora me preocupa, abordaré a continuación el análisis de su objeto de protección, que sí podría ser una cuestión problemática para el discurso de los derechos.

Como he indicado, el objeto de protección de los derechos de cuarta generación podrían ser intereses colectivos cuya construcción exige, seguramente, la aceptación de ciertos presupuestos:

1. Excluir el relativismo moral pero no anular sino asumir el pluralismo moral y el individualismo.

2. Rechazar la separación tajante entre intereses individuales y colectivos así como la indiscutible imposición de los primeros a los segundos.

3. Alejarse de las corrientes filosóficas según las cuales la validez del juicio moral puede comprenderse sin presuponer una comunidad ideal de comunicación, es decir, de aquellas que sostienen que en materia moral cada uno es su propia autoridad epistémica por lo que el acuerdo que pudiera alcanzarse al respecto tiene sólo un valor auxiliar. En efecto, si es posible delimitar intereses colectivos es porque se concibe al hombre inserto en una comunidad de hablantes que comparte, al menos, el interés de llegar a un consenso sobre asuntos que afectan a todos. Así, los derechos de cuarta generación se sustentan en la razón dialógica que implica que no puede accederse al discernimiento de lo «objetivamente» válido si no es a través del diálogo.

4. Por último, vincular la autonomía privada y la pública para lograr la definición de los intereses comunes evitando, de este modo, que tal definición se adelante a la construcción del acuerdo. Y ello porque el espacio público que se diseña con los nuevos derechos no es un campo de batalla en el que se enfrentan egoísmos irreconciliables y en el que predomina el cálculo estratégico, ni tampoco viene predefinido por derechos humanos que actúan como supuestos límites legítimos y externos al consenso.

Así las cosas, la delimitación de los intereses colectivos, objeto de los nuevos derechos, exige una comunidad ideal de diálogo al estilo habermasiano y la adopción por parte de los concurrentes de un punto de vista imparcial que les permita hacer propias las pretensiones de participantes reales y potenciales. En esta construcción, tal comuni-



dad ideal tiene un papel normativo que radica en el proceso de formación de la voluntad racional enderezada a la delimitación del interés común, un carácter deontológico, pues prescribe lo que debe ser el discurso moral y político, y el resultado al que se llega, el interés que se define, una dimensión axiológica<sup>27</sup>. Sin embargo, esta situación ideal no se presenta ni como una mera abstracción formal, pues el interés generalizable no es una entidad independiente de los planes de vida de los participantes ni de sus necesidades individuales, ni tampoco como un dato empírico en sentido estricto, sino que, por un lado, implica una anticipación por parte de todo el que entra en el proceso discursivo de que puede llegarse a un consenso racional y, por otro, exige que el interés general se configure sobre la base de los intereses subjetivos una vez superado el proceso de su universalización<sup>28</sup>.

Tal consenso es contrafáctico y cuenta con una dimensión inmanente, porque no se sitúa más allá de los juegos lingüísticos concretos y el contexto en el que los individuos se hallan inmersos, y con otra trascendente, porque nos ofrece criterios para juzgar los consensos reales. La estructura normativa de esta construcción está ya implícita en los modos y contenidos de las manifestaciones del habla y responde a un presupuesto axiomático que no encuentra su fundamentación en un principio diferente: la no cuestionabilidad (reflexiva) del principio ético-normativo del discurso, que no puede ser discutido sin contradicción pragmática del que argumenta, sin incurrir en una inconsistencia performativa<sup>29</sup>.

Dado que se trata de delimitar intereses colectivos que sirven como objeto de protección a un cierto grupo de derechos humanos, parece necesario conectar tales intereses con el discurso de las necesidades básicas que, como ya se ha indicado, constituyen su soporte antropológico.

Los derechos de cuarta generación pueden relacionarse con las denominadas «necesidades radicales» que tienen una dimensión cualitativa y se orientan a la superación de las contradicciones en las que se asientan los modelos de dominación (son expectativas de «formas de vida»)<sup>30</sup>. Su satisfacción es simultáneamente un medio

<sup>27</sup> Vid. a este respecto A. E. PÉREZ LUÑO y otros: *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 238-239.

<sup>28</sup> Vid. K. O. APEL, «El *a priori* de la comunidad de comunicación y los fundamentos de la ética», *La transformación de la filosofía*, vol. II, trad. A. Cortina, J. Chamorro y J. Conill, Taurus, Madrid, 1985, pp. 341-415; A. CORTINA, *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1985, pp. 210-211.

<sup>29</sup> Vid. K. O. APEL en «¿Es la ética de la comunidad ideal de comunicación una utopía?», *Estudios de ética*, trad. C. de Santiago y revisión de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling, Alfa, Barcelona, 1986, p. 205.

<sup>30</sup> Vid. al respecto: A. HELLER en *Teoría de las necesidades en Marx*, trad. J. F. Yvars, Península, Barcelona, 1998. Un estudio acerca de las necesidades y su relación con el discurso de los derechos, puede encontrarse en AÑON ROIG, M. J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

y un fin para la consecución de tal propósito; es decir, se presentan como una condición de superación de la lógica de la dominación y como un resultado de tal proceso de ruptura, son datos ineludibles en la discusión político-democrática y elementos imprescindibles de su revitalización <sup>31</sup>.

Por esta razón, los nuevos derechos pueden ser objeto de una discusión real en torno a valores y, a la vez, presentarse como un medio para mejorar las condiciones en las que tal discusión se lleva a cabo. Gozan de un doble carácter, empírico y normativo, pues se muestran como realidades históricas y como fines deseables. Mantienen una relación ambivalente con un cierto discurso moral y con el sistema democrático, al ser condiciones de posibilidad del consenso y de un modelo concreto de democracia y al mismo tiempo depender de la realización de tal modelo para configurarse como derechos. Finalmente, cumplen una función crítica frente al orden imperante que afecta a todas sus facetas sin pretender su aniquilación total sino, muy al contrario, la desaparición de los obstáculos que imposibilitan la realización de su ideal.

Como es fácil apreciar, esta construcción ha de salvar algunas dificultades.

La primera de ellas está vinculada a la realización política de tal comunidad, es decir, al modo en que puede pasarse de la voluntad de todos –fruto del consenso fáctico– a la voluntad general –consenso alcanzado bajo condiciones trascendentales hipotéticas– y en que puede lograrse en una situación fáctica la vigencia efectiva de las condiciones del discurso ideal. La clave de esta cuestión radica en la estructura dialéctica de la comunidad de comunicación, pues todo discurso supone contrafácticamente la meta del acuerdo y la existencia de la comunidad ideal que determina la corrección de los argumentos. Ello se deriva de que no es posible cuestionar argumentativamente la propia argumentación moral sin entrar en ella; todo el que entra seriamente en un diálogo ha de suponer que los problemas prácticos pueden y deben ser solucionados sobre la base de formación del consenso, por lo que no hay dos momentos distintos en la formación de la voluntad, sino un único momento en el que aparecen entremezcladas la comunidad real y la ideal de comunicación (la presunción de un resultado ideal es el fundamento contrafáctico del diálogo real) <sup>32</sup>.

Otra dificultad es que la formación de un discurso legítimo acerca de intereses colectivos necesita el reforzamiento de ciertos presupuestos, orientados a sustituir las relaciones de dominación por nexos de cooperación, por lo que cuando los sujetos que entren en el proceso

<sup>31</sup> En relación al carácter ambivalente de los derechos humanos, *vid.* R. DE ASIS ROIG, «Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista», *Cuadernos «Bartolomé de las Casas»*, Instituto de derechos humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 2001.

<sup>32</sup> *Vid.* J. HABERMAS, *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. R. García Cotarelo, Península, Barcelona, 1985, pp. 124-125.

comunicativo se relacionen de un modo distinto con la esfera pública y mantengan una idea opuesta de lo que la moral y la política deben ser, el conflicto habrá de resolverse o bien recurriendo a diferentes acciones estratégicas (para crear las condiciones reales que hacen posible exigir a todos los hombres el seguimiento de las normas ideales del discurso) o bien reforzando, en la medida de lo posible, la acción comunicativa y el proceso democrático. En el seno de comunidades imperfectas como las nuestras, sólo será posible llegar a acuerdos fácticos provisionales y revisables a los que no puede considerarse definitivamente racionales<sup>33</sup>.

En el terreno político, no parece que este consenso sea posible si no se garantiza el ejercicio simultáneo de la autonomía privada y de la pública que sólo se pone en marcha en el seno de un proceso democrático en el que todos los sujetos puedan definir sus grados de acuerdo o desacuerdo y convenir en el procedimiento que tenga que seguirse para diseñar cuáles sean los intereses comunes y cómo han de protegerse. Dado que la formación de la opinión y la voluntad democráticas posibilita un acuerdo racional también entre extraños, no es necesario un consenso material previo asegurado por la homogeneidad social o por el reconocimiento de ciertos derechos<sup>34</sup>. En otras palabras, en una sociedad pluralista es el proceso democrático y no el substrato cultural de un pueblo supuestamente homogéneo el medio idóneo de integración social. Podría argumentarse todavía que el sistema democrático proviene de una particular tradición occidental, y que, por lo tanto, no es políticamente neutral. Sin embargo, sin rechazar esta idea, no parece posible dejar abierto el discurso a la concurrencia de otras tradiciones y culturas si no es garantizando, al menos, unas ciertas reglas procedimentales. Es decir, se trata de establecer condiciones de posibilidad del sistema democrático con las que no se pretende su sustitución.

En cualquier caso, ninguna de estas debilidades anula el valor epistémico de la democracia (la discusión colectiva es el medio más confiable de acceso a la verdad moral), cuyo atractivo no radica en los resultados que se alcanzan, sino en los valores inherentes a un procedimiento que, como éste, garantiza la imparcialidad de la deliberación colectiva<sup>35</sup>. De este modo, se rechaza la tesis sustentada por el llama-

---

<sup>33</sup> Vid. J. HABERMAS/J. RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, trad. G. Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1998, pp. 35-37.

<sup>34</sup> Vid. J. HABERMAS: «Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana», trad. J. González Amuchastegui, *Revista Derechos y Libertades*, núm. 3, mayo-diciembre 1994, pp. 215-230.

<sup>35</sup> Vid. sobre esta cuestión, C. S. NINO, «Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas», *Doxa*, núm. 5, 1987, pp. 87-105, *El Constructivismo Ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 y *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. R. P. Saba, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 301-302. La tesis que aquí se mantiene del sistema democrático se apoya en una concepción procedimental de la corrección cuya utilidad práctica consiste, sobre todo, en excluir la posibilidad de adoptar decisiones irracionales y en la universal capacidad argumentativa

do populismo moral, según la cual aquello que resuelven todos o la mayoría es necesariamente correcto e, incluso, justo.

La última dificultad de esta construcción descansa en la oposición que pudiera darse entre intereses colectivos e individuales. En este caso, la respuesta que se ofrezca dependerá del modelo que se tome como base, por lo que la defensa de los intereses colectivos y de los derechos de cuarta generación implicará la opción por un determinado sistema político.

Frente a un republicanismo fuerte, que vincula el proceso democrático a la identidad compartida y a los vínculos esenciales de un determinada comunidad ética y que opta claramente por los intereses colectivos y por la autonomía pública, y al liberalismo, que se decanta por la autonomía privada protegida mediante la articulación de derechos morales (límites externos a la autonomía pública y a los intereses colectivos), se abre la vía de la teoría discursiva habermasiana. Desde esta teoría, los derechos individuales no son límites impuestos al legislador o restricciones a la autonomía pública de los ciudadanos, ni tampoco pueden ser instrumentalizados por el poder para obtener ciertos objetivos políticos. Sólo los presupuestos formales, y no todo un sistema de derechos morales ya configurado, son anteriores al discurso. En este esquema, los derechos de libertad, los que garantizan la consecución de igualdad de oportunidades de los objetivos privados de la vida y los derechos políticos son cooriginarios, de modo que la razón de ser del Estado reside en garantizar la formación comprensiva de la voluntad y la opinión públicas y no en la protección de iguales derechos privados. Así se estructura la copertenencia de soberanía popular y derechos humanos, de autonomía pública y privada, entre las que no existe prioridad sino sólo un equilibrio estable <sup>36</sup>.

En definitiva, si los derechos de cuarta generación surgen como frutos del proceso de universalización de intereses subjetivos y se hallan conectados a las necesidades individuales intersubjetivamente compartidas, no parece que puedan desvincularse de los planes de vida definidos por cada individuo y del modo en que tiene que celebrarse el diálogo entre ellos. De acuerdo con esto, el conflicto entre intereses colectivos e individuales sólo podría darse en dos situaciones: o bien los segundos vienen de la mano de quienes no se pretenden integrados

---

(*vid.* R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 303 ss.).

<sup>36</sup> *Vid.* al respecto, J. HABERMAS en *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp. 172-176 y 186-187, y en «El vínculo interno entre Estado de Derecho y democracia», *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, cit., p. 254. Se trata de institucionalizar la formación racional de la opinión y la voluntad políticas «mediante un sistema de derechos que asegure a cada uno la igual participación en tal proceso de producción de normas jurídicas, el cual venga a la vez garantizado en lo que respecta a sus presupuestos comunicativos» (J. HABERMAS: *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit., p. 176).

en el diálogo, lo cual parece un supuesto altamente improbable pues todos estamos sujetos a procesos de interacción comunicativa y no podemos situarnos al margen de los procesos argumentativos sin incurrir en una contradicción performativa o desembocar en una pérdida de la identidad propia<sup>37</sup>; o bien, frente a los intereses colectivos que son objeto y fines del diálogo, aparecen intereses puramente estratégicos que muy probablemente no superarán el proceso de universalización habiéndose de recurrir para superar este conflicto a soluciones estratégicas que se alejan de los criterios de racionalidad del discurso.

Por otra parte, la compatibilidad entre derechos de cuarta generación y derechos individuales no es imposible si se asume que participan de una doble naturaleza pues no favorecen sólo a los individuos sino también a la comunidad, cumplen una función social y forman el presupuesto funcional de la democracia; es decir, que están caracterizados por la concurrencia de intereses privados y públicos (que representan un *aliud* respecto de los primeros). Sólo desde una construcción como ésta es posible y deseable tal armonización y, en consecuencia, sólo desde esta plataforma puede lograrse la incardinación de las nuevas exigencias en el elenco de derechos humanos de titularidad individual.

Finalmente, puede decirse que los nuevos derechos son condiciones del diálogo, derechos instrumentales que hacen posible la efectiva realización del catálogo de derechos humanos allí donde éstos no han sido operativos, y, al mismo tiempo, resultados del mismo, derechos síntesis donde los derechos humanos están consolidados y protegidos. Funcionan como una condición para la creación de una sociedad desalienada, exigiendo para su definición y protección un consenso que no mostrará la solución racional a los problemas (aquella que se alcanza por la fuerza del mejor argumento) si se mantienen relaciones de dominación y, a la vez, se presentan como el resultado de un acuerdo adoptado en un contexto sin presiones externas.

### 3.3 Su fundamento axiológico

A la vista de la importancia que en su discurso adquieren los objetivos comunes no es de extrañar que se haya señalado a la solidaridad como el valor fundamental al que los nuevos derechos quieren dar respuesta. Como virtud privada y/o pública la solidaridad refuerza el «mundo de la vida» así como la creación de un espacio público favorable a la deliberación, pues exige la apertura del «nosotros» a personas a las que anteriormente hemos considerado «ellos», destacando la universal competencia comunicativa<sup>38</sup>. De este modo,

<sup>37</sup> Vid. J. HABERMAS: *Conciencia moral y acción comunicativa*, cit., pp. 124-125.

<sup>38</sup> Vid. J. HABERMAS: «Justicia y solidaridad. (Una toma de posición en la discusión sobre la etapa 6 de la teoría de la evolución del juicio moral de Kohlberg)», trad. J. de Zan, en K. O. Apel, A. Cortina, J. de Zan y D. Michelini: *Ética comunicativa y*

la solidaridad viene inexorablemente unida a la idea del consenso racional entre individuos socializados en un contexto vital común, alejándose del acuerdo entre monólogos, entre individuos aislados. En el discurso moral, la relación entre la solidaridad y el consenso es biunívoca, pues cada uno de estos dos elementos puede presentarse como condición de realización del otro. Y esto también sucede en el ámbito político-jurídico, ya que, si bien la solidaridad sólo tiene sentido en un contexto democrático en el que el principio ético discursivo-consensual pueda legitimar decisiones políticas intersubjetivamente válidas, es simultáneamente un elemento que facilita la realización de la democracia e impide que el Derecho se convierta en un instrumento de dominación.

Nada de esto supone consagrar un modelo organicista porque la solidaridad que los nuevos derechos reivindican no es sólo la solidaridad «mecánica» propia del Estado social, cuyos referentes son la similitud y la identidad, sino la solidaridad «orgánica» que conjuga los principios de autonomía e integración, y radica en el reconocimiento y respeto del derecho a la diferencia y de los derechos de la minorías<sup>39</sup>. Podría pensarse que este *plus* que ha de sumarse a la igualdad es suficiente para distinguir las reivindicaciones que se apoyan en la solidaridad de aquellas que encuentran su fundamento en la igualdad como generalización o equiparación, pero no para diferenciarlas de las que se asientan sobre la igualdad como diferenciación. Sin embargo, a lo anterior ha de añadirse que la solidaridad pretende introducir en el ámbito jurídico una dimensión temporal de la que carece la igualdad. Es decir, se trata de incluir en el discurso de los derechos humanos el concepto de «solidaridad diacrónica», que exige que la interpretación de las necesidades como aceptables con carácter general y las normas producidas en un discurso mediante las que se establecen medidas

---

*democracia*, Crítica, Barcelona, 1991, p. 200 (también en *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. J. Mardomingo, Trotta, Madrid, 2000, pp. 55-81). Siguiendo a R. RORTY, puede decirse que el proceso de ampliación del «nosotros» consiste en crear un sentimiento de solidaridad más amplio que el que tenemos ahora y no ver en la solidaridad algo que existía ya con anterioridad al reconocimiento que hacemos de ella (en *Contingencia, ironía y solidaridad*, trad. A. E. Sinnot, Paidós, Barcelona, 1991, p. 214). Sobre el proceso histórico de formación de este valor/principio, *vid.* G. PECES-BARBA: «Escasez y solidaridad: una reflexión desde los clásicos», F. Mariño y C. F. Liesa (dir.): *El desarrollo y la cooperación internacional*, BOE/Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1997, pp. 19-33.

<sup>39</sup> Como es bien sabido, el teórico por excelencia de la solidaridad es E. DURKHEIM, que habla por primera vez de la solidaridad orgánica para referirse a aquella que se apoya en la interdependencia (basada en la comunidad de necesidades y en la división del trabajo), la complejidad y la diferenciación (en el capítulo III del Libro primero de su obra *La división del trabajo social*, titulado «La solidaridad debida a la división del trabajo u orgánica», trad. C. G. Posada, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993). Como señala J. de LUCAS, esta segunda forma de la solidaridad (que aparece junto a la solidaridad mecánica) es un ideal moral porque conjuga la máxima autonomía individual con el mayor grado de integración (en *El concepto de solidaridad*, cit., p. 19).

colectivas puedan resistir la comprobación de una génesis crítica, de una génesis social e individual <sup>40</sup>. Así, podrían entrar en el diálogo las necesidades y las convicciones de los afectados por una deliberación en la que no participan y sería posible juzgar la racionalidad de una decisión bajo la luz de circunstancias distintas a aquéllas en las que nació.

De este modo, los derechos de cuarta generación abren las puertas, en primer lugar, a la posible protección de las generaciones futuras. Dado que no defiende la existencia de un núcleo duro y atemporal en los derechos que pudiera determinar los acuerdos en el futuro y dado también que lo que se pretende es *interpretar* correctamente los intereses de los que pudieran verse afectados por las decisiones adoptadas en la comunidad de argumentación del discurso práctico, en mi opinión, para articular tal protección no resulta adecuado recurrir a la técnica de los derechos. Si esto es así, en el plano moral caben, al menos, dos posibilidades: tiene que aceptarse o bien que entre derechos y deberes (positivos o negativos) sólo se da una correlatividad relativa, es decir, que pueden existir deberes que no encuentren su reflejo en ciertos derechos, o bien que es posible establecer una relación entre el concepto de *beneficio* y el de *derecho* <sup>41</sup>. En el primer caso, habría que argumentar en favor de la imposición de deberes positivos generales, lo que exigiría la justificación ética de un cierto paternalismo para después introducirse en un debate acerca de su viabilidad, pero no se traduciría en la articulación inmediata de derechos de los que las generaciones futuras pudieran predicarse titulares. En cambio, si se opta por relacionar *derecho/beneficio*, por la llamada tesis del «beneficiario cualificado», según la cual tiene un derecho el que se beneficia directamente del deber que se le asigna a otro <sup>42</sup>, habría de asumirse que los deberes son la consecuencia de los derechos, en el sentido de que éstos justifican jurídicamente aquéllos. Sólo en este supuesto, las generaciones futuras podrían entrar en nuestro diálogo como titulares de derechos y reaparecería el debate acerca de los deberes positivos generales <sup>43</sup>. Sin embargo, no sucedería lo mismo si lleváramos la teoría a su extremo exigiendo que el beneficio responda a una necesidad perentoria, que se trate de beneficiarios directos y que existan medios para satisfacer la necesidad.

<sup>40</sup> Vid. al respecto R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 143-156.

<sup>41</sup> Vid. N. MACCORMICK, «Los derechos de los niños: una prueba de fuego para la teoría de los derechos», trad. M. Carreras y A. L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *Anuario de filosofía del Derecho*, t. V, 1988, p. 294.

<sup>42</sup> Vid. D. LYONS en «Rights, Claimants and Beneficiaries», *American Philosophical Quarterly*, núm. 6, 1969, pp. 173-185, y «The Correlativity of Rights and Duties», *Nous*, 4, 1970, pp. 45-55. Para una reformulación de la teoría del beneficiario, vid., J. RAZ «Legal Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 4, núm. 1, 1984, pp. 1-21.

<sup>43</sup> Sobre deberes positivos generales, puede consultarse el debate abierto entre J. C. BAYÓN, E. GARZÓN VALDÉS, F. LAPORTA y J. S. FISHKIN en la revista *Doxa*, núm. 3, 1986 y la bibliografía allí citada.

Cualquiera que sea la senda por la que se transite, tiene que admitirse que si se han de considerar los intereses de las generaciones futuras en nuestro discurso, es porque es posible fundamentar la existencia de un deber de acción y no sólo de omisión en los que tienen la capacidad y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que les afectan directamente. Es decir, sobre aquello que se refiere, por ejemplo, a problemas ecológicos, a conflictos nucleares, a la explotación incontrolada de los recursos que forman parte del patrimonio común de la humanidad y al reparto de la riqueza mundial, pues todo ello puede alterar notablemente y a largo plazo la vida en el planeta.

En segundo lugar, habría que justificar ciertas prácticas paternalistas. Parece que en el supuesto que nos ocupa podrían estar justificadas éticamente, pues se encaminarían hacia la consecución del bien de una colectividad que no puede prestar su consentimiento pero de la que se puede presumir racionalmente que lo prestaría si no estuviera en una situación de incapacidad que le impidiera conocer cuál es realmente su bien. Este último criterio (la delimitación de las situaciones de incapacidad y de lo que ha de ser considerado un «bien») tiene un rango superior al de los otros, de modo que la fundamentación última del paternalismo residiría finalmente en la existencia de un consenso racional en el que se dirimiría tal cuestión <sup>44</sup>.

Por último, habría que justificar la imposición de deberes positivos generales. Para ello es posible recurrir a la tesis de la correlatividad relativa entre derecho y deber desde la que puede argumentarse a favor de la existencia de un deber siempre que con él se logre garantizar un interés digno de protección. De este modo, es la existencia y la legitimidad de tal interés lo que resulta imprescindible probar <sup>45</sup>. En el caso de los derechos de cuarta generación, que se orientan a la protección de intereses colectivos, tal delimitación y justificación sólo constituiría un problema si salimos de las coordenadas de la ética comunicativa <sup>46</sup>.

En definitiva, en virtud de la trascendencia de su fundamento, los derechos de cuarta generación pueden distinguirse de aquellos que componen el catálogo de generaciones anteriores y, especialmente, de los derechos económicos, sociales y culturales. De hecho, no se consuman o no encajan a la perfección ni en el molde de los derechos de

---

<sup>44</sup> Vid. M. ATIENZA, «Paternalismo y consenso», J. Muguerza y otros: *El fundamento de los derechos*, a cargo de G. Peces-Barba, Debate, Madrid, 1989, p. 86.

<sup>45</sup> Vid. J.C. BAYÓN, «Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites. (Observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés)», *Doxa*, núm. 3, 1986, p. 38.

<sup>46</sup> Y todo ello al margen de la viabilidad político-jurídica de los deberes positivos generales, una vez considerada la dificultad que conlleva establecer la frontera entre el acto que sería legítimo exigir y el supererogatorio, determinar con exactitud cuál es el máximo al que puede llegar una exigencia política. Cuestión que se agrava cuando la relación causal entre la omisión del deber y el resultado es tan compleja que resulta difícil establecer la responsabilidad moral de un individuo concreto por una omisión determinada.



defensa, a los que corresponden prohibiciones o deberes públicos de no hacer, ni en el de los derechos de prestación, que se corresponden con obligaciones o deberes públicos de hacer, porque definen nuevos ámbitos vitales que no deben ser interferidos por lo poderes públicos ni por otro tipo de agentes sociales señalando también aquellos otros en los que es necesaria su intervención. La exigencia de la solidaridad orgánica y mecánica, sincrónica y diacrónica, introduce en el discurso de estos derechos una dimensión completamente nueva que, desde un punto de vista moral y una vez asumidos ciertos presupuestos, podría no constituir un problema para su introducción en el catálogo de derechos humanos aunque, dadas las limitaciones del Derecho, habrían de afrontar un gran número de obstáculos jurídicos.

#### 4. PLASMACIÓN JURÍDICA Y TRASCENDENCIA POLÍTICA DE LOS NUEVOS DERECHOS

En el ámbito jurídico, los nuevos derechos no pueden ser independientes del resto de pretensiones que aglutinan o cuya realización facilitan, por lo que han sido consagrados como normas programáticas que, más que obligaciones jurídicas estrictas, enuncian compromisos políticos imprecisos. Así, la técnica a la que es posible recurrir para articular su protección es o bien la de los principios como mandatos de optimización o bien la que ofrece la creación de normas de carácter doble donde se combinen disposiciones susceptibles de subsunción –derechos reconocidos y garantizados– y cláusulas restrictivas referidas a principios y sometidas al juego de la ponderación –mandatos jurídico-objetivos dirigidos al legislador o a la Administración–<sup>47</sup>. Dado su objeto de protección, lo que no parece viable es que las nuevas exigencias encuentren su lugar entre las reglas que adjudican derechos subjetivos típicos o activos.

En consecuencia, desde el punto de vista jurídico, los nuevos derechos enuncian una razón para decidir en un determinado sentido pero la justificación que proponen no es última (excluyente), ni concluyente. Tampoco obligan al Estado a realizar la conducta que prescriben, sino sólo a deliberar acerca de la idoneidad de su política en relación con la totalidad de los fines que se propone. De este modo, los derechos de cuarta generación permiten al poder estatal perseguir objetivos sociales sin vulnerar derechos individuales.

Por otro lado, cumplen una función tanto objetiva, pues sirven de impulso a la legislación, la administración y la justicia, como instrumental, dado que sin su puesta en marcha no parece posible la realiza-

---

<sup>47</sup> Vid. R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés y revisada por R. Zimmerling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 135.

ción de algunos derechos fundamentales. Y esto es así porque con ellos la afectación del individuo es directa (como miembro de una comunidad o como partícipe en la definición de los intereses comunes) pero mediata, y las razones por las que se recogen en una norma apuntan más a la trascendencia que tienen para la totalidad de los bienes colectivos que para el individuo aislado. Con su consagración se pondría de manifiesto que la dimensión particular y colectiva, la subjetiva y objetiva (o institucional), de los derechos concurren y se necesitan mutuamente.

Aunque no puede exigirse jurídicamente su aplicabilidad como derechos subjetivos independientes, es preciso garantizar, como mínimo, una pretensión de defensa frente a la total desatención al fin concreto que se proponen o ante la supresión de las medidas adoptadas para su realización<sup>48</sup>. Es más, cuando se recogen como directrices, no sólo persiguen la abstención —el cumplimiento del mencionado requerimiento mínimo—, sino que suelen exigir que se elaboren determinadas normas coactivas que sirven como un punto de referencia para la discusión pública, si bien se deja al proceso político la responsabilidad de determinar, a la vista de las posibilidades abiertas, el modo y el grado de su realización; es decir, pueden presentarse como razones *prima facie* para reglas y para acciones (para juicios concretos de deber ser). Los derechos de cuarta generación exigirían frente al Estado y los particulares tanto una omisión que evitase el deterioro del bien que se pretende proteger o que no impidiese la satisfacción del interés colectivo de que se trate, como una acción positiva fáctica o normativa<sup>49</sup>.

Así, en principio, la decisión acerca de las cuestiones que subyacen a las nuevas demandas (el establecimiento de los medios necesarios para la consecución del fin valioso que con ellas se persigue: evitar la destrucción del medio ambiente, alentar el desarrollo y la justa distribución de la riqueza, proteger el patrimonio común, apoyar el proceso de descentralización política y económica con el refuerzo de los focos de decisión infra y supra estatal y lograr una solución pacífica de los conflictos) deberá ser un asunto de política, competencia del legislador legitimado y no de los tribunales de justicia. Si bien es cierto que, al articularse como principios programáticos, no puede negarse un cierto protagonismo judicial, tal protagonismo no implica total discrecionalidad, pues lo que se está exigiendo es que los jueces, en el ejercicio de su función, consideren las finalidades perseguidas

---

<sup>48</sup> No ha de pasarse por alto, como señala L. PRIETO SANCHIS, que, desde una perspectiva funcional, si un caso se soluciona dando vida a un principio éste tiene que mantener su valor en casos iguales y sólo puede abandonarse en nombre de otro principio que tenga también una vocación expansiva o generalizante hacia el futuro (en *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 163-169). También R. ALEXI asegura que la solución que pueda darse a una colisión entre principios no es sólo significativa para el caso concreto (*Derecho y razón práctica*, trad. M. Atienza, P. Larrañaga y E. Garzón Valdés, México, Fontamara, 1993, p. 17).

<sup>49</sup> Vid. R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 510-524.

por los órganos representativos del Estado al dictar las normas del sistema. Esto significa que los principios se toman en consideración por su incorporación al Ordenamiento jurídico y no por su contenido moral, por lo que esta construcción no se separa en ningún momento de la tesis central del positivismo metodológico.

El trayecto hacia su consolidación jurídica puede venir de la mano de un Estado constitucional y republicano, en cuyo seno se incrementen las formas de control sobre el poder político, se favorezca la realización efectiva de los principios programáticos, y simultáneamente, se facilite el desarrollo de una democracia deliberativa y se otorgue mayor protagonismo al ciudadano, al que ha de verse como una pieza clave en todo este proceso<sup>50</sup>. Ciertamente, en tan ambicioso proyecto pueden apreciarse, sin dificultad, algunas contradicciones que se derivan, sobre todo, de la tensión que pudiera darse entre democracia y control de constitucionalidad, entre un modelo constitucional en sentido estricto y el más puro sistema republicano<sup>51</sup>.

Sin embargo, si se afinan mejor sus rasgos, el esquema que se propone no resulta intrínsecamente contradictorio. En efecto, por un lado, el poder judicial no puede verse como un poder conceptualmente autónomo aunque, institucionalmente goce de independencia, sino que los jueces han de considerar en sus razonamientos su vinculación al Ordenamiento jurídico y, en caso de ponderación, la racionalidad de sus decisiones habrá de evaluarse a la luz de los procedimientos aplicados y de la fundamentación de la que se haya dotado al enunciado de preferencia al que ha conducido la ponderación<sup>52</sup>.

Por otro lado, los derechos de cuarta generación se alejan en sus propuestas de un republicanismo conservador y diseñan, por el contrario, un modelo político en el que la profundización democrática y el constitucionalismo pueden enlazarse, puesto que la única materialización que se exige es la de los procedimientos jurídicos institucionalizados y la de los procesos de formación de la opinión y la voluntad políticas. Es decir, la fidelidad al texto constitucional se orienta al procedimiento y a las instituciones políticas reflejadas en la Constitución y no a sus posibles contenidos valorativos, por lo que su protección se hallaría en sintonía con la defensa del denominado «patriotismo constitucional»<sup>53</sup>. Su plasmación política no exige mantener una

<sup>50</sup> Sobre la relación Estado Constitucional-Estado de Derecho, *vid.* F. J. ANSUATEGUI ROIG, «Poder, ordenamiento jurídico, derechos», *Cuadernos «Bartolomé de las Casas»*, Instituto de derechos humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 1997 y R. ASIS ROIG, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Universidad de Jaén-Dykinson, Madrid, 1999. Para un estudio de la conexión entre constitucionalismo y nuevos derechos, *vid.* A. E. PÉREZ LUÑO, Estado constitucional y derechos de la tercera generación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIII-XIV, 1996-1997, pp. 545-570.

<sup>51</sup> Sobre republicanismo, *vid.* L. PETTIT, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, trad. T. Doménech, Paidós, Barcelona, 1999, cap. 2.

<sup>52</sup> *Vid.* R. ALEXANDER en *Derecho y razón práctica*, cit., pp. 27-34 y en *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 101-103.

concepción del Estado como comunidad ética y del ciudadano como un ser virtuoso al que se le exige la adopción espontánea de actitudes heroicas; supone mediar entre la marginación de los derechos humanos garantizados de la autonomía privada propia del republicanismo fuerte y su imposición desmedida como propugna el liberalismo.

Finalmente, los nuevos derechos se orientan a la consagración de un modelo político con un alcance cosmopolita que, en principio, podría entrar en contradicción con la defensa del más puro patriotismo constitucional. Es importante señalar que, aunque su referencia inicial pudiera ser la nación, el patriotismo constitucional no se identifica con el nacionalismo, que se apoya en una lealtad colectiva preconvencional y no postconvencional (posterior al Estado) y que al pretender una homogeneidad social, cultural o moral, no es compatible con el pluralismo moral. En efecto, el patriotismo constitucional, tal como aquí se entiende, opta por una comunidad en la que los integrantes están igualados únicamente por el estatuto jurídico de la ciudadanía. Por lo tanto, al existir entre ellos sólo un vínculo político, se asienta sobre el procedimiento de formación democrática de la opinión y de toma democrática de decisiones, en torno al cual existe un consenso garantizado por la Constitución. Lo que sí parece cierto es que, aunque no se exige la identificación con una determinada forma de vida —puede decirse, incluso, que este discurso alcanza su sentido cuando la situación de la que se parte es conflictiva—, se actúa sobre el trasfondo de una cultura política común que bien puede compaginarse con la pervivencia de diferentes posturas morales. El núcleo duro de este referente parece ser un modelo de democracia que se apoya en una concepción procedimental de la corrección (a la que ya he aludido más arriba), cuya utilidad práctica consiste en excluir la posibilidad de adoptar decisiones irracionales y que, por tanto, sólo tiene un valor epistémico <sup>54</sup>.

En otras palabras, los nuevos derechos tienen cabida en un sistema político que, siendo republicano, abandone las tesis del republicanismo clásico abogando por la consolidación de una política deliberativa que consiga mediar entre la «política dialógica» —corrientes de comunicación espontáneas que generan y estimulan la discusión acerca de determinados asuntos de interés público— y la «política instrumental» —institucionalización de los procesos necesarios para lograr y canalizar el consenso— <sup>55</sup>; y, siendo constitucional, establezca mecanismos

<sup>53</sup> Vid. J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit., p. 624 y J. M. ROSALES, «Patriotismo constitucional: sobre el significado de la lealtad política en el republicanismo», *Isegoría*, núm. 20, 1999, p. 145.

<sup>54</sup> Vid. R. ALEXANDER, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 303 y A. AARNIO, «Democracia y discurso racional. Una perspectiva iusfilosófica», *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho*, trad. P. Larrañaga, Fontamara, México, 1995, p. 71, además de las ya citadas obras de C. S. NINO.

<sup>55</sup> Vid. J. HABERMAS en *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit., p. 201, y en «Tres modelos

y procedimientos de racionalización en la actividad judicial y no permita la saturación de contenidos materiales en el ámbito público y tampoco la invasión de la política por la ética. En este esquema la voluntad común se configura de acuerdo con una pluralidad de formas de comunicación y no, como en el más puro proyecto republicano, por medio de la *autocomprensión ética*<sup>56</sup>. Por consiguiente, resulta compatible con el pluralismo, no es ni intrínseca, ni necesariamente populista y puede extenderse a espacios que, como el internacional, no se apoyan en una cultura política sustantiva.

En el plano global, los nuevos derechos parecen cuestionar el principio de soberanía estatal ya que las repercusiones de su conculcación rebasan las fronteras nacionales siendo la comunidad internacional la que ha de armonizar las políticas al respecto. Lo que exige esta problemática es que se estructuren instancias democráticas y respuestas en diferentes órdenes políticos, lo cual no significa que el Estado-nación tenga que ser suprimido sino, más bien, superado<sup>57</sup>. Por último, no es ocioso señalar que una propuesta cosmopolita como ésta no desvirtúa los argumentos a favor de un posible derecho a la pertenencia cultural, pues su reconocimiento garantiza la protección y acceso a una cultura concreta aunque no tiene por qué implicar necesariamente una valoración positiva de su mantenimiento<sup>58</sup>.

---

normativos de democracia», *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, cit., pp. 239 y 244.

<sup>56</sup> *Op. cit.*, pp. 238-239.

<sup>57</sup> Vid. D. HELD en *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, trad. S. Mazzuca, Paidós, Barcelona, 1997 y en «Democracia y el nuevo orden internacional», trad. S. Chaparro Martínez, en R. del Águila y F. Vallespín (eds.): *La democracia en sus textos*, Alianza, Madrid, 1998, pp. 510-516, U. BECK, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. B. Moreno y M. R. Borrás, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 134-137 y G. JÁUREGUI en «Globalización y democracia», *Claves de la razón práctica*, núm. 99, 2000, pp. 15 y 18-19. La distribución de las competencias entre los distintos niveles de gobierno habrá de hacerse teniendo en cuenta tres criterios: la extensión (número de personas afectadas), la intensidad (trascendencia) y la eficacia comparativa (es esencial para determinar en qué sede ha de tomarse la decisión). Vid. sobre esta propuesta, D. HELD, «Democracia y el nuevo orden internacional», cit., nota núm. 19. Sobre la relación conflictiva entre Derecho interno e internacional por lo que hace a la protección de los derechos fundamentales, vid. R. de ASIS ROIG, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al Poder*, Debate, Madrid, 1992 (2.ª edición en Dykinson, Madrid, 2000).

<sup>58</sup> Vid. W. KYMLICKA, «Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal», en R. del Águila y F. Vallespín: *La democracia en sus textos*, Alianza, Madrid, 1998, p. 429 [también en *Isegoría* (Revista de filosofía moral y política), 14 de octubre de 1996, pp. 5-36]. En palabras de A. MARGALIT y J. RAZ, la pertenencia a una cultura societaria proporciona opciones con significado, «la familiaridad con una cultura determina los márgenes de lo imaginable» («National Self-Determination», *Journal of Philosophy*, núm. 9, 1990, p. 449). Que las capacidades que subyacen a los derechos individuales están condicionadas por la pertenencia del individuo a una sociedad determinada pues para su práctica se requieren instituciones que son inherentemente sociales, ha sido señalado por J. RAZ en *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford, 1994, ensayos 2, 3 y 11.

## 5. UNA BREVE RECAPITULACIÓN

Como es fácil apreciar, el modelo teórico en el que se apoyan los nuevos derechos está atravesado por graves tensiones y contradicciones que sólo pueden resolverse satisfactoriamente si no acaba otorgándose prioridad definitiva a ninguno de los elementos en juego.

1. Puede decirse que la tensión democracia/capitalismo aparece estrechamente vinculada a los orígenes de estas demandas, que vienen a acentuar la faceta democrática del Estado de bienestar.

2. La tensión intereses colectivos/intereses individuales irrumpe en el discurso de los nuevos derechos por lo que a su objeto de protección se refiere y, siempre que se pretenda su incardinación en el catálogo de derechos humanos, exige optar por un esquema en que se hallen equilibrados pero en el que, en caso de conflicto, se otorgue prioridad al individuo frente a la colectividad. Si esto es así, los «derechos de cuarta generación» habrán de presentarse, según los casos, como derechos síntesis y/o como derechos instrumentales y, al menos inicialmente, no podrán articularse como derechos subjetivos.

3. Un código axiológico en el que la solidaridad ocupa un lugar preeminente y se presenta como una fuente de derechos, puede contraponerse a otro asentado sobre el valor absoluto de la libertad negativa. Y ello es así, si se asume que, entre otras cosas, la solidaridad participa de una doble dimensión sincrónica y diacrónica, requiere contemplar los intereses de aquellos que no pueden hacerlos valer por sí mismos, amplía nuestro horizonte de responsabilidades introduciendo la posibilidad de exigir el cumplimiento de deberes positivos generales y favorece prácticas paternalistas éticamente justificadas.

4. Dado que los nuevos derechos se orientan a la protección de intereses colectivos, su plasmación jurídica se ha articulado a través de principios entendidos como mandatos de optimización y, en consecuencia, en el terreno jurídico redescubren la tensión principios/reglas, juez/legislador, constitucionalismo/democracia y derechos/ley.

5. Su diseño político también adolece de contradicciones que hace falta solventar y que, lógicamente, se derivan de las anteriormente expuestas. Así, el marco más adecuado para su realización es el que presenta un republicanismo moderado, que se aleje del modelo conservador y que se combine con un constitucionalismo débil, entendiendo por tal áquel en el que se abandona la tesis fuerte del control político. De este modo, se pretenden compatibles dos teorías tendencialmente contradictorias: la que apuesta por el poder político ilimitado, sugerida por la democracia radical, y la que opta por una rematerialización de la Constitución, destinada a estrangular ciertas iniciativas de la soberanía popular.

6. Finalmente, al plantear problemas de carácter planetario, los nuevos derechos tienen, constitutivamente, una dimensión internacional. En este ámbito, en el que han sido recibidos con un cierto

entusiasmo, es precisamente donde su proyecto encuentra los más graves problemas de viabilidad y donde muestra con más claridad su dimensión *pro futuro*. El afán de democratización que late tras las nuevas exigencias se traduce ahora en la reconstrucción del ideal de la democracia cosmopolita y se enfrenta, por un lado, a las dificultades que para su realización presenta la pervivencia del Estado-nación, al que, sin embargo, no se puede, ni se pretende renunciar, y, por otro, a la amenaza que para un proyecto tan ambicioso representa el multiculturalismo.

Solventar todos estos problemas, y algunos otros que de ellos pudieran derivarse, hubiera exigido, seguramente, un trabajo más amplio y más profundo que el que aquí presento. Mi objetivo ha sido únicamente marcar la senda por la que parece más adecuado transitar si se pretende articular de un modo coherente la defensa de los nuevos derechos y, sin soslayar sus riesgos y dificultades, destacar la relevancia de la que pudieran gozar en el orden moral, jurídico y político. Espero haber ofrecido algunas razones para debilitar la resistencia, a veces obstinada, con la que se han encontrado estas demandas y para abrir las puertas a la luz de un debate siempre postpuesto pero que hace ya algunas décadas muchos consideran urgente.





# Algunas consideraciones sobre el sentido del quehacer iusfilosófico

Por JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN  
Universidad de Cantabria

*INTRODUCCIÓN:* El modesto propósito de este trabajo no es sino apuntar una serie de reflexiones sobre el sentido y la función de la actividad iusfilosófica. Lejos de cualquier tentación esencialista de intentar ofrecer algo así como una definición real y acabada de qué es la filosofía del Derecho –si es que tal cosa es posible–, o de fijar estáticamente una serie de campos más o menos delimitados de trabajo, me limitaré simplemente –desde una aproximación dinámica y funcional– a esbozar algunos de los rasgos fundamentales que a mi entender caracterizan el ejercicio de dicha actividad y que configuran algunas de las principales señas de identidad intelectual del iusfilósofo.

## 1. NECESIDAD DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA. EL IUSFILÓ- SOFO COMO PROBLEMATIZADOR

La filosofía del Derecho se presenta como una disciplina «problemática» en un doble sentido: por un lado, este carácter problemático alude a la cuestión primigenia de su propia razón de ser, en la medida en que su misma existencia parece exigir siempre un esfuerzo de justificación que no se suele requerir respecto de otros saberes jurídicos. La reflexión iusfilosófica no infrecuentemente ha sido considerada por cierto tipo de jurista como un saber bajo sospecha. Y especialmente hoy, en un momento en el que la especialización –esto es, la «formación» de personas que cada vez saben más acerca de cada vez menos cosas– y un pragmatismo mal entendido parecen

dominar buena parte del panorama social e incluso universitario, la filosofía jurídica parece destinada –como denuncia el profesor Luis Prieto– a convertirse en «un cuerpo extraño en el organismo de un plan de estudios destinado principalmente a proporcionar otra clase de saberes»<sup>1</sup>. De manera que, a menudo, desde la perspectiva del jurista «científico» o técnico –y sin que pueda eludirse tampoco la responsabilidad que en parte nos corresponde también a los propios filósofos del Derecho por esta imagen– aquella es contemplada como un saber inútil o que, todo lo más, puede proporcionar una especie de pátina cultural al jurista.

No puede extrañar por ello la necesidad que históricamente ha sentido el iusfilósofo de dar permanentemente cuentas de su propia razón de ser. La filosofía jurídica parece casi irremediabilmente abocada a corroborar aquella idea de Gustavo Bueno de que el saber filosófico es siempre un saber a justificar contra alguien, un saber dibujado frente a otros pretendidos saberes<sup>2</sup>. Por eso, «la filosofía sólo puede existir reivindicándose», constituyéndose en un incesante «abrirse paso»<sup>3</sup>. La *Contienda entre las Facultades* de Kant podría presentarse en este sentido como la imagen que mejor representa institucionalmente esa permanente necesidad de la filosofía jurídica de justificar –en polémica siempre con la pretendida suficiencia de la ciencia jurídica– un tipo de reflexión que no se agota en la mera recepción y tratamiento sistemático del Derecho positivo.

Justamente esta apremiante necesidad de autojustificación, unida a la propia naturaleza reflexiva y crítica de la actividad filosófica, sirve a explicarnos la relativa frecuencia –inhabitual en otras disciplinas– con la que los iusfilósofos nos interrogamos acerca del sentido y los objetivos de nuestro quehacer. Ejercicio de introspección que, si bien en principio podría ser interpretado por parte del observador como un síntoma de una cierta perplejidad e incluso desorientación –cuando no el reflejo de un desmesurado narcisismo– del iusfilósofo, no deja de constituir en el fondo, a mi juicio, sino una muestra de la formidable fortaleza y vitalidad intelectual de una disciplina capaz de cuestionar y revisar autocríticamente sus propios fundamentos, así como justamente una de las razones del extraordinario dinamismo de una actividad que –no lo olvidemos– tiene ya tras de sí más de veinticinco siglos de rica tradición.

Por otro lado, la reflexión iusfilosófica se presenta como «problemática» también en el sentido de que, en buena medida, su propia justificación se sustenta precisamente en la existencia de una serie de problemas radicales, originados en la experiencia jurídica pero que, o no son siquiera percibidos como tales o, en todo caso, no pueden ser abordados –al menos no en toda su complejidad– desde los presu-

<sup>1</sup> PRIETO, L., «Un punto de vista sobre la filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, p. 591.

<sup>2</sup> Cfr. BUENO, G., *¿Qué es la filosofía?*, Pentalfa, Oviedo, 1999, p. 14.

<sup>3</sup> LEGAZ y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 15.

puestos y los límites estrictamente jurídico-normativos<sup>4</sup>. Problemas de tipo ontológico, epistemológico, metodológico y axiológico, generados en el desenvolvimiento de los procesos de creación, interpretación, aplicación y, en definitiva, de funcionamiento del Derecho, que la ciencia jurídica no puede resolver. Y esta imposibilidad no obedece tanto «a razones internas de falta de desarrollo o de técnicas adecuadas en cada una de las partes de la ciencia del Derecho, sino a la conciencia de que su tarea se limita a una serie de operaciones que cumplen unos requisitos mínimos de «cientificidad» y que tienen por objeto el derecho vigente»<sup>5</sup>. De manera que es justamente en el hecho incuestionable de que existen tales preguntas acerca del Derecho que la ciencia jurídica no puede contestar donde la reflexión iusfilosófica encuentra su razón de ser y su justificación.

Este carácter problemático es por otro lado una característica consustancial al desenvolvimiento de la propia actividad filosófica en cualquiera de los campos en que esta se ejercite. En este sentido hablaba Ortega del carácter siempre «archiproblemático» de la reflexión filosófica: la misma filosofía —apuntaba— «hasta como objeto y asunto es ya problemática»<sup>6</sup>. Pero si la actividad filosófica es en sí misma problemática, es también justamente la existencia de determinados problemas que rebasan y trascienden la perspectiva de las distintas ciencias lo que constituye la justificación fundamental del quehacer filosófico. Como señalara Popper, la ineludible «existencia de problemas filosóficos urgentes y graves y la necesidad de analizarlos críticamente es, en mi opinión, la única defensa de lo que puede llamarse filosofía profesional o académica»<sup>7</sup>.

La reflexión filosófica se justifica así en última instancia porque frecuentemente nos vemos enfrentados a preguntas que —como señala I. Berlin— «no pueden ser contestadas ni con la observación ni con el cálculo, así como tampoco con métodos inductivos ni deductivos»<sup>8</sup>. Problemas y preguntas que nos enfrentan a la perplejidad y despiertan nuestra curiosidad en cuanto no son susceptibles de ser abordados satisfactoriamente mediante la mera aplicación de las categorías

---

<sup>4</sup> RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. de Wenceslao Flores, Fondo de Cultura Económica, México, 1951 (4.<sup>a</sup> reimpresión, 1985), entiende precisamente la historia de la filosofía jurídica como la historia de sus problemas (p. 23). Y ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1997, no duda incluso en proponer la utilización de la denominación «problemas iusfilosóficos» en sustitución de la habitual «Filosofía del Derecho», por ser esta última una expresión que a su juicio sugiere engañosamente un ámbito de investigación definido y sistemáticamente delimitado (p. 50).

<sup>5</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Estudios de ética jurídica*, Debate, Madrid, 1990, p. 17.

<sup>6</sup> ORTEGA Y GASSET, J., «¿Qué es Filosofía?», en id., *Obras Completas*, Alianza Editorial-Revista de Occidente, Madrid, 1983, tomo VII, pp. 329 y 309.

<sup>7</sup> POPPER, K., «Mi concepción de la Filosofía», en id., *En busca de un mundo mejor*, trad. de J. Vigil Rubio, Paidós, Barcelona, 1994, p. 228.

<sup>8</sup> BERLIN, I., «El propósito de la Filosofía», en id., *El poder de las ideas*, Espasa, Madrid, 2000, p. 59.

vigentes, de los métodos aceptados y de las técnicas patentadas que conforman el arsenal del científico en un momento dado<sup>9</sup>. O que, moviéndose en un nivel metacientífico, ponen precisamente en cuestión dichas estructuras y modos de conocimiento. Interrogantes, en todo caso, distintos de los que se plantea, y de los que puede solventar, el científico, pero que no obstante reclaman de forma apremiante nuestra atención y exigen respuestas.

Especialmente por cuanto frecuentemente «algunas de estas preguntas se distinguen por ser generales y por tratar asuntos de principio, y otras, aunque no son generales, también suelen plantear o conducir a preguntas de principio»<sup>10</sup>. De manera que, de una u otra forma, nos interpelan acerca de –o en todo caso parecen siempre apuntar en última instancia hacia– las cuestiones radicales de nuestra experiencia, de nuestro conocimiento y, en definitiva, de nuestra propia existencia. Por ello se trata a menudo de los mismos desafíos recurrentes, que una y otra vez –bajo distintas formas, en diversos contextos, desde presupuestos diferentes y cincelados siempre a la luz de nuevos retos y exigencias– vuelven obstinadamente a reaparecer ante nosotros<sup>11</sup>. Situándonos así reiteradamente ante aquel «deber de volver a pensar» que –como nos recuerda S. Körner– justamente excluye cualquier ensayo de «filosofía perenne» pero, al tiempo, explica y justifica el carácter perenne de la reflexión filosófica<sup>12</sup>.

Este deseo permanente de hallar respuestas a los interrogantes fundamentales del conocimiento y de nuestra existencia que experimenta todo aquel que no conoce pero siente la necesidad de conocer aparece pues como el impulso originario, y la justificación última, que mueve a filosofar<sup>13</sup>. El eros socrático representa justamente esa tensión que implica la continua y fatigosa, pero siempre imperfecta, aproximación del filósofo –consumido en un eterno anhelar y aspirar– hacia el conocimiento. Por eso, hoy como siempre, la respuesta a «¿por qué filosofar?» se halla –afirma Jean-Francois Lyotard– en la pregunta insoslayable «¿por qué desear?». Y el deseo habrá de pervivir «en la medida que lo presente está ausente a sí mismo, o lo ausente presen-

<sup>9</sup> ARISTÓTELES, *Metafísica*, ed. trilingüe de V. García Yebra, Gredos, Madrid, 1982: «Los hombres comienzan y comenzaron siempre a filosofar movidos por la admiración» (p. 14).

<sup>10</sup> BERLIN, I., «El propósito de la filosofía», cit., p. 59.

<sup>11</sup> MUGUERZA, J., *Desde la perplejidad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1990: «Los filósofos no tienen entre sí otra solidaridad que la de la búsqueda y la filosofía apenas es más que un conjunto de cuestiones incesantemente planteadas y vueltas a replantear, de problemas siempre abiertos, de perplejidades que nos asaltan una y otra vez» (p. 46).

<sup>12</sup> KÖRNER, S., *¿Qué es Filosofía?*, trad. de D. Bergadá, Ariel, Barcelona, 1976, p. 364.

<sup>13</sup> FICHTE, J. G., *Sobre la esencia del sabio y sus manifestaciones en el dominio de la libertad*, trad. de A. Ciria, Tecnos, Madrid, 1998, señala cómo el genio del sabio se descubre sobre todo en «un impulso de saber, que se encamina primero al saber, sólo al saber, y exclusivamente para saber, y que se manifiesta como deseo de saber» (p. 34).

te»<sup>14</sup>. Esto es, en tanto el hombre no deje de interrogarse y de sentir la necesidad de conocer lo desconocido.

Esta función eminentemente problematizadora de la reflexión filosófica, así como la búsqueda perenne –y por tanto siempre tentativa– de respuestas que conlleva, implica consecuentemente una actitud de abierta desconfianza frente a los dogmas aceptados, los sistemas cerrados y las categorías establecidas; en definitiva, frente a toda solución aparentemente firme. Un estado de permanente insatisfacción frente a lo dado, al tiempo que un talante creativo e imaginativo, capaz de hacernos trascender los límites de lo admitido y de forzarnos a repensar constantemente las posiciones adquiridas. Por eso, como afirma Derrida, «no se está jamás en posesión de *la* filosofía», porque «no se puede más que estar en camino hacia ella»<sup>15</sup>. El filósofo, en cuanto amante del saber, no puede por eso llegar a ser nunca más que un eterno «pretendiente»<sup>16</sup>.

Desde esta perspectiva, la capacidad para dudar, sobre todo frente a aquello que es considerado precisamente como indudable, sigue constituyendo hoy el principio metódico básico de todo filosofar<sup>17</sup>. También en este sentido procede el filósofo más radicalmente que el científico, cuyo quehacer sólo tiene sentido a partir, y en el marco, de la aceptación de determinados presupuestos que son los que configuran precisamente el paradigma de «cientificidad» en un determinado momento<sup>18</sup>. Por eso, es consustancial al quehacer del filósofo la adopción de una posición trascendente al sistema, a sus presupuestos, pues sólo desde ahí podrá intentar dar respuesta a las cuestiones radicales o de fundamento que subyacen a los problemas filosóficos<sup>19</sup>. El ejercicio de la filosofía precisa por todo ello de una

<sup>14</sup> LYOTARD, J. F., *¿Por qué filosofar?*, trad. de G. González, Paidós-ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1989, pp. 98 y 82.

<sup>15</sup> DERRIDA, J., *El lenguaje y las instituciones filosóficas*, trad. del Grupo Decontra, Paidós, Barcelona, 1995, p. 108. Para el filósofo, afirma COMPTE-SPONVILLE, A., *Invitación a la filosofía*, trad. de V. Gómez, Paidós, Barcelona, 2002, «la verdad no es el final del camino; es el camino mismo» (p. 164).

<sup>16</sup> Cfr. DELEUZE, G., y GUATTARI, F., *¿Qué es la filosofía?*, trad. de T. Kauf, Anagrama, Barcelona, 2001, p. 9.

<sup>17</sup> Como señala ORTEGA Y GASSET, J., «¿Qué es Filosofía?», cit., esa «duda instrumental y técnica, que es el bisturí del filósofo, tiene un radio de actuación mucho más amplio que la habitual suspicacia del hombre, puesto que dejando atrás lo dudoso se alarga hasta lo dubitable». Por ello, «toda filosofía es paradoja, se aparta de la opinión natural que usamos en la vida, porque considera como dudosas teóricamente creencias elementalísimas que vitalmente no nos parecen cuestionables» (p. 336).

<sup>18</sup> Conocida es la concepción de KUHN, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de A. Contín, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1990, del «paradigma» como un marco o una estructura básica de pensamiento compartida por la comunidad científica en un momento determinado y que sirve precisamente para operar la selección de los problemas relevantes, interpretar los hechos, definir los métodos considerados válidos en ese campo de investigación y comparar las teorías.

<sup>19</sup> Cfr. KAUFMANN, A., «Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Dogmática jurídica», trad. de G. Robles, en Kaufmann, A. y Hassemmer, W. (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, edición española a cargo de G. Robles, Debate, Madrid, 1992, p. 28.

buena dosis de «osadía intelectual»<sup>20</sup>. De ahí «el peculiar dramatismo y el tono de heroicidad intelectual en que la filosofía y sólo la filosofía vive»<sup>21</sup>. Osadía que, en cualquier caso, no debe ser incompatible con aquella modestia socrática de quien sabe justamente lo poco –apenas nada– que sabe.

De manera que, ciñéndonos al ámbito jurídico, la reflexión iusfilosófica tiene sentido en la medida en que la comprensión de la experiencia jurídica no se agota en el análisis científico del ordenamiento llevado a cabo por las distintas disciplinas dogmáticas. Brota de la consciencia de que el fenómeno jurídico es una realidad compleja, que incorpora dimensiones políticas, morales, económicas, culturales, históricas, etc., no reducibles a realidades mensurables o verificables, y que por tanto no puede ser abordada en su totalidad desde la perspectiva estrictamente científica. De manera que el jurista que pretenda un conocimiento suficiente de su materia se encontrará con que «ante el derecho o frente al derecho hay que “hacer” inevitablemente filosofía del derecho»<sup>22</sup>.

Y, en buena medida, es justamente en el desenvolvimiento de esta función inherentemente problematizadora aneja a la reflexión iusfilosófica, en el desarrollo de su extraordinaria capacidad para detectar y plantear problemas, donde se revela y queda de manifiesto la especial potencia de la mirada del filósofo. Sobre todo en comparación con la siempre más acotada y condicionada perspectiva del científico del Derecho. El iusfilósofo se presenta así ante todo como un formidable «problematizador», alguien siempre presto a poner en evidencia «la estrechez, precariedad e insuficiencia de todo humano afirmar y hablar acerca del derecho»<sup>23</sup>. Un personaje casi siempre incómodo para quienes gustan de certezas y refugios seguros.

## 2. CIENCIA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. LA PECULIAR MIRADA DEL IUSFILÓSOFO

Ciencia y filosofía del Derecho no difieren en consecuencia tanto en su objeto de conocimiento –la experiencia jurídica– cuanto en su perspectiva. En este sentido, afirma I. Berlin que el tema de la actividad filosófica, en gran parte, no son fundamentalmente «los objetos de la experiencia, sino la forma en que son contemplados»<sup>24</sup>. No existe propiamente un objeto o una materia filosófica que sea

<sup>20</sup> POPPER, K., «Mi concepción de la Filosofía», cit., p. 230.

<sup>21</sup> ORTEGA Y GASSET, J., «¿Qué es Filosofía?», cit., p. 308.

<sup>22</sup> LÓPEZ CALERA, N. M., *Filosofía del Derecho*, Comares, Granada, 1992, p. 17.

<sup>23</sup> WOLF, E., *El carácter problemático y necesario de la ciencia del Derecho*, trad. de E. A. Vásquez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 62.

<sup>24</sup> BERLIN, I., «El propósito de la Filosofía», cit., p. 67.

distinto de aquellos sobre los que recae el conocimiento científico, sino en todo caso una perspectiva filosófica que se proyecta sobre los diversos objetos. Podemos hablar por ello de la existencia de una actitud filosófica, esto es, de «una manera peculiar de enfrentarse a los hechos y a las cosas»; pero no, en cambio, de una (única) posición o conocimiento filosófico<sup>25</sup>. Lo peculiar del filósofo es sobre todo su especial modo de ver o de conocer. De ahí que la filosofía del Derecho comparta con la dogmática su objeto, pero no sus preocupaciones y enfoques. En ellos radica precisamente su especificidad.

Por eso, no cabe hablar del conocimiento filosófico como un saber en directa competencia con el conocimiento científico, o como un sustitutivo del mismo en aquellos ámbitos en que éste aun no ha alcanzado un grado satisfactorio de desarrollo y, por tanto, no se muestra en condiciones de suministrar una respuesta «científica». Frente a lo que se ha considerado con excesiva frecuencia, no existe por tanto algo así como una verdad filosófica que pueda entenderse como una verdad alternativa o sustitutiva de la verdad científica. Esta falsa concepción era propia de aquella imagen tradicional del saber filosófico como una instancia general y superior de conocimiento, capaz de proporcionar respuestas pseudocientíficas en aquellos ámbitos que la ciencia todavía no había abordado exitosamente. Imagen que se fundaba en la idea absurda de «que se puede ser conocedor del ser en general sin saber nada serio de ningún ente en particular»<sup>26</sup>.

Aquellos presupuestos, paradójicamente, acababan desembocando en una concepción sumamente reduccionista y residual de la filosofía en la medida en que, por su propia función sustitutiva, esta había de mostrarse dispuesta a batirse en constante retirada a medida que los métodos científicos fueran ganando terreno. Desde esta perspectiva, cabe entender cómo muchos de los problemas de los que tradicionalmente se ocupaba la filosofía fueron progresivamente siendo asumidos y resueltos por el desarrollo de diversas ciencias particulares. De manera que esta visión de la reflexión filosófica como un tipo de conocimiento precientífico o pseudocientífico acababa reduciendo aquella a «una modesta y ambigua antesala de la ciencia, destinada a la demolición paulatina a medida que se va construyendo el portentoso edificio científico»<sup>27</sup>.

Una vez admitida la idea de que ciencia y filosofía del Derecho no difieren en su objeto de conocimiento sino en su modo de aproxi-

---

<sup>25</sup> GARCÍA MAYNEZ, E., «Dos temas universitarios: I. Conceptos ético y jurídico de autonomía. II. Relaciones entre las tareas del investigador y del docente», en id., *Semblanzas, discursos y últimos ensayos filosófico-jurídicos*, Porrúa, México, 1989, p. 191.

<sup>26</sup> SACRISTÁN, M., «Sobre el lugar de la filosofía en los estudios superiores» (1968), en id., *Papeles de Filosofía. Panfletos y Materiales II*, Icaria, Barcelona, 1984, p. 365.

<sup>27</sup> LAPORTA, F. J.; HIERRO, L., y ZAPATERO, V., «Algunas observaciones sobre la situación de la Filosofía del Derecho en la actualidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15, 1975, p. 93.

mación al mismo, y que por tanto no se trata de dos tipos de saber en competencia, el problema subsiguiente es el de establecer los parámetros adecuados para la articulación de una adecuada y fructífera relación entre ambos tipos de conocimiento. En este sentido, parece imprescindible rechazar de entrada aquel modelo de la «filosofía del Derecho» del primer positivismo, que, en su ingenuidad cientifista, imaginó poder prescindir de todo contacto con la toma de posición filosófica. Pero también aquel modelo antitético de una filosofía aplicada al Derecho resultante de la mera traslación al ámbito jurídico de los presupuestos de una pretendida filosofía general<sup>28</sup>. La reflexión iusfilosófica no puede ser una filosofía general mecánicamente aplicada al Derecho, inmersa en la discusión de problemas metafísicos que poco o nada tienen que ver con la experiencia jurídica<sup>29</sup>. Ni tampoco puede reducirse a una reflexión absolutamente corta de miras que se agote en el tratamiento de los datos jurídicos positivos.

A partir de ahí, me parece interesante la posición de J. Ballesteros, quien establece dos puntos fundamentales sobre los que a su juicio se debe articular aquella relación. De un lado, el principio de la primacía de lo real como canon metodológico fundamental, que implica sobre todo el estar atento a lo que la ciencia jurídica hace (en este sentido se impone, frente al tradicional desconocimiento mutuo, la necesidad del diálogo constante entre el filósofo y el científico del Derecho). Y, de otro, el principio del *continuum* entre filosofía y ciencia, que constituye precisamente uno de los rasgos fundamentales del pensar contemporáneo, frente a la secular tensión filosofía-ciencia<sup>30</sup>.

El filósofo no puede ni debe, pues, distanciarse del científico. La actividad iusfilosófica ha de partir de los problemas de la experiencia jurídica como la materia prima sobre la que desarrollar su reflexión si no quiere convertirse en una mera actividad especulativa al margen de los intereses del jurista y, por tanto, privada o carente de cualquier relevancia jurídica. Y ello implica tener en cuenta necesariamente las aportaciones realizadas por las distintas ciencias jurídicas e incluso por aquellas otras ciencias no estrictamente jurídicas pero que sirven a esclarecer determinados aspectos del Derecho<sup>31</sup>. Además, la experiencia jurídica no constituye sólo el punto de partida de la reflexión iusfilosófica, sino también el elemento último de contrastación y de

<sup>28</sup> OLLERO, A., *¿Tiene razón el Derecho?*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996: «La filosofía jurídica ha de hacer honor a su nombre, vinculada a los problemas jurídicos prácticos; tesitura en la que no basta con recurrir al puro endoso teórico de las recetas de una filosofía general» (p. 497).

<sup>29</sup> Hace unos años advertía LAPORTA, F. J., «Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho», *Doxa*, núm. 1, 1984, que «es urgente tomar conciencia de que la filosofía del Derecho no va a sobrevivir si persiste en ser una vacía retórica arcaica basada en lecturas de segunda mano sobre problemas metafísicos de alcance municipal» (p. 139).

<sup>30</sup> Cfr. BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 148.

<sup>31</sup> Cfr. PECES-BARBA, G., *Introducción al Derecho*, cit., p. 204.



control de su rigor. Esta se presenta así como una actividad surgida *a partir de* y dirigida *hacia* la compleja y problemática experiencia jurídica. Lo cual no impide afirmar, como señala el profesor García Amado, que «en el intermedio entre esos dos momentos podrá alcanzar cotas de abstracción y generalidad perfectamente equiparables a las de cualquier otra rama filosófica»<sup>32</sup>.

Precisamente por ello, el resultado de aquella reflexión –al menos en la medida en que el esfuerzo no haya sido infructuoso– no puede ser simplemente una vuelta al punto de partida original. En el camino que supone ese recorrido desde y hacia los problemas de la experiencia jurídica –justamente el camino del «filosofar»– nuestra mirada se habrá enriquecido sustancialmente, de manera que aquellos datos y problemas iniciales cobrarán finalmente ante nuestros ojos un nuevo y más rico sentido del que originariamente tenían. De este modo, el recorrido filosófico no es nunca un circuito cerrado. Antes bien, como ha puesto de manifiesto la nueva hermenéutica, todo proceso del «comprender» tiene la estructura de un bucle o una espiral. Si bien es cierto que la reflexión iusfilosófica habrá de nutrirse de aquellos materiales de la experiencia jurídica cuyo conocimiento nos viene proporcionado por las diversas ciencias que tienen por objeto el Derecho, el ejercicio de aquella reflexión, si no ha constituido un ejercicio estéril, contribuirá, a su vez, a mejorar nuestra comprensión de aquella experiencia, ayudando así a conformar nuestra visión de la realidad jurídica y a clarificar los propios presupuestos del conocimiento jurídico.

Encontramos aquí un evidente paralelismo con los más recientes desarrollos epistemológicos de la teoría o filosofía de la ciencia. Esta ha venido hoy a aceptar plenamente que, incluso en aquellos campos científicos que tradicionalmente eran considerados más «objetivos» –por ejemplo, el campo de la física–, el objeto de conocimiento no es totalmente independiente de la forma en que lo miramos, de manera que nuestros presupuestos epistemológicos condicionan nuestra percepción (científica) de la realidad y, en último término, esta misma. Por ello no puede extrañar que en el campo del Derecho, el cual no constituye un objeto fijo, dado de una vez por todas, sino una realidad dinámica en permanente proceso de facturación, la reflexión teórica se muestre como un instrumento especialmente potente en la propia conformación de su objeto. Por ello, en este ámbito corresponde a la filosofía del Derecho una tarea esencial que sólo es posible a partir de un incesante diálogo con el científico del Derecho.

Lejos de debilitarse, en la medida en que la reflexión iusfilosófica se nutre de las aportaciones de las ciencias, se verá enriquecida y fortalecida con el desarrollo de los métodos científicos. Frente a aquella visión tradicional de las relaciones entre ciencia y filosofía, en la que todo aumento del saber científico implicaba una merma

---

<sup>32</sup> GARCÍA AMADO, J. A., «Algunas consideraciones sobre la filosofía del Derecho y su posible sentido actual», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, 1990, p. 269.

del campo de acción filosófico, esta nueva concepción apuesta por un potenciamiento recíproco de ambas perspectivas. Así, el mayor conocimiento científico fortalecerá la reflexión filosófica en la medida en que la ciencia, «aun dando más y más profundas respuestas, amplía el espectro de los misterios y subraya la inconsistencia de muchas respuestas, esto es, replantea críticamente las seguridades alcanzadas»<sup>33</sup>.

No tiene sentido por tanto aquella concepción «residual» de la filosofía jurídica que relega esta a la condición de saber supletorio recluido en determinadas áreas que aún –y justamente sólo en tanto que– no han sido ocupadas por ciencias jurídicas particulares. El hecho de que de la filosofía jurídica se hayan ido desgajando determinados conocimientos que han adquirido una autonomía disciplinar, lejos de suponer –como la propia historia ha reiteradamente demostrado– el progresivo debilitamiento de aquella, es visto precisamente desde esta nueva perspectiva como un factor de fortalecimiento de la misma en la medida en que supone abrir nuevas vías de acceso a la experiencia jurídica que enriquecerán el arsenal de conocimientos científicos a disposición del filósofo para profundizar en su proyecto de comprensión integral de la realidad jurídica<sup>34</sup>.

En el desarrollo de esa peculiar espiral gnoseológica a la que antes he hecho referencia, los beneficios de la relación entre filosofía y ciencia jurídica son recíprocos. Es cierto que la filosofía se sirve de las ciencias jurídicas como cantera de materiales a partir de los cuales desarrollar su proyecto de comprensión integral de la experiencia jurídica. Pero, por otro lado, no es menos cierto que, en cuanto reflexión metateórica, la filosofía puede ser de enorme utilidad para la ciencia jurídica en la medida en que, poniendo de manifiesto los límites, los condicionamientos, las implicaciones, las quiebras e insuficiencias de los presupuestos de los que parte, de los métodos a través de los que opera y de las funciones que realiza, contribuye decisivamente al perfeccionamiento de los esquemas de conocimiento jurídico<sup>35</sup>. Hasta el punto que «una ciencia privada del recurso a la filosofía es un saber ahogado en la circularidad de sus argumentos y privado, por tanto, del único impulso de progreso

<sup>33</sup> LÓPEZ CALERA, N. M., «Filosofía del Derecho: Crítica y Utopía», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15, 1975, p. 142.

<sup>34</sup> Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., «Algunas consideraciones...», cit., pp. 275-276. Este autor habla sin embargo del carácter «residual» de la filosofía del Derecho en otro sentido, para referirse a su «virtualidad sedimentadora y fusionadora de conocimientos emanados de otras ciencias y disciplinas», conocimientos que son recogidos por el filósofo con el objetivo de alcanzar una comprensión integral del fenómeno jurídico (p. 273). Nada hay que objetar al respecto, aunque la utilización de la denominación «residual» no nos parezca la más apropiada para indicar esa cualidad.

<sup>35</sup> RECASÉNS SICHES, L., *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1995, afirma en este sentido que «la ciencia jurídica no es por sí sola capaz de explicar los cimientos que están *más acá de ella*, ni tampoco las ideas que están *más allá de ella*, que son precisamente las que le dan sentido» (p. 11).

efectivo que es dable constatar»<sup>36</sup>. La influencia de la reflexión iusfilosófica en este sentido constituye una aportación valiosísima y un hecho indiscutible, como lo prueba la historia de la ciencia jurídica y de sus cambios de orientación<sup>37</sup>. La filosofía jurídica muestra así —afirma A. Ross— que «no sólo constituye una hermosa actividad mental per se, sino también un instrumento que puede beneficiar a todo jurista que quiera comprender mejor lo que hace y por qué lo hace»<sup>38</sup>.

Tal vez sea aquí donde se manifiesta más claramente aquella fructífera interrelación y aquel principio de continuidad entre ambas que, como se señaló anteriormente, constituye uno de los rasgos fundamentales del pensar contemporáneo. Hasta el punto de que, como ha apuntado el propio Ross, «no hay criterios internos para determinar donde termina la ciencia del Derecho y donde empieza la filosofía del Derecho»<sup>39</sup>. Sin embargo es en este plano donde también pueden apreciarse más patentemente las diferentes perspectivas que adoptan una y otra. Y es que si la filosofía jurídica puede llevar a cabo aquella tarea es precisamente porque, a diferencia de lo que acontece en el ámbito científico, aquella no se halla condicionada por la estricta sujeción a determinados presupuestos ni tampoco a un marco u horizonte preestablecido<sup>40</sup>. En este sentido, y confrontándolas con el quehacer filosófico, indicaba Ortega y Gasset que, a diferencia de este, «todas las ciencias particulares empiezan por acotar un trozo del Universo, por limitar su problema, que al ser limitado deja en parte de ser problema». De manera que, al contrario de lo que ocurre en la filosofía, las ciencias «comienzan no con un problema, sino con algo que dan o toman por sabido»<sup>41</sup>.

Es característico por tanto del quehacer del filósofo la adopción de un punto de vista o de una perspectiva externa, transcendente si se quiere llamarla así, al marco científico, perspectiva que posibilitará precisamente el cuestionamiento del mismo. De este modo, la indagación crítica de los presupuestos del conocimiento científico, de sus «verdades» y de sus métodos, se configura —como veremos posteriormente— como uno de los componentes centrales que dan sentido a la reflexión iusfilosófica. Se trata de sacar a la luz y examinar aquellos

<sup>36</sup> ZULETA PUCEIRO, E., *Paradigma dogmático y ciencia del Derecho*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1981, p. 10.

<sup>37</sup> Cfr. DELGADO PINTO, J., «Los problemas de la filosofía del Derecho en la actualidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15, 1975, p. 41.

<sup>38</sup> ROSS, A., *Sobre el Derecho ...*, cit., p. 18.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>40</sup> DELEUZE, G., y GUATTARI, F., *op. cit.*: «El problema de la filosofía consiste en adquirir una consistencia sin perder lo infinito en el que el pensamiento se sumerge... Dar consistencia sin perder nada de lo infinito es muy diferente del problema de la ciencia, que trata de dar unas referencias al caos a condición de renunciar a los movimientos y a las velocidades infinitas y de efectuar primero una limitación de velocidad: lo que es primero en la ciencia es la luz o el horizonte relativo» (pp. 46-47).

<sup>41</sup> ORTEGA Y GASSET, J., «¿Qué es Filosofía?», cit., p. 308.

presupuestos, muchas veces implícitamente aceptados, revelando si es preciso lo que hay de insatisfactorio, de oscuro o de contradictorio en ellos, el modo en que han sido generados, los intereses a que responden o la ideología que subyace a los mismos, sometiendo así en definitiva a crítica la estructuras de pensamiento y los modos de conocimiento.

De nuevo nos topamos aquí con la función problematizadora de la filosofía, con el interés del iusfilósofo por detectar las implicaciones, las insuficiencias, los condicionamientos ínsitos en las estructuras científicas. Tarea que sólo es posible a partir de aquella actitud radical que alienta el quehacer filosófico: dudar. Incluso —y sobre todo— de aquello de lo que no parece haber duda. En este sentido, filosofar constituye, en cierta manera, un genuino y auténtico acto de rebelión y de liberación. Por ello, no resulta extraño que la historia de la filosofía pueda verse, como hace I. Berlin, como una sucesión de parricidios perpetrados por hombres geniales que se abren paso entre la ortodoxia despótica —que una vez se inició también como un acto de rebelión—, ajustando las estructuras mentales y creando un nuevo lenguaje en términos del cual se disuelven los viejos problemas y nacen, a su debido tiempo, otros problemas nuevos. Rebelión que no significa simplemente destrucción de lo anterior. Ni tampoco mera acumulación de saber. Mucho de lo que constituía el acervo cultural anterior sin duda habrá de permanecer, pero transformado, visto ahora bajo una nueva perspectiva, reformulado en términos y esquemas más adaptados a la experiencia <sup>42</sup>.

Se trata de un empeño continuo por mejorar o encontrar nuevas formas de ver y de pensar la realidad. Por ello, la buena filosofía nunca puede ser complaciente. Antes al contrario, el ejercicio de la actividad filosófica conlleva necesariamente una cierta dosis de provocación, en la medida en que no sabe resignarse o claudicar ante las posiciones establecidas, sino que exige una constante actitud crítica <sup>43</sup>. El propio Berlin califica la actividad filosófica como «socialmente peligrosa, intelectualmente difícil, a menudo agonizante y desagradada, pero siempre importante» <sup>44</sup>. Sólo los pequeños filósofos «son quienes defienden intereses creados, aplican reglas, se deslizan en el lecho de Procusto, intentan desesperadamente encajar un gran número de nociones incompatibles, opuestas y contradictorias en alguna ortodoxia formal y esquemática que es un abuso de alguna concepción revolucionaria original» <sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Cfr. BERLIN, I., *El sentido de la realidad*, trad. de P. Cifuentes, Taurus, Madrid, 1998, p. 110.

<sup>43</sup> Cfr. GIL CREMADES, J. J., «Un futuro posible de la Filosofía del Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15, 1975, p. 70.

<sup>44</sup> BERLIN, I., «El propósito de la Filosofía», cit., p. 70.

<sup>45</sup> BERLIN, I., *El sentido de la realidad*, cit., p. 119.

### 3. LA FUNCIÓN CRÍTICA DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA. EL IMPULSO UTÓPICO DEL IUSFILÓSOFO

El ejercicio crítico de la razón constituye pues el proyecto y la vocación radical, no abdicable, que alienta la tarea del filósofo. No se exagera por ello cuando se afirma que la crítica «es la savia de la filosofía»<sup>46</sup>. Su *pathos* específico. La persistencia de este motivo crítico –afirma incluso F. Battaglia– es precisamente el *leit motiv* fundamental que asegura la pervivencia misma de la filosofía del Derecho<sup>47</sup>. En pocos asuntos como en éste podrá hallarse un grado mayor de acuerdo entre sus cultivadores, por muy dispares incluso que sean sus posiciones respecto al alcance y los límites de la disciplina iusfilosófica o las concepciones filosóficas e ideológicas de las que partan. La vocación crítica es consustancialmente inherente al propio proyecto iusfilosófico en la medida en que surge «de las propias exigencias de conocer, explicar y valorar la experiencia jurídica»<sup>48</sup>.

Esta dimensión ineludiblemente crítica de la filosofía del Derecho constituye justamente otro de los rasgos fundamentales que la diferencian de la ciencia jurídica. Como pone de relieve Bobbio, la reflexión iusfilosófica implica siempre en última instancia una «toma de posición» frente a la realidad, mientras que la ciencia del Derecho se agota únicamente en la «toma de posesión» de aquella<sup>49</sup>. Nos encontramos aquí ante el problema de los valores, frente a los cuales el científico se declara por principio incompetente, precisamente por considerarlo un problema acientífico. Aquel pretende limitar su tarea a registrar hechos; a describir la existencia de determinadas relaciones o, todo lo más, a señalar los medios considerados más eficaces para conseguir determinados objetivos. Pero es incapaz de pronunciarse sobre la cuestión fundamental del valor de aquellas relaciones o de estos objetivos.

Por el contrario, por su propia naturaleza, la filosofía está axiológicamente orientada, y de ahí su función crítica respecto de la experiencia jurídica. Aunque, como ya se señaló anteriormente, en todo caso el ejercicio crítico de la reflexión iusfilosófica sólo puede brotar del previo conocimiento y de la disección de la problematicidad de esa experiencia, de la consciencia ilustrada de las insuficiencias e imperfecciones del funcionamiento real de las estructuras jurídicas. Conocimiento que sólo nos puede proporcionar la ciencia o, mejor dicho, las distintas ciencias que se ocupan del Derecho. Siguiendo con la termi-

<sup>46</sup> POPPER, K., «Mi concepción de la Filosofía», cit., p. 239.

<sup>47</sup> Cfr. BATTAGLIA, F., *Curso de Filosofía del Derecho*, trad. de F. Elías de Tejada y P. Lucas Verdú, ed. Reus, Madrid, 1951, vol. I, p. 36.

<sup>48</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones de Filosofía del Derecho...*, cit., p. 82.

<sup>49</sup> BOBBIO, N., «Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho», en id., *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, p. 88.

nología de Bobbio, si la ciencia es toma de posesión y la filosofía es toma de posición, no se puede, en modo alguno, pensar en una toma de posición que no se funde sobre una previa toma de posesión.

Justamente en la adecuada conjunción de estas dos dimensiones, posesión de un objeto concreto sobre el que ejercer su trabajo –el Derecho positivo– y perspectiva crítica, radica en opinión de Manuel Sacristán la potencia de la filosofía jurídica. Apreciación que le llevaba precisamente a proponer a la Filosofía del Derecho como «el mejor procedimiento de institucionalización de los estudios filosóficos hoy existente, porque se basa en la idea de poner la reflexión filosófica en la formación del especialista como tal especialista, no como asignatura de adorno, en la periferia de su aderezo cultural»<sup>50</sup>. También M. Foucault, incidiendo en la crítica como rasgo fundamental del intelectual, observa que en la actualidad aquella no puede realizarse ya desde una visión de conjunto del mundo o desde un ideal completo de vida, sino que más bien ha de tratarse de una crítica sectorial. El intelectual trabaja determinados sectores que conoce y en ellos ejerce la crítica. Se configura así la figura del intelectual específico frente al intelectual universal<sup>51</sup>. Y la razón crítica se ejerce ahora desde el saber científico.

Esta dimensión crítica es especialmente evidente en el campo de la deontología jurídica, y este es de hecho el ámbito que históricamente ha constituido el núcleo central en torno al cual se ha desarrollado principalmente la reflexión iusfilosófica. Desde esta perspectiva, correspondería a la filosofía jurídica un ejercicio de evaluación y crítica del Derecho positivo –del Derecho que realmente «es»– en función de aquel Derecho que «debiera ser» –esto es, del Derecho que idealmente satisfaría aquellos principios fundamentales de justicia que consideramos debieran regir la vida en la comunidad–. Esta es justamente la pretensión central de la que brota y que anima históricamente el desenvolvimiento de la reflexión iusfilosófica, y que tradicionalmente encontró su vehículo de expresión a través de las denominadas doctrinas del «Derecho Natural» (aunque estas, frecuentemente, vinieran a legitimar los órdenes establecidos). Y esta es también la principal enseñanza que, a mi juicio, cabe extraer de las mismas: la exigencia fundamental de no aceptar como valores últimos e indiscutibles aquellos que vienen incorporados en el ordenamiento jurídico, y la necesidad de someter este a una permanente vigilancia y crítica desde la perspectiva de la justicia como valor último que debe orientar la tarea del legislador. Exigencias que continúan siendo tan válidas, y tan apremiantes, hoy como lo han sido históricamente.

La reflexión iusfilosófica se desenvuelve aquí en el seno de esa peculiar tensión dialéctica entre el «ser» y el «deber ser», los hechos

<sup>50</sup> SACRISTÁN, M., *op. cit.*, p. 373.

<sup>51</sup> Cfr. FOUCAULT, M., *Un diálogo sobre el poder*, trad. de M. Morey, Alianza Editorial, Madrid, 1988, pp. 138-142.

y los valores, lo real y lo ideal. Tensión que dota al pensamiento de un potencial susceptible de liberar el voltaje y la energía necesarios para la transformación de la realidad. El impulso filosófico brota así de la consciencia de la imperfección de lo existente y de la sensibilidad ante la injusticia. Y se encuentra animado por el afán decidido de hacer frente a la realidad y de abanderar intelectualmente esa imperecedera lucha por «la realización de la idea del Derecho» que Ihering asumía como un genuino deber moral, en la medida en que en ella se halla comprometida «la conservación de la personalidad y la defensa de las condiciones de existencia moral»<sup>52</sup>.

Y, aunque es cierto que el conocimiento de la realidad aparece como el *prius* imprescindible de cualquier impulso transformador de la misma, no resulta sin embargo tampoco extraña a la tradición iusfilosófica la ensoñación utópica de aquellos que adelantaron su mirada, intentando hacer visible su ideal social como un poderoso estímulo que incitase a redoblar los esfuerzos a él encaminados. Por ello, inextricablemente unida a su vocación crítica, la dimensión utópica forma también parte de la historia misma de la filosofía jurídica, con una fértil tradición que va, al menos, desde Platón hasta J. Rawls<sup>53</sup>. En este sentido, E. Bloch ha llamado justamente la atención sobre la estrecha afinidad existente entre el proyecto deontológico encarnado en el Derecho Natural y el pensamiento utópico. Ambos representan en su opinión tradiciones con un objetivo final común: el logro de una sociedad más humana. La diferencia entre ambas líneas de pensamiento residiría en que, mientras que la utopía, dirigida a la felicidad del hombre, «diseñaba de antemano situaciones en las que dejan de existir los *agobiados y oprimidos*», el Derecho Natural, orientado fundamentalmente a la dignidad humana, «construye situaciones en las que dejan de existir los *humillados y ofendidos*»<sup>54</sup>. Y su obra se presenta justamente como una llamada en favor de la necesidad de abordar definitivamente el intento ilustrado de conjugar funcionalmente aquellas dos herencias.

Y es que la Ilustración se presenta tal vez como el gran momento histórico de referencia en lo que respecta a la realización de esta función crítica de la filosofía. Un punto álgido en el que la confianza en el poder liberador de la crítica racional frente a todo tipo de autoridad

---

<sup>52</sup> IHERING, R., *La lucha por el derecho*, trad. de A. Posada, Civitas, Madrid, 1989, p. 112.

<sup>53</sup> DELEUZE, G., y GUATTARI, F., *op. cit.*, «Cada vez, es con la utopía con lo que la filosofía se vuelve política, y lleva a su máximo extremo la crítica de su época. La utopía no se separa del movimiento infinito: designa etimológicamente la desterritorialización absoluta, pero siempre en el punto crítico en que esta se conecta con el medio relativo presente, y sobre todo con las fuerzas sofocadas en este medio» (p. 101). La utopía «designa por lo tanto esta conjunción de la filosofía o del concepto con el medio presente» (p. 102).

<sup>54</sup> BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*, trad. de F. González Vicen, Aguilar, Madrid, 1980, p. XI.

dogmática y la esperanza en el potencial conformador de la realidad de las ideas desencadenó la ilusión en el progreso de la Humanidad y la fe en un futuro más justo. Hasta el punto de que aún hoy esta función crítica de la filosofía resulta —como señala Pérez Luño— inescindible del paradigma de la modernidad e impensable al margen de los valores del humanismo ilustrado (dignidad humana, libertad, igualdad, tolerancia, fraternidad, paz, etc.). Valores que han sido objeto de un despliegue que se prolonga hasta el presente en la noción de los derechos humanos<sup>55</sup>. Hoy, esta noción, con su extraordinaria potencialidad para tender puentes entre los dominios de la moral, la política y el Derecho, y con su versatilidad para asumir la reivindicación de las distintas exigencias que en cada momento histórico concretan la realización de la idea de dignidad humana, sigue constituyendo el principal expediente a través del cual buscan articularse como pretensiones jurídicas las aspiraciones de justicia, actuando así como uno de los motores más potentes en el desarrollo del pensamiento iusfilosófico como pensamiento crítico.

Incluso, el llamado «giro postmoderno» no ha hecho sino acentuar aún más esta dimensión crítica de la filosofía. Con su desconfianza frente a los metarrelatos, las construcciones sistemáticas y en definitiva frente a toda teoría holística, el pensamiento posmoderno, más que constituir un nuevo paradigma epistemológico, un *logos*, representa sobre todo un *pathos*, un talante caracterizado precisamente por la actitud crítica frente al programa de la modernidad<sup>56</sup>. Desde esta perspectiva, la filosofía, más que como un ensayo de fundamentación, es considerada sobre todo como un uso crítico de la razón<sup>57</sup>.

Pero no es sólo en el ámbito deontológico donde se pone de manifiesto esta dimensión crítica de la reflexión iusfilosófica. Si bien ese ha sido históricamente el principal escenario para su ejercicio, en la filosofía jurídica contemporánea ha adquirido cada vez mayor relevancia la crítica de la razón científica. La filosofía del Derecho, entendida aquí como crítica de la metodología y de la ciencia jurídica, está en este sentido —como se señaló anteriormente— llamada a desempeñar un papel fundamental en la clarificación y revisión de los presupuestos del conocimiento científico de la experiencia jurídica. Actuando así como una instancia «censora de los excesos de la razón científica»<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones de Filosofía del Derecho...*, cit., p. 35.

<sup>56</sup> Cfr. RUBIO CARRACEDO, J., «El ethos postmoderno», en AA. VV., *El giro postmoderno*, Philosophica Malacitana, suplemento núm. 1, 1993, pp. 175-194.

<sup>57</sup> En cualquier caso, como apunta BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989, no debe olvidarse la ambivalencia del pensamiento posmoderno, tentado, por un lado, al abandono de la racionalidad, de la comunicación y de la misma idea de hombre, lo cual es considerado por este autor una forma de decadentismo, y, por otro, a la resistencia contra las injusticias y la inhumanidad del mundo y la defensa de valores como la paz, la solidaridad, la ecología, etc., partiendo de una «razón ampliada».

<sup>58</sup> ZULETA PUCEIRO, E., *Paradigma dogmático...*, cit., p. 3.



En el panorama intelectual contemporáneo, la crítica de la razón científica constituye precisamente uno de los proyectos y desafíos fundamentales del quehacer filosófico. Este talante es por ejemplo el que anima fundamentalmente la obra de Habermas, de tan amplia repercusión en el ámbito del pensamiento jurídico. Heredero de la tradición crítica de la Escuela de Francfort, apuesta por una filosofía que se distancie de las pretensiones de lo absoluto para adoptar la forma de una racionalidad crítica cuyo objeto preferente es la ciencia, que constituye hoy a su juicio la más importante fuerza productiva, además de ostentar la primacía en cuanto al control de la evolución social. En este campo, a la filosofía le correspondería una labor doble: por un lado, la de rebelarse contra una limitada autoconcepción positivista de las ciencias, y, por otro, contra una administración tecnocrática, heredera de ese positivismo y separada de la formación de la voluntad general <sup>59</sup>.

Esta tarea de depuración crítica de los presupuestos y de los métodos del conocimiento jurídico exige una mirada introspectiva por parte del jurista en la medida en que, como señala E. Zuleta Puceiro, no se ejerce ya desde, ni transita por, instancias ajenas a lo jurídico, sino que se desenvuelve en el corazón de la ciencia jurídica. Apuntando, por un lado, a la insuficiencia de la dogmática, poniendo de manifiesto su incapacidad para abordar una visión integral de la experiencia jurídica, la falta de una adecuada percepción de las relaciones entre juristas y Derecho y, en general, su insensibilidad frente a las exigencias éticas que se imponen al científico al margen de cualquier intento de asepsia metódica. Y, por otro lado, mostrando la no rigurosa lógica de los procedimientos tradicionales, la debilidad de sus modelos científicos y los condicionamientos ideológicos operantes en la base del paradigma dogmático <sup>60</sup>.

Conviene precisar no obstante que estas afirmaciones no deben entenderse en un sentido que niegue a la ciencia jurídica todo talante crítico. Esta, por supuesto, no excluye la crítica. Pero precisamente porque el discurso científico se construye desde la aceptación de unos parámetros asumidos apriorísticamente como presupuestos necesarios de la racionalidad jurídica, su crítica será necesariamente siempre una crítica interna y, por tanto, con un alcance controlado y perfectamente asumible desde el paradigma establecido <sup>61</sup>. Como señala N. Luhmann,

---

<sup>59</sup> HABERMAS, J., «¿Para qué aún filosofía?», trad. de J. M. Cabañes, en id., *Sobre Nietzsche y otros ensayos*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 62-88.

<sup>60</sup> ZULETA PUCEIRO, E., *Paradigma dogmático ...*, cit., p. 4.

<sup>61</sup> DÍAZ, E., *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998, señala cómo desde el interior de la propia ciencia jurídica cabe disponer, al menos, de las siguientes instancias críticas del Derecho positivo: a) crítica de las inexactitudes, incoherencias, contradicciones, etc., en el seno del ordenamiento jurídico; b) crítica de los desajustes entre el Derecho válido y el Derecho efectivamente aplicado; c) crítica de la falta de concordancia entre las normas singulares y concretas y los valores o principios proclamados como fundamentales en el ordenamiento, y d) críticas realizadas desde normas e instituciones pertenecientes a otros ordenamientos (pp. 172-173).

el presupuesto de partida de la dogmática jurídica es la «prohibición de la negación», es decir, la «no-negabilidad de los puntos de partida de las cadenas de argumentación»<sup>62</sup>. De manera que el discurso del jurista dogmático «siempre habrá de ser inmanente al sistema, lo que supone dejar intangible el sistema vigente»<sup>63</sup>. El filósofo, por el contrario, en cuanto asume característicamente un punto de vista o una perspectiva externa al mismo se halla en una posición privilegiada para su crítica.

Se hace por tanto necesaria la adopción de una actitud vigilante pronta a contrarrestar la tendencia casi connatural del jurista al discurso dogmático. Esto es, a la elaboración de un orden que, justamente en aras de la pretendida neutralidad y objetividad científica, tiende a asumir acríticamente —precisamente como «dogmas»— los valores implícitos en las normas que constituyen el objeto de su atención; así como a petrificar sus fundamentos en aras de la estabilidad y firmeza del saber jurídico, aun cuando ello sea —como siempre resulta ser a la larga— a costa de privarlo de todo contacto con la realidad social.

Respecto de esta complicidad entre el legislador y el jurista, que no haría sino consagrar con el halo de la «cientificidad» el orden surgido de las directrices de aquel, ya M. Weber advirtió claramente cómo el proceso de racionalización jurídica que supuso el movimiento codificador y la correlativa crisis del modelo iusnaturalista se reflejaron de forma casi inmediata en la inclinación por parte del jurista hacia una defensa intuitiva del orden legal<sup>64</sup>. En similares términos podríamos afirmar también cómo el proceso de democratización del poder político, si bien ha supuesto un deseable refuerzo de su legitimidad y del derecho que produce, puede también conllevar, como contrapartida, el riesgo de la asunción, por parte del jurista, de una mentalidad complaciente, proclive a un legalismo pasivo y formalista<sup>65</sup>.

Reiteradamente se ha puesto de manifiesto cómo el Derecho es «un instrumento de poder político cuyo funcionamiento convierte en agentes suyos a sus operadores técnicos, debido a que exige la adopción de decisiones de individualización y concreción por los juristas de las normas dictadas por el aparato jurídico-político»<sup>66</sup>. La máquina del Derecho exige de la participación activa del jurista y acaba por involucrarlo en su funcionamiento en la medida en que el discurso normativo del poder se ve especificado y concretado por el discurso hermenéutico del operador jurídico. Éste se convierte así —quíralo o no— en un coopera-

<sup>62</sup> LUHMANN, L., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. de I. de Otto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 27.

<sup>63</sup> KAUFMANN, A., «Filosofía del Derecho...», cit., p. 28.

<sup>64</sup> WEBER, M., *Economía y sociedad*, trad. de J. Medina Echevarría y otros, Fondo de Cultura Económica, México, 1979, pp. 647-648.

<sup>65</sup> Cfr. LOMBARDI, L., *Saggio sui diritti giurisprudenziale*, Giuffrè Editore, Milano, 1975, pp. 203-204.

<sup>66</sup> CAPELLA, J. R., «Para un aprendizaje innovador en materias jurídico-políticas», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 5, 1982, p. 56.

dor necesario para el desenvolvimiento del discurso jurídico institucionalizado, el cual carecería de operatividad sin su participación.

También la tarea del teórico del Derecho resulta ser mucho menos neutral de lo que tradicionalmente se había considerado. Aquel no es simplemente un receptor pasivo de cierta información que le viene dada por el Derecho positivo, sino que se ocupa de integrarla en un sistema, de construir los principios que dotan de coherencia la ingente masa de material, de sugerir las interpretaciones más adecuadas, de depurar las anomalías de aquel orden, o incluso de completarlo, permitiendo que éste llegue a penetrar en resquicios que jamás pudieron ser siquiera imaginados por el legislador<sup>67</sup>. Lejos de limitarse a describir el Derecho, su discurso se proyecta sobre, e incluso construye, el propio orden jurídico<sup>68</sup>. El objeto de la ciencia jurídica no es, por tanto, totalmente independiente de la actividad del científico. Éste se convierte así en un operador más, sostenedor de un discurso que en última instancia juega también un rol prescriptivo, aunque camuflado ideológicamente bajo la pretendida neutralidad de una actividad que se proclama puramente cognoscitiva<sup>69</sup>.

Por eso, corresponde a la filosofía jurídica desentrañar críticamente los presupuestos y las implicaciones ideológicas del quehacer jurídico, enfrentando al jurista a su propia responsabilidad. Obligándole así «a salir del confortable refugio de la justificación técnica y a buscar la posición que le corresponde entre los titulares de un poder de decisión»<sup>70</sup>. En una época en la que incluso aquellos saberes en los que el ideal de la absoluta imparcialidad y objetividad parecía indiscutible, han renunciado a su pretendido carácter neutral, aquella tarea se perfila como una de las funciones esenciales de la reflexión iusfilosófica. Especialmente si partimos de una concepción integral de la experiencia jurídica como realidad normativa abierta a dimensiones fácticas y valorativas.

---

<sup>67</sup> COSTA, P., «Discurso jurídico e imaginación. Hipótesis para una antropología del jurista», en Petit, C. (ed.), *Pasiones del jurista*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997: «El jurista no “conoce” un derecho ya dado, no contempla un sistema de normas, casi como si éstas fueran esencias ideales que la razón jurídica contempla y después aplica. El jurista construye el propio texto como texto jurídico, le atribuye un significado, lo interpreta y por tanto lo reescribe a partir de la propia *Lebenswelt* y en función de ella» (p. 179).

<sup>68</sup> Esta construcción del propio orden jurídico por el jurista es especialmente patente en el proceso histórico de aparición de la iuspublicística a finales del siglo XIX. Como señala COSTA, P., «Discurso jurídico...», cit., mientras que la elaboración del sistema iusprivatístico se había asentado sobre el soporte positivo de las fuentes romanas, primero, y la codificación, después, la iuspublicística se desarrolla como una construcción puramente doctrinal «en una especie de vacío hermenéutico que la obliga a presentar sus propios estándares de juridicidad al margen de significativos enlaces con textos prescriptivos» (p. 181).

<sup>69</sup> Cfr. CALSAMIGLIA, A., «Ciencia jurídica», en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. J. (ed.), *El derecho y la justicia*, Trotta-CSIC-BOE, Madrid, 1996, p. 23.

<sup>70</sup> L. PRIETO, «Un punto de vista...», cit., p. 600.

#### 4. UN PROYECTO INTERDISCIPLINAR DE COMPRENSIÓN INTEGRAL DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA. EL IUSFILÓSOFO EN EL LÍMITE

La reflexión iusfilosófica no puede dejar de aspirar a un proyecto de comprensión integral de la experiencia jurídica. Lo cual implica, a mi juicio, asumir una visión compleja y pluridimensional, que tenga en cuenta las vertientes normativas, empíricas, axiológicas, políticas, lingüísticas, etc., de la misma. Y esa aspiración debe reflejarse tanto en lo que pudiéramos denominar una dimensión interna al propio conocimiento jurídico *stricto sensu* como en una dimensión externa al mismo.

En lo que respecta a la dimensión interna o estrictamente jurídica, esa aspiración debe tender a traducirse sobre todo en un ensayo de integración de las aportaciones realizadas por los distintos estudios jurídicos, lo que implica un intento de superación de la creciente parcelación de las disciplinas jurídicas. Es una realidad innegable que la acelerada y compleja dinámica de nuestras sociedades ha obligado a una constante transformación y expansión de las estructuras jurídicas. Y esta apertura a nuevas realidades se ha hecho posible en gran medida gracias a la aparición o el desgajamiento de nuevas especialidades jurídicas que han venido a ampliar extraordinariamente los horizontes del conocimiento jurídico. Pero no se trata única, y fundamentalmente, de una cuestión de volumen sino que tal vez el fenómeno más significativo de este proceso reside en la complejidad estructural que ha introducido en el orden jurídico, debido a la coexistencia simultánea de múltiples subsistemas, dotados muchas veces cada uno de ellos de una lógica específica y basados en principios informadores básicamente diferentes. Esta tendencia centrífuga se ha reproducido además en el seno de cada uno de estos subsistemas, afectando incluso a los campos más tradicionales y más sólidamente establecidos <sup>71</sup>.

En este sentido se hace necesaria la recomposición de una visión integral del orden jurídico. No, por supuesto, como una mera acumulación enciclopédica de materiales y de saberes que nos proporcione algo así como el mapa global y detallado del orden jurídico. Ni se trata tampoco de rescatar aquel ideal tradicional de la elaboración de un sistema deductivo en el que venga condensada en forma lógica toda la materia jurídica. Tareas imposibles que nos vienen a rememorar la esforzada figura de un Hércules-filósofo construido a imagen y semejanza del juez dworkiniano, al tiempo que prácticamente estériles. Más bien, en mi opinión, la tarea fundamental que la filosofía

---

<sup>71</sup> Conocida es la obra de IRTI, N., *La edad de la descodificación*, trad. de L. Rojo, Bosch, Barcelona, 1992, que nos habla de la emergencia, en el ámbito del Derecho Civil, de un policentrismo jurídico causado por la proliferación en su seno de nuevas áreas regidas por valores y principios específicos que conforman auténticos microsistemas especiales.

jurídica puede desempeñar en este ámbito es sobre todo la de proporcionar, desde un enfoque dinámico y relacional, que tenga en cuenta tanto las dimensiones estructurales como funcionales y axiológicas del ordenamiento, esquemas de pensamiento que puedan arrojar luz sobre el sentido global y los procesos de funcionamiento de la experiencia jurídica.

En otro sentido, pero aún dentro de lo que podríamos considerar una perspectiva interna, asumir una visión compleja y pluridimensional de la experiencia jurídica implica también aceptar de antemano que no existe algo así como una perspectiva o un método filosófico único, con pretensión de exclusividad o de monopolización respecto de lo que deba entenderse por filosofía del Derecho. Como señala el profesor García Amado, la filosofía del Derecho es «interna o constitutivamente pluralista» en el sentido de que se hace preciso admitir que dentro de la misma caben «enfoques con tendencias diversas, sin que ninguna de ellas pueda pretender ser “la” filosofía del Derecho»<sup>72</sup>. Los análisis de las dimensiones ideales, empíricas, normativas, lingüísticas, valorativas, etc., de la experiencia jurídica, pueden constituir todos ellos elementos valiosísimos para el mejor conocimiento de ésta, especialmente en la medida en que sus diversas aportaciones constituyan la base para un diálogo abierto. Lo que supone que ninguno de ellos pueda reclamar la patente de «auténtica» filosofía del Derecho con exclusión de las demás.

Respecto de la que he dado en denominar dimensión externa, esa visión integral de la experiencia jurídica demanda la apertura de la filosofía del Derecho a consideraciones y perspectivas no exclusivamente o específicamente jurídicas. La misma función crítica de la experiencia jurídica y del conocimiento jurídico que corresponde a la reflexión iusfilosófica exige la apertura de ésta a dimensiones fácticas, valorativas y epistemológicas que requieren ineludiblemente las aportaciones de otros saberes no jurídicos pero que pueden ocuparse o incidir provechosamente sobre el Derecho y sus estrategias de conocimiento. La historia, la sociología, la psicología, la filosofía moral y política, la epistemología, la economía, la informática, el análisis del lenguaje, etc., se presentan así como herramientas a disposición del iusfilósofo en el intento de realización de aquella aspiración totalizadora y crítica de la experiencia jurídica.

La filosofía del Derecho, en cuanto proyecto siempre inacabado (en la medida en que se sustancia en un continuo preguntar y repensar) de comprensión integral de dicha experiencia reclama, por tanto, interdisciplinariedad<sup>73</sup>. Apertura a toda aportación que desde cual-

<sup>72</sup> GARCÍA AMADO, J. A., «Algunas consideraciones...», cit., p. 272.

<sup>73</sup> En relación con la enseñanza jurídica en Estados Unidos, señala POSNER, R. A., «Legal Scholarship Today», *Harvard Law Review*, vol. 115, núm. 5, 2002, cómo a partir de los años setenta se ha producido un importante cambio en el enfoque de los estudios jurídicos. Si tradicionalmente estos estudios eran abordados desde una perspectiva puramente interna o «profesional», a partir de ese momento, y debido,

quier campo del conocimiento pueda arrojar luz sobre la misma, sin la asunción de condicionantes apriorísticos ni dogmas incuestionables. Esta pluralidad es consustancial a la filosofía jurídica, que se nos presenta así como paradigma de ese «pensamiento complejo» –multifacético, inacabado, problemático– que reivindica E. Morin <sup>74</sup>. En este punto, sin embargo, es importante que el iusfilósofo tenga presente en todo momento cuál es el objetivo central que da sentido a su tarea (la explicación de qué es, cómo funciona y para qué existe el Derecho) a fin de evitar que la reflexión iusfilosófica se disuelva completamente en esas otras disciplinas cuyos conocimientos utiliza o se convierta en una mera superposición fragmentaria de conocimientos heterogéneos sin ningún sentido <sup>75</sup>.

El ámbito de la reflexión iusfilosófica se configura así como una zona fértil de intercambios y de mestizaje entre conocimientos de distinto tipo. En este sentido, como nos recuerda Perez Luño, la filosofía del Derecho no constituye solamente un saber «en la encrucijada» –haciendo así alusión a aquella condición conflictiva o problemática que, como hemos señalado, parece consustancial a la reflexión filosófica– sino que también aparece ella misma «como encrucijada», en la medida en que se configura como un auténtico cruce de caminos en el que confluyen distintos tipos de conocimiento <sup>76</sup>. Un lugar de encuentros (y desencuentros).

El quehacer iusfilosófico se presenta así en buena medida como un incesante ejercicio de rebelión frente a los límites impuestos por la cartografía científica. Un territorio intelectual *de y para* la libertad <sup>77</sup>. Un desafío que se sustancia fundamentalmente en los horizontes de lo fronterizo, en aquellas zonas de ruptura donde los límites disciplinarios –que en definitiva sólo responden a un principio de economía del pensamiento– se tornan imprecisos hasta llegar a difuminarse, en los (res)quicios intersticiales donde tienen lugar los vacíos y las fricciones <sup>78</sup>. Estos espacios inhóspitos son precisamente los lugares

---

entre otras cosas, a la creciente influencia de la filosofía jurídica, se ha desarrollado –sobre todo en las principales Facultades de Derecho del país– un enfoque interdisciplinar que mira «al derecho desde el exterior, desde perspectivas modeladas por otros campos de la investigación académica, tales como la economía, la teoría política, la filosofía moral, la teoría literaria, el marxismo, la teoría feminista, los estudios culturales, la antropología cultural, el estructuralismo y el postestructuralismo» (p. 1316).

<sup>74</sup> Cfr. MORIN, E., *Introducción al pensamiento complejo*, trad. de M. Pakman, Gedisa, Barcelona, 1994.

<sup>75</sup> Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., «Algunas consideraciones...», cit., p. 278.

<sup>76</sup> Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones de Filosofía del Derecho...*, cit., pp. 19-20.

<sup>77</sup> BERLIN, I., *El sentido de la realidad*, cit., considera la filosofía precisamente como una actividad «cuya esencia misma es ser liberadora y no constrictora». Su función primordial «es, en el mejor de los casos, el romper barreras, liberar, perturbar» (p. 114).

<sup>78</sup> JASPERS, K., «El saber fundamental», en ID., *Iniciación al método filosófico*, trad. de M. L. Pérez, Espasa-Calpe, Madrid, 1983: «Los límites tienen, como tales, tal fuerza de atracción que el saber mismo sólo parece realizarse para llegar a conocer esos límites. Es ése un método del filosofar» (p. 60).

donde pueden surgir los *wild facts*<sup>79</sup>: lo inclasificable, lo indómito, lo irregular, aquello que, por alojarse en la periferia de las categorías establecidas, se presenta como especialmente problemático para el espíritu sistemático<sup>80</sup>.

Espacios que representan el hábitat preferido por el filósofo en la medida en que, expuestos a la influencia de corrientes de diverso signo, constituyen el terreno fértil en el que puede brotar el pensamiento creativo. El iusfilósofo, frecuentador de estas zonas de alto riesgo —justamente las zonas «críticas» en las que el pensamiento es sometido a torsión— es por ello un personaje en el límite<sup>81</sup>. El que filosofa no se sustrae a nada. Por el contrario, a todo se expone. Como afirma Karl Jaspers, «prefiere fracasar en la verdad que ser feliz en la ilusión»<sup>82</sup>. Tal vez no sea casualidad que, como indica A. Calsamiglia, justamente aquellas épocas de crisis, de quicio histórico, suelen resultar especialmente fructíferas desde el punto de vista intelectual, en la medida en que representan el hábitat ideal en el que brota el estímulo para la reflexión y la creación filosófica<sup>83</sup>.

El filósofo del derecho aparece así como una especie de «intermediario» entre los saberes y prácticas jurídicas, por un lado, y el resto de los saberes y prácticas sociales, por el otro. Situado estratégicamente, dentro de «la enmarañada malla de la cultura actual», en «un nudo por el que pasan hilos muy importantes»<sup>84</sup>. Y permanentemente atento a la emergencia de cualesquiera nuevas perspectivas y conocimientos que puedan incidir en la mejor comprensión de la experiencia jurídica. Expuesto a los flujos renovadores de las corrientes del exterior. Y ahí radica en mi opinión buena parte del secreto de la potencia de la mirada del iusfilósofo y de la vitalidad de la filosofía jurídica. Ese dinamismo impide que se convierta en un saber esclerótico y asfixiante, permitiéndole explorar constantemente nuevas perspectivas y vías de penetración en el conocimiento jurídico antes de que el jurista dogmá-

<sup>79</sup> Cfr. FRANK, J., «Some Tame Reflections on Some Wild Facts», en Ratner, S. (ed.), *Vision and Action. Essays in Honor of Horace M. Kallen on his 70th Birthday*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1953, pp. 57-58.

<sup>80</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, cit.: «la filosofía es razón, y razón crítica, o sea, es la misma razón científica, pero abriéndose camino por terrenos diferentes, no por terrenos acotados, que son esferas abstractas de racionalidad, sino por terrenos salvajes en los que se borran los lindes» (p. 25).

<sup>81</sup> TRÍAS, E., *La razón fronteriza*, Destino, Barcelona, 1999: «El conocimiento verdadero se juega el sentido al filo del límite con eso que le cerca y le acosa: el sin-sentido, el absurdo; se juega la racionalidad sobre un fondo de sinrazón y locura que le cerca. Tiene como ámbito propio el intersticio liminar, limítrofe, en donde refulge el ser del límite como gozne y bisagra (signo de concordancia y discrepancia) entre la razón, que se reconoce fronteriza, y una realidad que deja mostrar en ella el límite que le determina» (pp. 294-295).

<sup>82</sup> JASPERS, K. «La filosofía en el mundo», en ID., *op. cit.*, p. 175.

<sup>83</sup> Cfr. CALSAMIGLIA, A., «Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho», *Doxa*, 1, 1984, p. 43.

<sup>84</sup> Cfr. ATIENZA, M., «Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho», cit., pp. 32 y 34.

tico disponga de soluciones o siquiera de herramientas para abordar determinados problemas. En este sentido no puede desconocerse, por ejemplo, el papel fundamental que el iusfilósofo ha desempeñado en la incorporación a la agenda del jurista de materias como la sociología jurídica, el análisis económico del Derecho, los problemas anejos a la informática o, actualmente, las cuestiones de bioética.

Especial mención merece a mi juicio la referencia a la historia como un saber inescindible del proyecto iusfilosófico. Sí es verdad que «sólo lo que tiene una historia puede ser objeto de la filosofía», como afirmaba Puchta<sup>85</sup>, no menos cierto es a mi juicio que la filosofía del Derecho, igual que la propia experiencia jurídica, sólo es posible y comprensible desde la historia<sup>86</sup>. Y ello sobre todo porque el filósofo del Derecho se presenta, en mayor medida que ningún otro jurista, como heredero de una larguísima y fecunda tradición de pensamiento. El ámbito de la reflexión iusfilosófica viene en buena medida conformado a partir de la consolidación de una tradición de problemas que recurrentemente devienen planteados a través de la historia, aunque siempre en función de incitaciones, necesidades y contextos culturales concretos y cambiantes. Y justamente por ello, el pensamiento iusfilosófico se perfila siempre –a la manera gadameriana– sobre el fondo de, y en diálogo con, un horizonte textual repleto de referencias que conforman un rico y complejo acervo intelectual.

Ésa es la razón por la que en el desenvolvimiento del quehacer filosófico los «clásicos» no dejan nunca de constituir una referencia obligada. No simplemente por respeto al pasado sino porque en un sentido realmente auténtico conviven con nosotros, interpelándonos e insertándose en el incesante dialogo del presente, en la medida en que nos «llegan trayendo impresa la huella de las lecturas que han precedido a la nuestra, y tras de sí, la huella que han dejado en la cultura o en las culturas que han atravesado»<sup>87</sup>. Sí es cierto que el iusfilósofo se ve enfrentado a preguntas y problemas recurrentes, «leer, comprender, repensar a los clásicos a la luz actual no sólo sigue siendo una cura de modestia y un “magisterio para la vida” –en este caso, al menos, para la vida de la filosofía–, sino también una rica mina de sugerencias sobre algunos de los problemas eternos»<sup>88</sup>. Por eso, el quehacer

<sup>85</sup> Tomado de GONZÁLEZ VICÉN, F., «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», en ID., *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979, p. 239.

<sup>86</sup> En este sentido, PÉREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, incluso añade a la habitual concepción tridimensional de la experiencia jurídica como norma, hecho y valor una cuarta dimensión: la histórica, que permite temporalizar y contextualizar las otras tres dimensiones, dando cuenta así del carácter necesariamente diacrónico de aquella (p. 40).

<sup>87</sup> CALVINO, I., *Por qué leer a los clásicos*, trad. de A. Bernárdez, Tusquets, Barcelona, 1995, p. 15.

<sup>88</sup> RUIZ MIGUEL, A., «Problemas abiertos en la filosofía del Derecho», cit., p. 217.



iusfilosófico implica frecuentemente un volver la vista atrás. Pero no, como el nostálgico, para escapar u olvidarse del presente, sino precisamente para entenderlo y afrontarlo. Por ello, la recuperación de la historia de la filosofía «se hace, obviamente, desde cada presente y desde cada individuo que toma consciencia del pasado filosófico». De manera que «la vida filosófica se teje, pues, con todos esos momentos aislados que, sostenidos en el tiempo que discurre se proyecta hacia otro tiempo por venir»<sup>89</sup>.

Pero aparte de esta perspectiva histórica interna a la propia filosofía jurídica, entendida como sucesión de las problemáticas que han afrontado sus cultivadores y evaluación de los resultados obtenidos, la reflexión iusfilosófica precisa también del auxilio de una perspectiva histórica externa. Se trataría en este caso de vincular esa historia interna del conocimiento y de la filosofía jurídicos con cualesquiera otras dimensiones de la realidad y el pensamiento (políticas, económicas, culturales, sociales, científicas, religiosas, etc.) que nos ayuden a entender el sentido, históricamente contextualizado, de la reflexión jurídica. En este sentido, la Historia puede contribuir decisivamente a la tarea del iusfilósofo de desentrañar y exponer a la crítica los intereses y los presupuestos que inadvertidamente subyacen a la experiencia y al conocimiento jurídicos<sup>90</sup>.

En definitiva, desde las coordenadas aquí esbozadas, el quehacer iusfilosófico se presenta como un instrumento indispensable para la formación de un jurista conocedor de la complejidad inherente a la experiencia jurídica, consciente de las diversas perspectivas y enfoques desde las que aquella experiencia puede ser abordada, y capaz de cuestionarse críticamente el sentido de su quehacer a la luz de las exigencias, necesidades e ideales de su tiempo.

---

<sup>89</sup> LLEDÓ, E., *El silencio de la escritura*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 54. Por eso también, como señalan DELEUZE, G., y GUATTARI, F., *op. cit.*, «hasta la historia de la filosofía carece del todo de interés si no se propone despertar un concepto adormecido, representarlo otra vez sobre un escenario nuevo, aun a costa de volverlo contra sí mismo» (p. 85).

<sup>90</sup> FOUCAULT, M., «Erudición y saberes sometidos», en ID., *Genealogía del racismo*, trad. de A. Tzveibely, La Piqueta, Madrid, 1992, afirma en este sentido que «sólo los contenidos históricos permiten reencontrar la eclosión de los enfrentamientos y las luchas que los arreglos funcionales o las organizaciones sistemáticas se han propuesto enmascarar» (p. 21). Y HOLMES, O. W., *La senda del Derecho*, trad. de E. A. Russo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, subrayaba precisamente este potencial crítico y liberador de la historia, considerando el saber histórico como «el primer paso hacia un escepticismo iluminado» (p. 3).



**III**  
**DEBATES**



Los presupuestos liberales de la autonomía.  
Un análisis crítico. A partir de Álvarez, Silvina:  
*La racionalidad de la moral. Un análisis crítico de  
los presupuestos morales del comunitarismo*, Centro  
de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002

Por JOSÉ LUIS PÉREZ TRIVIÑO  
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

Pocos conceptos se han prestado a tan diversos usos como el de autonomía. En ocasiones se usa el concepto de autonomía de una manera amplia como equivalente de libertad, de voluntad libre, de racionalidad o de dignidad. Por otro lado, se aplica a diferentes entidades: a acciones, a personas, a la voluntad, a los deseos, a principios, a pensamientos. Esta dificultad, junto con las diferentes construcciones que se han llevado a cabo sobre la autonomía, convierten a este concepto en uno de los más complicados con los que se puede enfrentar un teórico. Silvina Álvarez no sólo se atreve a lidiar con todos estos problemas sino que sale bien parada del envite. Realiza una muy buena síntesis de la concepción clásica de la autonomía y de la comunitarista, aunque en ocasiones el hecho de estar al día de la más reciente bibliografía y de ponerlo de manifiesto en el texto convierte la lectura y el seguimiento de los argumentos en una tarea complicada.

El núcleo central del apartado dedicado a la autonomía del libro de Silvina Álvarez es precisamente la comparación de estas dos concepciones que pueden representarse en Kant y en Taylor. No obstante, la exposición de la autora va mucho más allá de estos autores, ya que discute de manera seria y a la vez crítica las más recientes aportaciones que han realizado a la discusión autores como Raz, Young, Bayón, Dworkin, Scanlon y muchos más. Por esta razón, voy a tratar de simplificar la exposición de S. Álvarez mediante la selección de aquellos puntos que considero más relevantes. Dejaré para el final el cuestiona-

miento de los presupuestos kantianos de la noción de autonomía, que es *grosso modo* la concepción a la que se adhiere la autora.

La autonomía ha sido uno de los valores centrales del ideario liberal. Desde Locke pasando por Kant y por Mill puede rastrearse su relevancia en las construcciones político-morales del liberalismo. Recientemente ha sido una preocupación fundamental en el pensamiento de Rawls, Wolf, Raz o Hurley. Tal ha sido la impronta de este valor en el paradigma liberal que forman una pareja de conceptos estrechamente vinculada. La concepción liberal que adopta la autora es la kantiana, que defiende la autonomía sobre la base de la independencia y la racionalidad. La primera de estas condiciones supone que la elección del sujeto no esté afectada por factores externos a su voluntad. El agente configura libremente sus elecciones. La segunda condición implica que la elección sólo puede llevarse a cabo a través de la razón, esto es, con «la posibilidad de analizar críticamente los diversos cursos de acción posibles» (Álvarez, 2002, p. 235).

Frente a la concepción liberal de la autonomía, se erige la tesis del comunitarismo, según la cual lo relevante de aquélla es el conjunto de condicionamientos externos (el contexto histórico, la lengua, las tradiciones culturales) a las elecciones que realiza el propio sujeto y que, en cierto sentido, constituyen su horizonte de sentido.

La estructura de este capítulo consiste, como ya he adelantado, en la discusión que se puede llevar a cabo entre la concepción liberal de la autonomía y la concepción comunitarista. ¿Cuáles serían los puntos centrales del desacuerdo? En una síntesis algo forzada se podría decir que estos puntos serían los siguientes:

1. Para la concepción liberal encarnada por Kant, la autonomía es un valor en sí mismo, mientras que para el comunitarismo no es un valor en sí mismo.
2. Según el liberalismo, el aspecto que dota de relevancia a la autonomía es el procedimental. En cambio, para el comunitarismo, lo relevante reside en el aspecto sustantivo.
3. La concepción liberal de la autonomía conduce a postular que la persona es anterior a sus fines, mientras que la teoría comunitarista lleva a decir que la persona no es anterior a los fines.
4. Para el liberalismo, la autonomía es una capacidad, mientras que para el comunitarismo es una cualidad.

Examinaré a continuación de una manera breve estos puntos.

## 1. LA AUTONOMÍA COMO VALOR EN SÍ MISMO O COMO VALOR INSTRUMENTAL

Según Kant, lo importante al valorar la autonomía no son los resultados, los fines, la utilidad que logramos con ella, sino su propio

ejercicio. Lo relevante es la acción que desarrolla el individuo al optar por una acción o por un plan de vida.

Para una concepción comunitarista, la autonomía entendida en el sentido kantiano no puede dejar de ser sólo un valor instrumental en orden a lograr los fines (que están en el horizonte de sentido de su propia comunidad). El contexto social con todo su abanico de valores es el que dota de sentido las elecciones del individuo. En este sentido, el individuo se autorrealiza en el marco de las concepciones del bien insertas en su comunidad. Esta concepción lleva a que sea posible afirmar que, en ciertas ocasiones, los individuos desarrollen planes de vida *equivocados*, esto es, que no realizan una concepción del bien. De aquí se deriva que el mero hecho de haber optado *autónomamente* no dota de valor a su elección, como pensarían los liberales.

## 2. LA AUTONOMÍA COMO VALOR PROCEDIMENTAL O COMO VALOR SUSTANTIVO

Según el liberalismo, en la autonomía es necesario destacar la importancia de su ejercicio por parte del mismo agente. Lo relevante es que el individuo ejercite la autonomía de acuerdo con los requisitos de independencia y racionalidad. Esta forma de elaborar los juicios normativos es lo que se conoce como «autonomía como procedimiento».

En cambio, para el comunitarismo lo relevante en la autonomía reside en el aspecto sustantivo de la autonomía, esto es, que lo crucial son los fines que se alcanzan a través de ella. La ética de la autenticidad, que es la concepción comunitarista de la autonomía, trata de desarrollar una ética comprensiva en la que se da una importancia destacada a los valores sustantivos insertos en los horizontes de sentido de una comunidad. Desde la perspectiva comunitarista, la autonomía, en sentido kantiano, es *únicamente* una condición instrumental para lograr la *autonomía genuina* encaminada a alcanzar esos valores o fines sustantivos. Por ello, la autonomía requiere de una teoría del bien, así como una caracterización de la naturaleza humana. Y por esa misma razón, la concepción comunitarista de la autonomía justifica un Estado intervencionista, ya que está obligado a proteger aquellos contextos sociales, culturales, etc., que dotan de sentido a las elecciones individuales.

## 3. LA AUTONOMÍA Y LOS FINES

La concepción liberal de la autonomía conduce a postular que la persona es anterior a sus fines, ya que lo relevante es la capacidad

de decisión y de elección, independientemente del resultado de tales elecciones. Dicho en otras palabras, la autonomía no puede ser cuestionada por consideraciones derivadas de los contextos en los que se lleva a cabo tal elección, como tampoco por los fines o valores alcanzados.

En cambio, la teoría comunitarista sostiene que la persona no es anterior a los fines, pues éstos están incorporados como condiciones de la autonomía. Por ello, los fines no pueden ser anteriores a la persona. El agente moral para constituirse en autónomo y reconocer su identidad debe orientarse en un espacio moral que otorgue significado a su elección.

#### 4. LA AUTONOMÍA COMO CAPACIDAD Y COMO CUALIDAD

Para el liberalismo, la autonomía es una capacidad, una potencialidad que, basada en la independencia y la razón, permite al individuo tomar decisiones y llevar a cabo sus planes de vida. Tal capacidad es universal, esto es, está presente en todas *las voluntades racionales*, lo cual supone que deben darse esas dos condiciones para predicar autonomía de un agente. Por otro lado, no es una capacidad gradual: se posee o no se posee.

En cambio, para el comunitarismo, la autonomía es una cualidad, lo cual presupone que se puede alcanzar o no alcanzar en distinto grado. Puede ser evaluada externamente en la medida en que es posible establecer criterios para clasificar a los agentes según su aproximación a los valores y fines que dotan de sentido a la comunidad.

Una vez expuestas las principales líneas de la discusión entre liberales y comunitaristas, es factible exponer la opinión de Silvina Álvarez. Para la autora, el concepto kantiano de autonomía, o como ella lo denomina, el concepto restringido es el que suministra los presupuestos básicos para la autonomía moral y política. Por otro lado, Silvina Álvarez pone en cuestionamiento la versión tayloriana de la autonomía, ya que le conduce a varios callejones sin salida. Según Taylor, habría dos condiciones de la autenticidad. La primera de estas condiciones está relacionada con la creación, la construcción y la originalidad y esto le lleva a considerar a la autonomía como algo intrínsecamente valioso. La segunda condición está conectada con la apertura a horizontes de significado y a la autodefinición en el diálogo. En este sentido, la autonomía es valiosa en la medida que es útil para lograr ciertos bienes considerados valiosos. Por ello, el valor de la autonomía dependería de las elecciones valiosas.

Como se puede deducir, la primera de las condiciones coincidiría *grosso modo* con la concepción kantiana de autonomía, lo cual sería significativo de que Taylor no la rechaza completamente, sino que la valora insuficiente. Lo realmente relevante para otorgar valor a la



autonomía es la segunda condición: los horizontes de sentido que dan sentido a las elecciones individuales.

Ahora bien, Álvarez se pregunta si estas dos condiciones de la autonomía no serían mutuamente excluyentes. Y la respuesta es positiva: si la autonomía es valiosa en sí misma, entonces no puede ser valiosa por los fines que persigue y logra alcanzar. Es valiosa en sí misma, como sostiene Kant. En sentido inverso, si la autonomía es valiosa por los fines que son los que otorgan valor a las elecciones, entonces no es valiosa por sí misma.

En la misma línea sostiene la autora que la compatibilidad de ambas condiciones conduce a otra paradoja, pues si se acepta que la concepción kantiana de la autonomía presupone la ausencia de condicionamientos externos, entonces ¿cómo coexistir esta condición con la existencia de los horizontes de sentido que determinan la identidad y la autonomía individual? Si se asume la existencia y la importancia de esos horizontes de significado fuertes, entonces se debería concluir que interfieren con la libertad del agente para autodeterminarse, ya que son marcos morales insoslayables. En definitiva, la determinación de la autonomía por los contextos de sentido deriva en una afección a la autonomía como elección independiente.

Una vez examinadas las principales líneas argumentativas que realiza Silvina Álvarez en este capítulo, trataré de exponer algunos problemas que me sugiere su lectura.

Hay una familia de conceptos cuyas relaciones mutuas no siempre están establecidas con precisión. Entre estos conceptos se encuentran los de libertad, autonomía y autorrealización. En ocasiones es difícil poner orden en los significados que cada teoría o construcción conceptual lleva a cabo. Y si esta tarea no se lleva a cabo de inicio se corre el peligro en caer en discusiones meramente verbales. En una primera instancia, podría decirse que el liberalismo valora principalmente el primer par de conceptos, esto es, la libertad y la autonomía. En cambio, el comunitarismo atiende en mayor medida al par compuesto por la autonomía y la autorrealización. Claro está en que puede surgir la sospecha si en realidad esta tríada de conceptos no se reduce sólo a dos, esto es, la libertad y la autorrealización, o si uno prefiere los términos de I. Berlin, a la libertad negativa y a la libertad positiva.

La propia Silvina Álvarez parece caer en esta pequeña trampa. En el inicio del capítulo alude a la distinción que establece Gerald Dworkin entre libertad y autonomía: la libertad sería un concepto local y la autonomía un concepto global. Así dice: «Mientras la libertad se refiere al modo en que un sujeto actúa en un momento determinado —cuando actúa espontánea o auténticamente...—, la autonomía haría referencia al modo en que un sujeto se comporta a lo largo de un período o de una parte de su vida». A continuación, la autora concluye que tal distinción le parece útil para «delinear una idea de autonomía que abarca un campo más amplio que el de la

libertad o, incluso, para concebir la autonomía comprensiva y organizadora de la libertad». (p. 237)

Sin embargo, después de haber criticado la concepción comunitarista de la autonomía y adherirse a la concepción kantiana, esto es, la concepción procedimental, Silvina Álvarez concluye el capítulo de la siguiente manera: «La autonomía como procedimiento podría predicarse de cualquier sujeto que en un momento dado actuara conforme a tal procedimiento, con independencia de sus vínculos hacia el pasado o hacia el futuro» (p. 303).

Pero esta concepción de la autonomía parece estar más ligada a la idea de G. Dworkin de libertad. Y como Silvina Álvarez se había decantado por esta clasificación para encuadrar la distinción entre libertad y autonomía, surge la duda de si en realidad la concepción kantiana es *sólo* adecuada para dar cuenta de la idea de libertad, tal y como la caracteriza G. Dworkin. Pero no para dar cuenta de la noción de autonomía que ella misma parece haber asumido.

Si esto es así, entonces, me parece que se deriva otra consecuencia. En efecto, si la autonomía está relacionada con la forma como un agente actúa durante un período de tiempo, entonces parece necesario que la persona se perciba a sí mismo como un ente dotado de unidad dentro de ese lapso temporal y esto implica, me parece, una noción de identidad personal más fuerte que la defendida por Silvina Álvarez. En definitiva, el problema de la versión liberal es que parece dar cuenta de la libertad en su sentido local, pero tiene problemas para dar cuenta de la autonomía. Por cierto, esto todavía no supone aceptar como válida la concepción comunitarista, pero sí pone en cuarentena la explicación kantiana como una explicación de la autonomía.

Esto conduce a examinar otros problemas que conciernen a los presupuestos de la visión liberal kantiana de la autonomía, esto es la independencia y la racionalidad. El requisito de la independencia se refiere de los factores externos a la voluntad de la persona. Por otro lado, la racionalidad implica que entre otras cosas que el agente puede analizar críticamente los diversos cursos de acción posibles, o que dispone la habilidad para hacer deducciones e inferencias. Como dice la autora, «esta postura crítica del individuo autónomo se contrapone a la irreflexividad, a la toma de decisiones arbitrarias... se contrapone a la conducta que es consecuencia de decisiones tomadas... por el condicionamiento fuerte proveniente del contexto o circunstancias que rodean a la persona» (Álvarez, 2002, p. 235-6).

Ambos presupuestos me parecen discutibles. Entre las críticas dirigidas a la idea kantiana de independencia se encuentra la de Bernard Williams, quien señala que el precio que debe pagar Kant por mantener coherentemente su concepción es la separación de la moral de las contingencias humanas, pues la moral kantiana se enraíza, como se ha visto antes, en una concepción del agente moral de características trascendentales y no empíricas:

«La enorme consistencia de la concepción kantiana se adquiere a un precio que generalmente se estará de acuerdo en calificar de elevado. La separación del valor moral de todas las contingencias sólo se consigue haciendo de la característica humana de un agente moral o racional una característica trascendental, la capacidad que un hombre tiene de disponer libremente como un agente racional no depende de ninguna capacidad empírica que pueda tener —y, en concreto, no depende de capacidades empíricas que los hombres puedan poseer en desigual grado— porque en la concepción kantiana, la capacidad de ser un agente racional no es ella misma una capacidad empírica<sup>1</sup>.»

Williams sostiene que las consideraciones humanas que se basan en características humanas no pueden dejar de tener una base empírica. Los seres humanos están sujetos, de una manera u otra a condiciones empíricas, a su historia psicológica, existiendo evidentes variaciones individuales, bien sea de sensibilidad, de persistencia, de imaginación, de inteligencia o de buen sentido. Junto a estas consideraciones empíricas de carácter individual, es preciso considerar que la autonomía no parece una construcción monológica del propio sujeto, sino que en parte es producto de los arreglos sociales. En efecto, para la teoría liberal es difícil iluminar las cuestiones morales incluidas en aprender cómo tratar a las personas más igualmente en una sociedad desigual, puesto que mira las relaciones sociales como un algo constante dentro de las cuales somos libres de relacionarnos con otros tal y como elegimos. Sin embargo, la autonomía como capacidad es en gran parte el resultado de una estructura social concreta. Y en este sentido, el presupuesto de la independencia debe ser reconsiderado a la luz de estas interferencias sociales insoslayables.

Vinculado con lo dicho en los párrafos anteriores, es posible señalar que la teoría liberal kantiana difícilmente podrá establecer otros conceptos relevantes de una teoría moral si no toma como base un concepto empírico. ¿Cómo podrá establecer los distintos grados de responsabilidad si se parte de una concepción de agente donde todos los individuos son iguales, libres y racionales? Estas presuposiciones constituyen un serio obstáculo porque aunque no impiden, dificultan el establecimiento de los diferentes tipos o grados de responsabilidad que dependen de variables como la libertad y la capacidad de control *empírico y concreto* de los diferentes agentes.

En opinión de Williams, en lugar de construir una concepción del agente moral sobre una base trascendente, que da lugar a una visión de la autonomía puramente *formal* parece preferible aquella concepción que parte de una noción de *autonomía* que tenga a la vez una base empírica. Ahora bien, ¿implica esta crítica asumir los postulados

---

<sup>1</sup> WILLIAMS, Bernard, «La idea de igualdad» en *Problemas del yo*; Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, trad. J. M. G. Holguera (1973), p. 307.

comunitaristas respecto al condicionamiento social de la autonomía personal? Me parece que no. Posiciones intermedias como las de Joseph Raz resultan, en mi opinión, más razonables, especialmente cuando sostiene que la autonomía es una cuestión de grado y de la que se puede disfrutar más o menos según un conjunto de condiciones que dependen del contexto social donde se desarrolle la acción del agente, entre las que destaca la ausencia de coerción y la posibilidad de elegir entre una diversidad de opciones vitales relevantes.

Por otro lado, en Kant la autonomía está vinculada a la racionalidad, la cual es caracterizada como una facultad independiente separada de nuestros deseos, emociones y sentimientos. Así, la moral queda en un ámbito independiente y autónomo respecto de nuestra vida ordinaria en sociedad. El motivo por el cual Kant desliga las emociones de la vida moral del agente, y por ello, de la idea de autonomía, reside en que le parecen demasiado caprichosas. Esta concepción conduce a una idea de la autonomía completamente alejada de las emociones y los sentimientos. Pero ¿es esto así? ¿tan desligadas están las emociones de la racionalidad? Ligada a estas preguntas surgen otras: ¿podemos o debemos dejar de considerar como relevante la educación de las emociones desde el punto de vista de la autonomía? ¿se es únicamente responsable por nuestras acciones racionales o también se puede ser responsable por el carácter?

Kant parece postular una idea demasiado ingenua de las emociones, ya que parece sugerir que no hay ningún modo de regular la propia respuesta emocional a la luz de otras consideraciones. Sin embargo, esto no es necesariamente así, pues las respuestas emocionales ante estímulos externos pueden cambiar como consecuencia de operaciones reflexivas que puede llevar a cabo el mismo individuo y, de este modo, aplicar algún sentido de la proporción a sus reacciones sin abandonar del todo la motivación moral<sup>2</sup>. En este sentido, parece conveniente distinguir entre las emociones y las sensaciones corporales ya que las primeras se diferencian de las segundas en que presentan «incorporadas –generalmente, aunque no inevitablemente– una referencia a un objeto y puede decirse que suponen un pensamiento»<sup>3</sup>. Es por ello que los individuos con un cierto grado de competencia racional pueden llegar a controlar sus emociones. En consecuencia, la vinculación entre la razón y la autonomía no excluye que puedan establecerse relaciones entre las emociones, el carácter y la autonomía. En efecto, J. Oakley ha señalado que las emociones son un elemento importante, pues gracias a ellas el sujeto puede rebajar su ceguera moral, o aumentar su voluntad o reafirmar su autoestima. Y parece que todos estos aspectos juegan un papel relevante en la autonomía personal.

<sup>2</sup> Véase un examen más detallado en LYONS, William, *Emoción*, Anthropos, Barcelona, 1993, trad. Inés Jurado.

<sup>3</sup> WILLIAMS, Bernard, «La moral y las emociones», en *Problemas del yo*, *op cit.*

En definitiva, sin negar el grueso de las críticas que Silvina Álvarez dirige a la concepción comunitarista de la autonomía, me parece que el punto débil de su argumentación estriba en acoger sin matizaciones la concepción de la autonomía kantiana *pura*. Por esta razón, el núcleo de mis objeciones se han dirigido a mostrar los pilares menos asentados de la concepción liberal de la autonomía, como son la independencia y a la racionalidad.



Los presupuestos metaéticos del comunitarismo:  
la tensión no resuelta entre el realismo  
y el convencionalismo moral. A partir  
de *La racionalidad de la moral. Un análisis crítico de  
los presupuestos morales del comunitarismo*,  
de Silvina Álvarez

Por VICTORIA ROCA  
Universidad de Alicante

Como es sabido, la corriente de filosofía moral y política que recibe el nombre de comunitarismo nació como un proyecto crítico que implicaba cuestionar tanto la proyección normativa como los fundamentos metaéticos (el constructivismo kantiano) propios del liberalismo. Silvina Álvarez aborda en su trabajo *La racionalidad de la moral*, entre otras, una tarea que acaba por resultar, a mi entender, especialmente ardua: sumergiéndose en los trabajos de varios autores comunitaristas (con especial atención a Taylor y MacIntyre), trata, en primer lugar, de desentrañar los postulados metaéticos comunes sobre los que descansarían los diversos juicios normativos y posiciones de filosofía política que defienden tales autores, con el fin, en segundo lugar, de localizar en una carta o mapa metaético (que la autora ha dibujado previamente a partir de un cuadro clasificatorio propuesto por Nino y de una compleja dilucidación conceptual) los presupuestos por ellos compartidos y poder, desde allí, articular un análisis crítico de los fundamentos últimos de esta corriente.

Tanto para el comunitarismo como para el liberalismo es una cuestión crucial explicar los fundamentos metaéticos que confieren autoridad a los juicios morales, puesto que las propuestas de estas

corrientes tienen un alcance normativo que pretende no ser arbitrario, pretende una justificación objetiva de los principios defendidos (Silvina Álvarez, 2002: 36-37) (aunque, añadiría yo, acabe por limitarse a una no arbitrariedad absoluta en el caso del comunitarismo si, al final, consideramos que sus presupuestos son más bien, como parece concluir la autora, los del subjetivismo convencionalista que los del realismo moral): apelando a los recursos que el agente racional tiene para llevar a cabo sus propias elecciones, en el caso del liberalismo y a razones externas al agente que remiten a la tradición, la cultura, la historia, los horizontes de sentido de una comunidad, en el caso del comunitarismo.

Si bien la indagación de los presupuestos del comunitarismo lleva a Silvina Álvarez a explorar numerosos problemas que aparecen profundamente analizados en el capítulo I («Modelos de fundamentación de la moral») y II («Identidad personal y agente moral») de su trabajo, la brevedad de estas páginas que ahora escribo exige que limite mis pretensiones a tratar de reconstruir –y valorar– la argumentación de la autora en su intento por ver en qué medida 1) es posible suscribir la crítica que Nino dirigía al comunitarismo según la cual esta corriente incurre en una radical contradicción cuando, defendiendo una posición metaética relativista y convencionalista, critica la cultura vigente por incorporar como elementos esenciales los presupuestos del liberalismo kantiano, o 2) si lo que sucede es más bien que una reconstrucción en clave meramente relativista-convencionalista del comunitarismo no resulta plausible y, por lo tanto, resultan injustas las críticas acerca de su inconsistencia interna. Si hubiera suficientes argumentos para apoyar este otro tipo de reconstrucción podría suceder que el comunitarismo en realidad fuera un intento a partir de un fundamento no relativista por cambiar los presupuestos del liberalismo kantiano incorporados a la cultura vigente, o 3) –como creo que puede reconstruirse retrospectivamente la argumentación de la autora– no es posible pronunciarse de forma concluyente acerca de 1) y 2) porque el comunitarismo no resuelve las bases de su propuesta y aunque hay elementos que nos permiten su reconstrucción en términos de realismo moral, ese realismo viene tan unido al horizonte moral comunitario que la reconstrucción de sus presupuestos que acaba por resultar más plausible es la que los presenta como una teoría metaética subjetivista-convencionalista; cuyos fundamentos entonces coinciden no con el objetivismo (una de las tesis implicadas por el realismo es el objetivismo valorativo) sino con el relativismo moral.

En cualquier caso, los puntos débiles de los postulados metaéticos del comunitarismo no han de llevar, sin embargo, a suscribir la solidez del proyecto constructivista que intentaban atacar si, tal y como parece apuntar la autora (siguiendo en parte a Bayón 1991), el constructivismo no es una tercera vía que eluda satisfactoriamente los problemas que se le presentan de un lado al objetivismo (que deriva el valor de verdad de los juicios morales –o, más exactamente, su valor



de corrección, en el caso del objetivismo constructivista— de la capacidad de racionalidad de los agentes), al no permitir explicar satisfactoriamente cómo se derivan contenidos sustantivos por sí mismos valiosos a partir de la sola capacidad racional, y de otro al subjetivismo, cuando —al negar un «punto de vista imparcial» o «punto de vista no-particular»— acaba finalmente (en contra de la opinión de Bayón 1991) por apoyarse sobre unas poco plausibles bases relativistas de fundamentación de la moral.

El capítulo I «Modelos de fundamentación de la moral» es un capítulo— inevitablemente— complejo pero, al mismo tiempo, el lector concluye su estudio con la impresión de que el análisis de la autora le ha permitido ver 1) dónde están los problemas en el trazado de un mapa que pueda resultar útil para entender y confrontar los presupuestos metaéticos de diferentes teorías, y 2) de dónde vienen las dificultades para la reconstrucción, bajo una teoría unitaria, de los fundamentos del comunitarismo. La claridad que introduce el análisis de Silvina Álvarez en relación con estos dos núcleos de intrincados problemas es, sin duda, uno de los grandes méritos de su trabajo.

El mapa de teorías metaéticas reconstruido por Silvina Álvarez viene trazado a partir de tres perspectivas de análisis que, aunque se relacionan entre sí, y se superponen con frecuencia, pueden distinguirse dentro de la metaética: la dimensión semántica, la dimensión ontológica y la dimensión epistemológica. En principio, el hecho de sostener que un concepto alude a ciertas entidades o fenómenos no implica sostener que ellos existan o que sean cognoscibles. Inevitablemente, sin embargo, las tesis epistémicas y ontológicas con las que completamos nuestras tesis semánticas van a proyectar una fundamentación más o menos sólida de los juicios formulados en el nivel de la ética normativa. Este punto es, a mi entender, especialmente importante puesto que, como apunta Silvina Álvarez, quienes defienden una posición ontológica como es el internalismo (no existen hechos morales más allá de las preferencias o actitudes subjetivas) fracasan en su intento por diferenciarse de posturas relativistas adscribiendo en el plano semántico a posiciones objetivistas —en el sentido de suscribir tesis universalistas— al no ofrecer, sin embargo, un respaldo ontológico adecuado a tal tesis semántica universalista. El subjetivismo ontológico, al que en definitiva adscribe el internalista, conducirá en última instancia a la defensa de una postura relativista en materia de fundamentación metaética, postura desde la que difícilmente se podrá fundamentar con fuerza la tesis semántica de la universalidad (Silvina Álvarez, 2002: 66-88, 365). La objeción que Silvina Álvarez dirige al internalismo cuando éste trata de diferenciarse del relativismo me parece —además de correcta— especialmente útil para entender el problema que han de enfrentar los postulados del comunitarismo y ello en la medida en que creo que ayuda a poner de manifiesto de qué forma las tesis defendidas en un nivel pueden teñir o tener implicaciones en las tesis defendidas en otro nivel: el comunitarismo pretende defender

la existencia de hechos morales más allá de las preferencias subjetivas de los individuos, lo que sucede es que ese aparente realismo o externalismo ontológico por él pretendido (para el que la autora trata de hallar fundamento en los trabajos de Taylor y MacIntyre) parece que acaba por manifestarse –a partir de tesis semánticas fuertemente convencionalistas (el significado de los juicios morales se construye dentro del horizonte de la comunidad)– como una suerte de subjetivismo social, que, como con acierto señala la autora, se aparta de fundamentaciones realistas de la moral y se acerca más bien a tesis de fundamentación de la moral relativistas (aunque sea un relativismo distinto al del subjetivismo individual).

El marco clasificatorio que reconstruye y utiliza finalmente Silvina Álvarez es uno en el que se opone (según el criterio, si he entendido bien a la autora, del punto de vista desde el cual se articulan los juicios morales válidos): 1) objetivismo en sentido amplio (incluyendo aquí a las teorías descriptivistas-cognoscitivistas, objetivistas semánticas, al externalismo y al realismo moral); 2) el subjetivismo en sentido amplio (teorías no-descriptivistas, no-cognoscitivistas, subjetivistas semánticas, internalistas y antirrealistas), y 3) el constructivismo como grupo de teorías planteadas en términos ajenos al objetivismo/subjetivismo; sin embargo, creo que para comprender mejor su reconstrucción del comunitarismo es preciso tener presente el mapa mencionado al principio de estas páginas y que, aunque esbozado al comienzo de su trabajo, va dibujándose en toda su riqueza con el análisis que lleva a cabo Silvina Álvarez. Me he aventurado a reconstruir el mapa a partir de su propuesta inicial (vid. Silvina Álvarez, 2002: 48) completada con algunas oposiciones y explicaciones que he podido entresacar de la lectura del análisis conceptual que la autora lleva a cabo en buena parte del capítulo primero de su trabajo.

a) Plano ontológico (tesis acerca de la existencia o no de las entidades o fenómenos a los que en su caso aludirían los juicios morales):

a.1) realismo (como una posición ontológica que defiende la existencia de hechos o propiedades morales al margen de las actitudes o preferencias subjetivas) *versus* subjetivismo ontológico (no existen hechos morales al margen de las actitudes o preferencias subjetivas), no-cognoscitismo ontológico (los enunciados morales no proporcionan descripciones de hechos; si dan cuenta de algo es de la verdad de la imputación de creencias a un determinado estado de cosas) y escepticismo ontológico (como posición que niega la existencia de principios morales verdaderos);

a.2) internalismo *vs.* externalismo (como posiciones ontológicas acerca de los hechos en que se basarían los juicios de valor: creencias o actitudes de los sujetos en el caso del internalismo o hechos distintos a tales creencias y más allá del sistema subjetivo de preferencias de

los individuos en el caso del externalismo). El internalismo no agota la extensión del no-cognoscitivism ontológico;

a.3) *realismo vs. objetivismo* (el realismo se articula como tesis ontológica que defiende la existencia de los hechos morales, mientras que el objetivismo no se pronuncia sobre la existencia de esos hechos –es decir, no es una tesis ontológica– sino que sólo postula el valor de verdad de los juicios morales a partir de la capacidad racional de los sujetos).

b) *Plano epistemológico* (la cuestión acerca de si es posible conocer las entidades o fenómenos a los que, en su caso, aludirían los juicios morales):

b.1) *cognoscitivism epistémico en sentido estricto* (es posible conocer el valor de verdad de los juicios morales y no sólo –este segundo sería, al menos en una de sus formulaciones, el no-cognoscitivism epistémico– su formulación lingüística o la verdad de la imputación de ciertas creencias a un determinado estado de cosas) *vs. no-cognoscitivism epistémico* (en cuyos postulados se apoyaría el internalismo –compatible con un cognoscitivism semántico que sostuviera que los enunciados morales son reducibles a enunciados acerca de hechos de naturaleza psicológica– como postura ontológica que niega la existencia de hechos morales más allá de las creencias o preferencias de los sujetos como tales) y *escepticismo epistémico* (sin pronunciarse acerca de la existencia o no de los denominados hechos morales, sostiene que los seres humanos no cuentan con ninguna capacidad para acceder a su conocimiento);

b.2) *naturalismo vs. no naturalismo* (a diferencia del naturalismo, el no-naturalismo no atribuye un fundamento empírico a los juicios éticos);

b.3) *objetivismo vs. subjetivismo* (según se admita la posibilidad de encontrar parámetros que evalúen el contenido de los juicios morales y que permitan discriminar entre juicios válidos e inválidos –más allá de un control estrictamente lógico racional de consistencia interna que sí es admitido por el subjetivismo ahora caracterizado–; el objetivismo aparece en este sentido como el método que nos permite apartarnos del punto de vista de los deseos, intereses y preferencias exclusivamente subjetivos para alcanzar un nuevo punto de vista que sea producto de haber confrontado nuestras preferencias con las de los demás. Sería un punto de vista imparcial o arquimédico, un punto de vista-no particular).

c) *El plano semántico* (a qué tipo de entidades o fenómenos aluden los juicios morales, el significado, función y condición de verdad de los juicios morales):

c.1) *objetivismo semántico* (los juicios de valor son prescripciones universalizables) *vs. subjetivismo semántico* (los juicios de valor

no se presentan como juicios universalizables: expresan preferencias subjetivas individuales o del grupo);

c.2) *cognoscitivismo semántico vs. no cognoscitivismo semántico*. Un cognoscitivista en este sentido podría sostener que los enunciados morales son reducibles a enunciados acerca de hechos de naturaleza psicológica (Bayón Mohino, 1991: 208);

c.3) *objetivismo vs. constructivismo* (aunque ninguno de los dos se pronuncia sobre cuestiones ontológicas y sí comparten, frente al realismo, la evidencia racional como contexto dentro del cual poder postular la racionalidad o la existencia de los principios morales, estas dos posiciones se articulan de forma diferente en el plano semántico: para el objetivismo el significado de los juicios morales apela a la verdad de los principios morales, mientras que para el constructivismo los juicios morales no esgrimen una pretensión de verdad, sino de corrección).

Hasta aquí por lo que se refiere a la carta metaética. La siguiente empresa abordada por la autora –el segundo núcleo de problemas antes apuntado– consiste en desentrañar los postulados metaéticos del comunitarismo para luego poder concluir si en su base descansa una metaética realista (objetivista), como pretenden, o más bien una teoría metaética subjetivista convencionalista (relativista). La crítica de Nino, sobre cuya plausibilidad trata de pronunciarse la autora, será acertada o no según cuáles sean las conclusiones de este análisis. Pero la tarea de dilucidación acaba por volverse bastante difícil y, casi me atrevería a sostener, que la autora en realidad concluye con ciertas reservas. Algo que de nuevo parece que ha de resultar inevitablemente así si, como parece, no hay forma de resolver la tensión entre 1) algunas tesis del comunitarismo que acercan su postura metaética a un tipo –aunque especial– de realismo cuando critica al subjetivismo ontológico y al relativismo, 2) con tesis que se refieren a la definición y creación colectiva del universo moral siempre dentro del marco de una comunidad.

A partir del análisis que lleva a cabo Silvina Álvarez podemos ver que tanto Taylor como MacIntyre coinciden en señalar que estamos inmersos en una «cultura emotivista» y aquí ambos incluyen tanto las teorías subjetivistas que entienden que los valores morales responden exclusivamente a razones internas, como a las teorías de orientación kantiana que basan sus argumentos en algún criterio de imparcialidad, por entender que también éstas, en última instancia, fundamentan los juicios morales en preferencias individuales.

Ambos autores consideran que estas teorías, por basarse exclusivamente en el individuo (en el yo puntual, en la subjetividad más radical), en la razón desvinculada (razón procedimental cartesiana desvinculada de la historia y de la sociedad) y en el concepto de obligación general (como razón básica imparcial o derechos universales) se muestran claramente insuficientes para ofrecer una respuesta a los

problemas de fundamentación de los principios morales que surgen en las comunidades morales.

Silvina Álvarez, salvando –o quizá sería mejor decir, resolviendo– las dificultades derivadas de la reconstrucción de la propuesta de estos autores a partir de tesis que se manifiestan principalmente de forma negativa –apuntando los defectos de otras tradiciones de filosofía moral– nos presenta al comunitarismo en una primera pincelada como una propuesta que combina una apelación al realismo valorativo con tesis epistemológicas subjetivistas. El minucioso análisis de la autora, sin embargo, será imprescindible para que el lector pueda ver los problemas de tal propuesta.

Como pone de manifiesto la autora, tanto Taylor como MacIntyre defienden una concepción de los valores morales como razones externas al sujeto individual. Las nociones de lo bueno y lo malo se comprenden en la interacción con las demás personas que comparten con nosotros un espacio común o una sociedad dada. La identidad moral del sujeto está basada en el «reconocimiento cultural o nacional», su vida se nutre de las fuentes morales que la comunidad es capaz de generar (Taylor). La concepción del bien sólo puede elaborarse y lograrse dentro de una tradición social que continúa. Existen ciertos propósitos u objetivos que guían la continuidad de la comunidad en la historia (MacIntyre). Lo que sucede es que, como puede verse, en ambos casos el horizonte moral que el individuo describe se perfila en los límites de una comunidad (en sus prácticas, tradiciones, cultura).

La forma en que el sujeto conoce las razones morales (y aquí vendría la tesis subjetivista epistemológica identificada por Silvina Álvarez) es mediante la articulación de sus motivaciones personales, deseos e intereses, es decir, profundizando en el conocimiento de sus razones internas (ambos descartan expresamente el valor epistémico del punto de vista imparcial). En esa reflexión interna, y dado un marco moral de referencia, los sujetos hallarían las fuentes –externas– de su propia subjetividad. Sólo cuando el sujeto moral se vuelve hacia su interior, los valores externos cobran sentido. En la caracterización de Taylor, la mejor explicación posible que podemos dar a nuestras valoraciones surge de la búsqueda de sentido, «clarividencia» respecto de nuestra vida y esta «actividad interpretativa» no puede llevarse a cabo desde el punto de vista del observador imparcial, sino que requiere de la comprensión del sujeto vinculado a las prácticas que se analizan. Del mismo modo, para MacIntyre, el sujeto virtuoso caracterizado por él entiende su vida de manera unitaria y como parte de una normativa que le indica las pautas morales de las que participa dada la tradición en que se mueve. El punto de vista de los sujetos participantes es decisivo para reconocer los valores que se derivan de la práctica puesta de manifiesto a lo largo de la historia; los bienes son bienes internos a las tradiciones y éstos sólo pueden ser reconocidos por quienes participan en ellas.

Pese a este papel que el individuo juega no hay que olvidar que para ambos autores comunitaristas, la identidad moral de los sujetos viene a su vez determinada por los elementos presentes en el marco de la comunidad.

Ambos autores –podemos seguir viendolo a partir del análisis de Silvina Álvarez– son conscientes de la amenaza relativista que subyace a sus apelaciones a esos horizontes morales de la comunidad, tradiciones, culturas, etc., y de ahí que ambos traten de evitar ese relativismo: defendiendo –en el caso de Taylor– la pretensión de universalidad de ciertos valores y la idea de que no hemos de partir de un universo moral preconcebido en el que los bienes de otra comunidad no nos dicen nada y en el que asumimos que nuestros bienes no les dicen nada a ellos (Taylor) y –aunque negando que la noción de prescriptismo universal sea constitutiva de todo enunciado moral–, a partir de las nociones de traducción (si bien contextualizada) en la que se apoyaría la commensurabilidad de diferentes tradiciones y de permeabilidad al cambio de las tradiciones (MacIntyre).

En opinión de Silvina Álvarez, sin embargo, esos intentos de Taylor y MacIntyre por frenar el desliz hacia posturas relativistas de sus tesis no resultan exitosos. Las tesis realistas de los comunitaristas acaban por resultar ser más tesis contrarias al subjetivismo individualista ontológico que propiamente realistas (salvo que se entienda el realismo dentro de los horizontes comunitarios). Y es que, finalmente, nos dice la autora, sólo desde una interpretación subjetivista-conventionalista (y, por lo tanto, no realista sino más bien relativista, aunque se trate de un relativismo no individualista) es posible sostener de forma coherente sus propuestas de identidad moral personal definidas colectivamente y basadas fuertemente en el «reconocimiento cultural o nacional» (Taylor) o en la historia y tradiciones de una comunidad (MacIntyre). Su pretendido realismo sería, finalmente, de un carácter especial desde el momento en que no se esgrime una pretensión de objetividad al depender los juicios morales de una instancia colectiva que se separa de la capacidad de reflexión de los agentes racionales; la razón cumpliría un papel epistémico en el descubrimiento de los valores externos al sujeto moral, pero sería una racionalidad articulada dentro del contexto y con las particularidades de cada cultura (Silvina Álvarez, 2002).

La pretensión de realismo moral que se pone de manifiesto en algunas de las tesis comunitaristas hacen dudar a Silvina Álvarez de la plausibilidad de la crítica interna que Nino dirigía a esta corriente, pero, al tiempo, una lectura de sus análisis y sus conclusiones –más recurrentes– nos hacen ver que ella acaba más bien por inclinarse a sostener que es una interpretación subjetivista-colectivista (y por lo tanto relativista) la que nos permite dar mejor cuenta de los postulados metaéticos desentrañados de la tesis comunitaristas (Silvina Álvarez, 2002: 145-148, 365-366).

Vistas así las cosas parece que, en efecto, el comunitarismo incurre en alguna suerte de contradicción interna al criticar la tradición liberal kantiana que viene desarrollándose en nuestra cultura y hacerlo desde postulados que –al menos en gran parte– se muestran como postulados relativistas (subjetivismo-convencionalista). Sin embargo, creo que concluir en este sentido –y mi impresión es que en el fondo Silvina Álvarez no lo hace– no haría totalmente justicia al comunitarismo; es preciso, 1) –algo que la autora hace expresamente– rescatar las tesis comunitaristas que, aun sin aportar una alternativa, permiten poner de manifiesto las carencias de fundamentación del constructivismo kantiano, pero también, 2) dar cuenta del intento no de reconstrucción sino de verdadero cambio que –tras la lectura del cuidadoso análisis que hace Silvina Álvarez del comunitarismo de MacIntyre– creo que está especialmente presente en el caso de la teoría moral de este autor. Y así me parece que resultaría plausible concluir –algo que la autora parece querer hacer, aunque después se retrae a una lectura puramente subjetivista convencionalista que parecería dar la razón a la crítica de Nino– que la crítica que este autor dirige a MacIntyre no es del todo acertada, pues éste se propone un verdadero cambio de los presupuestos y postulados de nuestra práctica moral. Si asumimos con MacIntyre que la historia revela los logros y fallos de las distintas tradiciones confrontándolas unas con otras (éste podría ser, como dice Silvina Álvarez, el realismo comunitarista) y que las tradiciones (entre las que MacIntyre cuenta no sólo las tradiciones morales, sino también las tradiciones filosóficas que interpretan una tradición moral y que se integran con ella en las sucesivas reformulaciones de ésta) pueden cuestionar y replantear sus postulados, mostrándose o bien flexibles y permeables para afrontar los cambios y autorreformularse, o bien, todo lo contrario, y fracasar, entonces, como lectores del análisis que del comunitarismo hace Silvina Álvarez, nos surge la pregunta: ¿no será precisamente a una tensión o desafío de este tipo –y desde la tradición aristotélica– a la que MacIntyre se propone someter al liberalismo kantiano?

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, S.: *La racionalidad de la moral. Un análisis crítico de los presupuestos morales del comunitarismo*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales (2002).
- BAYÓN, J. C.: *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales (1991).
- NINO, C. S.: «Liberalismo versus comunitarismo», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1 (septiembre-diciembre 1988).
- *El constructivismo ético*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales (1989).
- *Ética y derechos humanos un ensayo de fundamentación*, Ed. Astrea (1989).





## La racionalidad de la moral. Respuesta a los comentarios de José Luis Pérez Triviño y Victoria Roca

Por SILVINA ÁLVAREZ  
Universidad Autónoma de Madrid

La preocupación por fundamentar nuestras evaluaciones morales, nuestros juicios más arriesgados y comprometidos sobre lo que consideramos acertado o equivocado, nos lleva a un terreno en el que fácilmente podemos perdernos entre categorías no siempre bien delimitadas. Dada la complejidad de la argumentación metaética, la primera parte de *La racionalidad de la moral* (2002<sup>a</sup>) se centra precisamente en una reconstrucción de los argumentos de fundamentación moral que sirven de coordenadas para encuadrar las propuestas comunitaristas que en el libro se estudian. Con este análisis en el punto de partida, la exposición avanza desde los fundamentos de la teoría moral, pasando por las nociones de identidad y autonomía, hasta llegar al ámbito de la teoría política, en el que propongo analizar la trayectoria y el significado de dos conceptos contrapuestos de ciudadanía.

Sin duda, el análisis de los presupuestos metaéticos y la noción de autonomía como concepto básico de la teoría moral son dos partes centrales de mi propuesta. Por esta razón, agradezco a J. L. Pérez Triviño y V. Roca sus comentarios a estos dos capítulos del libro, y la oportunidad que me dan para volver sobre ellos y repensar algunas de las tesis que allí se sostienen.

## LA BASE METAÉTICA DEL COMUNITARISMO

Quisiera comenzar retomando la observación final de Victoria Roca, en el sentido de que las propuestas comunitaristas que encontramos en autores como Charles Taylor y Alasdair MacIntyre son sin duda contribuciones filosóficas genuinas, en el sentido de que aportan al debate una perspectiva propia para entender problemas morales y políticos. Aunque algunos autores (Nino, 1988; Holmes, 1993; Vitale, 1997) se han ocupado del comunitarismo como antiliberalismo, señalando que el comunitarismo toma gran parte de su inspiración del propio liberalismo y se presenta fundamentalmente como una crítica a este, creo en cambio que existe una tradición comunitarista bien marcada en la historia de la filosofía. Tal trayectoria se puede trazar siguiendo distintos caminos, pero seguramente podríamos remontarnos a Aristóteles, Tomás de Aquino, Hegel o el romanticismo alemán, como algunos de los puntos de referencia. La extensa obra de Taylor y MacIntyres pone en evidencia la autonomía de esta corriente filosófica. Es cierto que a menudo sus tesis comienzan por la crítica, una crítica que abarca tanto el empirismo como la tradición racional-kantiana, y que algunos de sus libros —como podría ser *Tras la virtud* (MacIntyre, 1985), que se ocupa especialmente de la Ilustración—, se detienen sobre todo en el enfrentamiento con el liberalismo, lo cual ha contribuido a la centralidad que este debate ha adquirido en los últimos años. Sin embargo, obras como *A Short History of Ethics* (1966) y *Against the self-images of the age. Essays on ideology and philosophy* (1971), de MacIntyre, o *Hegel* (1975), de Taylor, dan cuenta del contenido sustantivo de la trayectoria filosófica en la que estos autores se enmarcan.

Es entonces a partir de identificar los elementos propios de esta corriente que se puede emprender la tarea de rastrear cuál es su ubicación en el terreno de las teorías metaéticas. A estos efectos, he propuesto una clasificación de las teorías de fundamentación moral (Álvarez, 2002 a:39-110), que permita distinguir las distintas perspectivas en análisis. Esta tarea clasificatoria se revela especialmente compleja cuando se observa en la bibliografía la gran diversidad terminológica que existe, la multiplicación de concepciones con diferencias más o menos relevantes, y la superposición de términos distintos que con frecuencia denotan lo mismo. A estas dificultades de clasificación hay que añadir que los esfuerzos por demarcar hasta dónde llega el terreno normativo y cuándo pasamos al plano metaético no siempre logran plenamente su objetivo. Es más, muchas teorías metaéticas —tal vez todas— no sólo se ocupan de la fundamentación de la moral normativa, sino de los contenidos de esta última.

En el capítulo comentado señalo tres planos de análisis metaético: ontológico, epistemológico y semántico. En el primer plano se debate fundamentalmente el realismo y el antirrealismo, aunque también

algunos aspectos del externalismo, el internalismo y el proyectivismo, así como del objetivismo y el subjetivismo. En el segundo plano la distinción clásica es entre cognocitividad y no-cognocitividad, aunque estas son también categorías semánticas que a su vez se cruzan con el objetivismo y el subjetivismo. Estas conexiones se ponen de manifiesto en la reconstrucción que realiza V. Roca, retomando los tres planos ya señalados. Para evitar la profusión de categorías que se pone de manifiesto en dicha reconstrucción y que me hubiera alejado del propósito inicial, identifiqué tres ejes de discusión, el subjetivismo, el objetivismo y el constructivismo.

Teniendo en cuenta estas precisiones, me ocupé en el resto del capítulo de dos autores comunitaristas: Charles Taylor y Alasdair MacIntyre. El análisis de los elementos centrales de las propuestas de fundamentación moral de Taylor (distinciones cualitativas, argumentación *ad hominem* y función articuladora de la razón, Álvarez 2002a: 112-126) y MacIntyre (virtud, tradición e historicismo falibilista, Álvarez 2002a: 127-144), me llevan a sostener que el comunitarismo –tal como aparece expresado en la obra de estos dos autores– se mueve entre el objetivismo y el subjetivismo moral o, en términos más precisos, entre el realismo y el convencionalismo. En ambos autores encontramos una fuerte apelación a posturas realistas, en el sentido de defender que los enunciados morales hacen referencia a hechos morales verdaderos susceptibles de ser conocidos. Sin embargo, dicha pretensión realista se ve cuestionada por otros elementos presentes en su teoría, que apuntarían en la dirección de posturas subjetivistas-colectivistas, convencionalistas o contextualistas.

En el caso de Taylor, su propuesta se presenta como una tesis realista en el plano ontológico, combinada con un importante énfasis en el recurso a la interioridad –de origen agustiniano– como vía de conocimiento moral. La aplicación que hace de esta epistemología subjetivista lo lleva lejos de la pretensión realista: los enunciados morales son conocidos o aprehendidos a través del conocimiento de las motivaciones –razones internas– que cada agente articula para sí, y dichas motivaciones tienen su origen en el marco u horizonte de sentido moral que provee la comunidad. Los valores, por tanto, se hacen colectivamente, y en consecuencia no están predefinidos como pretendería el realismo. Esta interpretación de Taylor sería coherente con el énfasis que el autor pone en las nociones de cultura y comunidad, que se pone de manifiesto especialmente cuando analiza cuestiones institucionales y de filosofía política en relación con el multiculturalismo. Sólo una interpretación subjetivista-convencionalista de la moral hace posible sostener de manera coherente una propuesta de identidad moral basada en el reconocimiento cultural o nacional.

En cuanto a MacIntyre, su propuesta se articula en torno a la idea de tradición moral. Distintas culturas gestan distintas tradiciones morales. Estas representan universos de valor distintos unos de otros, pese a lo cual existiría un puente o vía de contacto entre ellas a través

de lo que el autor llama traducción moral. Las tradiciones son permeables y cambiantes, lo cual permite que distintas tradiciones puedan intercambiar conocimientos morales. Esta posibilidad de traducción e intercambio entre concepciones rivales negaría al menos parcialmente el relativismo moral, en la medida en que afirma que las teorías no tienen perspectivas radicalmente contrapuestas, cerradas y aisladas, y que en situaciones de crisis epistemológica una tradición podría revelarse mejor que otra. ¿Pero cuáles son los criterios que la hacen mejor? La respuesta parece volver sobre consideraciones ligadas a las prácticas morales de la comunidad (ver Álvarez 2002a: 136-145).

Las posibilidades de cambio de una tradición en conflicto a través de la «función articuladora de la razón» o de las «distinciones cualitativas» que surgen de la «argumentación *ad hominem*» que postula Taylor, o de ese proceso de «traducción moral» de que habla MacIntyre, parecen difíciles de lograr, como reconoce el propio MacIntyre, si es que la cultura y la tradición tienen el lugar central y definitorio que ambos autores les conceden. Da la impresión de que, dados los presupuestos de que parten ambos autores, tal cambio responderá siempre más a la fuerza de los hechos que marcan una evolución histórica o cultural que a otro tipo de legitimación externa a los hechos. Por otra parte, las premisas centrales del comunitarismo sobre la gestación histórico-cultural de los presupuestos morales en el marco de la comunidad lo deslizan hacia un subjetivismo colectivista que —no obstante las pretensiones de realismo ontológico y las precisiones conceptuales sobre la superación de la diversidad moral y de la inconmensurabilidad a través de las nociones de continuidad y traducción— parece más encaminado hacia un relativismo moral fuertemente convencionalista.

## LA AUTONOMÍA PERSONAL

Pérez Triviño señala dos cuestiones que creo son centrales para definir la autonomía. La primera tiene que ver con la difícil frontera entre la libertad y la autonomía como dos nociones distintas y sin embargo tan relacionadas. La segunda cuestión es la que se refiere a cuáles son los elementos que forman parte del concepto de autonomía: ¿son suficientes la racionalidad y la independencia para decir que una persona es autónoma?, ¿no hace falta tener en cuenta elementos sociales?, ¿son las emociones un ingrediente del obrar autónomo?

Empecemos con la primera cuestión. En un trabajo posterior al que aquí se comenta (Álvarez, 2002b), me he vuelto a ocupar de la autonomía personal señalando que hay varias formas de presentar la relación entre libertad y autonomía. Una primera aproximación podría apuntar que mientras la libertad se refiere a una modalidad de la acción, según la cual la persona actúa motivada por sus deseos, la

autonomía define una especial forma de actuación libre del sujeto. Aunque tanto la libertad como la autonomía pueden predicarse sea de los actos particularmente considerados como de los individuos en tanto personas, con frecuencia nos referimos a la libertad de los actos y a la autonomía de las personas. Normalmente las personas actúan con mayor o menor libertad según el caso, de modo que sus actos serán más o menos libres según cuales hayan sido las condiciones externas en las que el sujeto haya llevado a cabo su voluntad y según el grado en que haya logrado encauzar sus motivaciones. Cuando hablamos de autonomía personal, en cambio, nos referimos no tanto a los actos aisladamente considerados, sino a la forma en que una persona toma las decisiones que sirven de fundamento a sus acciones. En este último sentido hablamos de la autonomía como capacidad. Ser autónoma es tomar las propias decisiones atendiendo a las razones que la persona encuentra para fundamentarlas.

La tan conocida distinción realizada por Isaiah Berlin (1986) entre libertad negativa y libertad positiva nos puede ayudar a precisar los conceptos de libertad y autonomía. De una parte, la libertad puede definirse por referencia a la libertad negativa que Berlin describe como la ausencia de interferencia externa, un estado de cosas anterior a la efectiva ejecución de las decisiones del agente, en el cual éste tiene ante sí un espacio para la acción, la «libertad de». Por otra parte, la libertad positiva es aquella en virtud de la cual alguien es su propia dueña —o «su propio amo»—, es decir, decide sobre el rumbo que quiere imprimir a su vida; se trata de llenar ese espacio abierto por la libertad negativa, llenarlo con elecciones y decisiones, es la «libertad para». La libertad positiva es precisamente la capacidad que llamamos autonomía personal (Laporta, 1983:26; Haworth, 1986:168).

Norberto Bobbio define la libertad como concepto político y distingue dos sentidos en que nos referimos a ella:

«“Libertad” significa o bien facultad de realizar o no ciertas acciones, sin ser impedido por los demás, por la sociedad como un todo orgánico o, más sencillamente, por el poder estatal; o bien, poder de no obedecer otras normas que las que me he impuesto a mí mismo. El primer significado es constante en la teoría liberal clásica, según la cual “ser libre” significa gozar de una esfera de acción, más o menos amplia, no controlada por los órganos del poder estatal; el segundo significado es el que emplea la teoría democrática, para la cual “ser libre” no significa no tener leyes, sino darse leyes a sí mismo (1985:197).»

Estos dos significados de libertad definidos con referencia a las teorías liberal y democrática insisten, en cierto modo, en la distinción que hace Berlin entre libertad negativa y libertad positiva, sólo que Bobbio los saca de la esfera individual para analizarlos desde la perspectiva de la sociedad política. El autor plantea la tensión que existe entre la teoría liberal que refuerza el espacio de la libertad

individual como esfera protegida en la que no se admiten injerencias externas, por un lado, y la teoría democrática que ve en la legislación producto de las decisiones colectivas la expresión de la autodeterminación capaz de limitar la libertad individual. Este último sentido de la libertad, que ha servido a la teoría política como justificación del gobierno legítimo, suscita problemas cuando se le enfrenta con los principios liberales de defensa de la esfera de decisión estrictamente individual.

La libertad positiva, tal como la plantea Berlin, también encierra este riesgo de limitar la libertad negativa, precisamente cuando tales conceptos son sacados del ámbito individual y trasladados al de la acción política. Esto ha hecho que la teoría liberal se haya centrado en la defensa de la libertad negativa y haya desconfiado de los sesgos intervencionistas y perfeccionistas a que puede dar lugar la defensa de la libertad positiva. Pero este riesgo se aleja del análisis de la libertad positiva, entendida como autonomía personal, y nace sólo cuando abandonamos la esfera individual para pasar al ámbito de las decisiones políticas.

Como vemos, libertad y autonomía no siempre coinciden en su extensión. Siguiendo dos ejemplos de Gerald Dworkin, podemos afirmar que quien se somete a «la disciplina de un monasterio [o] a las estrictas normas del ejército [...] no es, por ese solo hecho, menos autónoma» (G. Dworkin, 1988:18). Una mayor autodeterminación conforme a nuestros deseos o preferencias más exigentes puede significar menor libertad en nuestras acciones. Esto nos lleva directamente a la diferenciación, que hace Frankfurt entre preferencias de primer orden y preferencias de segundo orden –sobre la que volveré enseguida. Quien escoge pasar sus días en la soledad de un monasterio estará privándose de libertad para realizar ciertas acciones aunque al mismo tiempo estará ejerciendo su autonomía. El relegar ciertos deseos o preferencias –de primer orden– para realizar otros deseos o preferencias –de segundo orden– a los que conferimos supremacía es una de las características del ejercicio de la autonomía.

Claro está que esta caracterización de la autonomía como la capacidad para ponderar entre deseos o preferencias nos lleva a otros problemas: quien actúa conforme a sus deseos más inmediatos sin establecer un orden de preferencias entre deseos de distinto rango, ¿puede considerarse una persona autónoma? Los actos libres en sentido estricto, ¿son sólo aquellos que satisfacen deseos de primer orden? No desarrollaré aquí estas cuestiones (véase Álvarez, 2002b), ya que mi propósito es contestar a la afirmación de Pérez Triviño según la cual la noción de autonomía en términos kantianos, es decir, entendida como racionalidad e independencia, sería una definición adecuada para libertad y no para la autonomía. Como he querido demostrar con los argumentos y los ejemplos antes señalados, la libertad es un elemento necesario de la autonomía pero ésta va más allá de la libertad, pudiendo incluso llegar a cancelarla. La libertad no implica toma

decisiones cualificadas como son las decisiones autónomas; racionalidad e independencia son requisitos para la toma de decisiones autónomas pero no necesariamente para la realización de actos libres. Independencia aquí no significa simplemente ausencia de obstáculos como en el caso de la libertad –negativa–, sino no interferencia en el proceso de decisión autónoma –libertad positiva–. Pretender que el obrar libre deba ser siempre racional e independientemente informado restringiría excesivamente la esfera de libertad de las personas. La autonomía es un concepto más comprensivo y organizador, como digo en la cita señalada por Pérez Triviño (Álvarez, 2002a:237), pero no creo, sin embargo, que esto nos obligue a asumir una idea de autonomía ligada a periodos largos de tiempo o a una noción fuerte de identidad personal (ver Álvarez 2002a:163-227). Los aportes de Gerald Dworkin para distinguir entre libertad y autonomía me parecen importantes, pero creo que se pueden reconducir en el sentido que he señalado anteriormente.

Esto nos lleva a la segunda cuestión planteada, ya que, como bien señala Pérez Triviño, la autonomía como capacidad estrictamente subjetiva, reducida a las condiciones de racionalidad e independencia, y sin hacer ninguna referencia al contexto en que esta capacidad es ejercida, puede aparecer como una mera especulación filosófica no vinculada a los problemas de la acción. Comparto esta observación, así como la interpretación de Bernard Williams sobre la ética kantiana. Creo que, efectivamente, en *La racionalidad de la moral* no perfilo de manera acabada cuál puede ser el alcance de las condiciones kantianas de autonomía, no ya en el sentido exclusivamente subjetivo que tiene para Kant la autonomía sino en una reelaboración más completa y a la luz de importantes aportes recientes. Reconstuiré por tanto las dos condiciones kantianas de racionalidad e independencia con nuevos elementos –siguiendo el trabajo ya mencionado, Álvarez 2002b.

Dos aportes relativamente recientes resultan especialmente importantes para explicar cómo la persona llega a tomar una decisión autónoma. Uno es el realizado por Harry Frankfurt sobre la ordenación de preferencias; el otro es el relativo a las opciones relevantes que ha expuesto Joseph Raz.

Según Frankfurt, la capacidad de las personas para reflexionar sobre sí mismas, sobre sus posibles decisiones y acciones, las lleva a formular «deseos de segundo orden» a través de un proceso de evaluación crítica característico de los seres humanos (1971:6-7). Estos deseos de segundo orden nos sirven para poner en cuestión nuestras preferencias más inmediatas o deseos de primer orden. Así, por ejemplo, aunque tenga un deseo espontáneo –de primer orden– de gastar mis ahorros en unas reconfortantes vacaciones en el mar, este deseo se verá postergado si antepongo un deseo que ubico en un nivel superior –de segundo orden–, y que consiste, por ejemplo, en realizar obras en

mi casa. En este sentido, ordenar significa «jerarquizar actitudes» o «estratificar preferencias»<sup>1</sup> (Bayón, 1991:57 ss.).

El hecho de «querer algo» o «desear algo» no es un hecho simple o sin matices, ya que las motivaciones que sustentan el deseo o preferencia pueden ser para el sujeto fuente de enrevesados conflictos. Aunque en principio los deseos de segundo orden hacen referencia a si el sujeto «quiere o no quiere tener cierto deseo de primer orden» (Frankfurt, 1971:7) –siempre que el deseo de segundo orden posterga al de primer orden–, la relación entre deseos es más compleja. Frankfurt distingue los deseos de segundo orden que se componen sólo del deseo en sí de querer algo, y los deseos de segundo orden que se completan con la intención de que el deseo querido se convierta en voluntad (1971:10). Esta distinción entre simples deseos de segundo orden y deseos «efectivos» es de especial relevancia, ya que según Frankfurt el tener deseos efectivos es constitutivo de la persona; sólo quienes tienen deseos efectivos pueden considerarse personas: «[...] la esencia de ser, una persona reside no en la razón, sino en la voluntad» (1971:11).

Pero inmediatamente aclara Frankfurt que esto no significa que en ausencia de la razón podamos seguir hablando de personas:

«[...] es sólo en virtud de sus capacidades racionales que una persona es capaz de ser consciente de su propia voluntad, adoptando una actitud crítica, y de formar voliciones de segundo orden. La estructura de la voluntad de una persona presupone, en consecuencia, que es un ser racional» (1971:11-12).»

Presupuesta entonces la racionalidad, Frankfurt se centra en determinar cuándo podemos decir que alguien ha realizado su voluntad. Según el autor, sólo cuando se pueden realizar los deseos efectivos, es decir, cuando la voluntad puede concretar los deseos de segundo orden, se puede afirmar que una persona es libre no sólo para desear lo que desea, sino para realizar su voluntad (Frankfurt, 1971:15).

Este dominio de la persona sobre su voluntad aporta un elemento importante en la configuración de la autonomía. Ahora ésta se presenta en una aplicación específica que resalta, 1) que el sujeto es capaz de evaluar la importancia que confiere a sus deseos hasta configurar un orden de preferencias, y 2) que ejerce sobre sí el dominio suficiente para realizar sus deseos preferentes –sobreponiéndose tal vez a ciertas emociones, si es que éstas se oponen a sus deseos de primer orden, o dejando que triunfen las emociones si es que representan o refuerzan sus deseos preferentes. Se podría objetar, sin embargo, que tanto 1) como 2) pueden reconducirse a la condición de racionalidad presente en la definición kantiana de la autonomía. La estratificación de pre-

<sup>1</sup> Aunque para los propósitos de este trabajo sólo me ocuparé de la propuesta de Frankfurt, diversos autores se han ocupado de esta cuestión desde distintas perspectivas. Para un análisis sobre la ordenación de preferencias –y sobre los deseos, los intereses y los valores como razones para la acción–, véase Juan Carlos Bayón (1991).



ferencias no es más que un modo específico de racionalidad práctica; quien evalúa el peso relativo que otorga a sus deseos y escoge en consecuencia, lo hace, que duda cabe, como agente racional, es decir, como agente con capacidad para realizar este tipo de operaciones. También el dominio de la voluntad está presupuesto en la racionalidad práctica kantiana. Ésta piensa en un sujeto cuyos principios morales formulados como imperativos categóricos sirvan para guiar las acciones de un sujeto cuya voluntad en ningún caso se deja doblegar por consideraciones externas. Esto es, se trata de un sujeto que realiza las decisiones resultantes de su reflexión racional.

A pesar de que la condición de racionalidad —entendida ésta como capacidad para realizar operaciones lógicas entre las que se incluyen las relativas a la clasificación de opciones— podría contemplar las especificaciones contenidas en el análisis de Frankfurt, parece deseable introducir estas especificaciones sobre el alcance de la autonomía. Parece, además, que la ordenación de preferencias exige conferir valor relativo a las mismas, tarea que sobrepasa la mera clasificación formal de las opciones existentes. También la realización de la voluntad efectiva agrega un plus normativo al concepto de autonomía como decisión racional.

El otro elemento indispensable para una caracterización más completa del moderno concepto de autonomía es el señalado por Raz respecto de la calidad de las opciones con que una persona debería contar para poder ejercer su autonomía. Entre las condiciones para la autonomía Raz incluye la existencia de «una adecuada gama de opciones» —condición que se completa con otras dos: capacidad mental e independencia (1986:372). A primera vista esta condición puede parecer excesiva si se piensa que casi nadie tiene directamente a su alcance todas las opciones con las que quisiera contar, o al menos no las tiene como posibilidad de elección inmediata o fácilmente accesible. Sin embargo, no se trata de una condición a satisfacer en cada caso desde una perspectiva caprichosa del sujeto —que podría incluso entrar en conflicto con las opciones de otras personas—, sino de un requisito que quiere evitar la trivialización de la autonomía como capacidad de elección. Dicho de otro modo, el sujeto debe tener a su alcance la capacidad efectiva de realizar elecciones relevantes. No hay que olvidar, a su vez, que las opciones se configuran en marcos culturales específicos y están condicionadas por los mismos. Según Raz, el valor de las opciones depende también del contexto en que se las considere y del valor que dicho contexto otorgue a la autonomía personal (1986:390-395). Las opciones serán adecuadas, por tanto, en relación con el contexto en que el sujeto ejerce su autonomía. Como señala Raz, dicho contexto cambia en las distintas sociedades a lo largo del tiempo, lo cual exige una redefinición de lo que significa un ejercicio pleno de la autonomía. En cualquier caso, tal redefinición parece afectar a los contenidos u objeto de las elecciones pero no a las condiciones formales de ejercicio.

Las opciones adecuadas a las que se refiere Raz no deben ser ni sólo opciones triviales –como comer a una hora u a otra, vestirme de rojo o de verde, peinarme de una forma u otra– ni opciones que nos coloquen en la disyuntiva de elegir entre vivir o morir –como es el caso, siguiendo el ejemplo puesto por Raz, de quien puede escoger entre trepar a un árbol o dejarse morir en manos de un animal feroz. Es claro que en algunas circunstancias de la vida la gama de opciones se reduce y en tales casos la persona no tendrá más remedio que escoger entre alternativas no siempre del todo satisfactorias. Pero si la vida de una persona se decide siempre por la elección entre opciones que comprometen la supervivencia, entonces no podremos decir que tal persona tenga una vida autónoma. En palabras de Raz,

«[...] elegir entre la supervivencia y la muerte no es elegir [...]. Una adecuada gama de opciones debe satisfacer, por tanto, otra condición adicional. Durante la mayor parte del tiempo la elección no debe estar dominada por la necesidad de proteger la vida que uno tiene. Una elección está dominada por dicha necesidad si todas las opciones excepto una harán prácticamente imposible la continuación de la vida que una tiene (1986:376).»

Este aporte que hace Raz al concepto de autonomía me parece fundamental, y en este sentido coincido con Pérez Triviño en cuanto a la relevancia de la propuesta de Raz. Sin embargo, no se puede dejar de señalar que aceptar la condición de las opciones relevantes como elemento definitorio de la autonomía personal podría suscitar una objeción importante. Establecer cuáles son las opciones relevantes puede no ser una empresa sencilla, sobre todo teniendo en cuenta que el carácter de «relevante» o «adecuada» estará ligado en muchos casos a la evaluación moral que se haga de la opción en cuestión. Así, si en cada caso vamos a requerir la presencia de ciertas opciones e ignorar la ausencia de otras, esto podría derivar en una concepción perfeccionista de la autonomía. Apelar a la existencia de opciones valorativamente plurales –como parece hacer Raz– no resuelve totalmente la cuestión si es que se adopta una postura no relativista según la cual algunas opciones son disvaliosas y, por tanto, su presencia como opción no sería ni necesaria ni deseable. Esta discusión nos aleja de la noción de autonomía tal como la he definido inicialmente, es decir, como una capacidad formal del agente racional. Conforme con esta definición, Carlos Nino afirma que la autonomía tiene un valor moral *prima facie* que en cierta medida trasciende a las acciones que son consecuencia de ella, y agrega,

«Pero [...] el valor de las acciones que expresan una elección autónoma de principios es sólo *prima facie* y él puede verse amplia y contundentemente contrarrestado por el disvalor de otros aspectos de la acción, de modo que el juicio final puede ser que la acción es, considerando todos sus aspectos, abominable. En especial (y tal vez exclusivamente) esto es así cuando los efectos de la acción autóno-

ma afectan la autonomía de terceros: un individuo muerto, herido, defraudado, violado, etc., tiene menos capacidad de elegir y materializar con sus actos principios morales y planes de vida (1989:234).»

El valor de la decisión autónoma se escindiría, así, del valor de las acciones a las que conduce la primera. Como ejemplo de esta escisión, Nino cita el caso paradigmático de las decisiones autónomas de «un nazi convencido». Según la definición de la autonomía como capacidad, ésta es moralmente valiosa en sí misma, como capacidad, con independencia de los resultados —a veces éticamente condenables— a los que pueda llevar su ejercicio <sup>2</sup>. La pregunta que cabe entonces

<sup>2</sup> María Inés Pazos (1992) ha analizado el concepto de inconsistencia pragmática que el mismo Nino señala que tiene lugar al proponer la autonomía como presupuesto del discurso moral. Según Nino, el principio de autonomía tiene dos aspectos diferentes:

«El primero consiste en valorar positivamente la autonomía de los individuos en la elección y materialización de planes de vida, o en la adopción de ideales de excelencia que forman parte de la moral autorreferente y que están presupuestos por aquellos planes de vida.

El segundo aspecto consiste en vedar al Estado, y en definitiva a otros individuos, interferir en el ejercicio de esa autonomía (1989:229).»

En el ámbito de la «moral personal o autorreferente», por tanto, la autonomía no puede ser interferida por las consecuencias que el obrar autónomo tenga para el propio sujeto. Ahora bien, Nino afirma que la autonomía es un presupuesto importante del discurso moral, y que éste implica un acuerdo mínimo según el cual «*es deseable que la gente determine su conducta sólo por la libre adopción de los principios morales que, luego de suficiente reflexión y deliberación, juzgue válidos*» (1989:230). Pero el discurso moral, agrega Nino, debe atender, además, a dos condiciones adicionales, la condición de *preeminencia* y la condición de *operatividad*. Según la primera, deben ser principios morales libremente aceptados los que guíen las acciones moralmente importantes, y según la segunda, «todo principio moral que se juzgue válido debe ser tomado en cuenta para guiar las acciones a las que es aplicable» (Nino, 1989:231). Pero como señala el propio Nino, y Pazos reconstruye como argumento lógico, el compromiso mínimo que exige el discurso moral conlleva una inconsistencia pragmática:

«[...] es pragmáticamente inconsistente defender en el contexto de tal discurso una posición que implica la no deseabilidad, aun *prima facie*, de la determinación de la conducta en virtud de la libre aceptación por parte del agente de ciertos principios morales, de índole autorreferente, que se consideran inválidos (Nino, 1989:231).»

Dicho en otras palabras, si el discurso moral no puede admitir principios morales que, aunque el agente autónomo los juzgue válidos, son inválidos, entonces la participación en dicho discurso del agente autónomo que asume libremente los principios morales que considera válidos se ve necesariamente afectada. En su réplica a Pazos, Nino (1992) afirma que la negación de la autonomía en este caso asume la forma de un enunciado particular, según el cual, cuando el agente adopta un principio moral autorreferente inválido, entonces no debería actuar conforme a tal principio (Nino, 1992:372). Pero al aceptar esta conclusión, Nino parece renunciar a la autonomía, entendida como capacidad para aceptar una noción sustancial de autonomía, más cercana a la concepción de Raz. Esta conclusión se ve ya anunciada en la definición transcrita anteriormente, cuando el autor confiere valor a la autonomía como la vía para la «adopción de ideales de excelencia», expresión que intenta definir el contenido valioso de las decisiones autónomas.

es si el hecho de que una decisión se haya tomado autónomamente conserva algún valor, visto el contenido moralmente reprochable de la acción autónoma.

La condición de relevancia de las opciones exige un examen difícil y a veces comprometido moralmente; pero incluso así parece que dicho examen es necesario, al menos en algún sentido del análisis moral. Otra forma de ver la importancia de esta condición, tal como lo plantea Raz, surge al hacernos la siguiente pregunta, ¿podremos decir de alguien que es autónomo si sólo tiene la posibilidad de realizar elecciones triviales? Imaginemos una ciudadana de una sociedad política moderna que sólo pueda escoger entre dos opciones cualitativamente semejantes, supongamos que sólo puede escoger entre leer el periódico *A* y leer el periódico *B*, ambos dirigidos por un consejo editorial integrado por las mismas personas. En este caso, la persona no parece tener acceso a opciones informativas sustancialmente diferentes y falta, por tanto, una elección genuina; hablar de elección en este caso parece un ejercicio meramente retórico. En el mismo sentido, quien sólo pueda elegir entre leer el periódico *C* que únicamente informa sobre las condiciones meteorológicas y el periódico *D* que sólo informa sobre el estado de las carreteras no parece tener ante sí una gama de opciones relevantes en relación con el contexto en que tal elección tiene lugar.

Estos ejemplos nos confirman que la noción de autonomía no puede ser puramente formal. Vemos ahora que introducir la condición de las opciones adecuadas nos desplaza hacia el terreno de una autonomía definida no por los resultados sustantivos de su ejercicio pero sí por las condiciones sustantivas para tal ejercicio.

Llegados a este punto, podríamos afirmar que la noción de opciones relevantes en realidad sólo viene a precisar la idea de independencia en las decisiones del agente autónomo y que, por tanto, podría ser una precisión no ya difícil de establecer, sino innecesaria. En última instancia, el aceptar que la existencia de una adecuada gama de opciones es una condición necesaria para la autonomía es insistir en cierto modo en la condición de independencia. Dicho en otras palabras, es más probable que la persona actúe con mayor independencia, sin ser objeto de coerción o manipulación por parte de otras personas o del contexto de elección, si tiene ante sí opciones que sean suficientes en número y adecuadas en cuanto a su diversidad y calidad. Sólo si «cuenta» con dichas opciones, en el sentido de que sean opciones posibles para ella, la persona estará en condiciones de realizar una elección no dependiente. Sin embargo, hay que destacar que el alcance de la independencia, medido en función de las opciones disponibles, llama la atención sobre otro aspecto de la autonomía.

Una vez que ampliamos las condiciones de racionalidad e independencia con elementos externos –como son las opciones–, la autonomía pasa a ser una capacidad cuyo ejercicio varía según el ámbito en el que el sujeto la ejerza y, por tanto, aunque existan unas condi-

ciones universales en la definición de tal capacidad, éstas se integran necesariamente con los elementos particulares del ámbito de ejercicio. Racionalidad e independencia son las condiciones universales que dan cuenta del modo de ejercicio de esa capacidad humana que llamamos autonomía y que podemos predicar de una persona en cualquier contexto. Éste sería un sentido estrictamente subjetivo de la autonomía. Pero como ha hecho notar Raz, decimos que una persona es más o menos autónoma después de evaluar la situación en que se encuentra en relación con las posibilidades que una sociedad o una época le ofrecen. En este sentido concuerdo con la observación de Pérez Triviño en el sentido de que la propuesta de Raz aporta elementos centrales para la caracterización de la autonomía en su dimensión objetiva, como una capacidad que podemos predicar respecto de las demás personas en la medida en que conocemos su ámbito de decisión. Podemos afirmar entonces que la condición de las opciones relevantes enriquece y garantiza la autonomía de las personas en contextos plurales y complejos de decisión racional.

En conclusión, aunque podamos reconducir la ordenación de preferencias que realiza la persona al distinguir entre deseos de primer y segundo orden a la condición de racionalidad, y podamos asimilar la existencia de opciones adecuadas dentro de la condición de independencia, la incorporación de estas dos condiciones adicionales configura una descripción más completa de la autonomía personal. La primera, la señalada por Frankfurt, refuerza el aspecto interno o subjetivo de la autonomía como capacidad de decisión racional del sujeto; la segunda, señalada por Raz, se fija en el contexto, o aspecto externo, necesario para hacer efectivo el ejercicio de la autonomía.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Silvina (2002a): *La racionalidad de la moral. Un análisis crítico de los presupuestos morales del comunitarismo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- (2002b): «La autonomía personal», en E. Díaz y J. L. Colomer, *Estado, justicia, derechos*, Alianza, Madrid.
- BAYÓN, Juan Carlos (1991): *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- BERLIN, Isaiah (1986): *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press.
- BOBBIO, Norberto (1985): «Kant y las dos libertades», en *Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci*; versión castellana de Juan Carlos Bayón, Debate, Madrid.
- DWORKIN, Gerald (1988): *The Theory and Practice of Autonomy*, University Press, Cambridge.
- FRANKFURT, Harry G. (1971): «Freedom of the will and the concept of a person», en *The Journal of Philosophy*, vol. LXVIII, I: 5-20.
- HAWORTH, Lawrence (1986): *Autonomy: An Essay in Philosophical Psychology and Ethics*, Yale University Press, New Haven.

- HOLMES, Stephen (1993): *The Anatomy of Antiliberalism*, Harvard College, traducción castellana de Gonzalo del Puerto, *Anatomía del antiliberalismo*, Alianza, 1999.
- LAPORTA, Francisco J. (1983): «Sobre el uso del término “libertad” en el lenguaje político», en *Sistema*, 52:23-43.
- MACINTYRE, Alasdair (1966): *A Short History of Ethics*, The MacMillan Company, New York, traducción castellana de Roberto Juan Walton, *Historia de la ética*, Paidós, Barcelona, 1991.
- (1971): *Against the self-images of the age. Essays on ideology and philosophy*, Duckworth, London.
- (1985): *After Virtue. A study in moral theory*, Duckworth, London. Traducción castellana de Amelia Valcárcel, *Tras la virtud*, Crítica, Barcelona, 1987.
- MILL, John Stuart ([1859], 1970): *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid.
- NINO, Carlos S. (1992): «Réplica a María Inés Pazos», *Doxa*, 12:371-376.
- PARFIT, Derek (1984): *Reasons and Persons*, Clarendon Press, Oxford (reimpresión corregida, 1987).
- PAZOS, María Inés (1992): «El principio de autonomía de la persona en el discurso moral: análisis de un argumento pragmático», *Doxa*, 12:353-370.
- RAZ, Joseph (1986): *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford.
- TAYLOR, Charles (1975): *Hegel*, Cambridge University Press.
- VITALE, Ermano (1997): «Comunitarismo: parassita del liberalismo», en *Ragion Pratica*, 7:27-37.

## **IV**

# **CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA**





**ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (dir.), *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho*, CGPJ, Madrid, 1999, 176 pp.**

Reúne el presente volumen las diversas intervenciones que dieron desarrollo al curso impartido en la Escuela Judicial el año 1997 bajo el título *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho*, y la dirección del Dr. Perfecto Andrés Ibáñez, ex presidente de la Sección Penal en la Audiencia Provincial de Madrid, ex vocal del Consejo General del Poder Judicial, director de la revista «Jueces para la Democracia» y actual magistrado del Tribunal Supremo. Su asunto gira en torno a los cambios producidos en la función y atribuciones del Poder judicial como consecuencia de ese tránsito, centrándose de modo más particular en el importante papel que, como consecuencia del mismo, cumple a la figura del juez en una tarea no meramente limitada a la automática aplicación de las normas, sino, por el contrario, llevada a cabo en una actividad abierta a perspectivas auténticamente creacionales de Derecho. En este sentido no parece inoportuno traer recordatorio de algunos presupuestos. Así, por ejemplo, que, como dice Elías Díaz<sup>1</sup>, «no todo Estado es Estado de Derecho», y en efecto, es necesario señalar que el Estado de Derecho es un específico tipo de Estado; aquel sometido al Derecho y que ha sido fruto de toda una evolución histórica cuyo comienzo se adscribe al modelo de Estado liberal del siglo XIX, si bien con precedentes medievales e incluso remontables a la antigua Grecia<sup>2</sup>. Con todo, el Estado de Derecho tampoco se agota en ese modelo liberal de Estado, cuyas deficiencias ya se encuentran presentes en la propia Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

A pesar de esto, al liberalismo pertenecen también, indiscutiblemente, ciertas conquistas históricas irreversibles y que han permitido configurar las

---

<sup>1</sup> DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998.

<sup>2</sup> Preciso es destacar, no obstante, que en la Edad Media es inconcebible la idea del Estado de Derecho en el sentido actual, y aun cuando exista una complicada malla de situaciones jurídicas estamentarias por cuyo respeto se vela escrupulosamente. Las limitaciones recíprocas de poder se amparan antes y sobre todo en criterios ético-religiosos y sociales que en criterios estrictamente jurídicos. *Vid.*, asimismo, LUCAS VERDÚ, Pablo, *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Universidad, Salamanca, 1955.

características generales de lo que puede llamarse Estado de Derecho. Tales son, en síntesis, la idea de imperio de la ley como expresión de la voluntad popular manifestada a través de órganos de representación popular libremente elegidos; la de división de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) entendida como distribución o división de funciones y poderes; el principio de legalidad de la Administración o, dicho de otro modo, de sometimiento de la Administración a la ley mediante control jurisdiccional, y finalmente, y de modo extraordinariamente decisivo, la organización de garantías relativas a los Derechos Fundamentales (en adelante, DDFF), en cuanto constituyen elemento esencial del sistema de legitimidad y seguridad jurídica en que se apoya el Estado de Derecho<sup>3</sup>. Frente a las insuficiencias del Estado liberal se han intentado distintas respuestas, una de las cuales ha sido el paso a la construcción de lo presentado como «Estado Social de Derecho», abordando desde él «un reajuste del sistema, que evite los defectos del Estado abstencionista y sobre todo del individualismo, postulando planteamientos de carácter «social» (entendiendo esta expresión como la afirmación de los llamados derechos sociales y de una realización de objetivos de justicia social)» (Elías Díaz). El Estado social no ha sido ajeno a determinadas críticas, como las referidas a una posible tecnocracia e ideología escondida, ni se ha visto libre de ataques por parte de numerosas doctrinas neoliberales. Esta situación no dispensa por sí sola de asumir el reto de insistir en el cumplimiento de sus fines, evitando, en lo posible, los aspectos negativos que hubiere de reconocer. Es decir, el Estado ha de seguir siendo un Estado social, si bien existe la necesidad de reformular algunos de sus presupuestos esenciales para lograr una mejor adaptación a un marco económico y político de relaciones globalizadas que son así hoy distintas de aquellas en las que fue reivindicado históricamente. Pero en ese escenario no cabe marginar y menos ignorar la trascendencia cualitativa de lo aportado desde la última fase de sus desarrollos históricos como Estado constitucional de Derecho. Ya en otros escritos, Andrés Ibáñez ha señalado que es precisamente la realidad determinada por el cambio cualitativo que ha convertido el Estado legislativo en constitucional la responsable de haber creado una nueva concepción del juez, concepción que lleva aparejada un cambio en la función que éste realiza. El sistema napoleónico de organización judicial vino autojustificado como el más funcional a la independencia judicial, girando siempre en torno a la idea de juez técnico y de la asepsia política de éste y de la propia estructura orgánica. Este cuadro se ha modificado hasta resultar, según Andrés Ibáñez, otro del todo nuevo tras las transformaciones constitucionales operadas en el contexto organizativo y jurisdiccional del Poder Judicial, luego sobre todo de apreciar la necesidad de actuación de los jueces en materias que por su dinamismo y su enorme capacidad de permeabilizar la realidad social y el pluralismo ideológico presentan una complejidad difícil de reconducir con ayuda de la legalidad ordinaria. En «Poder judicial y juez en el Estado Constitucional de Derecho. El sistema de Consejo» (pp. 11-32) aprovecha para abogar por la definitiva superación del tipo de juez a la vieja usanza, cuyo perfil cultural

<sup>3</sup> El secreto está en no inmovilizar con caracteres esencialistas esos elementos, esos requisitos que configuran el Estado de Derecho, lo que de manera muy especial implica no aislar de la historia y de la realidad social las demandas políticas y exigencias éticas que se concretan en los llamados derechos humanos fundamentales. Se trata de insistir y avanzar en esa doble participación que configura la mejor democracia.

aún pervive, no obstante, en gran medida, afirmando igualmente la necesidad de hacer consciente al juez de la transformadora realidad «constitucional» del Estado. Un planteamiento patentizado en ocasiones precedentes al señalar como tarea no tanto reducir el papel constitucional del juez como poner al juez en condiciones de responder a tales exigencias<sup>4</sup>. Es necesario, pues, resolver el desfase cultural del juez en esa nueva tarea, y admitir que todavía está muy activa y presente en la mentalidad de los jueces todo lo relacionado con concepciones preconstitucionales acerca de su función y propia figura.

En relación a este alcance constitucional, Miguel Ángel García Herrera, catedrático de Derecho constitucional de la Universidad del País Vasco, basa su intervención en una de las características del constitucionalismo contemporáneo ahora insertado en un contexto «globalizador»: la rigidez constitucional. Es necesario conectar esa rigidez con el contexto histórico, dado que las Constituciones liberales reconocen especialmente derechos civiles y políticos, mientras que las del Estado social amplían, por una parte, la gama de derechos a los económicos, sociales y culturales y, por otra parte, son fruto de un consenso sobre la misma forma de Estado. Esto junto a la supremacía, la reforma y el control jurídico es lo que configura el concepto de Estado constitucional de Derecho y es lo que dota de sentido a la rigidez, que «no es una reclamación formal de control del cambio constitucional, sino una exigencia imperativa de afianzamiento de unos contenidos sobre los que se asienta la convivencia» (contenidos referidos a la consagración normativa de los DDFD que aportan una nueva dimensión sustancial). Creo que es en este ámbito de problemas donde cabe insertar la propuesta de Luigi Ferrajoli (*Derechos y garantías. La ley del más débil*) relativa al modelo garantista de democracia constitucional, de un constitucionalismo de contenidos o derechos a los cuales han que adaptarse las leyes. Ferrajoli hace referencia a un cambio de paradigma por el que la sujeción del juez a la ley ya no es, como en la filosofía positivista, sólo sujeción a la letra de la ley, sino a la coherencia del mandato con el que la Constitución preserva determinados contenidos. El juez se convierte, así, en garante de los DDFD constitucionalmente establecidos, principal fundamento de legitimidad de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial respecto al resto de los poderes. Ahora bien, García Herrera viene a añadir que la sustracción de ciertos contenidos al legislador no debe suponer el olvido de la tensión entre Constitución y realidad, la capacidad de adaptación y cambio de dicha Constitución. Se hace referencia, entonces, a la posibilidad de permanencia literal de la normativa pero resemantizada en su significado, y esto por directa influencia del proceso de integración europea. La novedad principal producida consiste en la transformación radical de las finalidades constitucionales donde se han dejado de lado los fines del Estado social para dejar paso a las exigencias de la economía de mercado. También me gustaría no dejar aquí sin reseña lo expresado por Fariñas Dulce<sup>5</sup> al señalar que los Estados nacionales han ido perdiendo capacidad de decisión política y económica y ahora son los mercados financieros y tecnológicos los que toman las decisiones cuya lógica de eficiencia impone una ideología de libre

<sup>4</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (Coord.), *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, en esp. su trabajo «Legalidad, jurisdicción y democracia, hoy».

<sup>5</sup> FARIÑAS DULCE, M.<sup>a</sup> José, *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 6.

mercado en detrimento de principios normativos de carácter social y cultural. Esta crisis de gobernabilidad conlleva a su vez una crisis de representatividad y por consiguiente a un déficit democrático. Asimismo, cabe hacer referencia a la crisis de los derechos económicos, sociales y culturales, y la consiguiente negación por algunos sectores de la doctrina más conservadora, sobre el hecho de que dichos derechos sean verdaderos DDFF. V. gr., el profesor José Joaquim Gomes Canotilho los califica de conceptos vagos e inciertos desde los que se promueven e imponen unos deberes al Estado que finalmente se traducen en el pago coactivo de impuestos por los ciudadanos. El mismo autor destaca el proceso de evolución de este tipo de derechos cuyo proceso de positivización se encuentra hoy neutralizado por las críticas al Estado social. Sostiene, además, que estos derechos no pueden ser universales, puesto que su efectividad general es imposible y en todo caso dependería de una *interpositio legislatoris*, sin que quepa hablar de una aplicabilidad inmediata. Se añade a esto el problema económico, es decir, se encuentran sometidos a las capacidades financieras del Estado y es por ello que las políticas sociales se ven obligadas a romper el principio de igualdad<sup>6</sup>. La consecuencia es que desde este punto de vista la rigidez queda para otros contenidos, los que aseguran la economía de mercado y la libre competencia. Es por esto que García Herrera cree necesario mantener el modelo de la Constitución de 1978, sus contenidos sociales, su carácter de norma jurídica suprema y la vigencia de sus procedimientos de reforma y revisión.

En el trabajo de Alessandro Pizzorusso, Profesor de Instituciones de Derecho Público de la Universidad de Pisa, presentado como «Medio siglo de Poder judicial en Italia» (pp. 89-118), se ofrece un recorrido por el sistema italiano de organización judicial hasta desembocar en la actualidad. Su exposición permite advertir a través de la experiencia de ese país un modelo de Consejo General del Poder Judicial con presencia de corrientes o asociaciones que poseen y plantean una distinta configuración del juez y que, sin mostrar una necesaria correspondencia con las diversas posiciones políticas

<sup>6</sup> Ante esto, cabe abogar porque los derechos sociales sean auténticos DDFF (Peces-Barba). El primer argumento ha sido defender su inclusión en la categoría genérica de los DDFF, por la conexión que estos derechos tienen con respecto a los derechos políticos, ya que su objetivo era la igualdad a través de la satisfacción de necesidades básicas, sin las cuales muchas personas no podían alcanzar los niveles de humanidad necesarios para disfrutar de los derechos individuales, civiles y políticos, para participar en plenitud en la vida política y para disfrutar de sus beneficios. Un segundo argumento es el de que el fin u objetivo último de estos derechos forma parte del contenido de justicia de una sociedad democrática moderna y tienen como finalidad ayudar a que todas las personas puedan alcanzar el nivel de humanización máximo posible en cada momento histórico. Cada grupo o generación de derechos cumple esta tarea y no hay razón para excluir estos derechos de la categoría de DDFF. Lo que ocurre es que cada tipo de derechos de las sucesivas generaciones se articulan de diferente manera en relación con dos elementos identificadores: la universalidad y la igualdad, y los derechos económicos, sociales y culturales no pueden orientarse en esos módulos de la universalidad a priori y de la igualdad como equiparación. En estos derechos la universalidad es un objetivo y tampoco tiene sentido la igualdad como equiparación, sino como diferenciación (Peces-Barba). Vid. PECES-BARBA, Gregorio, «Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales», en *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 1998, vol. I, y «Derechos sociales y positivismo jurídico», en *íd.*, *Estudios de Filosofía Jurídica y Política*, Dykinson, Madrid, 1999.

de partido, vienen a entender la función de aplicación e interpretación del Derecho de un modo muy variado. Prácticamente, pueden resumirse en dos: la que opta por reducir la interpretación a una actividad puramente formalista, indiferente a los contenidos y a la incidencia de la norma concreta en el contexto social, y la que afirma que el juez, por el contrario, debe ser consciente del alcance político-constitucional de su función.

La aportación debida a Manuel Atienza Rodríguez, «Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación jurídica» (pp. 119-138), se corresponde con la de mayor calado reflexivo entre las muy valiosas que integran la obra. Parte de la oposición entre dos categorías: la filosofía analítica, como aquella que viene a poner el énfasis en el método entendido como «un conjunto de instrumentos teóricos que pueden ser usados para propósitos distintos»; y la hermenéutica, cuyo problema central es el de la comprensión de los fenómenos humanos que tiene lugar por medio de la interpretación y que se caracteriza por ser antipositivista y anticientifista, optando por un conocimiento valorativo no arbitrario (es decir, que se rige por criterios objetivos). La hermenéutica, se ha dicho repetidamente, rechaza que la aplicación del Derecho consistente en el mero silogismo desplazado desde una premisa mayor (la norma general y abstracta) a una premisa menor (que supone la identificación de un hecho como un «caso» del supuesto de hecho de la norma jurídica), para obtener una conclusión (la consecuencia que se deriva de la validez de la premisa mayor y la verdad de la premisa menor). Y es que la premisa mayor no siempre nos viene dada de forma clara y precisa, y también la premisa menor conlleva todo un proceso de subsunción de los hechos a la norma. Es decir, es preciso llevar a cabo una auténtica reconstrucción tanto de la norma como de la «historia». Para conocer un caso se debería saber qué norma se le debe aplicar. Y para saber qué norma le es aplicable debe conocerse el caso. Esto no lleva a un círculo vicioso, sino al conocido como «círculo hermenéutico», que supone un proceso de ensayo/error/corrección de error/ensayo que conlleva un acercamiento progresivo entre norma y hecho. Todavía sigue siendo, no obstante, el «hecho» un terreno insuficientemente explorado con igual intensidad y atención que la concedida a la «pieza» norma.

«Ley y juez en el *Rule of Law* inglés y en el constitucionalismo americano» (pp. 139-160), a firma de Michele Taruffo, catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Pavía, plantea la perspectiva de comparativismo con el sistema de «derecho romano» y entre el modelo inglés y el americano dentro del sistema de *common law*. El sistema inglés se caracteriza por la estrecha conexión entre el *Rule of Law* (que puede ser traducido como primacía de la ley) y el principio de la supremacía del Parlamento. Por tanto, se rechaza toda *judicial review* y se impone la *declaration theory* de la función del juez según la cual éste sólo descubre lo que ya ha sido dado. En EEUU, por el contrario, ha sido preeminente la *judicial review* tanto de normas ordinarias como de normas constitucionales de tal manera que el juez se coloca en el papel de intérprete directo de los valores en la sociedad y cuando resulta necesario se convierte en «creador» y también garante de los DDFF. El autor expone, además, un resumen de las teorías norteamericanas en torno a la interpretación, de las cuales destacan el *new textualism*, donde la individualización del significado literal del texto de la norma se toma como canon interpretativo principal, lo que implica una notoria limitación de la función del juez, y la *dynamic statutory interpretation*, desde la que se postula una concepción interpretativa más creativa.

El libro se cierra con la exposición de Tomás R. Fernández Rodríguez, catedrático de Derecho administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, que reflexiona sobre «Principios y reglas: discrecionalidad administrativa y judicial», tomando como tema de fondo la posibilidad o no de que los jueces puedan controlar el ejercicio de la Administración en materias para las que es reconocida una facultad o un poder resolutorio discrecional. La discrecionalidad se concibe como «libertad para buscar las soluciones concretas que en cada ocasión demanden las circunstancias» y esto se debe a que el legislador no puede prever de antemano todas las situaciones concretas en que se puedan producir conflictos. Esta discrecionalidad depende de la estructura y densidad de regulación de cada norma con lo que se distingue entre reglas, principios y directrices. Además, la discrecionalidad necesita de motivación o justificación suficiente para que se conozca por el sujeto en cuestión y por la colectividad en general. En cuanto al control del juez sobre el administrado, se señala el hecho de que sólo tiene que verificar si la decisión es, en definitiva, racional y razonable. Es decir, este autor viene a destacar que la discrecionalidad que se le otorga al juez no debe suponer en ningún caso un ejercicio arbitrario de su poder, y para evitar que esto sea así las decisiones deben ser siempre motivadas suficientemente, justificadas para el caso concreto y para todos. Es precisamente esta actividad la que viene a determinar el «buen» ejercicio jurisdiccional.

Por último, y a modo de síntesis a las precedentes descripciones de contenido, señalar que, si bien aún están presentes, a veces con vigor excesivo, las doctrinas que reivindicaban el papel más tradicional, siempre atribuido al juez, parece necesario asumir definitivamente que las indudables transformaciones acontecidas en nuestro sistema jurídico complican seriamente, cuando no hacen imposible, la dejación o el rechazo de una mayor intervención del poder judicial en la creación del Derecho. También, que siendo mucha la relevancia que ha adquirido el juez en los ordenamientos jurídicos, lo que en el terreno del desarrollo y asentamiento del moderno Estado de Derecho y para con la protección de los DDFD ha sido un incuestionable elemento cuya positiva valoración, en especial destacable en su papel de constitucionalismo garantista, ello no debe omitir, en paralelo, la toma de conciencia acerca del peligro proyectable en una excesiva preponderancia de estilo judicial para con la creación de «los derechos». La importancia que tiene hoy el juez la ha ganado, no en pocas ocasiones, frente a un poder legislativo en crisis y del que el ciudadano desconfiaba. Pero esa justa relevancia no debe obviar acriticamente el problema concernido en la creación jurisdiccionalizada de «los derechos». Así que parece necesario no sólo hacer conscientes a los jueces del nuevo papel que se les otorga, sino como poco también fomentar y defender el «buen legislar».

Cristina MONEREO ATIENZA  
Universidad de Málaga

**BEA PÉREZ, Emilia, *Testimonis del segle xx*, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, Barcelona, 2001.**

En *Testimonis del segle xx*, Emilia Bea nos ofrece veintidós retratos de personas cuyas biografías tendrían en común ser expresión de vidas comprometidas éticamente. Las semblanzas aquí reunidas fueron publicadas a lo largo de dos años en la revista *Saó* y sintetizan de modo espléndido aquello que la autora pretende proyectar de una forma interpelante en los lectores, esto es, las posibilidades de articular, aun en los más desgarradores contextos humanos, el compromiso entre la vida y la obra de personas que han sido capaces de dar un sentido profundo a su existencia. Se trata de biografías predominantemente cristianas pero también agnósticas y de otras religiones que son ejemplo de haber desarrollado un pensamiento crítico y lúcido que se manifiesta en su talante ético.

La obra y el ejemplo vital de Edith Stein, Vladímir Losski, Simone Weil, Dietrich Bonhoeffer, Martin Buber, Emmanuel Mounier, Jan Patocka, Dorothy Day, Nikolai Berdiàiev, Fritz Scumacher, Paul-Ludwig Landsberg, Jacques Maritain, Emmanuel Lévinas, Maria Skobtsov, o Ignacio Ellacuría, por citar algunos de ellos, representan, como muy bien escribe August Monzón en el prólogo, lo mejor de la tradición del humanismo, que cada uno de ellos interpreta a su modo y desde la tradición concreta de la que forma parte, constituyendo así «la modernidad con memoria».

Las experiencias vividas por todos ellos en medio de un mundo difícil y hostil, azorados por acontecimientos personales o sociales que les afectaron profundamente, se transmite en sus obras y en una honda convicción sobre las posibilidades de la utopía. Entendida ésta como «sueño del orden social verdadero y justo» que se traduce o se plasma en una serie de exigencias ideales que permiten criticar lo existente. Yo diría incluso que uno de los aspectos que más sacuden de este libro es precisamente la aproximación a la utopía como ideal de emancipación, porque nos empuja a pensar que las respuestas a la utopía deben ser todo menos aceleradas, superficiales e improvisadas. Lo que Emilia Bea ha sabido poner de relieve magistralmente eligiendo estos testimonios es la conciencia con la que cada uno de ellos aborda la realización ética de la existencia. Cómo, en definitiva, la propia vida es respuesta a una llamada, a una interpelación. Una llamada radical a la rebelión del pensamiento libre, a la fidelidad a la conciencia insobornable. La esencia de la actitud moral cristiana es respuesta y ése es el sentido primero de la responsabilidad, como otro de los pilares sobre los que, de distintas formas y con diversos acentos, gira el libro.

Se ha repetido, quizá en exceso, la idea de que el último siglo ha deparado suficientes muestras de inhumanidad y crueldad como para poner en duda los optimismos y los resultados que una confianza desmesurada en la razón había vaticinado. Los testimonios que aquí se recogen nos dicen que, situándonos en las contradicciones de la realidad, se puede dar respuestas, que es posible la búsqueda de sentido cuando se deshacen las certezas. Nos transmiten la radicalidad con la que viven, aunque de distintos modos, la convicción de que es posible transformar la desesperanza, nacida de la oscuridad del mundo, por esperanza y que para ello la única condición es ser capaz de cambiar la mirada hacia el mundo.

La lectura de este libro es muy amena, porque está escrito de forma ágil y clara, entremezclando elementos de la biografía de los autores con aportacio-

nes de sus obras y el texto está cuidado exquisitamente. Tanto por su forma como por su contenido el libro invita a ser leído e invita a volver sobre él, posando lentamente en el ánimo del lector la idea de que «la esperanza es el principal vestigio cristiano de un mundo que ha perdido la fe y ha renegado de la caridad; una virtud de resistencia que aparece como el momento religioso de la conciencia laica», tal y como subraya el pensador italiano Ignacio Silone (p. 79).

María José AÑÓN ROIG  
Universitat de València E. G.



**BERNS, Sandra, *To Speak as a Judge: Difference, Voice and Power*, Astage Publising Ltd., Aldershot, 1999, 241 pp.**

La obra de la que aquí se pasa revista expositiva y crítica supone la inmersión en una de las temáticas de mayor discusión y permanente actualidad en la moderna Teoría del Derecho, donde el feraz tropismo de sus ramificaciones se extiende hasta tejer una tupida enredadera capaz de abarcar y cubrir desde problemas acerca de la creación heterónoma del Derecho (funciones del Derecho judicial) hasta los de configuración/transformación de la estructura y separación de poderes en el Estado de Derecho (*Rule of Law*) o sobre la legitimación democrática del judicial. En cuanto a sus raíces históricas, hunden en tan ubérrimo y profundo *humus* como el que aún brota de dos pasajes singulares: Cicerón, en *De Legibus* (III, 1, 2), donde el magistrado es llamado *lex loquens* por contraposición a *lex* o legislador como *mutus magistratus*, y Montesquieu, en *De l'Ésprit des Lois* (lib. XI, cap. VI), al dejar escrito «mais les juges de la Nation ne sont, comme nous l'avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur». A su lado germinaron también otros brotes que, no por menos conocidos, están cargados de sugestivos frutos (v. gr.: Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cap. IV, «La interpretación de las leyes»), y hasta tal vez de invencibles tentaciones (L. Duguit, *Traite de Droit constitutionnel*, 1930, vol. II, p. 520: «difficile de savoir... ce qu'a voulu dire Montesquieu exactement... c'est une formule sybilline fréquente dans l'Ésprit des Lois... Peu importe, du reste, le sens exact du passage discuté»). Sandra Berns, formada en Antropología y Filosofía por la Universidad de Berkeley (California), y en la especialidad de Filosofía del Derecho por la de Tasmania (Australia), donde alcanzó el doctorado (1990), y que a la fecha de edición de esta obra desempeñaba labores docentes y de dirección (*Dean of Law*) en la Griffith University (Brisbane, Queensland), ya había dado varias y cumplidas pruebas acerca de su preocupación intelectual e interés investigador en áreas de *Feminist jurisprudence*. Sobre ella vuelve a incidir también ahora, en particular proyectando –por la convergencia de dos líneas reflexivas (*women judges*, y *judicial process*)– hacia un enfoque, sin embargo, en verdad nuevo y enormemente seductor. Lo construido, esta vez empleando para el trazado de su análisis en torno a la función judicial la combinación de dos directrices cuyo rendimiento es cada día más reconocido (el discurso narrativo y la retórica<sup>1</sup>), se ofrece, ante todo, imbuido por la tan singular perspectiva elegida, la perspectiva de una mujer-juez. El hecho de que el discurso judicial nos muestre el Derecho como un orden coactivo que demanda necesariamente una «autoridad», pues de otro modo ese orden no sería más que «violencia» ilegítima<sup>2</sup>, sugiere a Berns la oportunidad de formular numerosas e interesantes interrogantes acerca de la propia identidad de tal

<sup>1</sup> S. FISH, «Rhetoric», en ídem, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 471 s., resulta un buen ejemplo de las posibilidades que al análisis jurídico ofrece operar con categorías del análisis de textos literarios como «puntos de vista», «voces» o «perspectivas». Entre nosotros puede acudir a consultar B. VAN ROERMUND, *Derecho, relato y realidad*, trad. de G. Lindahl, Tecnos, Madrid, 1997.

<sup>2</sup> Vid. H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo, Porrúa, México, 1991, pp. 201 ss.

autoridad como asimismo de la compatibilidad con una «voz diferente», esto es, la de un juez en condición de mujer. Y es, o cuando menos parecería ser, una «voz» en efecto «diferente», pues tanto la figura del juez como, en general, cualquier decisión referente a Derecho ha venido presentando un perfil y articulando una expresión socialmente «masculina». Sandra Berns remite aquí a los trabajos de C. Gilligan<sup>3</sup>, para de inmediato ampliar su *focus* a lo que en todo ello quizá pudiera constituir la cuestión principal; si verdaderamente el Derecho deja margen de entrada a alguien que no sea otra cosa que «la boca que pronuncia las palabras de la ley». A la búsqueda de alguna respuesta, el campo experimental de su examen se centra en el papel del juez durante el proceso oral de dictar sentencia. Es decir, enfatiza singularmente antes que la producción escritural del documento judicial (la sentencia, el auto, o cualquiera otra clase de resolución judicial, como la providencia<sup>4</sup>), el acto locutorio del pronunciamiento del Derecho, la dicción jurídica (*sensu stricto*, la *jurisdictio*). No resultará entonces irrelevante comprender la trascendencia atribuible al hecho de que todo proceso comienza por el aporte de una serie de *relatos* contados en un lenguaje *natural* y versionados por personas que carecen de una autoridad definida y que en adelante, poco a poco, la expresión va tecnificándose jurídicamente y sus historias adquiriendo cualidad, narraciones legales y prueba legal (el testimonio, como prueba narrativa). Para llevar a cabo la tarea que permite pasar de esa forma de conocimiento vulgar o cotidiano a uno jurídico, para propiamente realizar esa necesaria *traducción*, es preciso la intervención de una pluralidad de «voces» (asistencias letradas –*advocati*– testigos, peritos...)<sup>5</sup>, y todas ellas, en la espera de oír la «voz» por el momento diferida y al fin sobrepuesta a todas, de quien, manteniéndose en posición de narratario, se ha limitado a escucharlas. Cuando esa «voz» suena, lo hace para Berns componiendo una *seamless web* (red sin costuras) cuya urdimbre ha sido el mismo *procesamiento* de los dilemas de incertidumbre (sobre hechos y normas) y de las conjeturables respuestas, a veces intuitivas, por último aportando en orden a la *quaestio disputata* una solución, que desde su puntualización fáctica (juicio de hecho) resemantizará jurídicamente –en *iudicium iuris*– el conflicto<sup>6</sup>, y cuyo alcance no se deduce

<sup>3</sup> C. GILLIGAN, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Harvard UP, Cambridge, 1982. *Vid.*, también, J. CALVO GONZÁLEZ, «Doce preludios a la filosofía jurídica y política del siglo XXI», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, xvii (2000), pp. 419-438, en espc. «3. Revisión de la complejidad del sujeto jurídico», pp. 424 y 425.

<sup>4</sup> No se olvide que si bien las resoluciones judiciales se dan hoy por escrito, incluso después de haber podido dictarse *in voce*, y se hacen públicas bajo una fórmula de publicación, en el propio enunciado de ésta persiste no obstante todavía, siquiera a modo de eco, la presencia de una preferencia sonora: «Publicación.–Leída y pública fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando Audiencia pública en el día de la fecha. Doy Fe. El Secretario».

<sup>5</sup> El espacio escénico del rito y la ceremonia procesal ha sido presentado por J. CALVO GONZÁLEZ como «bastidor narrativo». *Vid.*, sus trabajos, «La verdad de la verdad judicial (Construcción y régimen narrativo)», en ídem, Coord.), *Verdad [Narración] Justicia*, Universidad de Málaga, Málaga, 1998, pp. 7-38 [asimismo, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LXXIV, fasc. 1 (1999), pp. 27-54], y «Justicia y Seminarrativa: Imagen, Gesto y Relato», Prol. a la 2.<sup>a</sup> ed. de *La Justicia como relato*, Ágora, Málaga, 2002, p. 9.

<sup>6</sup> Sobre ello, J. CALVO GONZÁLEZ, «Modelo narrativo del juicio de hecho: inventio y ratiocinatio», en Virgilio Zapatero, (Ed.), *Horizontes de la Filosofía del Dere-*

meramente de la legalidad finalmente aplicada, sino a través de la receptibilidad y convicción adquirida y mostrada por el juez, por tanto también con base en el carácter e índole de su figura autoritativa. Como reflexiona el profesor Calvo, «ocupando una posición privilegiada, punto de vista omnisciente a lo largo del proceso, en donde habrá oído diversas versiones de los hechos, el juez se reclama finalmente en la autoridad concluyente para armar la historia: evacua entonces el relato definitivo sobre la ocurrencia histórica de los hechos». Sobre este presupuesto, centra seguidamente la A. su atención en la idea de «autoridad» y en el dato de que la tradición ha producido una oclusión del discurso del juez, subordinando su personalidad e identidad a la forma textual del documento que contiene su solución. «La juez es a la vez prisionera y autora del texto y es tanto la responsable como la desprovista de responsabilidad». Con todo, y así claramente acierta al hacerlo notar, aunque la relación entre el texto escrito y el poder nos haga difícil diferenciar el acto de dictar sentencia de la sentencia escrita, ambos no son ni pueden tenerse por un único y mismo acto: mientras la oralidad manda, el texto escrito convence. Hablar como un juez supone pronunciar sentencia, «condiciéndose» y llegando a una solución, donde es necesario tener presente que la decisión final podía haber sido diferente de la adoptada y que, contrariamente a lo que se piensa, es la oralidad la precursora del acto de violencia «autorizada» que supone una sentencia, y que el poder del derecho representado en el texto escrito supone la conversión de las historias cotidianas a narraciones o relatos legales con *impersonation* de los personajes en los roles jurídico-procesales de demandantes y demandados. Y es precisamente en ocasión personalizar ese mecanismo de sustitución y suplantación (del objeto narrativo, de los cursos de acción narrativa, de los actantes, etc.), esto es, en el paso del acto oral de dictar sentencia a la personificación (y personalización) de quien lo lleva a cabo tal acto, donde surge de nuevo la pregunta acerca de si la «voz» de una mujer puede ser al mismo tiempo la voz de un juez y una «voz diferente»; y es que cuando con desdén hacia todo posible rasgo de identidad personal el ejercicio de la función judicial únicamente sólo se nos descubre como «la boca que pronuncia las palabras de la ley», se menosprecia la impronta personal del decisor, que, sin embargo, no ha desaparecido y siempre puede reaparecer en una «voz diferente», la voz de una mujer.

A este punto, Sandra Berns no tratará de defender que la voz de la mujer sea diferente a razón de poseer un eventual sentido de la moralidad, pureza, responsabilidad, cuidado o amor superior. La diferencia, por el contrario, procede en todo caso de las distintas experiencias que el género, la clase, la raza han vivenciado su educación, aprendizaje y desarrollo profesional. En la mujer, este es el caso, la *diferencia* que la caracteriza parece reducir su autoridad institucional; así, una vez marcada lingüísticamente como «mujer», cuando se sostiene que no puede ser neutral o universal en la toma de decisiones, y ello simplemente porque no es «hombre». Prosigue la A. estudiando el proceso que conduce al dictado de una sentencia, dándolo a ver como un juego de seducción: el/la juez puede legitimar el hecho de que pueda ser seducido por las demás «voces» tan sólo a través de la llamada narrativa jurisprudencial, la que, a su vez, ha de tener capacidad de seducir a otros. Es con esta ocasión que la A. aborda el nuclear ámbito del *law of evidence*

---

cho. Libro *Homenaje al Profesor Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2002, t. II, pp. 93-102.

y realza la importancia de la motivación judicial como constructo retórico y de persuasión, aunque su campo de actuación no reste sólo en servicio a esos fines, sino que se oriente también a construir la conexión entre el Derecho y la Justicia, sin por ello renunciar tampoco a reconocer que el dictado de sentencia supone siempre un acto de violencia, por más que «justificada»<sup>7</sup>. Una idea, esta última, desarrollada con pormenor más adelante. El/la juez se enfrenta a un dilema moral y formal a la hora de dejar constancia escrita de la sentencia, ya que es en ese momento (el llamado *subversive moment*) cuando el/la juez ha de optar entre distintas opciones: puede mostrar el Derecho tal cual es, con lo que actuaría como una máquina calculadora o, por el contrario, puede seguir los dictados de su conciencia y «reinventar» el Derecho, realizando así un acto de violencia del que habrá de responsabilizarse. En este sentido, la A. no descuida subrayar la dimensión retórica de la sentencia, presentándola como narrativa de persuasión respecto de un determinado punto de vista. Para Berns, la forma narrativa aporta peso moral (trasfondo ético) y es, por tanto, parte intrínseca con la decisión. Un tema que le permite entrar a exponer lo que ha sido el tradicional «miedo» (por *metus reverentialis* hacia la ley) frente a actos de creación judicial del Derecho. Un *metus* que también ha supuesto dejar a un lado temáticas tan importantes como la interpretación o la subjetividad; otra vez la voz. Frente al texto escrito (ley), nuestra tradición política y legal nos impele a un conocimiento completo y seguro de las normas, pero la imposibilidad de un significado siempre unívoco lleva consigo aceptar la necesidad de interpretar. La interpretación es la actividad intelectual por la que un signo se hace inteligible, es decir, descubre y muestra el sentido que encierra. El lenguaje es uno de los instrumentos significativos más completos de los que el ser humano puede valerse para transmitir el sentido, pero para que ese sentido sea comprensible también el lenguaje debe ser objeto de interpretación. La inevitabilidad de la interpretación no afecta sólo, pues, al supuesto de oscuridad en el sentido de un texto aclarable, y es por ello que la posibilidad de introducir una «voz diferente» representa algo aterrador. Pero estas derivaciones no apartan a la A. de lo fundamental; la entidad subjetiva de la función judicial, y la expectativa en el acto judicial de un resultado cierto y seguro, para el que se demandan conocimientos considerados «neutrales», o sea, «masculinos», queriendo ignorar así que la individualidad subjetiva del juzgador es igualmente esencial e influyente en el proceso, sea que se trate de una mujer o de un hombre. Es de esta guisa que la A. cuestiona la autoridad en la medida que la frontera entre las reglas y la autoridad es permeable porque la interpretación puede significar alteración y el juez es objeto de permanente seducción. No permaneciendo inamovible el sujeto ni el texto, explica Berns, la distinción entre autoridad legítima y fuerza ilegítima o violencia no institucionalizada ciertamente colapsa. Y tras ello, una vez aceptado que tanto el conocimiento como el conocedor pueden ser contaminados, es cuando puede con verdad afirmarse que «hablar como un juez» es un modo de decir el derecho que no cabe colocar entre paréntesis. Hablar como un juez es «decir el Derecho», inscribir el Derecho sobre grupos cuya existencia es anterior al mismo acto jurídico judicial. Antes del

<sup>7</sup> Hay en todo este planteamiento una clara deuda intelectual para con los trabajos de R. M. COVER; así, «Violence and the Word», en M. Monow, M. Ryan, A. Sarat (Eds.), *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover*, Ann Arbor, Michigan UP, 1995, pp. 203-238.

Derecho no existen «humanos, personas», sino sólo individuos o cuerpos ordenados por codas de raza, etnia, género, y siendo así, la interrogante es : ¿en cuál de estos grupos se debe insertar una juez cuando habla como juez? Insistiendo en el proceso de conversión de una historia o relato cotidiano en una narración legal, se destaca, en primer lugar, el carácter selectivo de la memoria, y en añadido a lo anterior, que las historias o relatos no son puramente espontáneos o simplemente accidentales, sino, por el contrario, contruidos y dispuestos para ser oídos por otros; así, aunque las narraciones legales tienen su origen en relatos cotidianos, unas y otros se distinguen, y aun pudiendo ser la misma historia en ambos casos, al ir dirigida a ciertos y diversos narratarios, inevitablemente llegará a ser diferente, tanto por la particular estructura narrativa que vaya adoptando como también por virtud de a quiénes luego vaya a ser recontada. Los *relatos ordinarios* son los que las partes cuentan a sus abogados, quienes carecen de la condición de actores de esas historias, aunque están procesalmente autorizados a contarlas, traducíendolas a relatos legales<sup>8</sup>. De resultas, lo importante será a la postre aquel relato que sea capaz de componer una historia sobre los hechos legalmente relevantes, donde sin embargo no deberá olvidarse que lo que así llaman los juristas una descripción neutral de los conflictos acaecidos en la realidad es sólo una (re)construcción lingüística de éstos desde el «punto de vista» de su relevancia jurídica. Continúa Sandra Berns inquiriendo por el tipo de autoridad que se ejerce a través de un documento judicial y sobre su conciliación a presencia de una mujer como autora y como intérprete, así como respecto al hecho de que, no existiendo un significado dado y irremovible del texto legal (ley), ciertamente quepa preguntarse por cuál será el investido de significado y autoridad. Con relación a este último tema, hay quienes sostienen que la investida de autoridad es la «comunidad interpretativa» (v. gr.: la *interpretative community* de Fish<sup>9</sup>, o las *associative obligations* de que en su caso habla Dworkin<sup>10</sup>). Pero estas respuestas son opinables, puesto que al tratar a los miembros de un grupo como iguales a menudo se ignoran las diferencias, y porque también y al propio tiempo supone instalar unas jerarquías, dado que no es el grupo quien habla por sí mismo, sino a través de sus representantes. Por lo demás, y como ha sugerido el mismo Fish, la comunidad interpretativa no es otra cosa que aquello en que consiste, es decir, una serie de prácticas institucionales que como tales están profundamente implicadas con y en el aparato jerárquico y, por tanto, no se pueden considerar sin discusión como agentes de cambio. Como conclusión cabe destacar que tanto Dworkin como Fish localizan el significado y la autoridad más en lo social que en el texto, intentando con diversa fortuna evitar o eludir la propia inestabilidad del mismo (base de las doctrinas iuspositivistas). Aborda, asimismo, la A. el tema de la violencia del derecho con relación a la interpretación; los jueces,

<sup>8</sup> La A. aprovecha aquí el enfoque utilizado por J. B. WHITE, *Justice as Translation. An Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago UP, Chicago-London, 1990. Para otro posible, ampliado, que implica directamente ese factor de traducción en la figura del juez, vid., J. CALVO GONZÁLEZ, *Derecho y Narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, en espec. «Jurisdicción como traducción», pp. 107-118.

<sup>9</sup> S. FISH, *Is There a Text in this Class? Authority of Interpretative Communities*, Harvard UP, Cambridge (Mass.), 1980.

<sup>10</sup> R. DWORKIN, «Law as Interpretation», en *Texas Law Review*, 60 (1982), pp. 527-550, y *A Matter of Principle*, Harvard UP, Cambridge (Mass.), 1985.

como también los abogados, no simplemente interpretan (traducen), sino que llevan a cabo un tipo de interpretación que hace de sus palabras la justificación del mandato institucional que de otro modo se mostraría como perfectamente calificable de acto criminal. La motivación de las decisiones judiciales presenta aquí, en primer plano, ese trasfondo ético a que se aludió y que reviste el acto de violencia en un acto de autoridad jurídicamente legítima.

Más adelante la A. nos introduce en la exploración de las críticas dirigidas a objetar en el uso de la retórica por las sentencias una confusión de la forma con la sustancia. La retórica ejerce a su juicio la función de justificar la violencia y ser, también, una garantía de su empleo bajo el emblema del Derecho, de esta manera concediendo a aquélla una fuente de legitimación. Es así, pues, que la ceremonia y rito procesales encuentran su justificación en sí mismas y no a través de algo externo (como sucede en Hart<sup>11</sup> o, parcialmente, en Dworkin<sup>12</sup>: para Dworkin, como para Hart, las cuestiones de justicia son relevantes a nivel de lo social y político y no en el contexto del propio sistema en sí mismo considerado; a pesar de ello, Dworkin no piensa que el hecho de desplazar esta cuestión determine necesariamente el desplazamiento de la motivación o justificación, ya que a su criterio el derecho es el balance equilibrado entre justicia, equidad y proceso justo, y como los dos últimos son requisitos legales mientras que el primero es un requisito de tipo más político, deben prevalecer la equidad y el proceso justo). En contra de sus opiniones, la A. se decanta por la imposible remisión de la legitimidad tanto pueda ser a un proceso externo como a un justo equilibrio. Otras cuestiones relacionadas con la retórica del derecho, la interpretación y la moralidad son a partir de aquí objeto de su análisis. Para comenzar, señala que la jurisprudencia ha sido hechizada por el texto judicial escrito cuya forma típica supone una retracción al pasado. Dicho texto, que por tanto está formado de otros numerosos textos y antecedentes, pretende mantener la paz. Recuerda en este punto a MacIntyre<sup>13</sup> y el papel pacificador otorgado a la Corte Suprema. Sin embargo, no olvida la A. referir las enormes consecuencias derivadas del monopolio estatal del ejercicio de la violencia<sup>14</sup>. En todo caso, la retórica de una sentencia va dirigida a una sociedad plural, y por ello pretende mediante específicas formas rituales ensamblar historias contadas desde varias perspectivas y, asimismo, conectarlas con el derecho del pasado, procurando de esta manera presentar una verdad socialmente aceptable y plausible. En ese proceso es también inmenso el poder del Estado como capaz de reducir la pluralidad a singularidad, siendo que esa misma reducción por la que rechaza otras alternativas de verdad la que impele al juez/la juez en el esfuerzo de invención motivadora. En esa línea es manifiesta la coincidencia con Robert Cover<sup>15</sup> y su crítica de la importancia concedida a la *ratio decidendi*, pues la reducción de la pluralidad a singularidad no siempre nos lleva a comprender, más allá del reforzamiento de los cánones de corrección formal para con

<sup>11</sup> H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, México, Editora Nacional, 1980.

<sup>12</sup> R. DWORKIN, *Law's Empire*, The Belknap Press, Cambridge, 1986. Versión española *El Imperio de la Justicia*, DE C. FERRARI Y É. ABRIL, Barcelona, Gedisa, 1988.

<sup>13</sup> A. MACINTYRE, *Whose Justice? Which Rationality?*, Notre Dame (Indiana), Notre Dame UP, 1988.

<sup>14</sup> Clásico a este respecto, M. WEBER, *Sociología del Derecho*, Edit. Comares, Granada, 2001, en espc. pp. 255 ss.

<sup>15</sup> *Vid. supra* n. 7.

el rito, las razones acerca de por qué una determinada sentencia puede ser tenida por verdad convincente. También se acude en esto a Weisberg<sup>16</sup> y su insistencia sobre la importancia de la estratégica astucia del juez, pues los receptores de su decisión quedan convencidos de la corrección (formal, y/o narrativa) de la misma a través del poder del lenguaje empleado por el decisor. Todavía respecto del tema de la interpretación, Sandra Berns establece que un proceso o juicio está situado tanto física como psicológicamente en un determinado y específico contexto, por lo que la interpretación nunca es inocente, sino justificativa y legitimadora del estado de cosas existente, y en concreto de los actos del Estado, bien que esta advertencia no reste margen a admitir que el Derecho no es algo exclusivo del poder estatal, sino igualmente relacionado con la sociedad: «la vida constituye el derecho como el derecho a la vida»<sup>17</sup>. Pero, en todo caso, la respuesta final es una entre las posibles, y no necesariamente la única verdadera, sino aquella que puede ofrecer mejor rendimiento explicativo por ser también la más persuasiva.

En cuanto al papel del juez en esa estructura retórica, si se entiende que hablar como un juez es participar en la redacción de documentos de capital importancia cultural, ha de consistir en operar con textos universales y proporcionarles una lectura individualizada. La narración actúa aquí, como ya se apuntó, uniendo lo universal y lo particular. Para evaluar la importancia del juez, la A. nos recuerda el papel de un juez mujer y recupera el argumento de que no defiende para ésta una «voz diferente», por ejemplo al modo de Gilligan, sino más bien una «voz diferente» conforme a las distintas experiencias que como mujer puede haber vivido. Desde esa perspectiva, tratar de diferenciar entre el acto oral de dictar una sentencia como acto unido a la motivación y destinado a una determinada audiencia, y la propia sentencia escrita como dirigida a una audiencia indeterminada, obliga a preguntar sobre la «voz» de la decisión. La A. estima que por haber sido dirigida a una audiencia variada y múltiple, la voz destinante ha utilizado un lenguaje general, en el que como tal lo que se prioriza es el género masculino. Con ello se quiere hacer notar la influencia del lenguaje y de los mismos prejuicios más habitualmente asumidos (por ejemplo, imagen del juez como hombre-blanco). ¿Qué ocurre entonces cuando el que habla es juez que habla como juez pero con voz diferente, voz de mujer? Al fin, lo que esta interrogante revela es que el problema no consiste en que la juez hable con una «voz diferente», sino en que su propia voz encarna la diferencia.

Ya en vías a ir concluyendo, indicar cómo Berns señala, y con buena precisión, que, a pesar de representar muy probablemente las convenciones tal vez más extendidas, en éstas no siempre han prevalecido los ideales iuspositivistas alrededor de ser, al cabo, únicamente el derecho formalmente dado aquello que más importe, sino que en realidad su carga ideológica de generalidad (*id est*, de masculinidad como género), ha privilegiado de hecho, y «de derecho», distinguir por razón de género *el juez de la juez*; por ejemplo, al pasar revista de la época victoriana. No ajeno a este tema es asimismo el del papel que tienen y obtienen valores como la justicia o la verdad. Desde una jurisprudencia basada en las normas tal y como han sido dadas, se haría

---

<sup>16</sup> R. WEISBERG, *Poethics and Order Strategies of Law and Literature*, New York, Columbia UP, 1984.

<sup>17</sup> *Vid.*, D. M. ENGLE, «Law in the Domains of Everyday Life: The Construction of Community and Difference», en A. SARAT & T. R. KEARNS (eds.), *Law in Everyday Life*, Michigan UP, Ann Arbor, 1995.

justicia en el caso de que la diferencia no diera lugar a la diferencia (a un resultado diferente). Pero no se protege de ese modo la diferencia, sino que se la erradica. Esta idea de la justicia presenta una básica coincidencia con la sostenida por las teorías liberales (Rawls<sup>18</sup>, particularmente). Berns considera oportuno, no obstante, conceder importancia a la idea de que no todos los ciudadanos son iguales, reconociendo la gran aportación del llamado «comunitarismo», y puesto que las diferencias son precisamente lo que nos define, el Derecho debería ser un sistema que, aceptándolas, procurase y estableciera mecanismos y controles para resolver los conflictos a que ellas dieran lugar.

Y termino. Esta apretada síntesis de contenidos y horizontes temáticos pone bien de relieve el interés de una obra que, adentrándose en el mundo del relato y del Derecho y ofreciendo en esa incursión «otros» panoramas útiles a la Teoría del Derecho, conduce a posibilidades valorativas de la actividad judicial desde ángulos nuevos y siempre sugestivos. Propone una revisión de la naturaleza y funciones del derecho, decantándose claramente no del lado de la función represiva, sino por la capacidad persuasiva, en cuyo ámbito la tradicional imagen del juez como «boca que pronuncia las palabras de la ley» deja de ser sujeto/objeto de función pasiva para transformarse en un agente de participación decisiva en el proceso de creación de normas individuales. Desde luego, aceptar así el «poder del juez» requiere tomar conciencia y cerciorarse del peligro que conlleva un uso arbitrario del mismo, como también del imaginable por la propia invocación de la «justicia» bajo el lema de legalidad formal; por consiguiente, la A. insiste, con todo motivo, independiente de que sus razones resulten o no siempre compartidas, en la ineludible necesidad de la responsabilidad del juez a la hora de tomar decisiones y en la exigencia de su presentación motivada. El modelo jurídico objeto de su análisis es el anglosajón, que hoy por hoy desarrolla una creciente influencia sobre la idea de derecho y el sistema procesal continental de raíz romanística. No obstante, entre estos dos modelos y sistemas persisten ciertas irreductibles diferencias que no es prudente obviar, y aún sin ocultar que aquel que no es el nuestro, igualmente que no tan a menudo presenta empleos de principios no legalizados o constitucionalizados al contrario de cuanto a primera vista pudiera parecer, como tampoco que es ciertamente difícil, y hasta muy difícil en ocasiones, admitir o tener por irreprochable allí que el juez introduzca su propia visión o la de la sociedad. Sobre estas y otras consideraciones semejantes, destaca en especial la inteligente perspectiva suministrada por la A. acerca del trabajo femenino de *officium iudicis*, o lo que es igual, la indagación en la tarea judicial desde la perspectiva de la mujer que se ha visto encarnada en una figura siempre desempeñada hasta hace muy poco sólo por hombres. Desde ese punto de vista se ponen de manifiesto los obstáculos a los cuales una mujer-juez se enfrenta cuando ha de tomar decisiones, dificultades que radican en ser considerada una «voz diferente», ante la que suele experimentarse temor, o se adscribe una valoración inferior o de signo partidista. Porque, en efecto, con frecuencia se oyen voces que proclaman que esa «voz diferente» carece de la neutralidad e imparcialidad necesarias ante cuestiones jurídicas, incluso luego de admitir que esa neutralidad e imparcialidad no existe de suyo en torno a ninguna cuestión jurídica. La A., a nuestro parecer, ha sido capaz de rebatir esa acusación afirmando que la mujer-juez no sólo puede ser imparcial «como» el hombre sino «mucho más», apoyando

---

<sup>18</sup> J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, trad. de M.<sup>a</sup> D. González, Madrid, FCE, 1978.



para ello en que si la mujer ciertamente nunca es imparcial, ello es así aunque no en el sentido de que al hombre sí le cabe el serlo, sino en el de que nadie consigue serlo. Su tesis, formulada en otros términos, es que todos los jueces, sean del género que sean, de la raza que fueren, constituyen una fuente de influencia en el proceso. Pero, ¿a qué tipo de influencia nos referimos cuando de lo que hablamos es de «hablar como un juez»? Su explicación se basa en una convicción cuando menos relativamente discutible. Se defiende que la existencia de una «voz diferente» es consecuencia de las diferentes experiencias que, como mujeres, se hayan podido vivir. Pero el hecho de que las mujeres en cuanto tales hayan tenido y tengamos unas determinadas experiencias puede permitir aceptar, de plano, que hombres y mujeres son en efecto diferentes, pero no tan sin obstáculos permite asimismo, sin salto lógico, admitir que se pueda y quepa hablar de «experiencias comunes» a las mujeres simplemente por el hecho de pertenecer a un mismo género. Nada de esto obsta a otorgar, y entiendo que merecidamente, una muy positiva valoración para una obra, a cuya originalidad, en ocasiones no exenta de compleja sistematización, es también de justicia sumar la valiosa y seria aportación que su fecundo análisis introduce en un tema como el elegido, donde por la propia envergadura y actualidad cualquier toma de posición comporta un riesgo reflexivo asumido aquí con auténtica probidad intelectual.

Cristina MONEREO ATIENZA  
Universidad de Málaga

**DE LUCAS, Javier, *Blade Runner. El Derecho, guardián de la diferencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 68 pp.**

Hace sólo un par de años aparecía, en el apartado *Kinemathek* del *Rechtshistorisches Journal*, un breve artículo de Dieter Simon –una cuádruple reseña– titulado *Autor gesucht (se busca autor)*, que concluía con estas palabras: «el tema “Derecho y Cine” ha experimentado un enorme y merecido impulso, pero aún sigue a la espera de un autor». El libro de Javier de Lucas, con *Blade Runner* como pretexto para hablar sobre Derecho, permitiría afirmar que ese autor ha aparecido. No sólo por ser Javier de Lucas el director e impulsor de la acertadísima colección *Cine y Derecho*, que en 2003 ha sacado al mercado la editorial Tirant lo Blanch. También, y sobre todo, porque *Blade Runner. El Derecho, guardián de la diferencia* conjuga con maestría el discurso jurídico y el cinematográfico y es un libro cerrado, redondo, en el que la película está muy bien analizada y, al mismo tiempo, no agota la materia, sino que es un instrumento bien utilizado para hablar, evocando rostros y escenarios, de cuestiones como la inmigración, los derechos humanos o la discriminación, que ocupan –y preocupan– desde hace años a su autor. Tiene además el aliciente de ser un libro sincero y comprometido, que no se queda en planteamientos superficiales y que no ahorra al lector el esfuerzo de someter a un nuevo examen, desde otra perspectiva, el conjunto de tópicos al uso y visiones cliché que abundan en estas materias. Todo ello salpicado de referencias continuas, no sólo a *Blade Runner*, sino a un buen número de películas y obras de ciencia ficción, que son un incentivo añadido para los aficionados al género. Y sin caer en la tentación, porque no es un libro de cine, sino de Cine y Derecho, de recrearse en los variados interrogantes que han intrigado desde siempre a los cientos de miles de fans de *Blade Runner*, como saber si Deckard es un replicante «cuyos sueños son transparentes para Gaff» o qué significa, en las distintas versiones, el unicornio.

Javier de Lucas se sirve de la película de Ridley Scott para cuestionarse la supervivencia y viabilidad futura de un Derecho que se concibe como monopolio de los humanos, como guardián del tiempo y de la diferencia, en un mundo en el que lo humano no deriva necesariamente de lo *natural* ni de lo biológico, el tiempo ha ganado la carrera y las costuras de la burda construcción racista y excluyente de la diferencia son cada vez más difíciles de disimular.

El argumento de *Blade Runner* es muy conocido, pero por si no fuese así, la sinopsis de la película con la que empieza el libro dibuja con pinceladas eficaces los momentos imprescindibles de la historia, una historia que enfrenta a un humano, el *Blade Runner*, con un grupo de artefactos inteligentes –*replicantes* Nexus-6–, que abandonan las colonias donde son mano de obra esclava y se infiltran ilegalmente en la tierra, en busca de respuestas sobre el tiempo que les queda, ya que tienen un programa de caducidad de cuatro años. La película es fundamentalmente una invitación a reflexionar acerca de la «indiferenciación entre humano y *replicante*», reflexión que Javier de Lucas extiende a escenarios de nuestro mundo actual, plagado de diferencias indefendibles que sirven para justificar discriminaciones aberrantes, ya que al *distinto* no necesariamente le corresponde la misma consideración que al *yo*. Se pregunta entonces el autor qué es lo que confiere a los seres humanos el enorme privilegio de ser los únicos titulares de la dignidad, de la condición humana, qué es lo que nos hace humanos y nos otorga así, apa-

rentemente, la titularidad del Derecho, de los derechos. Y acierta al decir que la cuestión «tiene inevitable trascendencia sobre nuestra comprensión del Derecho, la Política, la Moral» (p. 31) como se muestra a lo largo de todo el libro y, sobre todo, en el apartado referido a la inmigración. Para de Lucas, en *Blade Runner* lo fundamental será «entender el proceso por el que se produce la mutua aproximación, por el que el replicante se construye como humano y el humano advierte su parentesco con el replicante. Comprender ese proceso es entender cómo se construye lo humano. Y esa es la cuestión» (p. 33). Y si algo deja ver la película es que lo propio de los seres humanos no es la inteligencia –que puede ser artificial– ni la memoria –que puede ser implantada–, sino los sentimientos, esa empatía que el test Voight-Kampf puede percibir y que permite identificar a quien no la posea como replicante. «Lo que diferencia al humano de la máquina reflexiva, según muestra *Blade Runner* (...) es un tipo de sentimiento incluso, más que la experiencia de los sentimientos como tales: el amor y junto a él, la piedad, pero no la mera compasión hacia los *otros*.» Y precisamente, continúa de Lucas, «lo que sucede en la película es que esa diferencia ya no existe entre el humano y su *réplica* y esa es la propuesta de Roy: hacerse humano es una tarea, no una herencia, y la piedad y el amor se pueden adquirir en ese proceso de aprendizaje, mediante el tiempo vivido que es la humanización» (p. 35).

El tiempo vivido, la memoria, los recuerdos como garantía de la identidad, la ignorancia de nuestra propia fecha de caducidad, el deseo de más tiempo, común en humano y replicante. El tiempo es protagonista de la película y es una presencia constante y central en la interpretación que el autor del libro hace de ella, dedicándole un apartado entero –*El derecho, guardián del tiempo*– y un buen número de referencias a lo largo de la obra, no sólo –o no tanto– al tiempo, sino más bien al tiempo y al Derecho y a su tensa y paradójica relación. En ese ficticio y caótico escenario del año 2019, Javier de Lucas nos muestra el rotundo e inevitable fracaso del Derecho en su carrera contra el tiempo: Roy sólo puede vivir cuatro años y el encargado de preservar esa situación, ese orden que impone una distinta medida del tiempo a humanos y replicantes, es el *Blade Runner* que, como señala de Lucas, representa, junto con la policía, al único agente del Derecho visible en la película. Y ese Derecho fracasa con relación al replicante porque «no existe el tiempo monolítico, único, sino toda una gama de tiempos» y, a escala de hombre, lo que cuenta es la percepción del «tiempo *vivido*». Roy ha ganado la carrera al Derecho porque «la intensidad de la que ha disfrutado en su brevísima vida (...) hace que su tiempo sea más que el de los humanos» (p. 24) y ha ganado, rizando el rizo, la carrera al tiempo, porque cuando llegó –decidió– su «tiempo de morir» era más humano que el *Blade Runner* –Derecho–, que le negaba esa condición. Pero es que además, en nuestro moderno «mundo desbocado» (Giddens), al Derecho le resulta muy difícil seguir desempeñando su función básica de proporcionar seguridad y perdurabilidad, de «fabricar», como decía Nietzsche, «una memoria al que promete», suspendiendo el olvido, imponiendo que «siga queriendo lo que se quiso una vez», porque como señala de Lucas, «el antiguo adversario a batir (el cambio, la incertidumbre que el cambio produce) es ahora el santo y seña del mundo, su razón de ser» (p. 27). La función del Derecho, sigue diciendo el autor, es entonces «preservar ese sagrario de la verdadera identidad (...), hacerse fuerte en esa identidad, en un mundo en el que la identidad ya no es, no permanece» (p. 28), convirtiéndose, de este modo, en *guardián de la diferencia*, estigmatizando lo que es ajeno a nosotros y defendiendo lo que nos define como

tales nosotros (p. 29), erigiéndose, en definitiva, en escudo protector de un modelo normativo de lo humano, construido, «a su imagen y semejanza», por quienes se sirven de ese Derecho, para justificar la exclusión y el rechazo de todos aquellos cuyo rostro no encaja en esa careta.

Uno de los aciertos del libro de Javier de Lucas es el paralelismo, sobrecogedor por veraz, que establece entre los replicantes y los ciudadanos de segunda en que hemos convertido a los inmigrantes sirviéndonos de ese molde normativo suministrado y celosamente conservado por el Derecho: «Roy, Zhora, Leon, Pris son *ilegales, sin papeles*. Son trabajadores que se han salido de su sitio, que han venido aquí y están entre nosotros sin haber cumplimentado los trámites (...). Y precisamente por eso no son reconocidos como inmigrantes legales. Porque han pasado las fronteras para trabajar en donde nosotros no queremos (sólo pueden ser reconocidos como trabajadores en el mundo exterior y sólo pueden vivir cuatro años), no aceptan quedarse en su lugar de trabajo y sólo durante el tiempo que se les ha asignado. Por eso no los reconocemos ni siquiera como inmigrantes» (p. 55). Ni siquiera la supuesta universalidad de las primeras Declaraciones de derechos sirvió para garantizar a todos los seres humanos la titularidad y el disfrute de los mismos, ya que se negó la condición de ser humano a quien no respondía a la imagen de ser humano propia de cada momento histórico, y esa imagen siempre tuvo un determinado *género*, una determinada *edad*, una única *religión*, una *clase social*, etc. (p. 38).

En la película se ve claramente cómo funcionan –y, eventualmente, cuán poco justificados pueden estar– los modelos de exclusión y diferenciación normativa e interesadamente impuestos: lo que hace a los humanos diferentes de los replicantes es su capacidad de sentir empatía, pero la empatía es un concepto normativo, diseñado a semejanza de los humanos a quienes debe proteger. No es cualquier empatía, sino la que el test identifica como tal, la que el creador del test selecciona, determina e impone. ¿Qué habría pasado si se somete a Roy al test Voigh-Kampf después de salvarle la vida a Deckard? ¿Hubiera superado entonces el test de empatía? Probablemente no. Y sin embargo, su gesto último de piedad y respeto le hacen, en ese momento, más humano que el propio Deckard. En el relato de Ph. K. Dick, que sirve de base al guión de la película, se aprecia aún más claramente la naturaleza normativamente selectiva del test: «Si incluyéramos a los androides entre los objetos de identificación empática, como hacemos con los animales... no podríamos defendernos». La frase es de Resch, un *Blade Runner* de la novela especialmente insensible hacia los replicantes –en definitiva, hacia el sufrimiento de *otro*– que, pese a ello, supera el test Voigh-Kampf y queda, por tanto, confirmado como humano. Lo que *Blade Runner* muestra, dice de Lucas, es que «debemos mirar más allá de la *actual* frontera de lo humano (...) debemos estar dispuestos a dar varios pasos más en la extensión del reconocimiento jurídico propio de lo humano» (p. 36), debemos vencer «el miedo a la diversidad, a la incertidumbre que provoca la diferencia» (p. 39) y reconocer a quien es diferente –porque todos los somos– la igualdad de derechos «desde su diferencia» y no limitarnos a ofrecerle, si acaso, sólo tolerancia (p. 42).

Construimos al *otro* desde prejuicios y recelos heredados y autoalimentados y fabricamos así el molde que nos permite excluirles de nuestros territorios, de nuestros bienes, de nuestros derechos, y que nos suministra, además, la falsa ilusión de creer que tales exclusiones se justifican en esa construida *otredad*, en esa construida diferencia. En todo ello insiste Javier de Lucas, de modo crítico y contundente, en los dos últimos apartados del libro, que son

excelentes. Construimos las categorías que estigmatizan, que discriminan, que clasifican a los inmigrantes en buenos y malos, verdaderos y falsos, según sirvan o no a nuestros intereses económicos, a nuestras necesidades de mercado, según sean o no dóciles y culturalmente asimilables (p. 57). Como hemos visto en *Blade Runner*, es necesario traspasar los límites que nos convierten en privilegiados, es necesaria una nueva perspectiva, ya que «lo humano, lo propio de los individuos, de los pueblos, no es la memoria del tiempo, sino (...) lo que el tiempo permite construir, a través de la experiencia vivida, las emociones, los sentimientos y concretamente entre ellos la compasión hacia los otros, a los que no son como él, a otras especies (...)» (p. 23). «¿Estamos dispuestos a aceptarlo? ¿Nos preparamos para ello?», se pregunta Javier de Lucas. Su respuesta es que no, porque seguimos pensando que la inmigración es «una cuestión de mano de obra y orden público» (p. 59). Es necesario, sigue diciendo el autor, que el Estado se comprometa y no delegue el ejercicio de la solidaridad en los impagables voluntarios sociales, que no pueden, sin embargo, suplirle, sin que sirva de excusa el hecho innegable de que el problema de la exclusión supera con mucho la capacidad y competencia de los Estados nacionales: «... Mientras llega la hora de la institución de orden global que pueda regular los mercados internacionales para garantizar los derechos humanos de todos los seres humanos, en la lucha contra la exclusión, en el trabajo frente a esa negación elemental de los derechos humanos, el Estado y el Derecho tienen aún mucho que decir» (p. 63).

Se trata, en definitiva, de obligar al Estado a que deje de ser, en nuestro nombre y por nuestro bien, guardián de la diferencia. Para ello es fundamental desenmascarar el discurso racista y excluyente presentado como algo obvio, objetivo y fundado. Al fin y al cabo, también Deckard termina preguntándose dónde está la diferencia que le han encargado guardar y que convierte en jubilaciones sus ejecuciones de replicantes.

María José GARCÍA SALGADO  
Universidad de Oviedo

**DÍAZ, Elías, *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, 270 pp.**

Para quienes hayan seguido la carrera intelectual y docente del profesor Elías Díaz, el libro que ahora se presenta tiene el valor, por lo menos, de confirmación de una trayectoria de rigor y responsabilidad. Artífice, probablemente principal, de la renovación operada en los estudios filosófico jurídicos españoles mediante la incorporación de planteamientos positivistas, analíticos, realistas, quizá no tan novedosos en el resto de Europa y América, su bibliografía cuenta, en este punto, con textos que pueden ya considerarse canónicos. Baste con recordar a este propósito, su *Estado de Derecho y sociedad democrática* de 1966; su *Sociología y Filosofía del Derecho* de 1971; o su *De la maldad estatal a la soberanía popular* de 1984. Textos que, por lo demás, transitan a lo largo de la no siempre bien definida frontera entre filosofía jurídica y filosofía política.

El itinerario intelectual que recoge este texto está compuesto por cuatro capítulos, cada uno de los cuales recoge a su vez textos ya publicados anteriormente, coordinados y revisados a los efectos de la presente edición. Así, el capítulo I procede de un texto de 1986 (publicado en la revista *Anthropos*); el capítulo II, de una entrevista realizada por los profesores Laporta y Ruiz Miguel para la revista *Doxa* en 1994; el tercer capítulo está formado por tres conferencias pronunciadas en el marco de las *Décimas Conferencias Aranguren* organizadas por el Instituto de Filosofía del CSIC en 2001; y por fin, el capítulo IV está basado en la exposición que realizó con motivo de su investidura como *Doctor Honoris Causa* por la Universidad Carlos III de Madrid en 2002.

La amplitud del texto permite confirmar, además de las indicadas preocupaciones iusfilosóficas de Elías Díaz, la especial atención dedicada a otros campos intelectuales, como la que se refiere a la recuperación del pensamiento español contemporáneo. Desde muchos años atrás, una parte importante de sus trabajos universitarios se expresó en un amplio proyecto de estudio que arrancando del krausismo español llegaba hasta las recientes elaboraciones del pensamiento socialista. Un proyecto que involucraba a entonces jóvenes estudiosos que iniciaban su carrera universitaria bajo su tutela. A los textos de Elías Díaz sobre el pensamiento de Unamuno o sobre el krausismo español hay que añadir una extensa lista de textos, muchos de ellos tesis doctorales dirigidas o inspiradas por él mismo, entre los que cabe destacar los de Emilio Lamo de Espinosa (sobre Julián Besteiro), Francisco Laporta (sobre Adolfo Posada), Virgilio Zapatero (sobre Fernando de los Ríos), Eusebio Fernández (sobre positivismo y marxismo), o, para no alargar esta relación, de Núñez Encabo (sobre Sales i Ferré).

Es lógico que, en consonancia con estas preocupaciones, y con el momento político y cultural de la España de la segunda mitad del siglo XX, Elías Díaz haya realizado una no menos importante labor, siempre centrada en la renovación y recuperación del pensamiento español, ahora más actual, expresada sobre todo a través de las revistas *Cuadernos para el Diálogo* y *Sistema*. La transición democrática, tanto en sus años de preparación como en sus resultados, no podía dejar de ofrecer un campo de atracción destacado para sus inquietudes. Desde esta especie de conciencia viva del pensamiento español puede ofrecerse también una importante serie de títulos que aportan sus interpretaciones jurídicas, morales y políticas de los acontecimientos de

los últimos años, títulos que abarcan desde las *Notas para una historia del pensamiento español actual* (1974) hasta *Los viejos maestros: la reconstrucción de la razón* (1994).

De toda esta compleja trayectoria da cuenta el presente texto, *Un itinerario intelectual*. No se trata de un escrito propiamente autobiográfico, aunque algunos capítulos (especialmente el primero) así lo sugieran y aunque la presencia de este tipo de elementos sea, al fin, inevitable. No es ése el talante de Elías Díaz. Como él mismo advierte en el prólogo, una biografía, aunque sea intelectual, no es una simple rememoración de circunstancias y vicisitudes personales. De ahí que más bien estemos ante un diálogo, mantenido con diversas posiciones e ideologías, que compone una experiencia intelectual de constante búsqueda de claves de entendimiento y de crítica, lo que incluye igualmente ilusiones y también, cómo no, desencantos. Por ello el libro no dejará de despertar acuerdos y desacuerdos en sus lectores, muchos de los cuales se reconocerán en diferentes aspectos aquí expuestos (puntos de vista, críticas), más allá de los motivos generacionales que puedan contribuir a ello.

No obstante la ya indicada diferente procedencia de los textos que lo componen, el libro presenta una unidad, resultado de la revisión y coordinación antes mencionada, en virtud de la cual viene a trazar una especie de arco, uno de cuyos extremos se sitúa en los años de formación en la Salamanca de los años cuarenta, cerrándose al poner el otro de los extremos en lo que el propio Elías Díaz llama, con interrogantes, «final provisional». Puede apreciarse, desde aquellos años iniciales en Salamanca en los que procede, como tantos otros, a una lenta reconstrucción de la historia real, paralela y contrapuesta a la historia oficial del franquismo, sobre la base de informaciones fragmentadas e indicios (como los rumores acerca de la suerte del Rector Unamuno tras el 12 de octubre del 36), así como de la ayuda de algunos profesores, primero de bachillerato (algunos de los cuales habían sido alejados de ciertos centros culturales y universitarios por el Régimen de Franco), y luego, más decididamente de la Universidad de Salamanca, todos ellos recordados con cariño, puede apreciarse, digo, a partir de este primer capítulo y extremo del arco, una progresiva despersonalización, si se puede llamar así, del texto, en el sentido de que, conforme se avanza en los siguientes capítulos, los temas y problemas abordados van siendo más conceptuales y abstractos. Y es que, efectivamente, el libro no es una biografía, o bien lo es sólo parcialmente. Lógicamente, pues, los años de formación han de ser más detallados y personales. La honradez intelectual de Elías Díaz, por otra parte, no hubiera permitido ocultar o desfigurar ninguna de sus fuentes. Pero, lógicamente también, este planteamiento ha de dar paso a la formulación de los grandes problemas y discusiones que han centrado su interés, inclinando la lectura a una mayor densidad intelectual que sustituye al detalle personal.

El último capítulo no es, sin embargo, un capítulo recopilatorio, ni mucho menos concluyente. Es cierto que se puntualizan en él temas y preocupaciones que aparecen como constantes en su pensamiento en general y en este itinerario intelectual en particular. Pero no es menos cierto que se formulan interrogantes, esperanzas y alguna que otra perplejidad (como la del carácter «eterno» del eterno retorno de un Derecho natural siempre dispuesto, según parece, a servir de apoyo ideológico a ciertos sistemas de poder).

Con todo, creo que son los capítulos centrales, II y III, los que dan contenido a los extremos del arco indicado, los que ofrecen mayor relevancia y significación. Pues en ellos se desgrana la formación del pensamiento

de Elías Díaz en clave democrática y progresista, a través de un conjunto de reflexiones que traen su motivo principal de los difíciles años sesenta y setenta. Lucio Colletti, con la acidez de la autocrítica y del desencanto, se ha referido desde la izquierda a dicho período como «una época de terribles simplificaciones». Se refiere a muchos de los planteamientos realizados desde esa posición, que contienen notables dosis de ingenuidad encubridoras, sin embargo, de maniqueísmo, de estalinismo, reproductores en última instancia de antiguas relaciones de poder aun en pequeños grupos políticos. No resulta fácil, en efecto, en esas condiciones y en ese ambiente, la búsqueda de unas claves éticas y políticas de convivencia fundadas en la democracia, el respeto a los derechos humanos, la lealtad constitucional, el desarrollo del Estado social. Pero ésa es, precisamente, la tarea de Elías Díaz: el rigor en la formulación de estos principios, en contraste con todo radicalismo, tanto de viejo como de nuevo cuño y sea del signo que sea. Retomar la «mejor ilustración» (es decir, en sus aspectos más claramente emancipadores) y mantener la fidelidad a los principios socialistas con el objeto de poder criticar las tendencias de un mercado capitalista, como el actual, que desarrolla tendencias neoliberales absorbentes y globalizadoras, intrínsecas al mismo, por lo demás, no es, insistamos una vez más, una empresa intelectual sencilla.

De ahí, precisamente, que el itinerario intelectual que Elías Díaz recoge, y en cierto modo propone, en su libro no constituya una tarea acabada, sino un proyecto, en el que necesariamente se implican, a la vez y además, aspectos éticos, políticos y jurídicos. Como el mismo autor advierte, aunque no deban confundirse, tampoco pueden escindirse estas tres dimensiones.

En fin, no quiero terminar sin mencionar que, por si fuera precisa una comprobación de este largo y complejo itinerario intelectual de Elías Díaz, el texto ofrece también una bibliografía personal seleccionada, con la cual se cierra, que contabiliza ordenados cronológicamente más de 140 títulos del autor. Aparte de su valor probatorio al que antes me refería, no cabe duda también de que constituye, junto con todo el texto, un instrumento sumamente valioso para futuros investigadores.

Joaquín ALMOGUERA CARRERES  
Universidad P. Comillas de Madrid



**DUKAS, Stratís, *Historia de un prisionero*, trad. del griego, prólogo y notas de M. González Rincón, Labrys Eds., Sevilla, 2001, 79 pp.**

«Nada puede encomendar las historias a la memoria con mayor insistencia, que la continente concisión que las sustrae del análisis psicológico. Y cuanto más natural sea esa renuncia a matizaciones psicológicas por parte del narrador, tanto mayor la expectativa de aquélla de encontrar un lugar en la memoria del oyente, y con mayor gusto, tarde o temprano, éste volverá, a su vez, a narrar» [Walter Benjamin, «El narrador» (1936), trad. de R. Blatt, en *Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*, Taurus, Madrid, 1991, p. 118]. Acude Benjamin para esta reflexión a un fragmento de las *Historias* de Herodoto (cap. XIV, lib. III), donde se cuenta de Psamenito, rey de los egipcios, derrotado por Cambises, rey persa, mientras asiste al desfile de su vejamen público. Frente a sí discurre el cortejo en cuya carrera ve pasar a su hija, rebajada a sirvienta, que carga un cántaro camino de la fuente, y también a su hijo, en la comitiva hacia su ejecución. En todo el pueblo de los vencidos, arrebatado por la desventura, se alzan grandes ayes de lamento, pero Psamenito se mantiene «aislado, callado, inmóvil, los ojos dirigidos al suelo». Y es sólo al descubrir en la cuerda de prisioneros a uno de sus criados, «un hombre viejo y empobrecido», cuando precipita en un completo abatimiento moral: «comenzó a golpearse la cabeza con los puños y a mostrar todos los signos de la más profunda pena». Es cierto que hasta entonces Psamenito puede que no mostrara con fortaleza suficiente, con marcial compostura, toda su majestad; tal vez soportaba el espectáculo con decorosa abnegación. En todo caso, fue sólo a la vista de aquella imagen que su título y distinción le abandonan definitivamente, abismándole en una ya irrefrenable aflicción. Y comprendemos esa caída, y el irreparable derrumbamiento, y la devastación de su desconsuelo.

Walter Benjamin elogia que las historias de los antiguos estuvieran libres de sobreabundancia, porque sabían avenar, porque desaguaban el curso de los hechos de toda corriente psicológica. Contaban los desnudos hechos en una narración nunca excedida por la superfluidad, y el relato, sencillamente contenido a desgranar los hechos como fueron acaeciendo, no se desbordaba de crecidas informativas, en la incontenible riada hacia la inundación de otros panoramas. Así sucede también en este relato sencillo, extraordinariamente sencillo en su estructura, forma y construcción.

Escrito en lenguaje directo, el de un campesino, narra un sufrimiento prolongado, el que invade a quien hubo de sobrellevar y resistir demasiado tiempo el dolor de la guerra y el miedo que constantemente persigue al prisionero evadido, que en su objetivo de regresar a ser él mismo ha de hacerse pasar por otro.

Es, en efecto, la historia real de un cautivo en su huida, depurada de todo artificio literario, de todo innecesario recurso a la hora de mantener la atención del lector. El estilo conserva íntegra la vívida plasticidad y frescura de la transmisión oral, de modo que Stratís Dukas, su transcriptor, evita interferir en la historia que se cuenta, dejándola contar tal y como sucedió. La fuente de interés son los sucesos que, organizados en una forma narrativa, dan cuenta a través del relato de su propio acontecer. El narrador, Nikólaus Kazáko-glu, griego de la región de Ésmirna, va desgranando su historia, con intercalación de diálogos, aunque éstos siempre de un formato tan reducido que en

modo alguno ralentizan el ritmo rápido ni estorban la agilidad del discurso. El relato es, por tanto, muy dinámico, avivando de continuo, en un avance consecutivo, el interés a todo lo largo de su recorrido y hasta el momento en que la historia alcanza su desenlace. El lector, pendiente del relato de este prisionero, queda inmediatamente atrapado en la trama de la historia que el narrador va tejiendo al tiempo que la cuenta.

El testimonio, en todo fiel a voz narrativa que lo articula, nos traslada al conflicto greco-turco originado a directa consecuencia entre la aspiración nacionalista griega por recuperar el esplendor de su pasada identidad territorial, y la situación impuesta al Estado turco por el Tratado de Sévres (10 de agosto de 1920). Una vez terminada la Primera Guerra Mundial las potencias aliadas castigaron la alineación de Turquía con prusianos y austro-húngaros, concediendo a Grecia parte de la Tracia, la península de Gallípoli, las islas de Imbros y la porción asiática de Esmirna, esta última durante un período de cinco años, después del cual un Parlamento local decidiría si de nuevo habría de pasar a dominio turco o permanecer definitivamente en la soberanía de los griegos. Entre tanto, el territorio de Turquía en Europa quedaba reducido a Constantinopla y sus alrededores, y en Asia a Anatolia. Aquel Tratado, que por lo demás también preveía la internacionalización de los estrechos (en la práctica su militarización), nunca fue ratificado por el gobierno turco. Éste, presidido por Mustafá Kemal Bajá, creció en popularidad y poder político con la reivindicación de integridad y devolución territorial, hasta lograr revertirlo en condiciones más favorables, en especial luego de dos victorias sobre el ejército griego deteniendo su ofensiva expansionista, que en el invierno de 1922, tomando por base de operaciones la ciudad de Esmirnia, había apuntado incluso hasta Ankara. Para negociar un posible armisticio fue exigencia, no atendida, la completa evacuación griega de toda Asia Menor. La respuesta militar turca sobre Izmir (la Esmirnia de los griegos) tiene lugar a finales de agosto y concluye el 9 de septiembre con el saqueo y la reducción a escombros y cenizas de la ciudad. Miles de sus habitantes son ejecutados, miles también hechos prisioneros y reducidos a esclavos. Para el mes de noviembre siguiente la Conferencia de Lausana invalida la distribución territorial fijada en Sévres, y abre los estrechos a la navegación de todo buque, con independencia de su cargamento, tanto para tiempo de paz como de guerra, siempre bajo un compromiso de neutralidad que Turquía acepta. En 1923 se pactará el forzoso desplazamiento de la población minorasiática y casi dos millones de miembros de las comunidades griegas que por tres mil años tuvieron su hogar en aquellos territorios llegan a Grecia pasando a constituir, disueltas o dispersas muchas de sus tradiciones, un nuevo estamento social: el refugiado anatolio.

Nikólaus Kazákoglu fue uno de los soldados griegos caído en poder del vecino enemigo turco. También Stratís Dukas, natural de Mosjonisia (Asia Menor), que estudió Derecho en la Universidad de Atenas, había combatido en aquella campaña. Éste, ahora corresponsal del periódico *Makedonía* de Tesalónica, recibió en 1928 el encargo de realizar un reportaje sobre la situación de los refugiados de Asia Menor tras los terribles acontecimientos producidos a principios de esa década.

El azar les reúne en la noche de un café de Stupí, una aldea de Macedonia, donde Dukas oye en propia voz de Kazákoglu, la narración que de su huida y supervivencia, durante un año, bajo el nombre y la identidad turca de Bektset, va formando el relato de tan difícil y sobrecogedora experiencia. Y contaba bien la historia; los orientales fueron siempre buenos contadores de

historias. A mitad de ella, Dukas comprende que ha de preservarla, y comienza a tomar nota escrita. En terminando le pide que la firme, y al siguiente día recupera al dictado la parte del inicio que sus apuntes no habían recogido. Así resulta *Historia de un prisionero*, que para 1999 alcanzaba ya las treinta y una ediciones griegas, y en el año 2001 la primera en traducción española.

La historia, ajena a la recreación ficticia, especialmente para con las escenas de violencia, que conservan en toda su crudeza el desgarrador realismo de su crueldad, ajusta su carácter en una narración cuyo relato sabe bien sin embargo vencer la nunca fácil tentación tanto al espeso tremendismo como al frágil sentimentalismo. Llena de sensibilidad hasta en su decisión más inconsciente, algunas estampas narrativas conmueven por su reconocible humanidad; como la de dos hombres que huyen cogidos de la mano poco antes de separarse, ambos visiblemente enlazados también en sus corazones por una zozobra y temblor tan igual y extenuante que tal parece como si con la urgente ansiedad de cada nuevo paso estuviera a punto de palpitar el último latido.

Al recuperar esa imagen, Dukas ofrece perfecta ilustración narrativa para inteligir y comprender la unívoca naturaleza de los hombres, asimismo común a toda y cualquiera condición humana. La pintura narrativa de la guerra, escenario en que la historia se cuenta, ciertamente contribuye a ello. Nos evita toda eventual insistencia en la idea de la guerra como medio de expansión del dominio militar, cultural o religioso, permitiendo que llegue a revelarse como lo que real y verdaderamente es: la mayor de las desgracias que jamás puede conocer un hombre, sea cual sea la variante o sinonimia que adopte (terror, persecución, barbarie, muerte), porque es allí donde más radicalmente la vida humana llega a valer absolutamente nada. Lo único que Dukas procura con la recuperación del relato de Kazákoglu es hacernos aspirar, en profundidad, los hedores del inmenso mercado de la sangre con que tanto el belicismo nacionalista como el fanatismo religioso han contaminado desde siempre la atmósfera de lo humanamente respirable. Entonces todos, como el mismo personaje de la historia, no hallamos otra salida razonable que huir, y en esa misma escapada tiene lugar el que una estrategia de esquivar y soslayo —o en contextos menos trágicos, de evitación y borrosidad— sea simultáneamente ocasión a una catarsis develatoria y coincidente. Quien pasa por alto y supera los ocultamientos que una fe, una raza o una lengua encubre, se rescata y revela en lo más elemental, como hombre común, como humano. Es decir, quien así escapa de la diferencia inconcurrente se acerca a las igualdades indiferenciadas. La obra refleja ese proceso, donde sustraerse de sí mismo es hacerse comúnmente indistinguible. Tal vez por ello, la propia forma en que el narrador nos acerca a la historia, el modo en que la cuenta, tan importante aquí como la condición paradójica del narrador, *prisionero* a la vez que *evadido*, nos permite concretar y comprender qué pudiera estar queriéndonos transmitir. Que los seres humanos son indiferencialmente idénticos, que griegos o turcos, cristianos o musulmanes, ya sean ricos o pobres, y hablen una u otra lengua, constituyen categóricamente *personas*. Negar la radical igualdad entre todos los hombres, significa afirmar la superioridad de unos sobre otros, lo que no es sino otra mutación maniqueísta del determinismo geográfico, una más de las muchas representaciones de la intolerancia, la perversa divisoria entre amigos y enemigos. Dukas/Kazákoglu (Kazákoglu/Dukas) alzan una voz unísona contra semejante estado de cosas. La historia tiene un dónde y cuándo determinados, pero no hasta el punto que la conexión del relato a otro cualquiera lugar y época resulte anacrónica. Por

más que tantas veces, y tan a menudo, la Humanidad, el sentido de lo humano, no parezca «estar de guardia» entre los hombres, la dignidad humana no es un anacronismo.

Con acierto el traductor, que es también prologuista de la presente edición, subraya «que las similitudes básicas humanas están por encima de las diferencias religiosas y étnicas; que las bondades del ser humano son independientes de la raza o pueblo al que pertenezca, y que cuando dos personas se encuentran más allá de todos esos condicionantes, pueden crear lazos profundos que se hunden en el espíritu» (p. 11). Al buen pulso de su excelente traducción, suma lo que como prologuista demuestra en atinado dominio del sentido.

Recordemos. Kazákoglu, vicarialmente como el turco Bektset, es acogido como uno de los propios, con gran hospitalidad, primero por unos yörük (pastores nómadas montañeses), luego, entre aquellos otros que cuidan de los rebaños en la llanura, quienes también serían capaces, justo después de haberle ofrecido su escaso pan, de colgarle del árbol más próximo si advirtieran que pertenecía al «otro bando», con pareja suerte a la fatal de su compañero de fuga. Por supuesto, tampoco habrá lector para el que resulte imposible adivinar que el cómo la acción transcurre hubiera tenido un distinto curso, o sencillamente no hubiera transcurrido más, si Haci Mehmet, el generoso terrateniente turco que ignorante de la identidad vicaria emplea y obsequia a Kazákoglu cuando fue Bektset, incluso invitándole a formar parte de su familia, hubiera conocido entonces la epifanía contenida en la carta que años más tarde reciba. Pero lo relevante no reside en el malentendido de identidades, sino en la complicidad del sobreentendido. Así se infiere al momento en que Bektset vuelve a Kazákoglu, porque no es ya el falso turco reintegrado a verdadero griego.

El que regresa a Kazákoglu es el que ha aprendido a vivir, sobreviviendo extranjero de sí mismo, el significado de la desigualdad diferenciable, de la diversidad. El que retorna es el hombre que al encuentro con «los suyos», cuando incluso uno de ellos le tome por extraño, ya no tendrá miedo en pronunciar estas palabras: «Acércate a mí, amigo mío –le dije—. No tengas miedo de volverte turco» (p. 78).

José CALVO GONZÁLEZ  
Universidad de Málaga

**GARCÍA INDA, Andrés, y MARTÍNEZ DE PISÓN, José,** (coords.) *Ciudadanía, Voluntariado y Participación*, Ed. Dykinson-Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Madrid, 2001, 231 pp.

El presente volumen, «Ciudadanía, Voluntariado y Participación», recoge algunas de las ponencias defendidas en el seminario sobre «Ciudadanía, voluntariado y políticas sociales» celebrado en el *Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati* los días 29 y 30 de abril de 1999.

El objetivo de aquella reunión era analizar las denominadas «políticas de voluntariado» que se vienen desarrollando en España, teniendo en cuenta la relevancia que ha adquirido el voluntariado en las últimas décadas, como *objeto* y como *instrumento* de intervención jurídico-política (p. 13). La relevancia política y social del voluntariado se ve reflejada en la reciente celebración del *Año Internacional del Voluntariado* o en el desarrollo del *II. Plan estatal del voluntariado*.

Sin embargo, este «auge» del voluntariado suscita innumerables interrogantes y controversias que son puestas de manifiesto en el presente volumen colectivo. El propio fenómeno del voluntariado es definido como polifórmico (p. 14), lo que denota su carácter ambiguo, complejo y difuso. Efectivamente, las organizaciones de voluntariado parecen proponer nuevos modelos de acción colectiva, formas diferentes de participación ciudadana, enmarcadas en paradigmas emergentes de movimientos sociales que marcan sus distancias respecto a movimientos sociales clásicos o más consolidados. Se trata de un fenómeno heterogéneo, que –referido a las entidades de voluntariado de acción social– actúa «en el ámbito de la solidaridad con los sectores menos favorecidos o marginados de las sociedades occidentales, así como con colectivos que se han visto impulsados a emigrar buscando mejorar su condición económica o su seguridad» (p. 15).

De esta forma, el voluntariado se ha configurado en las últimas décadas como una forma de participación ciudadana y como un instrumento imprescindible en la realización de políticas sociales. Debido a su importancia social y política, el voluntariado ha sufrido un proceso de institucionalización jurídica, que conlleva la «imposición» de un modelo institucional de participación en la sociedad, y que puede llegar a desvirtuar ciertos aspectos característicos del fenómeno del voluntariado.

En este sentido, García Inda y Martínez de Pisón, coordinadores del presente volumen, señalan cómo parece imponerse un modelo dominante de voluntariado de corte individualista y neoliberal que, por una parte, trata de fomentar las prácticas del voluntariado, y, por otra, trata de neutralizar políticamente las posibilidades intrínsecas de transformación social que el propio voluntariado conlleva (p. 16). Se ha optado –añaden– por hacer del voluntariado una enorme empresa de servicios; puesto que, frente a un modelo democrático de voluntariado (basado en la participación) se impone un modelo asistencial, basado en una concepción meramente instrumental de la actividad voluntaria (p. 16).

Lo que es cierto es que el Derecho ha venido a regular una esfera –la del voluntariado– que carecía de regulación legal alguna. Con ello, se ha «impuesto» un tipo oficial de participación. Este modelo «oficial» de voluntariado –tal y como se pone de manifiesto en las diferentes ponencias que

conforman el presente volumen— se basa en grandes entidades u organizaciones, que consolida un cauce institucional de participación orientado básicamente a la *prestación de unos servicios* determinados, y carente de cualquier intencionalidad política de transformación social.

La regulación del voluntariado, desde esta perspectiva, puede enmarcarse dentro de un proceso mucho más amplio, caracterizado por la individualización y mercantilización de la ciudadanía (p. 18). La idea de participación está estrechamente ligada a la idea de ciudadanía. Pues bien, hoy asistimos al triunfo de lo económico sobre lo político; se impone un individualismo consumidor y una hegemonía del mercado que conlleva la *despolitización* del Estado y su transformación en mero prestador de servicios. Y en ocasiones, el Estado hace incluso dejación de su obligación como gestor de servicios, pues delega en un voluntariado «neutro» o «inocuo» la prestación de determinados servicios, lo que le sirve como «coartada» para reducir los gastos en políticas sociales.

Desde esta perspectiva, el modelo de voluntariado recogido por el ordenamiento jurídico supone la institucionalización de formas «inocuas» o «fragmentarias» de participación, sin incidencia real. Por ello, podemos establecer una clara relación entre el proceso de individualización y mercantilización de la ciudadanía con el modelo institucional de voluntariado recogido en las políticas de voluntariado —en donde las normas jurídicas sobre el voluntariado juegan un relevante papel—.

Por todo ello, el análisis del voluntariado y su regulación jurídica que se realiza en el presente volumen tiene la virtualidad de, mediante el estudio de los perfiles de la realidad socio-jurídica que constituye el voluntariado, poder observar las transformaciones en la propia organización social y política de nuestras sociedades desarrolladas (p. 19).

El presente volumen se divide en dos grandes bloques. El *Primer bloque*, bajo el título de *El voluntariado en la sociedad actual*, comprende tres trabajos que abordan el voluntariado desde perspectivas diferentes: la económica, la social y la política.

El primer trabajo, la ponencia de Vicente Marbán Gallego (de la Universidad de Alcalá), realiza una aproximación socio-económica al fenómeno del voluntariado. V. Marbán realiza un estudio, desde el punto de vista económico, del sector no lucrativo constituido por las entidades de servicios sociales subvencionadas mediante el 0,52 por 100 del Impuesto de la renta de la personas físicas. En una primera parte del trabajo, V. Marbán sitúa a las entidades no lucrativas pertenecientes al *Sector Voluntario* dentro de la sociedad civil. Una vez localizado el sector no lucrativo en un esquema de orden social dentro de la sociedad civil, la segunda parte del trabajo sitúa a las entidades objeto de estudio (las entidades voluntarias de servicios sociales del 0,52), dentro del sector no lucrativo, en el grupo de entidades más puramente altruistas, de los tres tipos de entidades que distingue dentro de dicho sector, desde las más puramente altruistas a las de mayor orientación comercial. De esta forma, el autor pasa de la generalidad —sociedad civil— a la concreción —sector no lucrativo-Entidades altruistas-Entidades de Servicios Sociales, del 0,52 por 100. En la última parte del trabajo, V. Marbán expone una serie de reflexiones acerca de la importancia del voluntariado en estas organizaciones y su posible efecto sobre la creación de empleo durante el período 1991-1996. En definitiva, el estudio de V. Marbán pone de relieve las indudables dimensiones económicas de este sector, y el posible conflicto que puede surgir entre trabajo voluntario y trabajo asalariado; lo que abre la

reflexión del efecto que puede surtir el voluntariado a la hora de descubrir nuevas formas de empleo y de relación laboral.

Los dos siguientes trabajos de la primera parte del volumen fueron presentados al alimón por Luis A. Aranguren Gonzalo y Sebastián Mora Rosado (técnicos de Cáritas). En el primero de ellos, *Modelos de Voluntariado*, L. Aranguren señala las dos grandes tradiciones del voluntariado de acción social existentes en la actualidad. La primera de ellas sería fruto de un «compromiso social», y tal y como señala el autor es «el voluntariado que busca la transformación social y que proviene en buena parte de la vieja escuela de las militancias (política, sindical, cristiana, etc.)» (p. 63). La segunda tiene su origen en un proyecto de «realización personal», ya que se trata de «un voluntariado que busca la realización personal en un mundo inhóspito, que proviene de modo mayoritario de la atmósfera posmoderna» (p. 63). Sin embargo, el autor no se limita a describir los dos tipos ideales de voluntariado que distingue, sino que a partir de dicho análisis aboga por lo que él denomina «voluntariado radical», capaz de comprender la complejidad de la realidad social actual. Dicho voluntariado —añade el autor— debe ser radical y vinculante: radical, «porque no se conforma con lo dado ni se desliza sobre la epidermis personal y social» (p. 76); vinculante, «porque quiere trazar puentes de participación entre las dos tradiciones sobre las que hemos reflexionado» (p. 76). Sin embargo, advierte que el radicalismo vinculante del voluntariado no es un estado final, sino que debe expresarse «a lo largo de un itinerario educativo» (p. 77), para que desde la acción voluntaria se puedan crear espacios de convergencia donde convivan ambas tradiciones.

En esta misma línea, el tercero de los trabajos de esta primera parte trata de responder a la pregunta-epígrafe *¿Es el voluntariado un movimiento social?* Para ello, S. Mora rastrea, en un primer apartado, las distintas respuestas que se han dado a la pregunta que encabeza el trabajo. En un segundo momento realiza una serie de reflexiones sobre aportaciones específicas del voluntariado teniendo de fondo la comparación a los movimientos sociales. Por último, el autor realiza algunas afirmaciones, a modo de sugerencia, sobre el voluntariado. Entre ellas, podemos destacar el interés del autor en resaltar la especificidad propia del voluntariado social en marginación y las posibilidades políticas del mismo a la hora de «conformar un nuevo sujeto histórico plural, heterogéneo, polifacético, que sepa ir en contra de sus intereses que es la única manera de ir soñando con un mundo nuevo» (p. 86). Por ello, añade, que lo importante no es el debate teórico sobre si el voluntariado es o no un movimiento social, sino que lo fundamental es que el voluntariado sea capaz de alinearse con los nuevos movimientos sociales cuando persigan causas comunes. En definitiva, concluye señalando que «el reto del futuro deberá escudriñar principios de acción desde la cooperación-conflictiva o el conflicto-cooperador» (p. 87).

La *Segunda parte* del libro —*La Regulación legal del voluntariado*— comprende cuatro trabajos que analizan la intervención jurídico-política sobre el voluntariado.

En el primer trabajo, José Molleví Bortoló (de la Universidad de Barcelona) elabora un estudio sobre *El régimen jurídico de las entidades de voluntariado* desde una perspectiva jurídico-administrativa, deteniéndose en el análisis de la regulación jurídica que del voluntariado han llevado a cabo los poderes públicos, y las causas que han impulsado a éstos para crear un régimen específico que regulara el fenómeno del voluntariado. Con el objeto de estudiar la corrección técnica de los instrumentos jurídicos utilizados para

llevar a cabo esa regulación del voluntariado, J. Molleví describe el régimen de acreditación y registro de las entidades de voluntariado, los mecanismos básicos de fomento y promoción del voluntariado, la organización administrativa y la actividad de colaboración de las entidades de voluntariado con la Administración a través del establecimiento de convenios. La conclusión a la que llega el autor es que los poderes públicos han desaprovechado la ocasión de aprobar un régimen completo de todo el fenómeno asociativo. Como posible solución a la actual regulación, que –en su opinión– conlleva el riesgo de desnaturalizar el voluntariado, J. Molleví propone la elaboración de normas referidas a las asociaciones (desarrollo del derecho de asociación reconocido en el art. 22 de la Constitución española), y no a los derechos y obligaciones de los voluntarios.

El segundo estudio de esta segunda parte –*¿Participación voluntaria o trabajo voluntario?*–, elaborado por Santiago García Campá (de la Universidad Jaume I de Castellón), lleva a cabo un análisis de la legislación autonómica, estatal y europea que regula el voluntariado, con el objeto de perfilar el modelo de voluntariado *institucionalizado* por las normas jurídicas: voluntariado como una nueva forma de participación ciudadana que asume un determinado rol político de compromiso y transformación social –intervención en los procesos de decisión pública en materia de políticas sociales y voluntariado, profundización en la democracia, etc.–, y que podemos denominar, siguiendo a S. García, *participación voluntaria*; o, voluntariado como una «mera» realidad participativa alejada de cualquier dimensión que no sea la de la colaboración gratuita del voluntario prestando un servicio en el marco de las actividades de una organización (entidad de voluntariado), y que el autor denomina como *trabajo voluntario*. El resultado de este análisis, según su autor, es que la legislación estudiada ha establecido un modelo legal de voluntariado que se basa en el *trabajo voluntario*, es decir, en la realización de actividades o la prestación de servicios, con un carácter cercano al mundo laboral, y cuyo peso político es escaso o inexistente.

Los trabajos de Ángeles Solanes Corella y Pedro A. Talavera Fernández (profesores de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia) cierran esta segunda parte con una reflexión sobre la necesidad o no de regular el fenómeno del voluntariado. Ambos estudios se muestran especialmente críticos con la Ley 6/1996, de 15 de enero, reguladora del voluntariado.

A. Solanes, en su ponencia *El trabajo del voluntariado y su institucionalización jurídica*, trata de desvelar las verdaderas pretensiones de la actual regulación estatal del voluntariado en España, y señalar las ventajas y desventajas de la regulación jurídica del mismo. Para ello, comienza definiendo la naturaleza del trabajo voluntario, distinguiéndolo de otras categorías cercanas a éste. Todo ello, le lleva a afirmar que no existe una justificación sobre la necesidad de una regulación legal de los derechos y deberes del voluntario, y menos en los términos en los que ésta se ha realizado en el ámbito estatal. Por ello, señala que la verdadera intención del legislador estatal es crear un modelo oficial de voluntariado, que ha convertido una relación originariamente de carácter social en una relación básicamente jurídica, debido a la potencialidad económica que el fenómeno del voluntariado posee. Frente a este modelo legal de voluntariado, la autora propone que la regulación legal del voluntariado debiera serlo únicamente de las entidades de voluntariado donde los voluntarios prestan sus servicios, es decir, reservar el ámbito jurídico únicamente para la organización. Por contra, A. Solanes aboga porque el Derecho no se inmiscuya en la relación existente entre dicha entidad de



voluntariado y el voluntario, al tratarse de un compromiso básicamente moral. Ahora bien, ello no implica que la acción voluntaria deba quedar al margen de una regulación legal, sino que ésta (la relación entre la entidad de voluntariado y el voluntario) debe ser libremente decidida por ambos, y reservar el ámbito jurídico para la entidad. En definitiva, en palabras de A. Solanes, «más control en la gestión que realiza la organización y menos en la relación del voluntariado con ésta» (p. 194).

Por último, P. Talavera propone, en su estudio *De la liberalidad del altruismo a las obligaciones universales de solidaridad*, un análisis de los conceptos de solidaridad y voluntariado, y sus correlativos procesos de juridificación. En este sentido, el autor señala las diferencias existentes entre solidaridad (acción solidaria) y voluntariado (acción voluntaria). La solidaridad supondría un concepto material más amplio, constituida por un principio político y jurídico irrenunciable e inherente al Estado social, y que podría justificar la existencia e imposición de deberes positivos a los ciudadanos (p. 210). Por su parte, el voluntariado representaría una importante manifestación de esa solidaridad, que supone la participación ciudadana en tareas de asistencia social, pero siempre desde la libertad y el altruismo (p. 210). En este sentido, P. Talavera, tras analizar el actual proceso de juridificación del voluntariado, contempla a éste como un paso intermedio hacia una posible institucionalización jurídica de los deberes universales de solidaridad, cuya articulación jurídico-formal podría ser el *Servicio civil* contemplado en el artículo 30.3 de la Constitución española.

En conclusión, el conjunto de trabajos que se agrupa en el presente volumen pone de manifiesto el, en ocasiones, contradictorio proceso de institucionalización jurídica que ha sufrido el voluntariado. Todo ello supone un análisis acerca del fundamento último de dicha intervención, a saber: *la participación de los ciudadanos en la vida pública*. Ello nos invita a reflexionar sobre la configuración de la ciudadanía y su participación en nuestra sociedad, pieza clave para entender la organización de la vida social en el marco de la denominada «crisis» del Estado del bienestar. En definitiva, ciudadanía y participación son dos caras de la misma moneda que se definen recíprocamente, y que conforman la estructura social: «dime qué tipo de participación se promueve en la sociedad, y te diré ante qué tipo de sociedad nos encontramos». De esta forma, el análisis sobre el proceso de juridificación del voluntariado que se presenta en esta obra colectiva, y las formas de participación ciudadana que éste contempla, nos otorga indicios para una reflexión más profunda acerca de las transformaciones sociales y políticas que acontecen en nuestras sociedades desarrolladas.

Sergio PÉREZ BARAHONA  
Universidad de La Rioja

**GONZÁLEZ R. ARNAIZ, Graciano (coord.); Mauricio Beuchot; Gunther Dietz; Raúl Fornet-Betancourt; Joaquín García Roca; Raimon Panikkar; Diana de Vallescar Palanca: *El discurso intercultural. Prolegómenos a una filosofía intercultural*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2002.**

Resulta enormemente interesante la lectura de este libro para quien crea que conversar invita a pensar y para quien considere que escuchar ayuda a educar e iluminar a nuestro entendimiento. Pues, en esta obra, la tierra que intentan labrar los distintos autores es la de la interculturalidad y la manera de llevar a cabo la siembra es la del diálogo o, en su caso, discurso intercultural. Método a través del cual se consigue que las distintas semillas, razones aportadas por cada autor, penetren en nuestra mente con el fin de que broten nuevas ideas acerca de la actitud que debemos adoptar para hacer posible el encuentro y la convivencia entre-culturas. Pero, además, con dicho diálogo, que es el modo de proceder propio de la filosofía intercultural, no sólo se surca la cabeza llenándola de raciocinio, sino que, a su vez, se hacen surcos en nuestro corazón para prepararlo hacia la apertura. Es decir, se trata de atravesar el campo en el que hemos crecido y labrado, para llegar a «otro» u «otros». Y la intención de cultivarnos en estos «otros campos» nos exige ser humildes y respetuosos con lo que sus labradores tengan que decirnos. Habremos de esforzarnos para hacer que éstos no se sientan «extraños» ante nuestra presencia y para que nosotros no nos sintamos como «extranjeros» en esas tierras. Los autores de esta obra nos inducen a reflexionar sobre cómo comportarnos ante dichos encuentros y, por qué gracias a los mismos podemos conocer mejor nuestra propia identidad y la hondura que tras de sí ocultan los valores de dignidad, responsabilidad, solidaridad, no-indiferencia, tolerancia,...

La obra se articula en dos partes. La primera de ellas versa sobre la «razón» intercultural y es Raimon Panikkar el que se ocupa de abrirla. Comienza su artículo imaginándose al filósofo atravesar el ámbito de su propia cultura una vez que ésta ha sido explorada. Pues, siendo éste alguien que siente gran atracción por lo desconocido y alguien a quien poco le cuesta preguntar, nada le impide aventurarse por el recorrido que dejan las ideas transmitidas por las distintas tradiciones culturales. Su travesía la inicia mediante la conversación con el otro, el cual representa otro mundo o, al menos, como expresa el autor, otro punto de vista. Será el diálogo el camino que le lleve a tropezar con las fronteras horizontales que representan las culturas de otros. Lo que nos intenta decir Panikkar es que el filósofo no se mueve únicamente en un espacio intracultural, sino también en una dimensión intercultural, y que la manera más adecuada para llegar a penetrar en lo más profundo de ésta es el diálogo. Es muy interesante la aportación que hace el autor a este respecto, pues, él dice que no se trata, simplemente, de dialogar con el vecino, sino con el extranjero, y no de cualquier forma, sino a través de un *diálogo dialogal* en el que los dialogantes se escuchan para intentar entender lo que el otro quiere decir. Panikkar piensa que éste es el método más apropiado de la filosofía intercultural porque con él no se busca convencer dialécticamente al interlocutor. Tampoco se presuponen unilateralmente las reglas del mismo, éstas se establecen en el propio diálogo. Por otro lado, al ser los dialogantes los intérpretes de la propia conversación, habrán de confiar mutuamente en

esa aventura común hacia lo desconocido. Ellos no saben si llegarán a entenderse. Pero sí intuyen que la apertura al otro y la fecundidad del diálogo les exige pensar no sólo en conceptos, sino, sobre todo, en símbolos. El autor pone de manifiesto que el pensamiento simbólico tiene la ventaja de no ser puramente objetivo, ni meramente subjetivo. En este sentido, si escuchamos a las palabras como si fueran algo más que signos y mucho más que conceptos, nos daremos cuenta de que cada lenguaje es un mundo que traduce su propia y particular concepción del mismo. Por ello Panikkar insiste en la idea de que, para comprender otra cultura, no basta con conocer sus conceptos, hace falta, también, entender sus símbolos. Es decir, no es suficiente penetrar, a través de la reflexión y la razón, en el logos de la otra cultura, se requiere, además, mediante la fe y la contemplación, participar en su mythos. De éste vive aquélla y en él adquiere valor concreto lo que llamamos bien, verdad, belleza, ... El autor nos insta, así, a abrir no sólo el ojo de la razón y el de los sentidos, sino también un tercer ojo que nos ayude a ver el sentido que adquieren ciertas afirmaciones en los distintos contextos culturales.

Puede que el encuentro con otras visiones del mundo nos haga sentir incómodos por la aparente incompatibilidad de éstas con las nuestras. Pero, Panikkar deja clara la idea de que con la apertura a la interculturalidad aprenderemos a crecer, a transformarnos, a ser más críticos, menos absolutistas y gracias a ella podremos ampliar nuestro campo de tolerancia. Luego, ¿qué actitud, según este autor, deberíamos adoptar ante el encuentro intercultural? Aquella que nos permita integrar en éste tanto el amor como el conocimiento. Pues, al describirnos la filosofía como «el amor a la sabiduría» y «la sabiduría del amor», nos anima a descubrir al otro no como un *alius* (un extranjero), sino como un *alter* (un compañero). Por ello, en el encuentro intercultural, es preciso que mostremos predisposición hacia la proximidad. Necesitamos la apertura al otro porque no somos autosuficientes y, para conseguirla, habremos de confiar en nosotros mismos, porque, de lo contrario, difícilmente podremos fiarnos de otros. Y no debe hacernos desistir, en nuestra intención de conocer y comprender al otro, el no entender su cultura, pues, en tal caso, trataremos de transformar nuestra intención en un propósito por conocerla amándola y amarla conociéndola.

Por su parte, Graciano González R. Arnaiz también nos estimula a dejarnos cuestionar por otras culturas para poner a trabajar los distintos contenidos de las mismas en un contexto en el que nadie es más ni mejor que nadie. Según este autor, sentirse interpelado por otras culturas es entrar en un modelo de relación presidido por la igualdad y el respeto. Pero la clave para interpretar la igualdad no es la reciprocidad etnocentrista, ni la superioridad, ni la igualdad de la discriminación positiva de las culturas minoritarias. La igualdad, como él dice, ha de ser leída en la clave moral de la dignidad cultural. Y cuando demos testimonio de lo que es nuestra cultura, habremos de dejar claro que lo propio no debe ser traducido como exclusivo y excluyente. Pues la interculturalidad entendida como «espacio moral» de referencia, que es la interesante propuesta que realiza este autor, exige que los individuos provenientes de «todas partes» puedan llevar a cabo su manera de ser propia en compañía de otros. Este profesor nos habla de una *ética de la alteridad* que se remite a la proximidad como modo de ser y de estar los sujetos referidos unos a otros. Y expresa que es, precisamente, esta peculiar manera de ser próximos la que nos conduce a sostener una idea de *fraternidad universal* como expresión antropológica que da contenido a esa concepción de interculturalidad como «espacio moral».

A su vez, González R. Arnaiz considera que el discurso intercultural será el encargado de dar cuenta de dicho espacio y que los criterios de verificación del mismo abarcarán las dimensiones de la asimetría, del respeto, de la no-indiferencia y de la responsabilidad. A lo largo del artículo, este autor seguirá muy de cerca el pensamiento de Levinas, pues considera muy interesante la reflexión que hace éste al tratar de expresar el sentido que adquiere la subjetividad cuando uno se relaciona con lo que no es él.

En un primer momento, González R. Arnaiz analizará el fenómeno de la emigración con el fin de observar el sentido de la figura cultural del extranjero para la consideración de nuestra propia manera de ser. A través de su estudio, nos daremos cuenta de la sensación de extrañeza que siente uno al venir a un mundo que le precede, de la necesidad de los demás para poder «decirse» con sentido y de la significación ética del otro que percibimos cuando vamos más allá del vínculo que nos ata a nuestro ser. La asimetría que se produce en la relación entre yo y lo otro y el modelo de respeto que el autor propone aparecen como criterios morales que «dan cuenta» del espacio moral que un sujeto o un pueblo necesitan para poder decirse y hacerse. En un segundo momento, González R. Arnaiz tratará de destacar la perspectiva intersubjetiva que pone de manifiesto la situación de extranjería, indagando, para ello, sobre el contenido que tienen los valores de la no-indiferencia y de la responsabilidad. La posibilidad de la primera como estructura antropológica depende de que el sujeto se ponga en el lugar del otro hasta el final, es decir, que responda de él. Por otro lado, la exigencia moral de «tener que responder» dota de sentido a toda relación y convierte al individuo en responsable de todo y por todo. Según expresa este profesor, la subjetividad es subjetividad humana y humanizada precisamente cuando no tiene más remedio que responder de ella ante los demás. El yo se individualiza, así, por la respuesta que requiere el encuentro improvisado con el otro. Por ello, a la vez que el autor nos anima a dejarnos cuestionar por otras culturas, nos empuja, también, a «tener que responder» de/por ellas.

Entendida así la interculturalidad como «espacio moral» y no simplemente como espacio político para la convivencia, se comprende mejor por qué aquélla nos ayuda, en cierto modo, a romper con nosotros mismos, por qué todos necesitamos pasar por los demás para poder decirnos y hacernos y por qué, en consecuencia, el discurso intercultural ha de ser un diálogo de la no-indiferencia y del respeto entre culturas.

Pero, ¿cómo pueden interactuar distintas culturas entre sí sin perder la propia identidad?, ¿de qué forma se respeta la diferencia y, a la vez, se procura la semejanza entre las mismas? Mauricio Beuchot defiende la idea de un pluralismo cultural analógico que salvaguarde las proporciones convenientes y justas de diferencia e igualdad, de comunitarismo e individualismo, de asimilación y resistencia. Se pretende, en este sentido, que la racionalidad haga alarde de discernimiento para que mediante el diálogo se encuentre el mejor modo de respetar lo particular dentro de los límites que imponen los derechos humanos. La analogicidad, aplicada a las culturas, hace que cada una encuentre su lugar entre las demás, que cada una se exprese con su propia voz y que sólo enmudezcan aquellas costumbres culturales que sean contrarias a los mencionados derechos. A través del diálogo intercultural se puede conseguir el prudente equilibrio entre la conservación de la identidad simbólica o cultural de un pueblo y la interacción de la misma con otras, sin que ninguna quede «reducida» o condenada a la marginalidad.

Raúl Fonet-Betancourt considera que esta última actitud es la que ha adoptado el colonialismo en América Latina y por ello, ante la opresión, el sometimiento y la exclusión de las diferencias culturales que aquél ha protagonizado, propone que se lleve a cabo, también en dicho ámbito, un diálogo intercultural. Ahora bien, la comunicación que él defiende merece un especial cuidado, pues, traspasando el límite de los conceptos intenta dejarse «afectar», «tocar», «impresionar» por el otro en la relación diaria y cotidiana dentro de la cual ya estamos *compartiendo* vida e historia con él. El autor nos recuerda, en este sentido, que las culturas van creciendo en condiciones contextuales determinadas como procesos abiertos en cuyo origen ya se halla el trato con el otro, éste está dentro y no fuera de lo nuestro. Por ello, Fonet-Betancourt nos insta a no aislar, ni absolutizar nuestra cultura como si fuese algo exclusivo, sino a tender un puente hacia todo lo que nos parece ajeno, fomentando un intercambio cultural solidario a través del contacto y el diálogo.

Este último nos lo presenta el autor con una doble dimensión de obligación normativa en América Latina. Por un lado, se trataría de reparar la culpa con las víctimas del colonialismo y, por otro lado, se intentaría promover un nuevo orden justo, reconociendo al otro en su dignidad y colaborando con su propósito de liberación. Se debe crear, por lo tanto, condiciones iguales para el desarrollo pleno de todas las culturas, lo cual requerirá que éstas se cultiven como terrenos fécondos para el diálogo intercultural. Pero, además, según expresa el autor, no se producirá el total crecimiento de las mismas si la filosofía no se transforma, en el ámbito latinoamericano, desde las exigencias que plantea dicho diálogo. En este sentido, para llevar a cabo dicho proceso de transformación, Fonet-Betancourt nos dice que es preciso sacar la filosofía de los límites que le imponen los planes de estudios que se han globalizado desde la Europa Central, ya que éstos la han reducido a simple «bibliografía» para ejercicios académicos, sin tener en cuenta la contextualidad e historia de las que esos textos son reflexión. También, nos insta el autor a trabajar con la convicción de que no existe una filosofía abstracta y ahistórica, sino que lo que hay son filosofías contextuales. Desde esta perspectiva, es más fácil que mostremos curiosidad y atracción por abrir esta disciplina a los símbolos, memorias y ritos de las tradiciones indígenas y afroamericanas. Estoy totalmente de acuerdo con el autor cuando dice que el cultivo de las diferencias culturales es la mejor forma de cultivar la vida y de alcanzar así una cultura de la vida en abundancia. Por otro lado, ¿cómo pondríamos en práctica la tolerancia y el pluralismo si no tenemos la intención de comprender las diferencias culturales?

La segunda parte del libro, que nos habla del contexto intercultural, comienza con un artículo escrito por Diana de Vallescar Palanca, quien analiza la interculturalidad como una cuestión práctica que tiene que ver con el «arte de saber relacionarse». Éste requiere, para su desarrollo, que estemos dispuestos a mantener un diálogo con nosotros mismos y con el mundo que nos rodea. Así, dejamos siempre abierta la posibilidad de que nuevas visiones y percepciones entren a formar parte de nuestra vida. A su vez, esta actitud de apertura nos ayuda a buscar aquel comportamiento que mejor parece adecuarse a cada situación. La autora nos recuerda que estableciendo un diálogo entre iguales sin eludir las inevitables diferencias, aprendemos a pensar y a vivir en clave intercultural, distanciándonos, en este sentido, de cualquier postura etnocéntrica y relativista.

Efectivamente, lograr la aproximación y comprensión de una cultura no es una tarea fácil, pero De Vallescar nos ofrece unas pautas muy interesantes para saber cómo interrelacionarnos si es que, realmente, queremos hacerlo. Habremos de atender, para ello, a las distintas maneras de percibir la realidad, de pensar, de expresar ideas, de actuar, de interactuar, de decidir y de encauzar un mensaje. También, debemos intentar situarnos frente a una cultura si queremos llegar a comprenderla. Ello nos conduce a valorar la importancia que tiene el conocimiento de los *perfiles y centros principales* de aquélla. ¿Qué nos aportan unos y otros? Los primeros nos reflejan la configuración propia de una cultura y los segundos nos proporcionan las tendencias sobre las que ésta se sustenta. Por ejemplo, varias culturas en Occidente muestran gran preocupación por el desarrollo de la ciencia y de la técnica. Sin embargo, algunas culturas en Oriente sienten más interés por el «conocimiento propio», por el saber vivir consigo mismo en armonía interior y con el cosmos. Observando la inclinación propia de cada cultura sabremos por dónde puede ir encaminada su aportación filosófica. Es decir, si sigue una senda predominantemente racional o el rumbo que le marca la experiencia psíquica de la conciencia o el camino que le dicta el sentimiento. La autora nos está diciendo que las culturas se distinguen por la prioridad otorgada a una determinada forma de pensar y, por lo tanto, de expresarse. En este sentido, dependiendo de la vía cognoscitiva de acceso hacia la realidad (conceptual, intuitiva, concreta relacional), los conceptos, los símbolos, los aforismos,... serán utilizados con mayor o menor intensidad y, según la cultura que los cultive, su configuración podrá ser de una u otra manera.

Creemos haber comprendido con la aportación de esta autora que nuestro comportamiento, ante un encuentro intercultural, ha de inclinarse hacia la comprensión o conocimiento penetrante y no hacia el prejuicio que suele ser causa de distorsiones en el proceso de comunicación. Por eso, es importante que tengamos la intención de querer interrelacionarnos con personas de otras culturas y que nos esforcemos para que todos, en el encuentro intercultural, quedemos co-implicados.

Si la comprensión es clave a la hora de emprender deliberadamente una relación intercultural, igualmente lo va a ser la solidaridad para Joaquín García Roca. Gracias a ella se puede crear una identidad que aproxime a personas distanciadas por las religiones, por las etnias, por las clases..., pues, al ser solidarios nos hacemos sensibles al sufrimiento ajeno y nos dejamos llevar por los sentimientos de unificación, como pueden ser la simpatía recíproca y la compasión. A lo largo de su artículo el autor dejará claro que la solidaridad juega un papel fundamental en la construcción de una sociedad multicultural. En este sentido, él analizará desde la experiencia real de la inmigración cómo puede aquélla impregnar cada uno de los procesos formales de lo multicultural. En primer lugar, será identificada la movilidad social como la primera condición formal de la multiculturalidad, para después desvelarnos los graves encubrimientos que esconde tras de sí entender la emigración económica desde dicha movilidad. Finalmente, nos hablará de los fantasmas del miedo, del racismo y de la xenofobia que pueden aparecer con las migraciones económicas.

Para García Roca la diversidad cultural constituye otro aspecto importante de la multiculturalidad, por ello se pregunta de qué forma afronta la sociedad moderna la existencia de grupos minoritarios que reivindican el reconocimiento de su identidad y la aceptación de sus diferencias culturales y qué ha de ser considerado a la hora de buscar soluciones razonables y moral-

mente aceptables a ambas exigencias para conseguir la pacífica convivencia. Con esta reflexión nos está anunciando el gran desafío de la multiculturalidad, el cual consiste, precisamente, en conjugar dos demandas: los derechos del individuo y el reconocimiento de la identidad colectiva. Éstas se corresponden, a su vez, con dos principios esenciales: el respeto a la identidad irrepetible de cada individuo y el respeto de aquellas formas de vida o tradiciones en las que se reconocen los miembros de un grupo. Ya nos dejaba claro, al comienzo de su artículo, que el contenido esencial de la multiculturalidad abarca dos grandes convicciones: universalizar los derechos individuales de los ciudadanos, al tiempo que se reconocen las diferencias culturales. García Roca sabe que el sueño de las migraciones culturales es una sociedad tolerante, con diversidad de gustos y creencias, que convierte el diálogo no sólo en medio para solucionar los conflictos, sino en valor sustantivo. Pero, también, es consciente del encubrimiento que puede llegar a ocultar este ideal multicultural. Nos reta, por eso, a combatir por un proyecto nuevo de convivencia que tenga como arma infalible la tolerancia. Entendida ésta no sólo como condición formal de lo multicultural (capacidad de coexistir visiones distintas y disponibilidad de convivir lo diferente), sino como justicia, rechazando todo aquello que tenga que ver con el «dejar hacer», pues, la tolerancia que todo lo acepta y todo lo comprende es, según expresa, el caldo de cultivo para el racismo y la xenofobia. Desde la perspectiva religiosa, ser tolerante nada tiene que ver con la consideración de que sólo existe una «única verdad». Hay que destapar la fragilidad que ocultan los dogmatismos y los fundamentalismos y mostrar, en cambio, la fortaleza que aporta el diálogo con otros puntos de vista, con otras religiones, con otras culturas.

García Roca también nos habla de la gran conquista que ha sido la aparición del Estado multiétnico. Nos dice que la transición de lo monoétnico a lo interétnico se produce a través del concepto de ciudadano, que se sitúa por encima de las etnias y de las razas. Aunque nos recuerda que no hay que confundir la persona con la ciudadanía. En este sentido, advirtiéndonos de los encubrimientos ideológicos que alimentan los Estados étnicos ante la inmigración, denuncia la reducción de ésta a «recurso económico». He aquí, como dice, una de las paradojas que plantea la inmigración: aumenta la demanda de mano de obra y disminuye la necesidad de personas. Por ello, el autor nos muestra su repulsa a la mercantilización de los inmigrantes. Expresa que no hay ninguna razón sustentable que permita defender que la emigración no sea un derecho de cada uno, el derecho a disfrutar de los beneficios de un mundo que también ayudaron a construir.

El autor termina su artículo con una bonita y metafórica idea acerca del yo múltiple. Nuestra identidad personal continuamente se está redefiniendo a través de diversas migraciones. Considera que el yo que se construye con materiales diversos y mestizos no es un yo débil, sino que constituye la particular manera de ser humano en las sociedades modernas. Nos recuerda también que la presencia de la inmigración no ha creado el problema de la identidad, pues, el problema que ésta desvela tiene que ver más con la relación entre los países industrializados y el Tercer Mundo, es decir, con el problema y el sufrimiento que causa la desigualdad. Difícilmente conseguiremos la construcción ética de una sociedad multicultural si no reconocemos las vinculaciones y los nexos que nos unen a todos los seres humanos.

Si algún resquicio oscuro permanecía todavía oculto en nuestra mente acerca de la distinción entre fenómenos intraculturales e interculturales o sobre los procesos contemporáneos de etnogénesis y nacionalismo, la luz

que arroja Gunther Dietz en estas cuestiones, con la clara delimitación de los conceptos «étnico» y «cultural», hace que aquél quede totalmente esclarecido. Nos dice el autor que ambas nociones conforman el núcleo de la identidad de la antropología social como disciplina académica, y que dentro de dicho ámbito central también se hallan importantes asuntos teóricos pendientes de resolver. Por ejemplo, ¿qué relación se establece entre la cultura de un determinado grupo humano y su identidad grupal, sobre todo étnica? Quiere que las respuestas a esta pregunta no se queden atrapadas entre las corrientes «primordialistas» y «constructivistas», «objetivistas» y «subjetivistas». Por ello, intenta evitar del enfoque esencialista la identificación errónea que hace de etnicidad y cultura como herencia cuasi-biológica del hombre. Y de la perspectiva instrumentalista o constructivista trata de evadir ese énfasis que pone en la arbitrariedad del proceso de construcción de etnicidad, proceso que según este punto de vista se sustenta en un repertorio objetivable, dado *a priori*, de «elementos» culturales con sustancia propia. El autor quiere traspasar las barreras simplificantes de estas corrientes porque sabe que ni los fenómenos de delimitación étnica y/o nacional, ni las diferencias culturales a las que recurre dicha delimitación son explicables como esencias inmutables. También Gunther Dietz se pregunta por la relación existente entre etnicidad y clase social, procurando superar esta vez en las respuestas las posiciones «eticistas» y «clasistas». En el análisis de esta cuestión no permitirá que olvidemos que la posibilidad de seleccionar rasgos culturales distintivos podría quedar sujeta a múltiples relaciones de poder que vinculan al grupo con estratos socioeconómicos y con el Estado-nación. Otro asunto del que se ocupará este profesor tiene que ver con el estudio de la influencia que el pasado puede ejercer en las configuraciones de la etnicidad. A este respecto, considera importante investigar la propia historicidad de un grupo desde un enfoque dialéctico, sincrónico y diacrónico a la vez. Pues, piensa que no hay que reducir el análisis ni a una perspectiva únicamente historiográfica —«¿qué aconteció realmente en el pasado?»— ni a una perspectiva exclusivamente etnográfica —«¿qué usos actuales tienen los “mitos” sobre el pasado?»—. Intenta contrastar ambas preguntas para esclarecer el valor específico que puede tener la «invención de la tradición» para un determinado grupo.

Gunther Dietz finaliza su artículo examinando las fuentes que originan las actuales «turbulencias identitarias» que padece el Estado-nación, como consecuencia de: la creciente integración supra-nacional, la (re-)aparición de identidades sub-nacionales y el establecimiento de redes y comunidades trans-nacionales. Desde el punto de vista antropológico-social, la confluencia de estos procesos, obliga a replantearse la relación entre etnogénesis, nacionalismo e hibridación cultural. Por otro lado, el autor nos invita a discutir sobre los efectos que podría producir, en relación con cualquier proyecto de construcción identitaria, la aparición de comunidades transnacionales que trascienden la dimensión nacional y que parecen relativizar la distinción entre los niveles supra-y sub-nacionales.

Muchos nos hemos preguntado sobre la manera en que debemos comportarnos cuando nos hallamos frente a otro u otros que pertenecen a una cultura distinta a la nuestra. A todos aquellos que se han hecho esa pregunta y, sobre todo, a quienes no se la han hecho todavía, recomiendo la lectura de esta obra. Pues, a través de la misma, no sólo se descubre la vía para acceder a comprender nuestra dimensión relacional, sino las razones que explican por qué el camino ha de ser el diálogo, cómo hemos de llevarlo a cabo y qué tipo de riqueza conseguimos con su puesta en práctica. El intercambio al que



nos invitan los distintos autores nada tiene que ver con productos o dinero, ya que no se fundamenta en el cambio de «recursos económicos». Ya nos han hablado en el libro del enriquecimiento mutuo que aporta el encuentro intercultural, corresponde a nuestra experiencia buscarlo y vivirlo en el mundo real que todos compartimos.

Tras la lectura de esta interesante obra colectiva, mi memoria evoca el recuerdo de aquel Yo que creía quién era hasta que se encontró con un rostro diferente al suyo y comenzó a dialogar con él. Pues fue entonces cuando se percató que era más fácil sentirse como un desconocido que reconocerse a sí mismo. Creo que la identidad personal es como una brújula que dirige su flecha imanada hacia el encuentro con el «otro» u otras culturas, porque siente, intuye y entiende que ese es «el norte» que necesita nuestro Yo para orientarse en la comprensión de uno mismo y del prójimo.

El coordinador de este libro nos insta a construir un puente que comunique con cada cultura para que todos tengamos la oportunidad de transitar de un sitio a otro sin barreras. La construcción del mismo es una obra que requiere el esfuerzo de varias personas. No hay diálogo intercultural, sino monólogo, cuando sólo existe un individuo. ¿Por qué no intentar abarcar la inconmensurabilidad de las culturas a través de ese puente?

María JORQUI AZOFRA  
UNED

**HECK, Philipp, *El problema de la creación del Derecho*, trad. de Manuel Entenza y prólogo de José Luis Puig Brutau, Ed. Comares, Granada, 1999, 120 pp.**

La Editorial Comares, en su colección Crítica del Derecho, dirigida –de manera notable a juzgar por la selección de títulos aparecidos hasta ahora, como *¿Es el Derecho una Ciencia?* o *El fin del Derecho* de Ihering, *Justicia política* de Kirchheimer, *Lógica de las normas* de Ross, y otras obras de Weber o Radbruch, entre otros– por José Luis Monereo, viene recuperando en su Sección Arte del Derecho una serie de textos que podríamos calificar como «clásicos» y cuya pista para adquisición e incluso simple examen se encontraba por desgracia bastante perdida. En ella aparece ahora *El problema de la creación del Derecho*, de Philipp Heck. Dicha obra tuvo su primera aparición en español, en versión de Manuel Entenza y prólogo de José Luis Puig Brutau, en 1961, en la Editorial Ariel, que ahora recupera y reproduce Comares. Y precisamente cuando hablamos de reproducción debemos hacer referencia a uno de los aspectos creemos más criticables de este volumen: la edición cuasi facsimilar de Comares, por reproducir fielmente, recoge hasta las más diversas erratas de 1961, que no hacen ilegible el texto, claro, pero lo afean bastante, y que si son consecuencia de una opción editorial se antoja bastante discutible, pues entendemos que el texto podía haber sido limpiado y puesto a salvo de estas erratas que, lejos de suponer cierto encanto añejo añadido al texto, no serían sino consecuencia de los pocos cuidados modos editoriales de antaño, pero poco admisibles hoy, y desde luego no justificadas previamente por los editores.

Hecha esta salvedad y volviendo a *El problema de la creación del Derecho*, su contenido es el resultado de una conferencia, después publicada, pronunciada por el autor en Tubinga el 6 de febrero de 1912, con motivo de un cumpleaños real –los tiempos parecen haber cambiado mucho, y se antoja difícil en los que corren realizar hoy «regalos» de tal densidad–. El mismo Heck justifica en su breve prólogo su contenido, confirmador y aglutinador de cuáles venían siendo sus líneas de investigación, y que luego ampliaría en una obra posterior, *La interpretación de la ley y la jurisprudencia de intereses* (1914).

No sería muy aventurado considerar a Philipp Heck el más beligerante de los representantes –Stoll, Rümelin, Müller-Erbach, el propio Heck, algunos más– de la Escuela de Tubinga. Su discurso-regalo constituye, como atinadamente avisa Puig Brutau en su prólogo, un compendio claro y certero de los contenidos y preocupaciones de la jurisprudencia de intereses, amén de una propuesta de política legislativa –alguien en su época podría haber hablado de regalo envenenado para el monarca a quien se ofrecía–, en cuanto al reconocimiento de la jurisprudencia como fuente de derecho, hoy unánimemente reconocida como fuente heterónima de creación, y a la tentativa de avanzar por la vía del decreto para la elaboración del derecho privado. Los puntos de partida desde los que Heck emprende este discurso –reveladores asimismo de la propia debilidad de su posición– algo expuesto ya en su día por Ross, Kaufmann o Erlich, son básicamente su oposición a la jurisprudencia de conceptos en los usos del término «causa» –usos en los que también el mismo Heck yerra, como señaló Binder–, y su rechazo a los conceptos psicológicos en la ciencia jurídica, al modo de Kelsen, según también fue oportunamente puesto de manifiesto por Scheier.

En su prólogo militante Puig Brutau liga los proyectos de Heck de avanzar en la creación del derecho privado con los posteriores de Cardozo y Eggleston, una vez aceptado el papel creador de la jurisprudencia e intentando consolidar el poder constituyente de la norma general, localizando además esa función en un solo órgano estatal. En ese sentido Heck y Cardozo coincidirían al propugnar la independencia del derecho privado respecto de la actividad política del Estado, si bien conservando las prerrogativas del poder legislativo, lo que aunaría a Eggleston, todo ello, siempre en opinión de Puig Brutau.

La irrupción de la obra de Heck se produce en un panorama que venía siendo de convulsión y cambio, el de la ciencia jurídica alemana, en ese momento centrada en la jurisprudencia de conceptos y tocada por la obra de Ihering, pero viviendo la entrada del movimiento de derecho libre. El análisis de Heck parte, como los mismos Apéndices de literatura y documentación del autor reflejan, de un notable conocimiento y profusa anotación de la producción jurídica previa y coetánea. La estructura de su discurso, construido con un lenguaje muy accesible hasta para legos en la materia, se articula en cuatro apartados, o capítulos. En el primero de ellos. «El problema de la creación del Derecho», presenta el que considera más fundamental, la creación o consecución o hallazgo del derecho por el juez. Las necesidades del instante político y social, centra Heck, están en que con carácter previo a la producción de una conducta con valor de conflicto pueda ser hallada su posterior decisión en una norma determinada y cognoscible: seguridad frente al conflicto. La realidad impone dos requisitos, vendrá a decir Heck, a la formación del derecho, determinación plena, y plena adecuación.

No puede el legislador dar cumplimiento a ambos, por sus limitaciones en capacidad de percepción, de anticipación, y en medios expresivos. La mejor ley contendrá innumerables lagunas; ante ellas, ¿cómo debe comportarse el juez? Heck apunta su examen hacia tres modos de elección judicial: libre estimación, subsunción, y complementación coherente y dependiente del precepto, esto es, derecho libre, conservadores y modernos. Respecto al primero de ellos, no ofrece garantía alguna de unanimidad y uniformidad de las decisiones, con lo que nos hallaríamos fuera de la exigencia de seguridad y determinación previa. La subsunción es aconsejable desde la seguridad, pero no desde la equidad, por dejar fuera, en el espacio ajurídico, toda pretensión no sustentada por un precepto legal determinado: ignora, en definitiva, el problema de las lagunas. Ello nos lleva a la tercera vía, la complementación coherente de la norma: posibilita el tratamiento de las lagunas sin afectar a la seguridad, y asegura cierta uniformidad. Pero presenta el problema de la inevitable invasión de la valoración personal del juez.

El segundo capítulo, desde esta perspectiva previa, analiza la jurisprudencia de conceptos, el método de inversión. Dice de ella comparativamente que es política de consignas sublimada en método científico. Analiza la obra de Ihering, *El espíritu del derecho romano* —creemos que también recuperada recientemente por Comares, en esta misma colección y dada su identidad suponemos que en la primera versión española de 1891—, de la que critica que no rechazase el método de inversión sino que antes bien lo acogiese entusiasta. Incide sobre la distinción de Ihering de jurisprudencia inferior y jurisprudencia superior, la primera ocupada en la interpretación de la norma jurídica, la segunda en la verdad característica del pensamiento jurídico, que opera sobre el principio de solución de lagunas mediante construcción conceptual.

Critica a Ihering por lo inamovible de su doctrina en ese último aspecto, dejando relegada a segundo plano la que llama jurisprudencia inferior, la para Heck verdadera ciencia en la solución de lagunas y consecución de seguridad. Estima que las ideas de Ihering y su jurisprudencia superior no responden a las exigencias de adecuación, mas tampoco a las de seguridad jurídica. Le admite como único valor su ilusión en un proceder absolutamente objetivo, aunque tilde al juez que en ello confíe, un tanto despectivamente, de crédulo. Carece de justificación racional la jurisprudencia de conceptos, enraizado más allá, dice Heck, de la escuela histórica, en la recepción del derecho romano, no el de sus juristas sino el corpus justiniano, que reservaba la facultad de interpretación al emperador. Considera Heck la jurisprudencia de conceptos como la injustificada generalización de un procedimiento justificado sólo para una tarea determinada, y que había ido constituyendo durante el siglo XIX, en unión del método constructivo el atuendo externo de una complementación teleológica de la ley.

Respecto de la jurisprudencia de conceptos analiza igualmente su influencia, que tacha de nociva, en la dogmática científica, citando a Wundt como testigo imparcial de tal resultado. La introducción de Wundt en la argumentación y descripción le hace entrar en el tercero de los capítulos, dedicado a la jurisprudencia teleológica. Los motivos de la superación de la jurisprudencia de conceptos los sitúa el A. en los trabajos codificadores, principalmente los del Código Civil. Esas labores consagran las delegaciones al juez de la norma, la consideración del juez por el legislador como sujeto capaz y digno de confianza en la complementación de las lagunas involuntarias de la ley, fijada en el artículo 1 del Código Civil suizo y que la generalidad doctrinal reclamaba como lugar común en la labor del juez alemán. Aun así parten desde ahí la consideración de dos líneas de estudio, a las que dedica las siguientes páginas, el movimiento del derecho libre, y la jurisprudencia de intereses.

Analiza la obra de Erlich como punto de partida del movimiento de derecho libre, que desplaza la influencia de la ley *de lege ferenda data* a la estimación judicial. El mejor modo de decisión sobre el caso particular se produce cuando el juez, cita a Erlich, libre de la atadura de preceptos generales, lo aprecia libremente en sus características. Fuchs será el principal polemista del derecho libre frente a la jurisprudencia de conceptos. Entiende que los valores positivos del derecho libre se pierden a medida que ésta se aparta de la sujeción del juez a la regulación legal, y convierten la excepción, esto es, el juez-rey, en regla, y que el derecho libre se encuentra plagado de problemas de denominación que intentan justificar bajo el nombre del movimiento una tendencia ya existente, ignorando en aras de la originalidad *sine lege* la consolidada complementación con fidelidad legal.

Entra entonces en el análisis de la jurisprudencia de intereses como antigua, renovada, forma de jurisprudencia teleológica. Nos caracterizamos, viene a decir al incluir en la corriente a Rümelin, Stampe, y él, y otros como Stoll o Hedemann, por el uso del concepto de interés, y los a él ligados, como conceptos auxiliares en el examen de los problemas normativos. Sin entrar a un detalle exhaustivo de la corriente –recordemos el origen del texto luego impreso–, sí que se detiene en contestar de manera breve a alguno de sus críticos –Löning, Gierke, Kantorowicz sobre todo–, y en exponer algunos de sus rasgos fundamentales, los contenidos amplios del término «interés», la decisión como delimitación de intereses contrapuestos y estimación de los mismos, las garantías lógicas del razonamiento de subvención en la

complementación dependiente de lagunas, ... Ello, como es lógico, afecta a la la consideración del trabajo y método científicos. Todo precepto jurídico debe examinarse desde el punto de vista de su contenido en intereses; debe exigirse también que la ciencia jurídica estudie la vida, la acción del derecho en la vida. En el énfasis puesto por la investigación de intereses en el conocimiento del derecho y de la vida se encuentra el núcleo justificable de la exigencia de una ciencia sociológica del derecho que completará la dogmática jurídica.

Esta transformación del método científico implicaba para Heck la necesidad de una mayor adaptación de los resultados de la jurisprudencia a las necesidades de la vida; la concreción de esa exigencia es el contenido del cuarto capítulo, la solicitud del desarrollo del derecho por la vía del decreto, una propuesta legislativa que facilite la invención judicial del derecho mediante una modificación en su formación legal. No espera ayudas Heck de los altos tribunales —el Tribunal del Reich—, y tampoco de la legislación ordinaria. Por ello consolida su propuesta de 1906, a la que se sumaría después Zeiler, de creación de un Tribunal Imperial de Interpretación, de manera que se produjese un desarrollo del derecho privado por la vía del decreto parlamentariamente controlado. Su propuesta, dice, no es de codificación general, sino de desarrollo y depuración, confiada al Ministerio de Justicia.

Realizar un análisis de la jurisprudencia de intereses y de la obra de Heck entiendo que excede de la oportunidad que concede el presente comentario. Con todo la obra presenta, por sus propias características, el testimonio de una trayectoria científica, sobre la que el paso del tiempo ha ido acumulando valores positivos y deficiencias más o menos opinables. Es así de reconocer y aplaudir el empeño editorial puesto a la hora de rescatarla, donde con la sola consulta, o el más detenido examen y estudio de la misma, y de la voz en tinta de Heck como su autor, nos permita el acercamiento a una época convulsa y plena de interés.

Felipe NAVARRO MARTÍNEZ  
Universidad de Málaga

**INIESTA DELGADO, Juan José, *Enunciados jurídicos en la sentencia judicial*, prólogo de Enrico Pattaro, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003, 294 pp.**

Este libro, publicado por el Real Colegio de España de Bolonia y prologado por el profesor Enrico Pattaro de esta Universidad italiana, en la que el autor realizó su tesis doctoral, que constituye la base del mismo, es una aportación valiosísima que se suma a las que otros investigadores jóvenes están haciendo en los últimos años a los temas centrales de la filosofía del derecho.

El objeto de estudio es aquí la «actividad judicial como actividad generadora de normas de Derecho» (p. 15) o la cuestión de si las sentencias judiciales, que son el resultado principal de la actividad judicial, son fuente de producción del derecho. Dicho de manera más simple: en qué medida las sentencias judiciales crean normas jurídicas y en qué medida estas normas jurídicas son nuevas y vinculantes en general. El tema así planteado es de la mayor trascendencia; por eso mismo, a lo largo de su desarrollo en las casi 300 páginas de que consta el libro se van presentando y resolviendo cuestiones centrales de nuestra disciplina relacionadas con la ontología jurídica, las fuentes del derecho, la naturaleza de la decisión judicial, la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, la integración de lagunas, etc.

Siguiendo una metodología analítica, el autor atribuye a la expresión «jurisprudencia como fuente del derecho» el significado siguiente: si los jueces y tribunales al dictar sus sentencias producen normas o enunciados jurídicos, o sea, enunciados pertenecientes al derecho (pp. 20-21). Juan José Iniesta parte de la ontología realista pura desarrollada en nuestro país por Rafael Hernández Marín y trata de encuadrar su análisis en ese marco. Según esta teoría, el derecho es un término colectivo que hace referencia a un conjunto de entidades físicas, las normas o enunciados jurídicos, que se identifican con los enunciados literales que hallamos en el texto de las leyes, llamadas en general cuerpos jurídicos. De esa forma, el derecho se compone de enunciados jurídicos, pero estos no están sueltos, sino agrupados en documentos (los cuerpos jurídicos), que forman subconjuntos incluidos en el conjunto derecho. La pregunta que se hace Iniesta es: ¿son las sentencias judiciales también una especie de cuerpos jurídicos, como las leyes, y por tanto un subconjunto del derecho? Para responder afirmativamente a esta pregunta hay que probar primero que las sentencias judiciales contienen al menos algunas normas o enunciados jurídicos en su interior, con lo cual, si esto fuera así, las sentencias podrían ser consideradas también cuerpos jurídicos y, por tanto, semejantes a las leyes, decretos y demás documentos legislativos.

Comparando sentencias judiciales con cuerpos jurídicos legales, lo primero que constata el autor es que la sentencia es un documento, un objeto físico, pues está escrita sobre un soporte material, que luego se reproduce en publicaciones oficiales, como, por ejemplo, la Colección Legislativa de las sentencias del Tribunal Supremo. Lo segundo es que la estructura de las sentencias es muy semejante a la de los cuerpos jurídicos legales: por un lado está la parte no dispositiva, en la que se incluye el encabezamiento, la firma, las conclusiones de las partes, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho; y por otro está la parte dispositiva, cuyo contenido es el fallo. De la misma manera, en las leyes hay una parte no dispositiva, que está compuesta por el título, el preámbulo, la rúbrica, la sanción, promulgación,

orden de publicación y los anexos, y otra parte, la dispositiva, compuesta por el articulado de la ley, en el se establece todo el contenido normativo. Según Iniesta, en esta parte dispositiva de las leyes «se encuentran todos los enunciados jurídicos de un cuerpo jurídico» (p. 39); o sea, que en la parte no dispositiva de las leyes no se encontraría ningún enunciado jurídico. En las sentencias, sin embargo, sí podríamos hallar enunciados jurídicos, tanto en la parte dispositiva como en la no dispositiva, y aquí tendríamos entonces una de las diferencias entre ambos tipos de documentos.

Así pues, las sentencias judiciales son documentos que contienen una serie de enunciados, agrupados en dos partes: dispositiva y no dispositiva. Se trata ahora de analizar cada una de estas partes para ver si los enunciados que encontramos en ellas constituyen o no auténticas normas (enunciados) jurídicas. Para aclarar este punto, en la Sección segunda del libro (capítulos II al V) se analiza la parte dispositiva de la sentencia o fallo, donde se expone la decisión judicial. Está claro que al tomar una decisión, los jueces crean enunciados nuevos, sintáctica y semánticamente, que no existían anteriormente, como «Condeno al individuo *x* a sufrir tal sanción». Pero falta saber si estos enunciados creados por los jueces y expuestos en el fallo de las sentencias son normas jurídicas o no y si constituyen un derecho nuevo o son simplemente la aplicación del derecho que ya existía anteriormente.

Para ello, Juan José Iniesta tiene que tratar de definir primero qué es el derecho. Pero como una definición total de una realidad tan compleja parece tarea casi imposible, considera que es suficiente para este fin hacer simplemente una delimitación del derecho, recordando en primer lugar cuáles son los caracteres que tradicionalmente se le suelen atribuir a lo jurídico. Estos caracteres son: bilateralidad, imperatividad, abstracción, generalidad, coercibilidad, certeza y, finalmente, eficacia (pp. 87-100). Sin embargo, dichos caracteres no son siempre aplicables a las normas jurídicas y menos aún son todos atribuibles a los enunciados de las sentencias judiciales. Por tanto, no sirven ni para definir lo que es un enunciado jurídico, o sea, el derecho, ni para saber si los enunciados judiciales son enunciados jurídicos, o sea, forman parte del derecho.

Para aclarar esto último parece ser más útil la teoría de Kelsen, quien consideraba que los enunciados jurídicos contenidos en el fallo de las sentencias sí eran normas jurídicas, concretamente, normas jurídicas individuales. Además, trazando un paralelismo entre normas legales y normas judiciales, tenemos que si las normas jurídicas legales necesitan para su producción que haya unas normas de competencia previas que las hagan válidas, del mismo modo las decisiones judiciales, para ser producidas, necesitan de unas normas de competencia y unas normas sustantivas que las hagan también válidas; pues, en efecto, los jueces deciden en sus sentencias de acuerdo con lo que dictan las normas jurídicas de competencia, de procedimiento y de contenido. Sin embargo, esta teoría de Kelsen, a juicio de Iniesta, no soluciona el problema planteado, pues según él lo que los jueces hacen no es crear derecho, sino sólo aplicar el derecho preexistente y para ello se basan en normas de competencia, que determinan el órgano, y normas sustantivas, que proporcionan el contenido, pero de ambos tipos de normas no nace, por así decir, una norma o enunciado jurídico en sentido estricto. Aplicar el derecho (o cumplir el derecho), que es lo que hacen los jueces, no es lo mismo que crear derecho (pp. 118-120). Sin embargo, como conclusión provisional, sabemos ya que lo que hace el juez en el fallo de la sentencia es derecho, aunque falta por decidir si este derecho es un enunciado jurídico nuevo creado por él.

Para dilucidar esta cuestión, Iniesta abandona la ontología jurídica y se introduce en el tema de la aplicación del derecho. Entre las concepciones de aplicación del derecho distingue, por un lado, las teorías no creativistas, que son las teorías tradicionales del silogismo judicial y también las teorías argumentativas o de la razón práctica, la nueva retórica, etc., según las cuales los jueces al aplicar el derecho no crean normas o enunciados jurídicos nuevos, sino sólo deducen consecuencias u obtienen conclusiones prácticas. Por otro lado están las teorías creativistas, entre las que se cuentan el irracionalismo psicológico (Frank, Pound) y axiológico (Movimiento del derecho libre), así como la teoría funcional de Kelsen, según las cuales el juez cuando dicta una sentencia sí crea derecho nuevo, bien sean enunciados jurídicos generales o bien enunciados jurídicos de aplicación sólo individual. A estos dos grupos de teorías Iniesta añade la teoría semántica de aplicación del derecho (Hernández Marín), según la cual el juez cuando aplica el derecho, es decir, pronuncia un fallo, lo que hace es simplemente cumplir el derecho. Por tanto, entre los enunciados jurídicos que mandan en general condenar al delincuente y el fallo del tribunal condenando a un delincuente individual, lo que hay es simplemente una relación semántica de referencia: el juez hace lo que la norma N ha ordenado que debe hacer. Como resultado de la aplicación de esta teoría al asunto que se está investigando, Iniesta concluye que los enunciados contenidos en el fallo judicial son efectivamente enunciados jurídicos nuevos, pues son creados por los jueces cuando cumplen lo que otros enunciados jurídicos anteriores les ordenan, a saber: que deben dictar enunciados jurídicos nuevos condenatorios o absolutorios para ciertos individuos.

De esta forma, Iniesta ha llegado ya a dos conclusiones: que el fallo de las sentencias es derecho, o sea, enunciados jurídicos creados por los jueces, y que esos enunciados jurídicos son nuevos, pues son sintáctica y semánticamente diferentes de los que existían anteriormente. En cualquier caso, esta conclusión es la misma a la que había llegado Kelsen, aunque la teoría empleada por el jurista austríaco para llegar a este mismo fin fuese distinta. Finalmente, se plantea la cuestión de si los enunciados jurídicos que componen las decisiones judiciales son o no vinculantes, como se supone que debe ser toda norma jurídica. Pues bien, también aquí la respuesta es positiva, pues estos enunciados obligan a las partes implicadas en el proceso siempre y también, en otro sentido, obligan a todos los jueces en el futuro, al menos en el sentido de que el fallo judicial que decide un proceso convierte a partir de entonces el objeto del mismo en «cosa juzgada» (p. 171).

En la Sección tercera y última del libro (capítulos VI al IX) analiza el autor los enunciados que componen la parte no dispositiva de las sentencias y, más concretamente, los enunciados de la motivación o justificación de la decisión judicial que viene expuesta a continuación en el fallo. La motivación se encuentra sobre todo en el apartado de la sentencia denominado «Fundamentos de derecho», pero la práctica jurisprudencial suele introducir también motivos y justificaciones en la parte de los «Antecedentes de hecho», donde encontramos una serie de enunciados que narran los hechos y otros enunciados que hacen la calificación jurídica de los mismos. Así como para analizar los enunciados jurídicos del fallo era necesaria una teoría de la aplicación del derecho, ahora, para analizar los enunciados supuestamente jurídicos de la motivación se hace necesaria una teoría de la interpretación jurídica. Pues en el fallo los jueces deciden, aplican el derecho, lo cumplen. Pero en la motivación tienen que plasmar los motivos que les han conducido a pronunciar ese fallo o las razones que lo justifican y tanto los motivos como las razones



se encuentran en las normas jurídicas preexistentes; al exponer la relación de dichas normas con el fallo, se está realizando una tarea de interpretación.

También en este punto Juan José Iniesta emplea elementos de la teoría de la interpretación de Hernández Marín, que es una teoría descriptiva y no normativa. Según esta teoría, los enunciados interpretativos (los haga el juez o cualquier otra persona) son siempre asertivos, no jurídicos y metajurídicos. Por tanto, aquellos enunciados creados por los jueces que aparecen en la motivación de las sentencias y que simplemente interpretan las normas jurídicas para justificar su aplicación en el fallo, no son enunciados jurídicos (ya que son meramente interpretativos). Sin embargo, en la motivación también podemos hallar enunciados jurídicos nuevos, que el juez formula por primera vez y que a continuación son usados por él mismo para justificar su decisión, lo cual significa que efectivamente estos enunciados tienen carácter jurídico. Esto ocurre, según Iniesta, en seis supuestos diferentes, de los que vamos a destacar sobre todo tres: 1) Cuando al interpretar una norma jurídica, se la corrige de manera extensiva o se le aplica analógicamente a otro supuesto, realmente lo que hace el juez no es interpretar, sino crear una norma nueva, un enunciado jurídico nuevo que aplica al caso que él va a decidir. 2) Cuando el juez expresa una norma jurídica consuetudinaria por primera vez, lo que está haciendo realmente es formular un enunciado jurídico nuevo, pues las palabras que utiliza no habían sido expresadas con anterioridad, ya que la norma consuetudinaria no estaba escrita. 3) Cuando el juez formula de manera absolutamente nueva un principio jurídico que no estaba escrito, también está creando una norma jurídica nueva, pues tal enunciado jurídico no existía anteriormente (p. 250). En todos estos casos, los jueces ya no están simplemente creando enunciados interpretativos (asertivos, no jurídicos), sino que están creando auténticos enunciados jurídicos nuevos y los están usando para motivar o justificar sus decisiones. Con esta explicación, Iniesta considera que queda justificado el contenido del artículo 1.6 del Código Civil español, que atribuye al Tribunal Supremo la facultad de crear derecho con sus sentencias, cuando en las motivaciones de las mismas da nuevas «interpretaciones» (realmente, formula nuevas normas) a partir de normas jurídicas preexistentes legales o consuetudinarias o de principios generales del derecho. Así, en este caso al menos, la Jurisprudencia es auténticamente fuente del derecho, crea derecho nuevo y no sólo lo interpreta.

Finalmente, respecto a si los enunciados jurídicos creados por los jueces en la parte no dispositiva de las sentencias son vinculantes, como corresponde a toda norma jurídica, hay que distinguir entre la tradición del «common law», donde los enunciados jurídicos de la motivación (llamados usualmente «el precedente») sí vinculan, normalmente al propio tribunal y a los tribunales inferiores jerárquicamente, y la tradición de los países del «civil law», donde rige la ley del precedente y, por tanto, la creación de derecho de la motivación, si la hay, no vincula a ningún otro juez. En este punto, sin embargo, el caso del Tribunal Supremo español representa una anomalía dentro de los países de nuestro entorno jurídico, ya que sus motivaciones, cuando cumplen el requisito del artículo 1.6 del Código Civil, pasan a formar parte del ordenamiento jurídico, pues se han convertido ya en enunciados jurídicos vinculantes (pp. 273-274).

En resumen, las cuestiones planteadas al principio del estudio se resuelven en su mayoría de modo afirmativo: la jurisprudencia es fuente del derecho, pues las sentencias judiciales, tanto en su parte dispositiva como en la no dispositiva contienen al menos algunos enunciados que son jurídicos y

que son nuevos respecto al derecho previamente existente. Aunque hay diferencias notables entre los enunciados jurídicos judiciales y los enunciados jurídicos legales, ambos forman parte por igual del derecho, pues todos ellos están incluidos en cuerpos jurídicos (leyes, decretos, sentencias) que constituyen, a su vez, cada uno un subconjunto del conjunto llamado derecho o sistema jurídico de un país.

Este trabajo de Juan José Iniesta tiene la virtud de abordar de lleno algunos problemas cruciales de la teoría general del derecho, y en especial el siempre problemático asunto de si la actividad judicial es de alguna forma también creadora de derecho o si esta tarea está reservada exclusivamente a los órganos legislativos competentes. La respuesta ha dividido siempre en dos el campo de las concepciones del derecho: realistas y sociologistas por un lado, que han respondido afirmativamente a lo primero, y positivistas y formalistas por otro, que han respondido en sentido negativo, aunque dentro de cada campo hallamos a veces variaciones importantes, de lo cual sería un ejemplo claro la posición de Kelsen. Todos los temas asociados con esta discusión alcanzan al núcleo de las posiciones teórico-jurídicas. Pero, aparte de esta nuclearidad en la elección y tratamiento del tema, el trabajo del autor tiene un alto grado de rigor expositivo, aunque no siempre las conclusiones alcanzadas estén, a mi juicio, totalmente apoyadas por pruebas suficientes y por argumentaciones completas. Pero eso hace aún más interesante la lectura de este libro, que seguramente será objeto en el futuro de discusiones detalladas acerca de algunas de sus tesis más relevantes.

José LÓPEZ HERNÁNDEZ  
Universidad de Murcia

**LLANO, Fernando H. (coord.), y otros, *A Propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte*, Editorial Lagares, Sevilla, 2003, 392 pp.**

Más que indagar en la filosofía kantiana, más que interpretar los pensamientos del pensador de Königsberg, haría falta dedicar páginas a deshacer agravios con Immanuel Kant. Lo explica claramente el profesor Pérez Luño en las primeras líneas de *A propósito de Kant*: «Hay que desdecir todas las confusiones que sobre su figura se han avanzado en los últimos años» (p. 8). Y una buena ocasión para ello es el bicentenario de su muerte, que se recordará el año próximo.

Se acusó de nacionalista al racionalista y a veces la tergiversación es tan dañina que se hace necesario todo un libro para enmendar una sola letra.

Así lo debieron de entender los profesores de la Universidad de Sevilla que han coordinado la obra *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte*, un conjunto de ensayos que aportan interesantes comparaciones de los pensamientos kantianos con los de Rousseau, Rawls, Habermas, Schopenhauer, Ortega y Gasset, Mill y otros filósofos, poniendo de manifiesto la inmediata vigencia de sus razonamientos.

Este tributo a Kant se compone de 19 estudios realizados por otros tantos profesores de universidades españolas que acercan al lector de forma muy pedagógica el pensamiento kantiano e igualmente van desgranando las claves de una filosofía que se adapta de modo asombroso al mundo de ahora.

*A propósito de Kant* es un estudio integral y completo. Moralidad, justicia, ética, todo desde la perspectiva de la razón y con la razón como medida. Los niños necesitan protección, no pueden gozar de idéntica libertad que un adulto –nos dice Ignacio Campoy en el primer capítulo del libro–, no por su edad, sino por no tener formada su capacidad de razonar. Una conclusión alcanzada gracias a la razón, que es el medio y el objeto.

Pero no por ser un tributo a la memoria del filósofo, la obra se rinde a él sin más. En algunas de las comparaciones a que se le somete, se acaban aceptando los argumentos con que algunos autores critican a Kant. Los acepta el profesor García Añón (p. 169), ante los reproches de J. S. Mill a Kant por convertir el deber en el único elemento regidor de la conducta moral de las personas.

Los derechos humanos, la dignidad, la modernidad, la universalidad como igualdad, el cosmopolitismo, el *européismo* incluso se abordan en esta suerte de ensayo colectivo que somete los problemas del mundo actual al perímetro del razonamiento kantiano.

No es el que nos ocupa un libro dirigido a un lector cualquiera, sino a un público introducido en el estudio de la Filosofía, de vocación universitaria –alumno o docente– y capaz de asimilar la erudición que desprende la obra. Aun así, sus autores mantienen acertadamente su vocación pedagógica al escribir.

La internacionalización cosmopolita bajo un concepto de igualdad es hoy más que nunca un ideal, cuando las garras de la globalización amenazan con someter a una sola todas las identidades. El poderoso de ahora ejerce tal persuasión con su oferta de «fácil felicidad» al mundo, que muy pocos aguantan la llamada de este canto de sirenas. El poderoso impone a los demás de tal manera su idea de sociedad, que el más leve ademán de resistencia condena al ostracismo, al embargo, al abandono... Es esto más dominio o coacción

que libre participación, más un colonialismo impuesto que una verdadera universalización pensante en el interés general.

En estas circunstancias, el individuo encuentra en la razón el arma que blandir si quiere disputar el duelo y mantenerse en sus principios, defender su autonomía. La racionalidad es el camino a la «felicidad» y hacia una modernidad mejor, que siempre estará por llegar.

Este recuerdo a Kant en el bicentenario de su muerte en forma de libro anima al lector a apreciar más la herramienta de la razón en su actitud ante un mundo cambiante, en el que hay que tomar continuamente posturas decisivas. Promocionar la racionalidad es el mejor homenaje que se puede hacer al filósofo, aunque a veces se le quite la razón.

«¡Tartarín en Königsberg! / Con el puño en la mejilla / todo lo llegó a saber». Los versos de Antonio Machado podrían haber servido también para recordar al pensador en la efemérides.

Sebastián A. TORRES HARO  
Universidad de Sevilla

**MELKEVIK, Bjarne, *Rawls ou Habermas. Une question de Philosophie du Droit*, Presses de l'Université Laval-Bruylant, Saint-Nicolas (Québec), 2001, 191 pp.**

Dos obras han precedido, tanto en su orden sucesivo como en su inmediata proximidad temporal, a ésta de la que hoy me ocuparé. Fueron aquéllas las aparecidas bajo los títulos de *Horizons de la philosophie du droit* (1998) y *Réflexions sur la Philosophie du Droit* (2000)<sup>1</sup>. Sobre las mismas tuve ocasión de mostrar diversas apreciaciones críticas<sup>2</sup>, valorando junto a la cohesión intelectual de ambas, particularmente el *crescendo* evolutivo que la más reciente ofrecía respecto de la primera. Señalé entonces aspectos de estilo cuya influencia, entre otros, me pareció determinante. Para con la actual, porque toda crítica debe contenerse a sí misma, he de comenzar por referir una ya en todo lograda confirmación de solidez y firmeza. Colabora a ello, ciertamente, su concentración temática. Y es que, en efecto, de la presente ha desaparecido la estructura de diseminación –siempre bien distinta de la dispersión o disgregación– que así incluía numerosos focos de interés, con el propósito ahora no de restar aliciente a las múltiples posibilidades de contenido, sino más bien de ceñirlo en una composición y distribución capaz de conferir unidad y responder a la intensidad del asunto que pretende abordarse. De ahí advierto, y expresamente certifico como mérito, una decidida voluntad de estilo. Con todo, mi aplauso sería todavía tímido si sólo alcanzara a destacar esa calidad de forma, obviando la mención a cuanto ella arrostra en el propio riesgo del extraordinario formato de reflexión que organiza. Lo representado por la condensación de afrontar, y enfrentar, dos entre las más seguramente inexcusables referencias en el panorama filosófico sobre política, moral y derecho en la modernidad, resulta también exponente de la calidad de fondo de la obra.

Principal ha sido, en ese sentido, que su desarrollo haga renuncia a mediaciones, académicamente corteses y raramente contentadoras. No aguarde el lector que un discurso más o menos trufado de asonancias con uno y otro autor, con una y otra doctrina, le entretenga las páginas para al final, tan frecuente, por esa misma inconvincente tibieza, satisfacer luego una conclusión menospreciativa y hasta desdeñadora: la indefinición. El desenvolvimiento que Melkevik elige para su trabajo investigador es muy otro. No adolece de elasticidades contemporizadoras. La línea de fuerza argumental es, precisamente, el abandono *ab initio* de toda eventual intermediación. Será inútil, por tanto, cualquier intento por recuperar en el título una supuesta interrogante sobreentendida. Sus términos van dados de manera directa y expresa: *Rawls o Habermas*. Y en su propia fórmula, igualmente, el anuncio de una meditada, esto es, nada caprichosa, determinación; la que llevada a materia de filosofía del derecho declara algo por completo diferente a una suerte de pensamiento en paralelo. Así pues, proclamando en rotundo una dicotomía: *o Rawls, o Habermas*.

<sup>1</sup> Bjarne MELKEVIK, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris & Sainte-Foy, L'Harmattan & Presses de l'Université Laval, 1998, y *Réflexions sur la Philosophie du Droit*, Québec-Paris-Montreal, Presses de l'Université Laval-L'Harmattan, 2000.

<sup>2</sup> Vid. nuestra reseña a la última, referenciada de concordancias a la primera, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (Madrid), t. XVIII, 2001, pp. 461-464.

Tampoco es oculta o simplemente disimulada la preferencia que en Melkevik vuelca del lado de Habermas. Pivota ésta a virtud de una ya demostrada preocupación e interés hacia la teoría comunicacional del Derecho. Pero si dicho antecedente sirve desde luego a explicar la perspectiva precisa en que situar tal elección, apenas si advierte suficientemente acerca de los recorridos generales que han conducido y desembocado hasta ella. Es lo que ahora nos concreta en esta su última obra. Antes sin embargo de abordar la reseña de sus principales contenidos a razón también de sus más caracterizados planteamientos, no abundará el hacer un breve balance en el panorama de la directa e indirecta recepción obtenida entre nosotros por Rawls.

En tal sentido, los primeros estudios críticos compuestos en el seno temático de nuestra disciplina llegan en 1985 con M.<sup>a</sup> Dolores González Soler<sup>3</sup>, que algún tiempo antes (1979) había publicado la traducción de la *Teoría de la Justicia*, y a través sobre todo del trabajo de Jesús I. Martínez García<sup>4</sup> *La Teoría de la Justicia en John Rawls*, permaneciendo en él hasta hoy vigentes y pertinentes la práctica totalidad de las observaciones elaboradas para su capítulo de conclusiones. Y en verdad, índice denotativo de lo allí reflejado sobre la limitación del alcance que el pensamiento rawlsiano poseía en ámbitos propiamente iusfilosóficos fue, no obstante aquellos inicios y con independencia de lo que al par se había comenzado por entonces a recoger en diversos ámbitos de filosofía política y moral<sup>5</sup>, la muy relativa atención que en adelante provocó. La cuidada «Presentación» compuesta por Miguel Ángel Rodilla para *Justicia como equidad*<sup>6</sup>, que con acierto promovía en su filosofía política la viabilidad de una lectura social-demócrata de la tradición liberal, representaría ciertamente la excepción a una especie de ajenidad por parte de los filósofos del derecho, donde los acercamientos en específico iban demorándose cada vez de modo más patente. Esto, claro es, en absoluto significaba, como es también evidente, que la referencia a los escritos de Rawls menudeara. Ciertamente la hubo, manteniendo una presencia que con todo y en rigor, a mi juicio, era prescindible en varios de los problemas a los que con frecuencia se le convocaba. Además, en la siempre rica cantera de temas que la Filosofía del derecho en cada momento explota, la apelación a Rawls se reactivó durante la década de los noventa con *El liberalismo político* (1993) y la reformulación de *La justicia como equidad* (1999). Pero, y así iba a suceder, Rawls no obtuvo entre los filósofos de derecho de este país un enfoque paraigual al que recibía por filósofos de la política y la moral<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> María Dolores GONZÁLEZ SOLER, *Fundamentos, análisis y crítica de la Teoría de la Justicia de John Rawls*, Dpto. de Derecho Natural y Filosofía del Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1985.

<sup>4</sup> Vid. Jesús I. MARTÍNEZ, *La Teoría de la Justicia en John Rawls*, CEC, Madrid, 1985, en esp. pp. 191-200.

<sup>5</sup> María José AGRA ROMERO, *El significado de la teoría ética de John Rawls*, Facultad de Filosofía y Ciencias de la Educación, Universidad de Santiago, Santiago, 1984, y *John Rawls: el sentido de justicia en una sociedad democrática*, Universidad de Santiago, Santiago, 1985.

<sup>6</sup> Miguel Ángel RODILLA, «Presentación» (pp. IX-L) a John Rawls, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la Justicia*, Tecnos, Madrid, 1986.

<sup>7</sup> Vid. José RUBIO CARRACEDO, *Paradigmas de la política: Del Estado justo al Estado legítimo (Platón, Marx, Rawls, Nozick)*, Universidad de Málaga-Anthropos, Málaga-Barcelona, 1990, y María del Pilar GONZÁLEZ ALTABE, *John Rawls: una concepción política y liberal de la Justicia*, con Prólogo de J. MONTROYA SÁENZ, Novo Século, Padrón (La Coruña), 1993.

Fernando Vallespín, como el más sólido precursor en esos campos<sup>8</sup>, me parece que objetivamente influyó en el punto de vista desde el que Juan M. Pérez Bermejo<sup>9</sup> contempló la posibilidad de explorar algunas concretas y determinadas dimensiones jurídicas. Al propio tiempo, junto a esta recepción directa –no exenta en ciertos momentos de oportunas objeciones<sup>10</sup>– la indirecta (de lengua española) trajo asimismo varios títulos fielmente deudores<sup>11</sup> como también otros mucho menos<sup>12</sup>. Nada se trata con ello de calificar o descalificar; muestro simplemente un inventario que, si bien por fuerza del lugar siempre somero y sin ánimo alguno de exhaustividad, desde luego no bascula hacia la filosofía jurídica. Otro registro muy distinto se ofrecería, aun dentro de la heterogenidad (y demasía) de las magnitudes en comparación, de observar la sostenida e insistente mirada dirigida a la obra de Habermas. Tal vez el futuro permita añadir nuevos asientos a la cuenta de Rawls, y no existe motivo a dudarlo. Hoy por hoy, sin embargo, es aquél quien figura en calidad de acreedor preferente a la mayor parte de la fértil construcción jurídica en cosecha, así como a los frutos que aún maduran en la actual crítica del Derecho. También la exponencial feracidad de Habermas le atribuye con mérito más que sobrado la fuerte posición de esa garantía. Pero lo que ahora importa es averiguar qué razones avalan la postura de Melkevik en suscribir una igual o equivalente afirmación.

Pues bien, lo que el A. aprecia como más sustantivamente valioso del pensamiento habbermasiano es la capacidad superar el *impasse* de las propuestas de Rawls, la mayor idoneidad y adecuación a las exigencias de una filosofía del derecho que *toma en serio* el protagonismo de los sujetos en el proyecto jurídico moderno, la fuerte índole pedagógico-argumental de su teoría jurídico-política sobre el espacio público deliberativo y la democracia frente al modelo rawlsiano de «marécage moral», de «mise en cage» moral en torno a la posibilidad de autonomía de los sujetos en la autoría de normas, derechos e instituciones derecho, sólo en último término –tras la «fiesta filosófica»– admitida por Rawls. Emergen de aquí también y en continuo otros temas cuya religación no es accesorio: relaciones Derecho-Moral, el pluralismo (multiculturalismo/unitarismo) de las concepciones del Bien, la «Justicia» rawlsiana como nueva mitología y nueva «fe», la jerarquización democrática en la comunidad internacional, el utilitarismo, etc. Y así, ordenando el criterio de su examen en siete capítulos, acomodados a cuatro grandes áreas de discusión que remontan al debate Habermas-Rawls de 1995, se pautan y desenvuelven la concepción democrática del derecho, el derecho cosmopolita y la discusión sobre el «concepto de regla».

<sup>8</sup> Fernando VALLLESPÍN OÑA, *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Alianza, Madrid, 1985.

<sup>9</sup> Juan Manuel PÉREZ BERMEJO, *Contrato social y obediencia al Derecho*, Edit. Comares, Granada, 1997.

<sup>10</sup> Vid. la «Introducción» (pp. 9-25) de Victoria CAMPS a John Rawls, *Sobre las libertades* (1982), Paidós/ICE-UAB, Barcelona, 1990, Carlos F. ROSENKRANTZ, *El nuevo Rawls*, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 1995, y Emilio MARTÍNEZ NAVARRO, *Solidaridad liberal: la propuesta de John Rawls*, Edit. Comares, Granada, 1999.

<sup>11</sup> Philippe VAN PARIJS, *¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política* (1991), trad. de Juana A. Bignozzi y ed. de Eduard Gonzalo, Eds. Ariel, Barcelona, 1993.

<sup>12</sup> Jacques BIDET, *John Rawls y la teoría de la justicia* (1995), trad. de Víctor Pozanco, Eds. Bellaterra, Barcelona, 2000.

De ese vario elenco de problemas y por la organicidad con que su tratamiento ha sido dispuesto, calculado a mi parecer como discurso de búsqueda en el terreno de las metamorfosis más características del derecho moderno, resulta ciertamente la aceptación de un desafío difícil y comprometedor, resuelto con visible solidez, además de con la honestidad intelectual de transmitir antes que entusiasmos enunciativos una convicción reflexiva que hace cortesía a la propia valoración de sus lectores.

José CALVO GONZÁLEZ  
Universidad de Málaga



**MIKUNDA FRANCO, Emilio, *Derechos humanos y mundo islámico*, Secretariado Publicaciones de Universidad de Sevilla (Serie Derecho núm. 20), Sevilla, 2001, 285 pp.**

El lector suele tener dificultad en resumir el pensamiento de un libro extenso y donde se contemplan problemas variados, una vez concluida su lectura y sin el tiempo suficiente para sintetizar personalmente las mil sugerencias recibidas a lo largo del estudio. Por ello, agradezco al autor que en breves líneas nos haya ofrecido el propósito que ha guiado la composición del libro y el objeto de lo que en él hay de investigación personal, aunque los datos se reciban de otros investigadores. Dice el profesor Emilio Mikunda que pretende elaborar «un estudio de las premisas filosófico-jurídicas que estructuran y autolegitiman el pluralismo conceptual actual de los derechos humanos en y desde el pensamiento islámico y laico contemporáneo existente en los Estados autoproclamados confesionalmente islámicos en base a una perspectiva metodológica filosófico-jurídica de base histórica y espectro comparativista» (p. 16).

El objetivo definidor de estas páginas es, según percibe inmediatamente el lector y confiesa el mismo autor, entender la concepción arabo-islámica sobre los derechos humanos recogida en las constituciones de los modernos estados islámicos. Hay algo en principio indiscutible, el sistema jurídico del Islam es diverso del sistema jurídico actual en el mundo occidental y de raíz romanística. Las coordenadas del sistema jurídico occidental son suficientemente accesibles a todos y fáciles de recordar por los estudiosos de este derecho. En cambio, las categorías mentales y terminológicas que estructuran el derecho islámico nos son desconocidas casi en totalidad. Hasta ahora las calas en el derecho islámico se hacían sólo desde una precomprensión del sistema occidental y con él se trataba de comparar el derecho islámico o se discutía el modo y el grado en que el derecho islámico se asimilaba o aproximaba tácticamente a dicho orden, pero nadie estaba interesado por entender el derecho islámico desde la cultura genuinamente islámica y conforme a su idiosincrasia caracterizadora de su *ordo iuridicus*, por encima de cualesquiera legislaciones vigentes o históricas y que, sin embargo, son su explicación filosófica más profunda. Es aquí donde se sitúa con acierto el propósito del investigador Emilio Mikunda y donde reside su originalidad y mérito. Estamos ante un campo nuevo de investigación filosófico-cultural por la que felicitamos sinceramente al profesor, pues demuestra una capacitación extraordinaria para proseguir con éxito su cometido.

Limitándonos a la presente publicación, que ahora presentamos a modo de recensión, y prescindiendo de otras encomiables publicaciones del autor sobre el mismo tema, la propuesta compendiadora de su escrito afirma que «Al cotejar los textos jurídicos internacionales existentes en los países del Islam... podemos constatar con la salvedad en ciertos casos de determinadas formas procedimentales de presentación poco habituales, si se quiere, quizás muy *sui generis*, su contenido es tan digno de respeto y de consideración como nuestro derecho occidental de cuño cultural filosófico judeo-cristiano secularizado desde la Ilustración...» (p. 18). La actual cultura de los derechos humanos indudablemente es de origen occidental, fruto de la modernidad usando la tradición jurídica cristiano-romana (no tanto la judía veterotestamentaria) y es aquí en donde se ha constituido en paradigma de unas pretensiones universales y válidas para todos los pueblos. La tradición

constitucional islámica ha dado pasos notables en los últimos años en este campo, como abundantemente comprueba nuestro autor, pero dudamos que en la actualidad se puedan equiparar ambas tradiciones en lo que se refiere al progreso y juridificación de los derechos humanos.

Uno de los valores más destacables, a nuestro juicio, de la presente investigación es haber propuesto una taxonomía de los modelos constitucionales de derechos humanos en los estados actuales islámicos, pues nada resultaría más equivocado y pernicioso que involucrar todos bajo el rótulo de derechos humanos del Islam. Usando el criterio de que hay un núcleo del Islam, centrado en los países árabes de religión islámica y procediendo a otros donde se ha extendido el Islam pero confluyendo con otras tradiciones y sistemas, cada vez más distantes del núcleo, podemos agrupar estas tradiciones en cinco ramas o culturas de derechos humanos con sus correspondientes familias lingüísticas: 1) Los países arabófonos: Arabia Saudí, Egipto, Siria, Jordania, Iraq, Kuwait, Yemen, Bahrein, Omán, Libia, Túnez, Argelia, Marruecos y Mauritania; 2) El estado persáfono de Irán; 3) Los turcófonos de Turquía y los siete países antes pertenecientes a la URSS y ahora formando la CEI; 4) Los asiófonos (Afganistán, Pakistán, Bangla Desh, Indonesia y Malasia); 5) El europeo eslavófono de Bosnia Herzegovina. El núcleo está formado por el primer grupo que tienen de particular el integrar la «Umma» islámica y por dar cobijo en su derecho a las cuatro grandes escuelas de jurisprudencia islámica clásica (malekí, hanbalí, chafeí y hanafí). Su grado de recepción de elementos jurídicos foráneos es mínimo, aunque en grados diversos. El Irán se caracteriza por el predominio de la escuela jurídica islámica chiita, por lo que ejerce gran ascendiente en los nuevos pueblos islámicos, que desean obtener la autonomía confesional. Turquía y los países de la CEI tienen un derecho con muchas resonancias del anterior derecho soviético y las tradiciones asiáticas. Igualmente los países asiáticos islámicos tienen un derecho mistificado con tradiciones y costumbres locales, incluso de los países coloniales occidentales. Finalmente, la Bosnia Herzegovina ha proclamado una constitución que contiene derechos humanos cercanos a la tradición angloamericana.

A lo largo de la obra se va tejiendo y razonando lo que el autor denomina la teoría multidimensional islámica sobre derechos humanos. No hay una propuesta unívoca y común acerca de la constitucionalidad de los derechos humanos de índole islámica y lo que se detecta es un pluralismo de opciones y categorías básicas del derecho musulmán. El autor corrige así su primera propuesta de ofrecer la «concepción islámica» de los derechos humanos. El modelo ético-antropológico es proteico y de variadas manifestaciones y consecuencias para estructurar un orden jurídico. Así lo es en el momento actual, al menos, y olvidemos cuestionar el pasado, pues el temario de los derechos humanos no tiene tradición jurídica en estos países, ya que es mera respuesta mimética a la idea occidental. Sin embargo, aquí queremos expresar nuestra decepción ante el olvido de una caracterización diferenciadora de los derechos humanos en el Islam, que es su condición de ser un derecho radicado en la revelación coránica. No entendemos que se pueda configurar e identificar este derecho si se prescinde de su índole de derecho revelado o de ley divina que diríamos nosotros. Es precisamente ahí donde radica su principal distanciamiento e inadaptación con los derechos humanos de la tradición constitucional occidental, pues, aunque ésta en sus orígenes llevara la marca religiosa, pronto se desembarazó de ella y hoy, a pesar de requerimientos en contra, sigue siendo un derecho laico. Ésta es la principal salvedad que las constituciones islámicas ponen a su confrontación con las occidentales.

Ahora bien, las legislaciones reveladas tienen un *iter* histórico y una consistencia peculiares que las distancia de cualquier evolución histórica de las demás legislaciones. Es propio de ellas su confrontación e intento de sojuzgar las tradiciones jurídicas con que se encuentran para tratar de dominarlas y transformarlas, pues siempre la ley divina es superior a toda tradición humana. Éste es el origen de la larga lucha de la Iglesia contra los derechos humanos de la modernidad laica y es la explicación del propósito de sojuzgar y anular las tradiciones jurídicas cuando se instaura el derecho islámico en nuevas poblaciones. El gran problema que tiene todo derecho religioso es precisamente su progresiva transformación al discernir lo que es correcto e integrable fuera de su tradición y aquello que, por ser contradictorio, debe ser cambiado y superado. En nuestra concepción cristiana de los derechos humanos estamos en este camino de integración y diálogo esclarecedor, aunque nos resta todavía mucho, pero el derecho religioso islámico todavía están en pañales y apenas percibimos algunos vagidos de la nueva criatura. Por eso, nos parece que no se puede prescindir de la idea revelada del derecho islámico para entender las perplejidades y zozobras de la cultura islámica para integrar la doctrina de los *humana iura*. Nuestra cultura jurídica laicista, a su vez, no tiene fácil entender la singularidad de lo que es la ley divina intocable con una autoridad superior a los poderes legislativos humanos. Y esto no es un problema histórico, sino que integra esa «ideología actual de la cultura islámica» que el autor se ha propuesto investigar.

Al comparar las doctrinas filosóficas que amparan los dos sistemas de derechos humanos, el islámico y el occidental, el autor reconoce que la filosofía jurídica positivista cruda y dura es inepta por completo para entender y justificar la postura del constitucionalismo islámico. Siempre hemos pensado que ese positivismo ha sido una reducción con pretensiones de cientificismo de la complejidad del fenómeno y experiencia jurídica. Pero esto es mayormente evidente cuando se intenta explicar un derecho de índole religiosa cual es el islámico. Nos hubiera gustado que el autor se explayara más en esta idea, a la que él vincula la opción de un cierto iusnaturalismo presente en los derechos humanos del Islam. ¿Qué clase de iusnaturalismo será ése y cuál sería su posición frente a tantos iusnaturalismos de la filosofía jurídica occidental?

A lo largo de la obra, se usa mucho la dicotomía conceptual de constituciones laicas *versus* constituciones confesionales. Y en verdad que es una categoría importante para ubicar la variedad de concepciones islámicas de los derechos humanos. Pero pensamos que hay otras variables también esclarecedoras para calificar y jerarquizar las diversas concepciones presentes en la cultura islámica. Pienso, por ejemplo, en las categorías de formalismo legal frente a contenidos legítimos, de tradicionalismo jurídico frente a actualización y modernización del derecho, de derecho localista y tribal frente a derecho universal e integrador de todos los pueblos. En efecto, la legitimidad de contenidos, la modernidad del derecho que responde a la nueva humanidad y la universalidad de sus exigencias son categorías básicas de nuestra cultura de los derechos humanos. En qué grado tales ideas y pretensiones subyacen en la cultura islámica puede ser una investigación fructífera.

Respecto a los contenidos concretos de los derechos humanos, la presente obra nos ofrece material muy valioso y puntos de reflexión estimables. Incluso se nos selecciona una bibliografía apropiada para algunos temas de especial dificultad, como es el de la situación jurídica de los derechos de la mujer en el Islam. Quizá al lector, al menos en nuestro caso personal, le hubiera

gustado tener acceso a algunos conflictos especiales de los contenidos de los derechos humanos, como el de la tolerancia religiosa, la convivencia con minorías no musulmanas en estados islámicos, el proselitismo religioso, la libertad de prensa y conciencia y el matrimonio de mixta religión. Son temas conflictivos –para el Islam, pero también para el constitucionalismo occidental, por supuesto– en los que convendría conocer las razones de la cultura religiosa del Islam.

El volumen añade a su valor intrínseco de investigación novedosa y profunda del tema, un amplio apéndice documental de textos de declaraciones de derechos humanos originados en el Islam. No es fácil tener reunidos tantos textos como los que aquí nos ofrece muy bien ordenados y traducidos el autor. A ello se añade una selección bibliográfica amplia y actualizada. Todo ello hace de la presente obra un hito en las investigaciones sobre el derecho musulmán y que pedimos al autor que se continúe y amplíe. Nuestra felicitación y agradecimiento al autor.

Antonio OSUNA  
Universidad de Valladolid

**MONEREO PÉREZ, José Luis (director), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Ed. Comares, Granada, 2002, 2089 pp.**

La reciente evolución económica de nuestro país y su inserción contradictoria en la geografía del bienestar democrático-social europeo no pueden ser comprendidas sin tener en cuenta el cambio hacia un régimen político postdictatorial y el proceso constituyente de la segunda mitad de los setenta. Pues las actuales instituciones llamadas a ordenar la vida económica y a tutelar determinados bienes sociales básicos derivan, sin excepción, de la vigente Constitución de 1978. En esa fecha, el «Estado social y democrático de derecho» proclamado como modelo de Estado en el artículo 1.1 –un diseño jurídico-político que, en atención a sus rasgos estructurales, bien podría llamarse Estado social constitucional– es resultado de un pacto entre fuerzas políticas y sociales heterogéneas que introduce tardíamente a nuestro país en la onda constitucionalizadora de la segunda posguerra mundial. Pero es, sobre todo, un fin a realizar mediante el desarrollo de las disposiciones constitucionales que configuran su arquitectura. Cuando ha transcurrido un cuarto de siglo desde la aprobación de la Constitución, los balances retrospectivos en torno a su despliegue (su desarrollo político-legislativo, jurisprudencial y dogmático) resultan no sólo oportunos, sino necesarios. Esto es lo que propone este libro, una ambiciosa iniciativa dirigida por José Luis Monereo, Cristóbal Molina y M.<sup>a</sup> Nieves Moreno cuyas dimensiones –más de dos mil páginas, cincuenta y cinco estudios realizados por cuarenta y un autores provenientes de la práctica totalidad de los sectores de la dogmática jurídica– dan una idea del alcance del proyecto. Como señala el propio Monereo en el prólogo, «la finalidad de (la) obra es permitir una comprensión global y especializada del desenvolvimiento vital de la Constitución social y económica cristalizada en el cuerpo normativo más importante de nuestro sistema jurídico». Se trata, pues, de un análisis pormenorizado de los preceptos constitucionales que fijan las bases del Estado social, que reconocen y garantizan los derechos sociales y que delimitan (o mandatan) la intervención directiva, controladora, programadora o reguladora de los poderes públicos en la economía. Y es justamente la elección de nuestra Constitución *indirizzo* como eje articulador lo que convierte a este monumental comentario en un libro singular, destinado muy probablemente a convertirse en una obra de referencia en nuestro medio.

Formalmente, el libro está estructurado en diversos capítulos que siguen, especialmente en lo que hace a los derechos, la sistemática constitucional. La opción metodológica de asignar un artículo o epígrafe de artículo constitucional a cada estudio –algunos autores han elaborado más de uno– logra evitar los solapamientos y las redundancias a los que tienden a exponerse las obras colectivas de este calado, facilita la orientación topográfica del lector y no repercute negativamente en la impresión de sistematicidad e interdependencia que transmite el texto en su totalidad. Más allá de que las afinidades electivas de cada autor impregnen inevitablemente los trabajos –a veces, de forma acusada– y de que el acabado de los mismos sea, también inevitablemente, desigual, la calidad del conjunto es muy alta. No se ha considerado conveniente imponer un sistema de citas uniformado. Las bibliografías aparecen al final de cada estudio, si bien algunos autores que aportan más

de uno realizan remisiones que, a veces, hacen oneroso el hallazgo de las referencias.

Aunque esta nota no puede hacer justicia a la exuberancia de su contenido, quisiera al menos mencionar los dos aspectos generales de la obra que, entiendo, merecen ser destacados:

a) Los estudios de este Comentario conforman una narración, realizada a la luz del desarrollo de la Constitución, de las transformaciones de todo tipo experimentadas por la sociedad española en los últimos veinticinco años, transformaciones que, si bien no se pueden aislar de los cambios políticos, sociales, económicos, productivos, laborales, sociodemográficos, culturales e ideológicos vividos en el mismo período de tiempo por los países del entorno, tienen unos perfiles específicos en el caso de España debido a la particular posición de partida de nuestro país en el momento constituyente.

Algunos de estos cambios –el ingreso en un marco supranacional como la CEE (prefigurado ya en el texto constitucional), la conversión de nuestro país en receptor de inmigración, el proceso de descentralización política y administrativa y la distribución territorial del poder en materia económica y social– reciben un tratamiento proporcional a su importancia y a sus implicaciones. Pero estos cambios no son ajenos a los experimentados en tres áreas temáticas interrelacionadas que cabe distinguir del siguiente modo:

En primer lugar, los estudios dedicados a los artículos de la Constitución que modulan propiamente el gobierno de la economía por parte del Estado gestor (iniciativa pública, planificación económica, principios relativos a la política fiscal y al gasto público, mandatos al ejecutivo sobre la elaboración del presupuesto, emisión de deuda, fiscalización de las cuentas estatales por un órgano ad hoc) pueden leerse como una reflexión jurídica –o quizás, como un debate, dada la pluralidad de perspectivas filosófico-políticas de fondo que concurren en los textos– sobre la reorientación del papel del Estado en la gestión de la economía –señaladamente, en la política impositiva– postulada tras la inflexión postkeynesiana de los setenta y la apertura de las economías nacionales a contextos competitivos transnacionales.

En segundo término, los estudios dedicados a la intervención en el mercado de trabajo del Estado patrón y a otras materias constitucionales relativas al mundo laboral (concertación, negociación colectiva, actores clásicos y emergentes, derechos laborales, etc.) reflejan adecuadamente –siempre dentro de la órbita jurídica– las mutaciones experimentadas por el empleo y por la regulación laboral en las últimas décadas, así como la incidencia que la peculiar evolución de la estructura productiva y ocupacional española ha tenido en las relaciones laborales y en el desarrollo de los preceptos constitucionales relativos a esa esfera.

Finalmente, la lectura transversal del libro –quizá, de manera específica, de los estudios introductorios más teóricos y de aquéllos dedicados al desarrollo de los principios rectores del Capítulo III de la Constitución– proporciona una visión ejemplar de las estrategias encaminadas a la edificación del Estado providencia (o Estado del bienestar) en un contexto epocal ideológica y económicamente hostil, caracterizado por la alteración de los supuestos estructurales que sustentaron su construcción y vigencia. En el desarrollo postconstitucional del Estado del bienestar español se ha producido un solapamiento histórico de los procesos de construcción y reestructuración (remodelación o rediseño) del pacto social que en los países del centro y norte de Europa fundara tras la segunda gran guerra un modelo cuya mala salud

de hierro (la traída y llevada crisis del Estado social) es, como se sabe, objeto de permanente discusión.

Esta controversia late en buena parte de los estudios del libro. No puede ser de otro modo, si atendemos a la temática general de este Comentario y a la importancia de la regulación jurídica en la modulación de las desigualdades en las actuales sociedades complejas: si bien en el Estado social el derecho suele ser caracterizado como un derecho instrumental regido por una lógica finalista (el derecho es un instrumento de la política), no es menos cierto que, atendida la ordenación jerárquica de las fuentes, en un Estado constitucional la política es, igualmente, instrumento del derecho. Más exactamente, la política (también la política social) es instrumento de ese «derecho sobre el derecho» que es la Constitución, precisamente el cuerpo normativo que delinea los pilares del Estado social. Esto nos lleva al segundo conjunto de cuestiones que quisiera destacar.

b) El libro es un completísimo y actualizado análisis de cada uno de los derechos sociales, de las políticas legislativas que han determinado los perfiles de su realización y de la interpretación que de los enunciados que los reconocen o proclaman ha ido realizando la jurisdicción constitucional a través de la vía del amparo –vedada ex art. 53 a la mayor parte de los derechos sociales– y, sobre todo, del control directo (recurso de inconstitucionalidad) o incidental (cuestión de inconstitucionalidad) de las leyes sustantivas que los han desarrollado. Buena parte de los trabajos arrancan, además, con una nota genealógica acerca del proceso de redacción del artículo constitucional en cuestión.

Al hilo del examen singularizado de los derechos sociales, la obra recorre todos los problemas y debates que envuelven a esa suerte de hermanos pequeños –y, últimamente, empequeñecidos– de la historia constitucional moderno-clásica. Tal vez no sea del todo exacto hablar únicamente de derechos sociales, ya que hay estudios dedicados a derechos de contenido socioeconómico (propiedad, libertad de empresa) y a otra clase de mandatos contenidos en la Constitución encuadrables en lo que Vasak denominara derechos de «tercera generación» (medio ambiente, calidad de vida, derechos de los consumidores, etc.) que, a pesar de tener una obvia proyección social, no encajan del todo en el significado normalmente atribuido a aquella denominación. En cualquier caso, todas las normas constitucionales son analizadas desde el prisma del Estado social y de sus fundamentos, positivados en la propia Constitución y, obviamente, tratados en los textos monográficos dedicados respectivamente a los artículos 1.1, 9.2 y 10.1 CE.

En la medida en que es imposible dar cuenta de la delimitación de los contornos de los derechos llevada a cabo por cada autor, parece más oportuno tratar de abstraer algunas de las cuestiones vinculadas a la temática de los derechos sociales que permean los artículos:

– La Constitución, como se sabe, establece una «escala de fundamentalidad» de los derechos en función de su ubicación sistemática en las secciones 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del Capítulo II y en el Capítulo III. La cuestión de si los derechos sociales que no están en la sección 1.<sup>a</sup> (es decir, todos excepto educación, sindicación y huelga) pueden ser considerados derechos fundamentales recibe una respuesta positiva en la mayoría de los estudios (el rango de las normas que los reconocen dentro del sistema jurídico, la propia rúbrica del Título I de la Constitución y la doctrina fijada por el TC son algunas de las razones recurrentes). Algunos estudios profundizan más en este punto, que no es una

mera cuestión semántica, señalando como el habitual confinamiento conceptual de los derechos sociales «en bloque» dentro de la categoría de derechos a prestaciones positivas y la correlativa identificación de los derechos de libertad con los derechos fundamentales de abstención estatal, negativos o «sin coste», operaciones intelectuales reforzadas por la compartimentación establecida en el texto constitucional y por el nomen de la sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo II, tienden a ocultar la dimensión prestacional de los derechos liberales, la interrelación de las categorías de derechos y las implicaciones prácticas que ello tiene. Se trata de un argumento que, no por conocido, resulta menos pertinente, especialmente cuando aquellos afanes clasificatorios, aceptables sin duda desde un punto de vista analítico, se dirigen exclusivamente a devaluar la normatividad de los derechos sociales.

– Las normas constitucionales que reconocen derechos sociales (muchas de ellas, pero no todas) están enunciadas en forma de normas-programa, habilitaciones competenciales o, en el lenguaje de Alexy, «directrices». Excluidas, en principio, de la garantía de aplicación directa, y privados los derechos sociales así enunciados del carácter de *iura perfecta* (derechos subjetivos en el sentido de la teoría tradicional), la necesidad de *interpositio legislatoris* abre un abanico de cuestiones ampliamente abordadas en el Comentario relativas a los límites de la «libertad de configuración» por parte del legislador. Las tomas de posición basculan entre el respeto a las prerrogativas del legislador democráticamente habilitado y el recordatorio de la fuerza normativa vinculante que los preceptos constitucionales ejercen para todos los poderes públicos, especialmente en lo que atañe al núcleo de los derechos sociales que representa un contenido intangible para aquella libertad de configuración. Cuestión distinta, también ampliamente abordada, es la de las formas de desarrollo normativo de los derechos sociales, demasiadas veces llevado a cabo sin respetar una mínima reserva de ley, a través de normas de ínfimo rango, de remisiones a la vía reglamentaria o de una interpretación abusiva –especialmente en materia laboral– del presupuesto habilitante de la técnica del Decreto-ley. Se trata de un tema que remite a la denominada crisis de la ley, a las peculiaridades del derecho en el Estado social y a la tendencial cancelación de la división de poderes entre legislativo y ejecutivo que, se ha repetido, singulariza al Estado social.

– El Comentario es también un balance de la actuación en materia socioeconómica del Tribunal Constitucional a lo largo de la vigencia de la Constitución. (Como oportunamente recuerda el único iusfilósofo que participa en la obra, la tarea interpretativa del Tribunal Constitucional representa inevitablemente una toma de postura en torno al significado de los derechos que tiene tras de sí una construcción o una doctrina de índole ética o política.) Aunque existe un completo estudio dedicado a las garantías que cierra el libro, las relaciones entre legislador y TC, por un lado, y la tutela jurisdiccional de los derechos, por otro, aparecen en la mayoría de los trabajos. En el nivel del control de constitucionalidad los estudios reflejan como, a semejanza de lo que ha ocurrido en los sistemas europeos de jurisdicción constitucional concentrada de filiación austro-kelseniana, el desarrollo y complejización de la legislación social ha tendido a relativizar la teoría del legislador negativo y el tradicional binomio inconstitucionalidad-nulidad. En el plano de la tutela subjetiva (ante el TC y ante la jurisdicción ordinaria) se registran las limitaciones a la exigibilidad judicial configuradas por el 53 CE, que no excluyen del todo la posibilidad de exigencia indirecta a través del 14 CE. Dado que aquellos límites no afectan por igual a todos los dere-



chos sociales, el análisis de cada precepto constitucional proporciona una visión particularizada de los problemas y los debates generados al respecto. No faltan, además, consideraciones en torno a las distintas teorías sobre el alcance de la denominada eficacia horizontal de los derechos.

– Los principios de unidad del orden económico, de la legislación laboral y del sistema de seguridad social prefiguran constitucionalmente un tratamiento normativo uniforme en todo el territorio estatal. A su vez, los entes infraestatales –especialmente los que tienen potestad legislativa, es decir, las CC.AA.– han ejercido un rol trascendental en el desarrollo de la Constitución social, particularmente en materia educativa, sanitaria y asistencial. Las cuestiones relativas a la financiación y al deslinde competencial entre Estado y CC.AA. aparecen abordadas desde una perspectiva realista que no rehuye, en general, el análisis de las inevitables tensiones verificadas en el despliegue de una organización territorial que, excepción hecha de las experiencias catalana y vasca de la segunda República, es inédita en nuestra historia. También los condicionantes supraestatales en el desarrollo de los derechos sociales reciben atención: de las directivas comunitarias en materia social y laboral a la fuerza de los tratados y convenios de derecho internacional de derechos humanos ratificados por España. Desde una perspectiva más teórica, se formula en más de una ocasión la pregunta sobre la aceptabilidad de la defensa del Estado social (y de los derechos sociales) «en un solo país».

– Los estudios combinan el obligado manejo del instrumental de la dogmática constitucional con la perspectiva teórica del sector del ordenamiento en el que cada derecho social analizado se incardina. A la típica actividad reformuladora del derecho de la dogmática jurídica reconocible en la mayoría de los trabajos, se agregan interesantes reflexiones (o autorreflexiones) tangenciales sobre las transformaciones de su objeto de conocimiento en la fase de crisis y reestructuración del Estado social (en especial, aunque no exclusivamente, del derecho del trabajo y de la Seguridad Social y del derecho administrativo).

Además de todo lo señalado, el Comentario tiene un interés lateral que justifica su comentario en una sede como ésta. Se trata, obviamente, de un libro de dogmática, que estudia el «contenido» del derecho. Pero hay muchos pasajes en los que los autores manejan conceptos y afrontan problemas –algunos, muy actuales– de la teoría (general) del derecho. Scarpelli definió de manera muy exigente la teoría del derecho como «alta dogmática», queriendo con ello decir que el teórico del derecho debe ser una suerte de superdoctrinario concededor del derecho positivo y de los discursos de la doctrina si es que quiere hacer teoría del derecho. Pues bien, aquí encontramos a doctrinarios o dogmáticos «haciendo» teoría del derecho. Esto es (o debe ser) un consuelo para los teóricos, eternamente habitados por una duda inconfesada en torno a la utilidad y los rendimientos de su tarea extramuros de su comunidad.

El lector tiene a su disposición una obra importante, de obligada consulta para comprender cómo se ha ido forjando, a lo largo de su vigencia, el conjunto de significados que forman la Constitución socio-económica.

Pablo MIRAVET  
Universitat de València E.G.

**RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 1999, CIX + 271 pp.**

Las obras de Ihering, Heck, Weber, Engisch o el propio Radbruch, entre otros, constituyen momentos fundamentales de la cultura jurídica occidental y, sin embargo, el tiempo transcurrido desde su publicación (a veces en editoriales hoy desaparecidas) y la pérdida de una mal entendida actualidad, así como el mal uso que suele darse a lo ajeno en las bibliotecas universitarias, han hecho difícil, si no imposible, el acceso a ellas.

Esta nueva edición de la *Filosofía del Derecho* de Gustav Radbruch (1878-1949) forma parte de la encomiable labor de recuperación de clásicos del pensamiento jurídico contemporáneo, entre los que también se encuentran trabajos de los otros autores arriba mencionados, que está llevando a cabo en los últimos años la editorial Comares en su colección «Arte del Derecho». Como novedad, incorpora un extenso estudio preliminar («La filosofía de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política», pp. XVII-CIX) a cargo de José Luis Monereo Pérez. El mismo consta de tres partes bien diferenciadas: un esbozo biográfico de la figura de Radbruch, una segunda dedicada a su evolución intelectual y, por último, la que aborda diversos aspectos sobre la cuestión del Derecho social en la obra de Radbruch. La primera parte del estudio muestra el talante comprometido del intelectual. Radbruch se posiciona claramente del lado de la socialdemocracia; llegaría a ocupar el Ministerio de Justicia de la República de Weimar en los años 1921-1923, durante la etapa de gobierno socialdemócrata. Como apunta Monereo, «la República de Weimar era un campo propio para el compromiso político» (p. XXII) y, sin embargo, no todos se alinearon en el mismo bando. La decadencia de las instituciones democráticas propiciada por «el surgimiento de tendencias anti-parlamentarias» como respuesta a las mayorías de corte izquierdista, la desfavorable coyuntura económica para la introducción de cambios sociales y, en definitiva, la situación de ingobernabilidad derivada de la dificultad de imponer en un contexto hostil una constitución social como la de Weimar de 1919, condujeron a muchos sectores de la intelectualidad del momento –Schmitt, Larenz, Fortshoff o el propio Heidegger (algo que nunca le fue perdonado)– a sucumbir a los sueños (pesadillas) de la razón y justificar «el advenimiento y consolidación del Estado totalitario» (p. XXV). Su oposición militante a este tipo de opción le valió la expulsión de su Cátedra de Derecho Penal en Heidelberg en junio de 1933, en la que sería repuesto acabada ya la guerra, en 1945. En su vuelta a la Facultad de Derecho de Heidelberg ocupa el cargo de Decano, participando en «la reconstrucción de la Universidad y la normalización democrática de la cultura alemana» (p. XXV) desde la defensa de los derechos fundamentales y la democracia.

Este recorrido biográfico constituye un elemento de análisis ineludible para el entendimiento de la evolución intelectual de Radbruch (a pesar de algunas imprecisiones o, al menos, falta de concordancia con otras fuentes en ciertos datos que en absoluto invierten el sentido de lo afirmado)<sup>1</sup>, que

<sup>1</sup> Así, afirma Monereo: «Ejerció de profesor extraordinario de Derecho Penal y Filosofía del Derecho en las Universidades de Königsberg, Kiel, y profesor

se expone en el segundo tramo del estudio. Ésta se presenta como el tránsito desde posiciones cercanas al positivismo en un primer momento, a un distanciamiento crítico posterior, tomando como punto de inflexión el período del el régimen nacionalsocialista y la II Guerra Mundial (1933-1945). Monereo asume, no sin matizaciones, la tesis de la ruptura en la obra de Radbruch; así escribe: «... en nuestro autor existen líneas de continuidad y de cambio, pero en aspectos relevantes se produce una transformación radical de su pensamiento crítico a resultas de procesos de maduración interna en respuesta a los trágicos acontecimientos que había vivido en la era del tercer Reich y durante la Segunda Guerra Mundial. De este modo se puede afirmar que, aunque las fronteras entre las dos etapas son relativas, las discontinuidades son (...) efectivamente existentes en su obra y en sus declaraciones» (p. XXVII). Pero, en el fondo se deja ver que el desarrollo del pensamiento de Radbruch no es sino una reordenación en términos jerárquicos de los elementos que configuran su *idea de Derecho* (deber ser), a la que ha de orientarse el Derecho (ser): justicia, fin y seguridad (orden). Si en un primer momento la tensión se rompía del lado de la seguridad, el segundo Radbruch reestructura la relación en favor, ahora, de la justicia. Esta concepción dialéctica del Derecho (p. XXXVII) describe, por tanto, más bien una modificación de las relaciones entre los elementos que configuran la idea de Derecho, que de ellos propiamente. Y así, en ningún momento, tampoco en la segunda etapa, abandona Radbruch la idea, que compartirán luego autores inequívocamente positivis-

---

ordinario en Heidelberg (desde 1923)» (p. XVIII). Gustav Radbruch se incorporó, ciertamente, en 1914 como profesor extraordinario en plantilla (*planmäßiger außerordentlicher Professor*) a la Universidad de Königsberg. También como profesor extraordinario de Derecho Público aceptará la llamada de la Universidad de Kiel en 1919, donde, poco después, pasa a ocupar ya una plaza de profesor ordinario (*ordentlicher Professor*) de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Filosofía del Derecho (cfr. KAUFMANN, Arthur, *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, Piper, Manchen-Zürich, 1987, p. 65); allí vuelve en 1923, tras su paso por el Ministerio de Justicia de los gabinetes Wirth y Stresemann (1921-1923) (cfr. KAUFMANN, Arthur, *op. cit.*, p. 203). Y no es hasta el 13 de noviembre de 1926 que lee su discurso de toma de posesión del cargo de profesor de Derecho Penal y Filosofía del Derecho en Heidelberg, *El hombre en el Derecho (Der Mensch im Recht)*, a donde había sido llamado en la primavera anterior. No obstante, acerca de este último dato hay cierta confusión en el libro de Kaufmann, pues en la p. 111 se afirma que la propuesta de Radbruch como profesor de la Facultad de Derecho de Heidelberg es del 14 de mayo de 1925 y la llamada tiene lugar el 25 de mayo de 1925, pero la tabla cronológica de las pp. 203 ss. presenta esta llamada en la primavera de 1926, siendo la toma de posesión de noviembre del mismo año. Por otro lado, en la p. 131 dice Kaufmann: «Als Radbruch 1926 nach Heidelberg, in die Stadt seiner ersten akademischen Wirksamkeit, zurückkehrte, ... (Cuando Radbruch regresa a Heidelberg en 1926, la ciudad de su primera actividad académica, ...)». No queda claro, pues, si la discordancia se debe a un error tipográfico, que sería doble, o está producida al recomponer la tabla cronológica, lo que parece más probable, de manera que la llamada tendría lugar en 1925 y la incorporación un año más tarde, 1926. En cualquier caso no es 1923, sino dos o tres años más adelante. Por último, escribe: «Antes de la guerra mundial se había afiliado al partido socialista alemán (SPD) y será un representante relevante de la socialdemocracia alemana. Su ingreso en el partido socialdemócrata alemán data de sus tiempos de estudiante en Leipzig» (XVIII). Según Kaufmann (*op. cit.*, p. 204), la incorporación de Radbruch al SPD data de 1919, si bien, su actividad política sí fue anterior a la primera gran guerra (KAUFMANN, Arthur, *op. cit.*, p. 65).

tas como Hart<sup>2</sup>, de que las normas jurídicas, con independencia de su contenido, tienen valor moral en cuanto que generan cierto grado de certeza o predecibilidad (seguridad jurídica)<sup>3</sup>. De ahí que llegara a afirmar que «la pugna aparente entre Derecho y Moralidad entraña en realidad una colisión entre dos deberes morales»<sup>4</sup>; y, en caso de conflicto, la solución debe resultar de la consideración (ponderación) de ambos principios morales (formal y material), y no de la preeminencia absoluta de cualquiera de ambos (pp. LXIII y LXXV). La evolución en el pensamiento de Radbruch se puede describir, en este sentido, como un desplazamiento del mayor peso argumentativo de la seguridad jurídica (Derecho) a la justicia material (Moralidad). Esta manera de plantear la relación entre seguridad jurídica y justicia, a la que subyace el principio de unidad de razonamiento práctico, ha sido retomada en la actualidad por algunos teóricos de la argumentación jurídica, quienes atribuyen a las normas jurídicas una validez únicamente *prima facie* fundada en el valor moral de la seguridad jurídica y, en los estados democráticos, además, en el hecho de que las normas son, al menos teóricamente, la manifestación de las preferencias de la mayoría. No obstante, la validez definitiva (o, si se quiere, la decisión jurídica racionalmente justificada) de las normas es deudora de una ponderación en la que también han de ser consideradas otras circunstancias (argumentos) moralmente relevantes para el caso concreto<sup>5</sup>.

Paralelamente, o quizá más bien, presupuesto de esa evolución en el pensamiento de Radbruch, se produce la revisión del relativismo axiológico. El planteamiento relativista fuerte que marca su primera etapa proporciona las bases para la defensa de una postura más cercana al positivismo o, al menos, en la que la seguridad jurídica prevalece sobre la justicia que, al fin y al cabo, es algo sobre lo que no puede obtenerse certeza suficiente. Monereo, no obstante, pone especial énfasis en aclarar el sentido del relativismo en Radbruch, evitando la identificación de aquél con el escepticismo axiológico; el relativismo supone, únicamente, la renuncia a una fundamentación científica de los valores, pero no a la toma de postura. De hecho, el relativismo es, para Radbruch, el presupuesto ideológico de la democracia y, por lo tanto, no supone la negación del compromiso con los valores, sino, antes al contrario, la reafirmación de los propios en el marco del pluralismo axiológico inhe-

<sup>2</sup> «... necesariamente se realiza un mínimo de justicia dondequiera que la conducta humana es controlada mediante reglas generales que se hacen conocer públicamente y son judicialmente aplicadas» (HART, Herbert, *El concepto de Derecho*, trad. G. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 254).

<sup>3</sup> «... por injustamente que haya podido el derecho formar su contenido, ya se ha mostrado que, por su mera existencia, cumple siempre un fin, el de la seguridad jurídica» [RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho* (trad. J. Medina Echeverría), Editorial Comares, Granada, 1999, p. 107].

<sup>4</sup> RADBRUCH, Gustav, «Introducción a la ciencia del Derecho», trad. L. Recaséns Siches, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1930, p. 296 (citado por Monereo, p. LXXX).

<sup>5</sup> Vid. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, CEC, 1997; ALEXY, Robert, «Juristische Interpretation», en Id., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main, Surkamp Verlag, 1995, pp. 71-93; PECZENICK, Alexander, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 1989; PECZENICK, Alexander, «Dimensiones morales del Derecho», *Doxa* 8 (1990), pp. 89-109; AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. E. Garzón Valdés, CEC, Madrid, 1987.

rente a las sociedades democráticas (p. XLIII). Y es esta doble dimensión, la ausencia de certezas absolutas y potencial legitimación de cualesquiera opciones políticas, por un lado, y, precisamente sobre la base de ese mismo presupuesto, la crítica política y jurídica de regímenes que se atribuyen la condición de verdad absoluta, por otro, lo que permite identificar los elementos que, dialécticamente, definen los dos momentos del pensamiento de Radbruch (p. XLIX), diferenciados por la actitud ante el relativismo; donde el joven aprecia imposibilidad de justificación racional (en un momento en que lo racional era identificado con lo científico) y se inclina por el positivismo de la mano de la seguridad jurídica, el pensador maduro, impresionado por los acontecimientos que le ha tocado vivir, inclina la balanza del lado de la crítica y llega (así también otros relativistas, como Kelsen) a definir a través de esta función crítica los valores absolutos o presupuestos del relativismo: los derechos humanos, el Estado de Derecho, la división de poderes y la soberanía popular. Paradójicamente, como el mismo Radbruch advierte, desde un principio metódico opuesto, el relativismo fundamenta las exigencias materiales del derecho natural<sup>6</sup>.

Este giro crítico en el pensamiento de Radbruch tiene consecuencias relevantes para su concepción del Derecho al introducir un componente material en su definición de validez (a la que confiere una naturaleza ontológica). Así, el derecho injusto *cualificado* no es derecho válido o, simplemente, no es derecho. La racionalidad formal o legalista, deja paso a una racionalidad material de mínimos (p. LXXIV) que hoy resulta irrenunciable en el Estado constitucional democrático (p. LXXV). Este neoiusnaturalismo que hace depender la validez de las normas jurídicas de su contenido presenta dos características que lo distancian de los planteamientos tradicionales: por un lado, no cree en valores absolutos y objetivos, eternos y universales, y, por otro, la validez no depende de la *total* adecuación de las normas a lo que Radbruch denomina *Derecho supralegal*, sino que, para que la desviación tenga efectos excluyentes para la validez de las normas, ha de suponer una injusticia *cualificada o intolerable*. En la actualidad, Robert Alexy<sup>7</sup> (ente otros, pero quizá más explícitamente que ninguno) ha recogido el testigo en la defensa de esta concepción del Derecho, que sitúa al segundo Radbruch como uno de los precursores de las nuevas corrientes contrarias antipositivistas que se han desarrollado alrededor de la tesis de la necesaria vinculación del Derecho y la Moral, no ya en el sentido que lo entendía el iusnaturalismo tradicional, sino como lo hace Radbruch, esto es, considerando la validez jurídica como el resultado de una ponderación que toma en consideración el Derecho desde una doble dimensión moral, sustantiva (justicia) y formal (seguridad).

Igualmente, la tercera parte del estudio preliminar, dedicada al Derecho social, refuerza la imagen de Radbruch como creador de una obra de anticipación y, sobre todo, de compromiso pleno con los ideales del Estado social y democrático. El Derecho social en Radbruch no tiene un carácter meramente tuitivo, sino que se construye a partir de una concepción antropológica que abandona la ficción abstracta del *homo oeconomicus*, para adoptar una

<sup>6</sup> RADBRUCH, Gustav, «El relativismo en la filosofía del Derecho», en ídem, *El hombre en el Derecho*, trad. A. del Campo, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 102 (cit. por Monereo, p. LII).

<sup>7</sup> ALEXY, Robert, «A defence of Radbruch's Formula», en DYZENHAUS, David (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 1999, pp. 15-39.

perspectiva «del hombre sujeto a vínculos sociales, del hombre colectivo» (p. XCV). La igualdad, que constituye el núcleo de la idea de justicia, no es ya presupuesto, como lo era para el Derecho liberal, sino objetivo del Derecho y consustancial a la democracia (p. XCVI y ss.), o dicho con otras palabras, mientras que el Derecho liberal se fundamenta en la idea abstracta de *igualdad*, el Derecho social lo hace en la idea de *igualación* (p. XCIX). La idea de democracia en Radbruch supera, de un lado, la concepción formal meramente procedimental, vinculando a la misma, junto a los derechos propios de la tradición liberal, el reconocimiento de los derechos sociales (p. CI), y, de otro, el ámbito de lo estrictamente público (en términos individualistas), en el intento de «hacer penetrar la Constitución democrática y sus valores fundamentales en todo el dominio del Derecho privado» (p. CV); algo que recuerda, en términos muy amplios desde luego, al resurgido discurso republicanista.

En fin, el estudio preliminar muestra la correspondencia e indisoluble unidad del hombre y su obra, y de una Teoría del Derecho consecuente con los presupuestos epistemológicos (relativismo) e ideológico-políticos (democracia, Derecho social), que, por otra parte, parecen ser coincidentes con los de Monereo. Asimismo, a lo largo del texto y en abundante aparato crítico, pone de manifiesto en algunos casos, y sugiere en otros, puntos de conexión de los planteamientos de Radbruch con la doctrina iusfilosófica, constitucionalista y laboralista contemporánea. No obstante, si hay algo que objetar al trabajo de Monereo, es que, en la justificación del distanciamiento de Radbruch respecto de posiciones positivistas, sostiene o, más bien, asume o parece asumir, por su evidente adhesión general a los planteamientos del propio Radbruch, algunas afirmaciones que no hacen justicia al positivismo, o, cuando menos, no a toda versión del positivismo. Así, los argumentos anti-positivistas de la *indefensión* (referido especialmente a los regímenes totalitarios), según el cual la equiparación entre Derecho y Poder «ha vuelto tanto a los juristas como a los pueblos indefensos contra leyes, por más arbitrarias, crueles y criminales que ellas sean» (p. LXVI); del *positivismo ideológico*, que atribuye al positivismo la identificación de lo justo con lo legal y, por ende, con el poder (p. LXVI); de la *cobertura teórica*, según el cual el positivismo jurídico legalista contribuyó a la vigencia práctica del «derecho perverso» nacionalsocialista «aportando argumentos necesarios para la exigibilidad de obediencia y acallar la conciencia crítica del poder judicial» (p. LXX); y, por último, el argumento de la *obligación moral de obediencia* al Derecho<sup>8</sup>. El alto grado de desarrollo conceptual alcanzado en las últimas décadas, hacen al positivismo inmune a estos argumentos, de manera que la justificación de una postura no positivista como la de Radbruch no puede presentarse como la negación de los mismos. En primer lugar, el término «positivismo» no es unívoco, como pone de manifiesto la ya clásica distinción de Bobbio<sup>9</sup> entre positivismo metodológico (tesis de la *neutralidad*), teórico e ideológico. En segundo lugar, y como ha escrito Prieto Sanchís, «con frecuencia las críticas

<sup>8</sup> «...para el segundo Radbruch no existe –a diferencia de lo afirmado por el positivismo formalista o legalista– un deber moral de obedecer una ley injusta surgida de un régimen antidemocrático; y, justamente, porque la ley, en tal caso, sería amoral» (p. LXXXV).

<sup>9</sup> Cfr. la segunda parte de BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, trad. R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993, pp. 141 ss. cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997, pp. 11 ss.

genéricas se refieren en realidad sólo a algún aspecto del positivismo y, en ocasiones, a algún aspecto más imaginado por los propios críticos que efectivamente defendido desde las filas positivistas»<sup>10</sup>.

Según el argumento de la indefensión, la equiparación de Derecho y poder que lleva a cabo el «positivismo legalista», concretamente, el «positivismo legal radical» o «ilegítimo», vuelve indefensos a los jueces y a los pueblos frente a las leyes injustas. Cabría preguntarse en primer lugar qué se quiere decir con el término indefensión; y, en segundo término, qué incidencia tiene en esa indefensión la distinción entre el positivismo ilegítimo de los regímenes totalitarios y el positivismo legalista de un sistema democrático (puesto que, parece, sólo en el segundo caso se produciría la perversión del derecho a partir de los planteamientos positivistas). El positivismo metodológico sostiene que la validez del derecho depende, únicamente, de la producción de unos hechos sociales independientemente de que el contenido de las normas se ajuste o no a exigencias normativas externas al ordenamiento<sup>11</sup>. Si la indefensión quiere decir que deja a los jueces huérfanos de argumentos de derecho válido para decidir rectamente en un sentido moral, esto es, efectivamente, así; pero indefensión no puede significar aquí ausencia de alternativas para actuar, ni incapacidad crítica. El hecho de que cualquier norma pueda ser calificada como jurídica por ajustarse a los requisitos de producción de normas legalmente establecidos no anula, ni la posibilidad de actuar contrariamente a lo mandado por la misma, ni la capacidad crítica de sus destinatarios. El de la injusticia no es aquí un problema conceptual (relativo a la validez del derecho), sino de ejercicio de la fuerza física. En este sentido me parece clarificador el punto de vista de Hart, por lo demás bien conocido<sup>12</sup>. En cuanto a la relevancia de la distinción entre positivismo ilegítimo, propio de regímenes totalitarios, y el positivismo sustentado en la voluntad popular (entiendo por tal una teoría que sostenga la validez del Derecho creado mediante un procedimiento democrático) en relación a la

<sup>10</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>11</sup> Cfr. WROBLEWSKI, Jerzy, «Verification and Justification in Legal Sciences», *Rechtstheorie*, Beiheft 1 (1979), pp. 195-213.

<sup>12</sup> «Cuando enfrentamos exigencias moralmente inicuas, ¿por qué es mejor pensar: «esto no es derecho en ningún sentido», en lugar de «esto es derecho, pero es demasiado inicuo para ser obedecido o aplicado? [...] Sin duda que las ideas tienen su influencia; pero no parece que el esfuerzo para adiestrar y educar a los hombres en el uso de un concepto más restringido de validez jurídica, en el que no caben normas jurídicas válidas aunque moralmente inicuas, haya de robustecer la resistencia frente al mal organizado, o a una comprensión más clara de lo que está moralmente comprometido cuando se exige obediencia. Mientras los seres humanos puedan obtener suficiente operación de algunos para permitirles dominar a otros, usarán las formas del derecho como uno de sus instrumentos. Hombres malvados dictarán reglas malvadas que otros aplicarán. Lo que por cierto más se necesita para que los hombres tengan una visión clara al enfrentar el abuso del poder, es que conserven la idea de que al certificar que algo es jurídicamente válido no resolvemos en forma definitiva la cuestión de si se le debe obediencia, y que por muy grande que sea el halo de majestad o autoridad que el sistema oficial pueda poseer, sus exigencias en definitiva, tienen que ser sometidas a un examen moral» (HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, pp. 259-260). Creo que queda claro así que el único sentido en que se puede hablar de indefensión —como ausencia de argumentos de Derecho válido en que sustentar las decisiones jurídicas— resulta trivial de cara a solventar el problema de la injusticia organizada o de la obligación (que, siempre es moral en última instancia) de obediencia al Derecho.

indefensión, la única diferencia apreciable es que, mientras que sobre las normas del primero pesa una presunción de injusticia material (con todas las probabilidades que se quieran de que se confirme), las del segundo gozan de una presunción de corrección. Pero, en ningún caso, puede decirse que considerar como derecho válido el derecho positivo de un régimen totalitario o ilegítimo, impide la desviación de la conducta respecto de lo establecido por la norma (desobediencia), ni anula la capacidad crítica de los destinatarios de las normas; antes bien, es más probable que esto ocurra al manejar un concepto de validez que incorpore criterios morales que convierta la (en el mejor de los casos) presunción de justicia en cualidad de todo Derecho.

El argumento del positivismo ideológico no es atribuible a los positivistas coetáneos<sup>13</sup> de Radbruch, como Kelsen, que, sobre la base del relativismo axiológico, desvincula la cuestión de la validez del derecho positivo de aquélla de la corrección moral de su contenido. En todo caso, desde posiciones positivistas podría sostenerse una versión débil (con lo que quedaría contestado también el argumento de la obligación moral de obediencia al Derecho), asumida por el propio Radbruch, aun incluso en su segunda etapa, según la cual el mero hecho de proporcionar un mínimo grado de certeza y seguridad ya dota al Derecho positivo de cierto valor moral (justicia formal), surgiendo, con ello, una obligación moral *prima facie*, nunca absoluta, de obediencia al Derecho<sup>14</sup>.

En cuanto a la supuesta contribución del positivismo a la vigencia práctica del derecho nazi, con el tiempo, se ha demostrado una acusación injusta. Garzón Valdés ha sostenido en algunos trabajos<sup>15</sup> la falsedad de esta acusación y se ha ocupado de mostrar, mediante numerosos ejemplos, que no fue precisamente el iuspositivismo (cuyos teóricos, por cierto, fueron atacados y perseguidos a partir de 1933; véase el significativo caso de Kelsen o el propio Radbruch), sino «la vigencia de un iusnaturalismo cargado de una buena dosis de irracionalismo en conjunción con un decisionismo que veía en el *Führer* al «único legislador» de quien dependía en última instancia la validez de las normas»<sup>16</sup>, lo que proporcionó los cimientos ideológicos al régimen nacionalsocialista. Pero es que además, no es que de hecho los autores que dieron sustento teórico se alinearan claramente del bando antipositivista, sino que las prácticas de los tribunales alemanes bajo el régimen nazi (ausencia de respeto del principio de justicia formal o igualdad ante la ley, aplicación generalizada de la retroactividad, etc.) eran totalmente incompatibles con las tesis del positivismo relativista<sup>17</sup> en el plano teórico (ley como fuente única de Derecho o el ideal de la interpretación mecanicista y neutral).

<sup>13</sup> Sí es el caso, por ejemplo de Hobbes, que desde una perspectiva no ya relativista, sino soberanista, afirma: «las leyes son normas sobre lo justo y lo injusto, no pudiendo ser reputado injusto lo que no sea contrario a ninguna ley» (HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, trad. M. Sánchez Sarto, FCE, México, 1980, p. 218).

<sup>14</sup> Ídem, p. 15.

<sup>15</sup> GARZÓN VALDÉS, Ernesto, «Notas sobre la Filosofía del Derecho alemana actual» y «Derecho natural e ideología», en Id., *Derecho, Ética y Política*, CEC, Madrid, 1993, pp. 235 ss. 145 ss., respectivamente.

<sup>16</sup> GARZÓN VALDÉS, Ernesto, «Notas sobre la Filosofía del Derecho alemana actual», *op. cit.*, p. 237.

<sup>17</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho», en ídem, *Escritos sobre Filosofía del Derecho*, Ediciones Rosaristas, Santa Fé de Bogotá, 1997, pp. 233 ss.



Queda, por último, abordar algunas cuestiones de la obra de Radbruch que se reedita. La *Filosofía del Derecho* [dividida temáticamente en una parte general (§1 a §15) y una parte especial (§16 a §29)] pertenece a la primera de las dos etapas a que se ha hecho referencia del pensador alemán. Y en ella pueden encontrarse los elementos fundamentales que definen el pensamiento de Radbruch: el dualismo metodológico y el relativismo propios de la escuela neokantiana (p. 7); el primero sustentado sobre la distinción entre hecho y valor (ser / deber ser), y el segundo definido más como un marco de posibilidad de acción ante la ausencia de certezas absolutas, que como una especie de nihilismo o escepticismo radical que conduzca al «enmudecimiento de la razón práctica» (p. 14). El concepto de Derecho es, según Radbruch, y en tanto que referido a un valor, un concepto cultural que viene determinado por la idea de Derecho que, a su vez, es definida por tres elementos: la *justicia*, el *fin* (orden) y la *seguridad jurídica*. La tensión dialéctica se resuelve en esta obra, como hemos visto más arriba, a favor de la seguridad sobre la base de dos argumentos: el carácter formal de la justicia y el relativismo axiológico. En cuanto a la primera dice Radbruch: «...la justicia nos indica, ciertamente tratar a los iguales como iguales y los desiguales de modo distinto según medida de su desigualdad, pero deja abierto el problema de a quién hay que considerar como igual o desigual, y de qué manera han de tratarse» (p. 65). Si combinamos este pensamiento con la concepción relativista de los valores de justicia de la que parte y, por extensión, del relativismo acerca de los fines del Derecho, están servidas las condiciones para que entren en juego las ideas de orden y seguridad. Así: «...el problema del fin no pueden responderse unívocamente, sino relativísticamente por el desarrollo sistemático de las diferentes concepciones del Derecho y del Estado, de las diferentes ideología políticas. Este relativismo no puede quedar como la última palabra de la Filosofía del Derecho. El derecho, como ordenación de la vida común, no puede ser abandonado a las diversidades de opinión de los individuos, pues por encima de todos tiene que ser una ordenación, un *Orden*» (p. 90). Y de ahí que resulte «más importante acabar con la batalla de opiniones políticas, que no esperar a ponerle un término justo y con arreglo a fines; es más importante la existencia de un orden jurídico que su justicia y finalidad; estas últimas son las grandes tareas secundarias del Derecho, la primera, consentida igualmente por todos, es la seguridad, es decir, el Orden, la paz» (pp. 90-91, 105). Una concepción formalista del Derecho ésta que, basada en una concepción formal de la justicia y el relativismo axiológico, contrasta enormemente con el giro materialista en el pensamiento de Radbruch que provocarían los acontecimientos acaecidos en los años posteriores a la publicación original de esta *Filosofía del Derecho*; obra que, sin embargo, no ha perdido vigencia. En parte superados y en parte asumidos, los clásicos contemporáneos (y Radbruch lo es) quedan para todo presente que los quiera recuperar y ese, entiendo (y he pretendido poner de manifiesto en lo que precede), es el propósito de esta nueva edición y el estudio que la acompaña.

José Manuel CABRA APALATEGUI  
Universidad de Málaga

**RAWLS, John, *Derecho de gentes y «una revisión de la razón pública»*, trad. de Hernando Valencia Villa, Barcelona, Paidós, 2001, 224 pp.**

Presenta el pensamiento sorprendentes ironías. Sucede en ocasiones como si en su marcha de avance se viera obstaculizado antes que por la natural dificultad de abrir el nuevo tramo de recorrido que brota de entre lo oculto, por el poderoso fulgor de encendida claridad que le llega a través del pasaje ya despejado de las espesuras que hasta entonces lo cerraban, ahora proyectándose desde allí más como una sombra adelantada que en guía de iluminación. Demasiada luz a las espaldas vela el camino en que cada nuevo paso va adentrándose. Creo que la llama intelectual encendida por John Rawls (1921-2002) en obras como *Teoría de la Justicia* (1971), revisada en 1999, *Las libertades* (1980) y *El liberalismo político* (1993), le ha hecho sombra en ésta que aquí comento.

La poderosa influencia del pensamiento rawlsiano en el campo de la filosofía moral<sup>1</sup> parecía haber tenido su más directa consecuencia en el propio devenir, sin posible retorno, que su misma trayectoria había ido trazando. No obstante, la verificación de cuanto apunto en contrario se encuentra precisamente en este trabajo, donde su reflexión ética ha pretendido abordar como *Derecho de gentes* la organización de «deber ser» de las relaciones internacionales. Y si éste fue su propósito, y así también lo abrigarían quienes le siguieron por el camino cuya misma andadura fue haciéndolo hasta este punto, resultaba confiable expectativa verlo orientarse y proseguir en la vía de una moderna reconstrucción del proyecto kantiano, siempre en un itinerario enfocado al norte magnético del impulso ético como único, y asimismo capaz siempre también, de ordenar el modelo jurídico de relaciones internaciones en tanto que producto de una razón superior, la razón pública, configurada de acuerdo al patrón del mutuo respeto entre sociedades o pueblos que permitiendo la colaboración inhibiera con ella, ante el riesgo potencial del conflicto, la opción bélica como canon de respuesta entre sociedades democráticas. Era de esperar, pues, que halláramos el empleo a ese nuevo plano, por trasposición, de un mecanismo ya conocido, efectivamente conducente a satisfacer desarrollos semejantes a los previstos desde el esquema de búsqueda de un acuerdo como el ideado con relación al interior del Estado; por tanto, que conforme al recurso a ciertos criterios deliberativos, de nuevo aquel modelo de razón pública, el kantiano sugestivamente resemantizado, sirviera ahora para regular la convivencia entre los distintos *pueblos* de la comunidad internacional. Lo que el lector descubrirá será, sin embargo, algo bien diferente de lo anterior y, en realidad, demasiado parecido a la apelación a criterios de racionalidad política logística y estratégica.

Constituye un acierto, desde luego, comenzar por asumir lo semejante a la emergencia de un nuevo paradigma en el sistema de relaciones internacionales, sin duda claramente influido por la propia reticularidad de un mundo globalizado, cuya complejidad desborda cualitativamente el esquema intergubernamental y hasta supranacional clásico de solución a conflictos.

<sup>1</sup> Vid. John Rawls, *Collected Papers*, S. Freeman (ed.), Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2001, y *Lecciones sobre historia de la filosofía moral*, trad. de A. de Francisco, Paidós, Barcelona, 2001.

El campo de las relaciones internacionales se ha resituado en un ámbito cada vez más socio-civil, societario, donde ejerce una creciente y relevante importancia el factor de la opinión pública ciudadana. Cada día son de mayor notoriedad los casos que sirven a demostrar cómo la sociedad va ocupando un terreno que hasta ahora sólo parecía pertenecer al Estado, y ello con independencia de la heterogeneidad y cohesión (o indigencia) ideológica, discutible si no polémica, del llamado movimiento «antisistema». De cualquier manera, es evidente que los ciudadanos han recuperado en la última década gran parte de la distancia que les separaba de los asuntos en materia de relaciones internacionales, tradicionalmente definidos en términos exclusivamente estatales. En muchos sentidos lo que en la actualidad identificamos como Derecho internacional no puede ignorar por más tiempo esa faceta con que se hace más cotidianamente reconocible, tan próxima a la etimología profunda del *ius gens*, del Derecho de Gentes: el factor gentilicio. Es por ello sobresaliente el esfuerzo teórico de Rawls cuando al tratar de rentabilizar la metodología de la posición original para un bosquejo básico del *overlapping consensus* (consenso por solapamiento o traslapado) busca reconciliar así el orden racional y la exigencia de reciprocidad y el reconocimiento de las diferencias entre sociedades. El problema surge en el momento de buscar el sustrato donde apoyarlo, porque si en la teorización de una «sociedad justa» moderna y posindustrial pudo acudir al firme sedimento del acervo democrático, hallar tal soporte no siempre es posible cuando excedemos el marco geográfico e histórico occidental y observamos que no todas otras sociedades conciertan en igual nivel y cumplida satisfacción de exigencias con la experiencia tomada como ejemplar. Esa tesitura le llevará a optar por una sorprendente restricción o flexibilización de su inicial propuesta, distinguiendo junto a regímenes democráticos (liberales), los no democráticos pero decentes, los regímenes tiránicos y los regímenes de países en desarrollo. Para con los no democráticos pero decentes, esto es, aquellos en los que se ha producido el triunfo del respeto a la opinión pública y a los derechos humanos, o más en concreto, donde se ha alcanzado la aceptación de derechos humanos «básicos», y también una aunque variable, al menos suficiente asunción de conjunto para con determinados deberes internacionales clásicos, como el *pacta sum servanda* y con normativas sobre el *ius ad bellum* e *ius in bello*, Rawls propugna para la conducción de relaciones internacionales el principio de respeto mutuo, por tanto análogamente al marco regulativo de las propias entre sociedades democráticas (evitación/rechazo de concepciones únicas generales comprensivas del bien). De ahí, en consecuencia, que Rawls aísle a través de la defensa de los derechos humanos una razón superior (universal) para la justificación de las intervenciones, en particular frente a los regímenes tiránicos, ante quienes por tanto cabrá debilitar las exigencias morales del código que regiría para con los otros pueblos y sociedades. De otra parte, sin embargo, lo que así también debería lógicamente corresponder a una completa trasposición con las líneas de diseño intraestatal Estado tampoco tiene lugar; al lado del difuso deber de ayuda o asistencia económica de los más ricos para con los menos favorecidos, nada semejante aparece en el plano internacional. ¿Dónde la referencia al «principio de la diferencia» como criterio normativo de distribución (justicia distributiva internacional y mínimo económico de una vida digna) presente no obstante en el interior de los Estados? Esta interrogante lo es, en definitiva, asimismo para con los mismos principios de filosofía política de la *Teoría de la Justicia*. Ahora aquella inspiración liberal e igualitaria padece un removimiento sustantivo:

¿en verdad cada individuo (cada pueblo, sociedad o, en fin, cada Estado) tiene un derecho igual al más amplio sistema de libertades básicas compatible con la libertad de los demás?; ¿en verdad sólo están justificadas aquellas desigualdades, que junto a no atentar contra la idea motriz de igualdad de oportunidades, redundan además en beneficio de los «peor situados»: las violaciones de la igualdad estricta únicamente se justifican mientras permiten mejorar la situación de los más desfavorecidos?

Con todo, la razonable insatisfacción que hasta aquí lícitamente puede experimentarse no está aún del todo colmada. Si importante era ya la reserva producida por algunas formulaciones inaprehensibles más que indeterminadas, aquélla se agrava en la ausencia, que es ahora pura indefinición, acerca cómo medir la limitación intervencionista de los Estados más ricos y poderosos, en especial sea que accionen en forma directa o bien repercutiendo en penetraciones más sutiles, generalmente basadas en operaciones de tipo económico que pueden ir desde la obstrucción/interposición a la interceptación o la intromisión. Se echa igualmente en falta haber dado a conocer alguna postura normativa en relación a uno de los escenarios de debate que muy probablemente representa para con el porvenir menos lejano (si no es que el mañana comenzó ayer) un foco problemático de primera magnitud: la protección transfronteriza de los nacionales. Enorme extrañeza causa, con significativa merma en el valor de la construcción teórica (pues no parece suficiente sólo reiterar puntos de conexión conocidos, como los de Charles R. Beitz<sup>2</sup>), además quizás de propiciar la posibilidad primordial de malentendidos y hasta equívocos, el excesivo distanciamiento mostrado hacia el difícil tema de cómo organizar (si a modo centrípeto o centrífugo) la dinámica diferencial entre culturas; esto es, entre el universalismo de los derechos y el particularismo de las diferencias. Estos déficits de orden normativo (ético-jurídico), aun sin aludir a inexploradas áreas como la justicia penal internacional, suponen graves limitaciones para que el lector logre orientarse ante futuros panoramas de la acción exterior del Estado, y en particular entiendo que perjudican seriamente la credibilidad de una ética global alternativa asentada en el respeto de los derechos humanos y el ajustamiento a ciertas pautas de justicia básica. Respecto de estas últimas, es lo cierto que las enunciadas no son ajenas al modelo de relaciones internacionales en el sistema capitalista, por lo demás de larga tradición en el mundo moderno<sup>3</sup>. Pero sería fácil y pueril fijar y volcar toda crítica sobre la naturaleza del vínculo (*The Cash Nexus*, como ha sido llamado), olvidando sin embargo destacar convenientemente que las insuficiencias de la aplicación del principio de reciprocidad son producto de decisiones políticas.

De todo lo anterior y en balance final no será difícil inferir el duro truncamiento que la propia obra hace de las expectativas por ella generadas, no admitiendo más que aprobación discretísima para con puntuales resultados.

<sup>2</sup> Charles R. BEITZ, *Political theory and international relations* [1979], Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1999 (with a new afterword by the author) (sobre aspectos económicos de las relaciones internacionales). Vid. con anterioridad, sobre aspectos morales de las relaciones internacionales, Charles R. BEITZ (ed.), *International ethics*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1990.

<sup>3</sup> Niall FERGUSON, *Dinero y Poder en el mundo moderno, 1700-200*, trad. de S. Mari, Taurus, Madrid, 2001. Vid. también del mismo autor *Pity of war*, Allen Lane, London, 1998. (Sobre la I Guerra Mundial, 1914-1918 y la quiebra del modelo globalizador de la *pax británica* victoriana).

Pero este crítico, que no pretende concluir aquí ni se satisface en hacerlo así, quiere todavía añadir un punto de sentido último a la imagen utilizada en las líneas que encabezaron el escrito. Con aquella de entonces se aviene ésta de ahora: seguramente sólo la sombra del propio Rawls era capaz de hacerse sombra a sí mismo.

Esta otra variante en la paradójica metamorfosis de la lucidez me reconforta.

José CALVO GONZÁLEZ  
Universidad de Málaga

**RIVAYA, Benjamín (coord.), *Cine y pena de muerte. Diez análisis desde el derecho y la moral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 219 pp.**

Al menos desde que a Ferdinand Zecca, verdadera alma de la sociedad Pathé Hermanos, se le ocurriera —cuando aun no habían transcurrido siquiera dos años desde el nacimiento del cinematógrafo— la brillante idea de emitir antes de las proyecciones de las películas el *Pathé-Journal*, primera manifestación de lo que luego se populizaría bajo el nombre de noticiarios, resulta más que evidente la vocación del cine por ocuparse de todos los aspectos de la vida; también de la muerte. No en vano el propio Zecca empeñará lo mejor de su actividad en la elaboración de filmes de un realismo preciso, tal es el caso de *Histoire d'un crime* (1901), que con sus 110 metros y seis cuadros será considerada como el primer drama de la historia del cine al mostrar en sus cuadros quinto y sexto, respectivamente, el último aseo de un reo condenado a muerte y su ejecución en la guillotina.

El cine quizá sea la única forma artística que permita la aproximación a situaciones que de otra forma continuarían resultándonos ignoradas ya que la imagen cinematográfica pone ante nosotros un fragmento de la realidad en el que fondo y forma son prácticamente indisolubles. Ahora bien, como ya advirtiera Luigi Chiarini (*Cinque capitoli sul film*, 1941), si «la película es un arte, el cine es una industria», quizá por ello, como afirma Rivaya, desde su nacimiento se haya ocupado de la pena de muerte, sabedor de la fuerte carga dramática que la misma conlleva y de los pingües beneficios que puede reportar.

El cine, empero, también sirve para transmitir ideas y espolear conciencias. Pensemos si no, por señalar uno de tantos ejemplos posibles, en el tremendo grito de protesta que supone *Roma, città aperta* (1945), la magnífica obra de Rossellini en la que se describen los últimos días de la ocupación alemana en Roma y la lucha de la Resistencia que une en un destino común al militante comunista (Marcel Pagliero), al sacerdote católico (Aldo Fabrizi) y a una mujer del pueblo (Anna Magnani) que luchan y mueren por una misma causa; ella ametrallada en plena calle, el militante comunista sanguinariamente torturado y el sacerdote fusilado al amanecer a las afueras de Roma mientras unos niños presencian la ejecución tras unas alambradas. Son escenas tan estremecedoramente realistas que nos hacen experimentar al mismo ritmo de sus personajes todas sus heroicidades y penurias.

El libro que aquí se comenta es, ante todo, una obra contra la pena de muerte; que para argumentar contra ella se sirva de realizaciones cinematográficas podría resultar en principio indiferente. La literatura, por ejemplo, también podría haber sido una buena disculpa para debatir sobre este tema, repárese sino en el descarnado alegato que contra la misma realiza Camus en *L'étranger*. El cine, no obstante, también es, en cierto modo, literatura: narra historias, nos sitúa ante los avatares vitales de ciertos personajes y nos permite ver con sus propios ojos los repliegues sinuosos del sufrimiento. Si Goethe llevaba razón al afirmar que el ojo es el órgano con el que mejor se comprende el mundo, el cine, por ser la única expresión artística animada, quizá sea el único medio que nos permita captar fielmente la realidad de un argumento al restituir para nosotros toda su apariencia.

Ésta es, como decía, una obra sobre la pena de muerte, pero no es otra obra más. En ella podrá el jurista rastrear los aspectos más oscuros de la metodología jurídica: los condicionantes sociales que coadyuvan a formar una opinión contraria al reo, el peso que puede tener en el juicio un testimo-

nio viciado por los intereses personales de los propios imputados o la obtención de pruebas de forma ilícita; son «los frutos del árbol envenenado» del proceso judicial. No dejará de impresionar, a quien lo ignore, la forma en la que se selecciona a los miembros de un jurado elegido para que pueda imponerse la pena capital dado que sólo aquellos individuos que estén dispuestos a prometer que, dándose determinadas circunstancias, no tendrán ningún reparo en proponerla, podrán ser admitidos como integrantes del mismo. Son los denominados «jurados capacitados para la muerte» –*death qualified jurors*–, que según se nos informa en el libro, a la luz de los últimos estudios realizados parecen ser los más proclives a imponer este tipo de condenas. De estos y otros entresijos jurídicos se deja cumplida constancia en los diferentes trabajos que integran la obra. Para corroborarlo véase, por todos, el excelente trabajo de Salgado («¡*Quiero vivir!* Realidad construida, construcción “procesada”: género, prensa y trampas policiales en la determinación del castigo penal») en el que la autora realiza un pormenorizado análisis no sólo de estas veleidades procesales, sino de todo el submundo jurídico que rodea a la pena de muerte: intereses electorales, prejuicios sociales, tergiversación de la realidad por los medios de comunicación o la tantas veces obviada cuestión del género en el Derecho –el sexo de las normas jurídicas–. Toda la información que se nos facilita en este documentado estudio nos ayudará, sin duda, a comprender mejor las cifras de esta desidia jurídica y lo significativo que resulta que sean «mujeres, menores de edad y enfermos mentales los que vayan en el mismo lote cuando se trata de analizar los supuestos más polémicos o más “raros” de aplicación de la pena capital». Pero las críticas al Derecho o, mejor, a ciertas formas de entender y utilizar el Derecho, no se quedan ahí. El error judicial y la imposibilidad de su reparación una vez impuesta la condena a la pena capital son un argumento recurrente en toda la obra (*El joven Lincoln, Primera Plana, Sacco e Vanzetti*).

Ésta, como ya se habrá advertido, es una obra de marcada tendencia garantista, no sólo porque evidencie notables inobservancias de ciertos presupuestos procesales o los pocos escrúpulos que pueden llegar a tener ciertos operadores jurídicos, sino porque en ella se pone de manifiesto lo ambivalente que puede resultar la doctrina del utilitarismo penal según el fin que se pretenda asignar a la pena y al propio derecho penal en su conjunto. Dos son, efectivamente, las alternativas, la una busca alcanzar la mayor seguridad y utilidad posible para los no desviados, le interesa, por decirlo de manera zafia, el máximo grado de protección social. La otra, por el contrario, parangona ese mismo fin con el mínimo sufrimiento necesario para los desviados. Aquí se opta claramente por la segunda, ya que como afirma Campione (*Sacco e Vanzetti*) «la eficacia a toda costa puede desencadenar efectos perversos», a la par que se aboga por una doctrina jurídica en la que se pongan de manifiesto los límites del propio derecho penal. Son muchos los aspectos que hacen de este tema terreno abonado para la filosofía jurídica, sirvan como buena muestra de ello las reflexiones realizadas por Rivaya (*El joven Lincoln*), en torno al pacto social y la pena de muerte, en las que el coordinador de esta obra, después de analizar el pensamiento contractualista clásico, se pregunta acerca del tipo de legitimidad que puede encontrarse en el acuerdo social para justificar este tipo de penas.

No sólo el jurista podrá encontrar interesante esta obra, también el investigador social hallará a lo largo de la misma multitud de cuestiones de trascendental importancia. La marginación social y los «intereses comunes» que pueden llegar a tener el hampa y la policía en el esclarecimiento de ciertos

crímenes (*M. El vampiro de Düsseldorf*); la xenofobia unida a la utilización antijurídica del Derecho para eliminar a los disidentes políticos (*Sacco e Vanzetti*) o la doble moral imperante en una sociedad que contrapone sin reparos la avaricia propia de la vida mercantil –los despidos, la acumulación de capitales, etc.–, con la bondad y honradez que esos mismos personajes demuestran poder llevar en la vida privada (*Monsieur Verdoux*). Si a lo anterior anudamos los prejuicios de una sociedad abiertamente machista, que encizañada por la interesada intervención de los medios de comunicación (*Primera Plana*) es capaz de proyectar sus propias miserias sobre una imputada al juzgar decisiva para su inculpación la aparente liviandad sexual en su vida privada (*¡Quiero Vivir!*); estaremos ya situados frente a la heterogeneidad de circunstancias que pueden confluir en una condena a muerte. No se agotan aquí, sin embargo, las cuestiones de relevancia social: el personaje del verdugo y la auténtica condena personal y familiar que supone este tipo de trabajo, generalmente obviadas en los estudios sobre la pena de muerte, también son objeto de un pormenorizado análisis en esta obra (*El verdugo, Intolerancia*), porque la pena de muerte no es sólo una idea, también es una práctica y alguien deberá ser el encargado, nunca mejor dicho, de ejecutarla.

Con todo, lo hasta aquí comentado no es lo más trascendente de la obra que nos ocupa. *Cine y Pena de Muerte*, no sólo reúne diez alegatos serios y coherentes contra la pena capital sino que además, y esto es lo más importante, se sirve de las imágenes de otras tantas obras cinematográficas para acercarnos a la angustiosa realidad de quien la padece. Esto es lo que hace novedosa e imprescindible esta obra, la congruencia de sus argumentos ofrecidos a la luz de unos hechos que percibimos como reales y que nos permiten comprender, como de ninguna otra manera nos sería posible, la crueldad de una pena que supone la eliminación de una vez y para siempre de una vida humana. Todos los personajes que circundan la pena de muerte aparecen en esta obra: condenados, jueces, fiscales, víctimas, familiares, abogados y verdugos desfilan por estas páginas para restregar sobre nuestras conciencias la crueldad de un castigo que plantea más interrogantes que las dudas que resuelve.

Son muchas y muy variadas las razones para estar en contra de una pena que no supone sino un asesinato legal. Si del moderno derecho penal se han eliminado los castigos corporales y, probablemente hoy nos parezca una barbaridad una legislación que castigue a los ladrones con la amputación de una mano, ¿qué podremos decir cuando lo que se amputa es la cabeza? Más aún si, como ya nos enseñara Cesare Beccaria (*De los delitos y las penas*, 1764), la finalidad del derecho penal ha de ser la prevención general de los delitos y la resocialización de los delincuentes ¿qué sentido puede tener privar a un hombre del bien máspreciado que posee a cambio de ninguna utilidad social? Y si prescindimos, por inútil, del argumento retribucionista ¿cómo debemos entender el mantenimiento por parte del Estado de un aparato destinado única y exclusivamente a la eliminación de personas *a sangre fría*?

Si a la ineficacia de este tipo de penas anudamos su irreversible crueldad, y el sospechoso y constante padecimiento de la misma por las clases más bajas de la sociedad –argumentos todos ellos expuestos de manera magistral por Rivaya en el artículo que cierra esta obra (*Pena de muerte*)– no parece que podamos encontrar ninguna razón convincente para justificar un castigo que antes que eliminar el crimen no parece sino repetirlo.

Alberto CARRIÓ SAMPEDRO  
Universidad de Oviedo



**RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2002, 481 pp.**

El libro de María Eugenia Rodríguez Palop presenta una perspectiva sumamente interesante, por novedosa, de los derechos humanos de nueva generación. Frente al tratamiento habitual propinado al análisis de los derechos de nueva generación, muchas veces parcial y otras indeseablemente desprovisto de claridad conceptual, la autora propone contemplarlos como una categoría con un sentido específico, un fundamento propio y una articulación jurídica determinada. De este modo, podemos dar cuenta de su sentido señalando que «se orientan a la superación de relaciones de dominación en el ámbito interno de los Estados y en las relaciones internacionales» (p. 307); en relación con el fundamento, «es posible relacionarlos con las «necesidades radicales» y con el contenido axiológico en que se sustentan» (p. 307); y, en cuanto a su peculiar articulación jurídica, es posible afirmar que «si bien reflejan pretensiones morales que conforman y limitan al Poder, son cauces de participación política y social y un medio de resolver prestaciones para la satisfacción de las necesidades básicas, inicialmente, no pueden reconducirse a pretensiones individuales aisladas y en ocasiones se presentan indisolublemente unidos a derechos fundamentales ya consolidados» (pp. 383).

El trabajo destaca, en relación con una buena parte de los trabajos sobre la materia, por su depurada sistemática y por su precisión conceptual. En la primera parte del libro, la autora aborda algunas cuestiones previas y trata de delimitar los problemas que presenta la consideración como derechos de los de cuarta generación. Esta tarea es de singular importancia, especialmente porque estamos en un ámbito de estudio en el que, para empezar, ni siquiera contamos con una nomenclatura homogénea y, para continuar, las reivindicaciones bajo el título de nuevos derechos –o su rechazo– raramente se realiza sometiendo la categoría al test del concepto. Y es que precisamente por el enorme avance que el trabajo supone en cuanto a la posibilidad de definir en términos comprensibles los problemas que pueden presentarse en relación con esta figura, se hace posible también la formulación de algunas críticas a la misma.

Con carácter general, la reflexión sobre los derechos de nueva generación plantea dos interrogantes, que no sé hasta qué punto pueden considerarse resueltos en *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*. Como he señalado, incluso el exitoso esfuerzo que la autora realiza para delimitar estos derechos y poder dar cuenta de su fundamentación y articulación jurídica, contribuye a incrementar mis dudas en cuanto a la posibilidad de incluirlos en el catálogo de derechos humanos o derechos fundamentales.

El primer aspecto que me intranquiliza en cuanto a la aceptación de estos derechos precisamente como tales derechos, tiene que ver con problemas relacionados con su articulación jurídica, y no es otro que el de la cuestionable adecuación de la técnica «derechos fundamentales» para englobar las exigencias morales que se formulan como derechos de nueva generación –medio ambiente, desarrollo, paz, autodeterminación de los pueblos y patrimonio común de la humanidad (p. 93)–. El segundo, por su parte, guarda relación con la ideología con la que a lo largo del texto se vinculan estos derechos, y más en concreto con su frecuente vinculación a discursos

políticos coherentes con la llamada a la «superación de las clases sociales». A estas cuestiones controvertidas me voy a referir en lo sucesivo.

El principal obstáculo para considerar estas pretensiones que se formulan como derechos de nueva generación –cuyo valor moral aparece, por otra parte, justificado sobradamente en las páginas del libro– como derechos humanos, nos remite a los rasgos que definen la idea de derechos desde el concepto que la autora y yo compartimos y que podemos denominar dualista. Manejar este concepto supone considerar los derechos como elementos provistos de dos vertientes, una ética (su contenido viene determinado por exigencias éticas de dignidad humana) y otra jurídica (aspiran a ser –se habla de derechos humanos– o son ya –en cuyo caso suele preferirse la expresión derechos fundamentales– protegidos por el Derecho positivo).

Siguiendo en este punto a Antonio Enrique Pérez Luño, María Eugenia Rodríguez Palop refiere la expresión «derechos humanos» a «elementos de moralidad que debiéndose trasladar al Derecho positivo, aún no han sido recogidos por éste» (p. 119). Pues bien, si admitimos la posibilidad de una moralidad que trascienda lo jurídico y si tenemos en cuenta que puede justificarse que determinados contenidos de moralidad deban trasladarse al Derecho positivo, aun cuando no constituyan derechos humanos; también debemos aceptar que existen algunos presupuestos implícitos a la definición. En estos presupuestos, que ahora es preciso explicitar, es en los que, precisamente, encuentro las mayores dificultades para mantener que el medio ambiente, el desarrollo, la paz, la autodeterminación de los pueblos y el patrimonio común de la humanidad puedan considerarse derechos humanos o derechos fundamentales.

Efectivamente, salvo que neguemos la posibilidad de establecer diferencias entre los elementos éticamente justificados que no se reclaman como derechos humanos (como la felicidad o, desde otro punto de vista, el principio de separación de poderes) y los que sí presentan esta formulación, hemos de aceptar que al mencionado concepto de derechos subyace la idea de que los elementos de moralidad que los constituyen deben poder ser acogidos por el Derecho positivo con una estructura precisa que es la que «en un contexto estrictamente jurídico» se denomina «derechos fundamentales» (p. 120).

Y en cuanto a esta estructura de derecho fundamental, afirma la autora, esta vez citando a L. Prieto en *Estudios sobre derechos fundamentales*, que «al reconocer que la satisfacción de determinadas necesidades puede articularse en forma de derechos fundamentales, asumo que los sujetos titulares de tales derechos *deben ser atendidos en su pretensión aun cuando con ello no se maximice el interés general, es decir, aun cuando una regla de utilidad aconseje orientar los esfuerzos colectivos en otra dirección*» (p. 114).

Pues bien, por un lado, esta afirmación resulta contradictoria con el modelo de articulación entre el interés general y el interés individual al que María Eugenia Rodríguez Palop se adhiere a través de la teoría discursiva habermasiana y desde el cual la posibilidad de conflicto entre el interés general y el interés individual se contempla como una cuestión marginal –«un conflicto irresoluble entre intereses colectivos e individuales sólo podría darse en dos situaciones: o bien los segundos vienen de la mano de quienes no se pretenden integrados en el diálogo, lo cual parece un supuesto altamente improbable... o bien, frente a los intereses colectivos que son objeto y fines del diálogo aparecen intereses puramente estratégicos de imposible universalización» (p. 321).

Por otra parte, y esto es lo que ahora más me interesa, esta forma de entender los derechos fundamentales resulta incompatible con la inclusión de los derechos de nueva generación en el catálogo de derechos humanos. El propio L. Prieto, en otro trabajo, «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», considera definitoria de los derechos fundamentales su doble dimensión. Los derechos fundamentales aparecen como derechos objetivos, pero también como derechos subjetivos y, a pesar del carácter controvertido del primero de estos conceptos, parece que de ningún modo es posible hablar de derechos subjetivo (y por extensión de derecho fundamental) si no podemos identificar un cierto interés individual cuya protección quede reservada, al menos en alguna medida, a la voluntad del titular.

Precisamente, Luis Prieto recurre a esta argumentación para reforzar la exigibilidad de los derechos sociales que, en buena medida, aparecen articulados como «Principios rectores de la política social y económica», exigibilidad que se construye desde la idea de igualdad sustancial y que constituye uno de los focos de la polémica entre la izquierda y la derecha.

En el trabajo, la defensa de los derechos de nueva generación aparece vinculada estrechamente a los nuevos movimientos sociales y, muy particularmente, al ecologismo (p. 221), que se caracteriza por constituir una posición crítica con el modelo imperante de organización política y que se plantea como alternativa al esquema tradicional izquierda-derecha, por cuanto supera la lucha de clases en favor de un objetivo común de rechazo al industrialismo. Señala la autora «en efecto, los ecologistas comparten con el socialismo su aversión por el mercado y la inversión privada y son también partidarios de una distribución igualitaria de la riqueza, pero se distancian del mismo cuando rechazan la idea de una autoridad burocrática (una planificación estatal centralizada) y propugnan la profundización de la democracia y la autonomía de los individuos y grupos para determinar las instituciones políticas, económicas y culturales que han de reglamentar sus vidas. Para el ecologismo tanto la izquierda (institucionalizada) como la derecha comparten un rasgo básico e indeseable que es el productivismo y el industrialismo» (p. 252).

Pues bien, por un lado, entiendo que el modo en el que se articulan las exigencias que están detrás de los llamados derechos de nueva generación no puede plantearse al margen del Estado. Por otra parte, resulta sumamente cuestionable que la superación de la dicotomía entre la izquierda y la derecha sea posible sin «neutralizar», o incluso deformar, las aspiraciones que se traducen en estos derechos.

En primer lugar, pues, quisiera subrayar que a pesar de que los movimientos que inician «la lucha por los derechos sociales» suelen ser críticos con el Estado, tal y como son reconstruidos en la actualidad, su reivindicación se plantea a través del Estado. Esto es algo que la propia autora parece aceptar de modo implícito, al incluirlos entre los derechos humanos; mas también de modo explícito, por cuanto en el último capítulo aborda el tema de la «plasmación jurídica y trascendencia política».

Pero además, hasta el momento, existen técnicas de control del Estado en cuanto instancia representativa de «intereses colectivos» imprescindibles para la autonomía privada (p. 266), que no están articuladas en relación con el poder social que no asume la forma de poder político (ya sea económico, ya sea ideológico) y que muchas veces es el responsable directo de la vulneración de los bienes sobre los que se quieren construir estos derechos (piénsese, a título de ejemplo, en el medio ambiente). Este bagaje, convierte al

Estado en el instrumento adecuado para proteger al individuo y a los grupos frente a esos otros poderes y, especialmente, para garantizar la protección de quienes quedan fuera de los grupos organizados.

Finalmente, la defensa de estos nuevos derechos pierde todo su sentido si se plantea al margen de las crecientes diferencias entre ricos y pobres –ya sean individuos o Estados– y, en definitiva, de las relaciones de dominación y de la disputa sobre la igualdad que enfrentan a derecha e izquierda (Bobbio). Tal vaciamiento de contenido ha permitido, entre otras cosas, que la etiqueta del movimiento verde haya amparado las más diversas opciones políticas en ese abanico que va desde la extrema izquierda hasta la extrema derecha.

En definitiva, tal y como aparecen retratados en la obra, los derechos de nueva generación constituyen elementos valiosos a tener en cuenta en la articulación del orden político y jurídico. Sin embargo, no parece que la técnica más adecuada para hacer valer los bienes, intereses... que a ellos subyacen sea la de los derechos. Es preciso tomar conciencia de que esta última categoría no agota los contenidos éticos del Derecho.

Por fin, estar precavidos frente al peligro que supone la desideologización del debate en torno a estos derechos puede contribuir a incrementar su potencial emancipador y a reforzar su vertiente más novedosa.

María del Carmen BARRANCO AVILÉS  
Universidad Carlos III de Madrid

**RUIZ SANZ, Mario, *El verdugo: un retrato satírico del asesino legal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 76 pp.**

Entre los recientes estudios sobre la película *El verdugo* (Luis García Berlanga, 1963), merece destacarse el de Mario Ruiz Sanz: *El verdugo, un retrato satírico del asesino legal*. Aunque en los últimos tiempos esta cinta ha sido analizada con relativa frecuencia, la publicación que en estas páginas se comenta es de notable interés, tanto por la singular perspectiva simbólica adoptada por el autor como por el rigor en el manejo de las fuentes y su indiscutible amenidad.

La obra se divide, básicamente, en cuatro partes. La primera de ellas lleva por título «El contexto y la oportunidad política»; en ella se formulan diversas consideraciones sobre el garrote como forma de ejecución, su aplicación en el Derecho Penal español y principalmente en relación con el marco socio-político condicionante del filme y los distintos avatares sufridos por éste. La segunda –«Un análisis simbólico de la película»– constituye el núcleo central del libro y también el objeto de este escrito. En «Algo más sobre verdugos» encontramos una detallada descripción de las circunstancias vitales de algunos de los más prolíficos ejecutores de la pena de muerte en los principales países europeos. A modo de epílogo «¿Ejecutores del Derecho o víctimas del Estado» sitúa al lector ante distintos interrogantes axiológicos; el desasosiego que aquéllos generan no impide disfrutar de un erudito contexto filosófico y literario, dentro del que han de destacarse los versos de José de Espronceda, uno de los intelectuales españoles que con más lucidez han tratado el tema de la pena de muerte.

Como ya se ha señalado, el autor opta en su estudio de *El verdugo* por un enfoque que él mismo califica como «simbólico». Ciertamente, esta forma de acercarse a la obra no es arbitraria ni carece de fundamento. Al contrario, como otros estudiosos del cine berlanguiano han señalado, la metáfora aparece con frecuencia en la filmografía del realizador valenciano. Esta presencia puede deberse a la necesidad de sortear la censura (como deja entrever Ruiz Sanz), pero creo que también responde en parte a una elección puramente artística de Berlanga. De hecho, el director nos ha dejado algunos conceptos clave de su pensamiento en forma de alegoría. Entre ellos figura la idea recurrente y casi obsesiva de la destrucción del individuo por la sociedad, que el director representa simbólicamente en el conocido final de *Vivan los novios*, en el que una gran araña escenifica la sociedad que destruye el libre albedrío de la persona. No obstante, han de reseñarse aquí las reservas del cineasta ante el uso de los símbolos en el cine, que según sus palabras «tienen siempre el riesgo de ser pedantes y pretenciosos».

Entrando ya en el contenido de la película, cita el autor la afirmación de Francisco Llinás según la cual «toda la estructura narrativa de *El verdugo* está construida alrededor de una violencia cuya consecuencia inmediata es la frustración». Esta aseveración es de gran importancia por cuanto sirve no sólo para explicar esta película, sino también buena parte de las obras del realizador. Se trata, en efecto, de la frustración del individuo ante la violencia de la maquinaria social. Bajo el manto de un humor negro rayano en el esperpento subyace una concepción pesimista y desesperanzada de la existencia, en la que cualquier proyecto vital es abortado por un entorno opresivo e inamovible.

En este contexto determinista se explica el que, como señala Ruiz Sanz, sean la muerte, la familia y el matrimonio «las tres instituciones sobre las que se realiza una profunda crítica en la película», siempre desde el individualismo libertario característico de Berlanga. Creo que en el caso de la muerte, más que una crítica a una institución, se deja traslucir la obsesión al respecto que el propio director ha confesado repetidamente. Puede decirse incluso que la incompreensión y rebeldía berlanguiana ante el hecho de la muerte subyace tras su postura de radical oposición a la pena capital con más fuerza que cualquier argumento lógico-abstracto. Si para el director de *El verdugo* toda muerte es atroz, mucho más lo resulta aquella que es impuesta por una autoridad de forma coactiva. La pena de muerte sería, desde este punto de vista, la más brutal intromisión de la colectividad en el reducto íntimo de la persona. Respecto del matrimonio y la familia, no cabe duda de que constituyen dos instituciones que han tenido gran trascendencia en la organización social tradicional, en ocasiones con una notable reducción de la libertad personal en beneficio del interés común o supraindividual. Teniendo esto en cuenta, no es de extrañar que un ácrata como Berlanga concentre su crítica en dos de las principales células del entramado social. De hecho, el matrimonio con la hija del verdugo Amadeo resulta determinante para doblegar definitivamente la resistencia de José Luis a convertirse en un profesional del cadalso.

Se refiere Ruiz Sanz al hecho de que una parte de la crítica viera en *El verdugo* una censura al sistema capitalista de producción; el autor discrepa de este posicionamiento aun cuando admite un «escepticismo solapado hacia el desarrollismo franquista y su erróneo planteamiento de progreso social». Por mi parte, coincido con el autor en que el filme no cuestiona en realidad el modo de producción capitalista. Es más, ésta es una cuestión que considero ajena al verdadero espíritu de la obra. Una cosa es que Berlanga haya puesto de manifiesto en *El verdugo* las profundas contradicciones de la España del momento y otra muy distinta es que pueda sostenerse una adhesión del director a los ideales políticos y cinematográficos presentes en un importante sector del cine crítico español de la época. Conviene recordar que Berlanga nunca ha postulado en su filmografía concepciones dogmáticas ni ha elogiado claramente un determinado sistema de valores. Sencillamente, niega en mayor o menor medida todos ellos. Es un director contra corriente no sólo durante el franquismo, sino también una vez advenida la democracia. El objeto de su crítica es prioritariamente la hipocresía social más que ningún régimen o ideología política. Por ello, apoyarse en el cine berlanguiano para exaltar una determinada doctrina o concepción político-social resulta difícil sin desvirtuar los propios contornos de aquél.

En este sentido, no comparto algunos de los juicios que el mismo Mario Ruiz Sanz formula sobre la escena que acontece en la caseta de la feria del libro. No creo que Berlanga pretendiese realmente contraponer el atraso de la intelectualidad española oficial con el «progresismo» de Bergman o Antonioni. Es cierto que el director se muestra irónico y hasta un tanto irreverente con la cultura tradicionalista española que representaba Pemán y que sagazmente caricaturiza a través de la figura del académico Corcuera, pero de ahí no puede deducirse que exista en el realizador la intención de defender una cultura alternativa encarnada por los referidos cineastas. Refiriéndose a ambos, Berlanga considera «pretenciosa» su «tendencia a obligar al espectador a retener un plano en silencio», señalando que «es justo el tipo de cine opuesto al que yo hago»; incluso tacha su obra de «inaguantable» y «aburrida». Tal vez en el fondo la referencia a estos dos directores no sea más que

una concesión al capricho personal, al modo de sus referencias al Imperio austro-húngaro. Al respecto, parece procedente citar aquí la siguiente frase del director valenciano: «Yo meto el cine como puedo meter el taxi o la farola, sin una conciencia definida o trascendente».

Respecto de los preparativos de la boda y los prolegómenos de la ejecución final (los otros dos momentos en que para Ruiz Sanz «aparece de forma más lograda y críptica la evasión a la censura»), caben pocas discrepancias teniendo en cuenta el muy juicioso análisis del autor, particularmente en relación con la escena en la que el funcionario le pone la corbata a José Luis (término imagen de la metáfora que pretende hacer ver cómo el verdugo es en realidad una víctima social). Lo único que puede discutirse con carácter casi anecdótico es si el director introdujo solapadamente al general Franco en la escena de la boda. Ciertamente, no puede tildarse de alucinatoria la impresión al respecto de Ruiz Sanz, ya que Berlanga ha reconocido que utilizó esa burla a la censura en *Esa pareja feliz*. No obstante, no parece que en el caso de *El verdugo* el director haya aludido directa o indirectamente al Dictador. Así lo ha dado a entender el realizador, y en cualquier caso sería extraño que de haber introducido de forma solapada a Franco en la película no lo haya comentado posteriormente.

Me he referido sólo a algunos de los aspectos más significativos del «análisis simbólico de la película» que el autor lleva a cabo. Detenerse en el estudio de los restantes capítulos es tarea que excede del ámbito de este comentario. No obstante, el lector podrá plantearse a través de sus páginas otras cuestiones relevantes que por pura economía de espacio no han podido ser aquí abordadas.

René MAROTO LAVIADA  
Universidad de Oviedo





**V**

**NOTICIAS**



## XIX Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (Las Palmas de Gran Canaria, 6 y 7 de marzo de 2003)

Por LAURA MIRAUT MARTÍN  
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

En la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria se han celebrado los días 6 y 7 de marzo de 2003 las sesiones de las XIX Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política dedicadas en esta ocasión al tema «Justicia, Migración y Derecho». La organización corrió a cargo del área de conocimiento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria que contó con la colaboración de la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias, de la Viceconsejería de Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias, de la Fundación Universitaria de Las Palmas, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, entre otras entidades públicas y privadas.

Las Jornadas incluyeron cuatro ponencias y una mesa redonda. La primera ponencia sobre «Justicia, mercado y políticas de inmigración» corrió a cargo del Profesor Dr. Javier de Lucas Martín, Catedrático de la Universidad de Valencia. El Profesor Dr. Rafael de Asís Roig, Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid expuso la ponencia «Derechos humanos, solidaridad e inmigración». La ponencia «Multiculturalismo, tercer mundo e inmigración» fue presentada por el Profesor Emérito de la Universidad de Alcalá de Henares Dr. Luis García San Miguel. Y finalmente la Profesora Titular de la Universidad Nacional de Educación a Distancia Dra. Ana María Marcos del Cano expuso la ponencia «Inmigración y derecho a la propia cultura». La mesa redonda versó sobre el tema general «Ciudadanos e inmigrantes ¿un conflicto de derechos?», y en ella intervinieron, moderados por el

Profesor Dr. Eusebio Fernández García, Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid, el Profesor Dr. Javier de Lucas Martín, Catedrático de la Universidad de Valencia, quien previamente había expuesto su ponencia; D. Eligio Hernández Gutiérrez, Presidente de la Sección Jurídica del Comité de Expertos sobre Inmigración y Población del Gobierno de Canarias; D. Daniel González Axstrin, en representación de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado; Dña. Francisca Bonny Miranda, en representación de Cáritas Diocesana de Canarias; Dña. Leonor Pulido Santana, representante de Las Palmas Acoge; y, D. Raúl Báez Quintana en representación de Cruz Roja.

Las ponencias y la mesa redonda suscitaron el interés general de los asistentes, dando lugar a ricos e intensos debates en los que participaron activamente distintos profesores del área de conocimiento. En el transcurso de las Jornadas se presentaron igualmente numerosas comunicaciones a los temas planteados en las ponencias, destinadas en general a profundizar en el análisis de aspectos concretos del fenómeno inmigratorio desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho. Los Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (<http://www.uv.es/CEFD>) habían publicado con anterioridad a la celebración de las Jornadas el material entregado por los ponentes y comunicantes a la Comisión Organizadora, facilitando con ello su difusión previa y el mejor desarrollo de los debates subsiguientes. Este mismo material fue también entregado en soporte papel a todos los asistentes como documentación de trabajo momentos antes del Acto Inaugural de las Jornadas.

Tras la Clausura de las Jornadas los participantes se trasladaron a la localidad de Santa Brígida (Gran Canaria), donde se celebró tal como estaba previsto la Asamblea General de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. En ella se procedió a la renovación de su Junta Directiva resultando elegidos los Profesores Francesca Puigpelat Martí, de la Universidad Autónoma de Barcelona (Presidenta); Carlos Alarcón Cabrera, de la Universidad de Huelva; Francisco Javier Ansuátegui Roig, de la Universidad de Jaén; María José Añón Roig, de la Universidad de Valencia; José Calvo González, de la Universidad de Málaga; María Eugenia Gayo Santa-Cecilia, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia; Alfonso de Julios Campuzano, de la Universidad de Sevilla; Laura Miraut Martín, de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria; y Juan Antonio Pérez Lledó, de la Universidad de Alicante. Se adoptó igualmente entre otros acuerdos aceptar la propuesta realizada por el área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Málaga para asumir la organización de las XX Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política a celebrar en el año 2005.

**VI**

**NECROLÓGICAS**



Doctorado *honoris causa* del Dr. D. Antonio Truyol y Serra.  
*Laudatio in memoriam*

Por MARIANO HURTADO BAUTISTA

Universidad de Murcia

El Profesor Doctor don Antonio Truyol y Serra nació, el 3 de noviembre de 1913, en la ciudad, entonces prusiana, de Saarbrücken, hijo de padres mallorquines, su enseñanza primaria, iniciada en Inca, continúa en Ginebra (1920-1924). En algún momento, me recordaba cómo a sus diez años ponía especial atención en el monumento a Calvino, que encontraba a diario; como si le adelantara la intuición del significado de las ideas en hombres como el personaje, en especial en la perspectiva de la cultura europea. En los años de formación, desde su adolescencia, el espíritu de la tradición europea se hacía para él más vivo con la presencia inmediata de la *frontera*: sobre la idea de *frontera* se desarrollará una temática reiterada en la reflexión teórica de don Antonio ya en la lección magistral en su oposición a la Cátedra de Derecho y Relaciones Internacionales, en Madrid, 1957.

Con quien consideraba su maestro, el Profesor de Viena Alfred von Verdross, compartía el empeño constante de comprender el significado de una sociedad supraestatal, que parecía revelarse en aquel tiempo: así su conferencia en Salzburgo «La Génesis de la Sociedad de Estados Mundiales de nuestro tiempo». Una constante, en el centro de su pensamiento y de la inquietud de su vocación más definida, hasta el último texto publicado en noviembre pasado, «De una sociedad internacional fragmentada a una sociedad mundial en gestación», con el gesto constante de esperanza en la obra de la razón humana, observa cómo la dualidad de *sociedad y derecho* son hoy *mundiales*, «y lo son por vez primera en la historia».

Es la idea conductora de la obra *Los Derechos Humanos*, (1982, 2.<sup>a</sup> edición), un texto calificado de pionero en el propósito de orientar «la reflexión filosófico-jurídica hacia la comprensión de la posición del sujeto potencial ante el horizonte de un derecho de la *sociedad humana*». Explícitamente, una temática que, para el Profesor, encarnaba el sentido del «irreductible derecho natural», origen de su «moderado optimismo».

El artículo *Derecho Natural*, destinado a una enciclopedia jurídica, había significado una amplia y difícil síntesis de las categorías del pensamiento iusnaturalista tradicional, que aparecen reiteradamente proyectadas sobre supuestos actuales de la historiografía, la epistemología y la sociología jurídicas; así como el análisis estricto y riguroso de la segunda Escolástica Española, y su relación con autores europeos, en la Enciclopedia *Staatslexikon*, sexta edición, de la Görres-Gesellschaft.

Sus relaciones con la Universidad austriaca le fueron reconocidas con la Gran Cruz por méritos para con la República de Austria (1983), así como la Cruz de Honor austriaca de la Ciencia y el Arte (1990).

Encargado de la enseñanza de la *Filosofía del Derecho*, a raíz de su creación en la Universidad Literaria de Lisboa, es nombrado Doctor Honoris de la misma (1960).

El Doctorado Honoris Causa por la Universidad de las Islas Baleares, satisfaría en don Antonio la conciencia siempre viva de su filiación mallorquina.

En 1 de julio de 2003, recibía, aún en vida, el nombramiento de Doctor Honoris Causa por la Universidad de Murcia. Murió antes de su investidura; no obstante, la Universidad le dedicó el acto del *Doctorado in memoriam* en la festividad académica de Santo Tomás de Aquino.

En 1946, don Antonio se había incorporado a la Cátedra de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Universidad de Murcia, en la que su magisterio se prolonga once años. En la ciudad, aún reducida y homogénea, en la que don Antonio reconocía sus huellas barrocas: acaso podía comprenderse todavía cómo el barroco, desde luego en un concepto amplio, precrítico, «*avant la lettre*», había representado la energía de racionalización ante la espontaneidad inmediata, el latido vital de la huerta. Sus largos paseos nocturnos, por las calles, aún tranquilas y silenciosas, era la ocasión para ofrecernos un tema dominante y constante durante días, para compartir sus reflexiones primeras. En el fondo, era el hallazgo, todavía un hallazgo joven, del nuevo motivo esclarecedor, fecundo para un campo de ideas: el desarrollo de un pensamiento profundo y crítico que se nos brindaba con serenidad: la misma serenidad con que un rasgo de humor parecía surgir de la agudeza de su reflexión.

El rigor y la precisión, abiertos a la fluidez y claridad: era la expresión de firmeza y riqueza de los *códigos* en sentido semiótico que informaron, tenaces, su palabra, escritura y estilo. En la explicación de clase, el esfuerzo de síntesis, la lucidez de la exposición permitían que los «apuntes» pudieran ser transcritos casi al dictado. Su cordialidad se mostraba especialmente viva, sonriente, desde el momento de acoger a quien le sometía una cuestión, o buscaba orientación para el trabajo, o pedía aclaración sobre puntos concretos de la explicación de clase. Son sus palabras: «todos los alumnos que, sin percatarse normalmente de ello, han sido, así, coartífices de la formación continua del profesor auténtico; más allá de su obligación».

El epígrafe literario o poético que precede a cada capítulo de su *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, y con frecuencia en sus ensayos, creo que testimoniaba, no solamente el frecuente hábito en los antiguos profesores alemanes, sino, en particular, la dedicación constante y detenida, que don Antonio ejerció con la literatura. De él aprendíamos la letra de algunos *Lieder*; su contribución al homenaje a don Luis Díez del Corral, un penetrante análisis del poema de Rudyard Kipling, *Los Diques*, puede ofrecer un



ejemplo del modo y grado de *lectura* que don Antonio adoptaba con incesante, incansable constancia.

Vivimos, junto a él, una Universidad capaz de ofrecer un tiempo suficiente al desinterés, sereno y confiado, que siempre exigirá la teoría, el pensamiento que se suele calificar de «puro»... Por más que había declarado : «yo no creo, por mi parte, en un dualismo rígido entre teoría y práctica, que ya Kant (a propósito de las incidencias de su carrera docente) había denunciado».

Magistrado del Tribunal Constitucional, durante diez años, tras su reelección, y en los que comprometió gran parte de su energía, constituyeron un profundo reto para sus hábitos teóricos. Era lo inevitable de la tensión distinta, en ocasiones dramática, ante la decisión final, al contraer la responsabilidad de establecer lo justo concreto, de «decir el derecho», como meta concluyente, que trasciende razonamiento y argumentación, resolviendo todo empeño dialéctico... Sin embargo, era también la ocasión de encontrar con satisfacción las ideas que llegan a hacerse propias, inspirando una jurisprudencia cada vez más abierta a presupuestos que procedían de la meditación filosófico-jurídica.

La lectura constante y la redacción del tercer volumen de su obra mayor, la *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, realmente concluida, mantuvieron sus días finales casi con entera normalidad. Un trabajo al que seguía consagrado, que lo llevaba hasta el lugar preferido de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, de la que fué Vicepresidente. Alcanzó, de hecho, el fin del exigente programa al que dedicó los últimos años, si bien no como tarea exclusiva.

Con la exposición y el análisis crítico, siempre rigurosamente documentado, se situaba en una perspectiva privilegiada para mostrar el interno dinamismo de los procesos de la historia de la cultura jurídica y política. Es, en efecto, el logro de una meditación histórico-cultural, donde la reflexión ante los hechos se une a la presencia vital y concreta del sujeto histórico. El interés en don Antonio por la biografía era recurso constante al antiguo programa retórico de la *etopeya*. El resultado siempre había de trascender la exposición dogmática, apenas introductoria, para analizar el desarrollo profundo de las ideas. En el análisis de los procesos de historia de la cultura, encontraba siempre el Profesor Truyol la referencia, como motivo decisivo para interpretarlos, al marco específico, siempre deslindado, del *derecho*; de su energía específica de racionalización, capaz, con frecuencia, de penetrar e informar el campo más amplio de las ciencias humanas. Habría que insistir en la aguda sensibilidad, unida a la tensión crítica, que animaba el empeño de don Antonio. Siempre aparece en él, dominante, el testimonio del eco y del significado actuales de la continuidad de la historia del pensamiento, y, con ella, de la realización dramática de las concepciones sobre el derecho. El interés pedagógico obligaba a la difícil selección, tan cuidada por el Profesor Truyol, de los momentos y los procesos más reveladores en la historia de la filosofía jurídica, cuya consideración objetiva, rigurosa, la ofrecen como horizonte y fundamentación indispensable para la enseñanza del jurista.

Es ésta ocasión para evocar la paz, ya definitiva, de quien sin duda había vivido tantos momentos de paz, tras concluir cada obra bien hecha.



## RECOMENDACIONES A LOS AUTORES

### I. Extensión y soporte material:

Los originales de los artículos de las secciones «tema monográfico», «estudios» y «debates», tendrán como extensión máxima 25 páginas DIN A4, a espacio y medio. Como criterio orientativo, se recomienda no exceder de los 50.000 caracteres para los artículos, en general.

Todos ellos deberán ir acompañados de un *abstract* de 10 líneas (en castellano y, opcionalmente, también en inglés, para la edición electrónica del *Anuario*).

Los originales de la sección «Crítica bibliográfica» no deberán superar las 8 páginas DIN A4, a espacio y medio. Aproximadamente, no han de superar los 18.000 caracteres.

Se recomienda que los originales se envíen preferentemente por correo electrónico a la dirección del *Anuario* (Anuario.Fil.Derecho@uv.es). En el caso de que ello no sea posible, deberán enviarse en soporte informático: en *diskette* de 3,5" con un programa de proceso de textos de Microsoft Word para PC o para Macintosh, indicando en la etiqueta del disco el autor, título del trabajo y la versión del programa informático utilizada. En principio, no hace falta enviar el trabajo en papel.

### II. Sistema de citas:

Se podrá optar por uno de los siguientes:

A. *Sistema abreviado*: referencia bibliográfica más elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas serán indicadas en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Ejemplo: (González Vicén 1990:95)

Al final del artículo se incluirá un elenco con las citas completas de todas las obras mencionadas, según el criterio que se indica en el apartado III. En el elenco bibliográfico, si se citan varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. Tanto en el elenco bibliográfico como en la referencia bibliográfica, si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula. Por ejemplo: González Vicén 1979a correspondería a «La obediencia al Derecho», *Anuario de Filosofía del*

*Derecho*, XXIV, 1979, pp. 4-32 y González Vicén 1979b correspondería a «La Escuela Histórica del Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, XIX, 1979, pp.1-48.

B. *Sistema tradicional*: citas bibliográficas mediante notas a pie de página.

En este caso, no se incluirá elenco bibliográfico al final del artículo. Las notas se confeccionarán según el criterio general que se incluye en el apartado III. Una obra ya citada se mencionará con el nombre del autor seguida de *op. cit.* y la página. Si el autor tiene varias obras citadas en el artículo, se abreviará el título, seguido de *cit.* y la página

### III. Referencias bibliográficas:

En cualquier caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma:

APELLIDO/S, inicial del nombre, *Título*, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, artículo incluido en libro. Ejemplos:

1. Libro/Monografía:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 96 pp.

2. Artículo de revista:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-65.

3. Trabajo o Artículo incluido en libro:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; «Estudio preliminar a la traducción de Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia» de John Austin, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 17-33.

### IV. Admisión de originales:

Serán criterios excluyentes para la admisión de los trabajos:

1. Excederse en la extensión establecida según el tipo de colaboración.
2. No utilizar los sistemas de citas propuestos en la manera indicada.
3. No enviar el trabajo en el soporte requerido.
4. Remitir el trabajo fuera de los plazos señalados.
5. Haber publicado un artículo en la misma sección del número inmediatamente anterior.

## Anuario de Filosofía del Derecho

### VOLUMEN I (1984)

I. LA DECISIÓN JURÍDICA. ALFONSO RUIZ MIGUEL, Creación y aplicación en la decisión judicial. FRANCISCO J. EZQUIAGA GANUZAS, Los juicios de valor en la decisión judicial. FRANCISCO PUY, La decisión. JOSÉ M. ROMERO MORENO y LUIS J. PEREDA ESPESO, Reflexiones sobre modelos matemáticos y decisión jurídica. JOSÉ I. LACASTA ZABALA, Decisión judicial e incidente de recusación por motivos ideológicos. Consideraciones sobre la imparcialidad política del juez. JUAN DAMIÁN TRAVERSO, La decisión administrativa. JESÚS I. MARTÍNEZ GARCÍA, Decisión jurídica y argumentos de autoridad. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Notas sobre la aplicación del Derecho.

– II. ESTUDIOS. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, El darwinismo social: Espectro de una ideología. ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Moral y política. EDUARDO NOVOA MONREAL, Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del Estado. VLADIMIRO LANSDORFF GALAGANE-BROWN, El derecho natural hoy: Ética y economía. MODESTO SAAVEDRA, La libertad de información y la ordenación jurídica de la televisión: El ejemplo alemán. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Nota sobre la justicia. LUCIANO BARCI MARTÍN, El Derecho Natural de Graciano. JAVIER HERVADA XIBERTA, Lo nuevo y lo viejo en la hipótesis «etiamsi daremus» de Grocio. ALFONSO RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Algunas consideraciones sobre la necesidad del derecho subjetivo en L. Duguit. ANTONIO SERRANO GONZÁLEZ, Michel Foucault: El derecho y los juegos de verdad.

### VOLUMEN II (1985)

I. DERECHO, PAZ, VIOLENCIA. NORBERTO BOBBIO, El equilibrio del terror. JÜRGEN HABERMAS, Derecho y violencia. MARTÍN KRIELE, Política de paz en la encrucijada. ALBERT CASAMIGLIA, De nuevo sobre la guerra y la cooperación. JESÚS BALLESTEROS, Paz, desarme, libertad: Obstáculos económicos e ideológicos. F. JAVIER DE LUCAS MARTÍN, La noción de defensa y la crisis de legitimidad. JOSÉ M. ROJO SANZ, Monopolización del poder, objeción de conciencia y consecución de la paz. JOAQUÍN HERRERA FLORES, Presupuestos para una consideración de la paz como valor jurídico. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, La paz como valor constitucional. RAMÓN SORIANO, La paz y la Constitución española de 1978. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS, Reflexiones sobre el problema actual de la guerra y de la paz internacional. CARLOS FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Aproximaciones sobre el desarme y la no-violencia. ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, El derecho de la paz en la escuela española del derecho natural. JOSÉ M. ROMERO MORENO, El ideal de la paz perpetua en Kant.

– II. ESTUDIOS. GUIDO CALABRESI, Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho. MIGUEL ÁNGEL RODILLA, Buchanan, Nozick, Rawls: Variaciones sobre el estado de naturaleza. ANDRÉS OLLERO, Positividad jurídica e historicidad del Derecho. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho. FERNANDO GALINDO, Democracia, razón y derecho. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Presupuestos del fenómeno jurídico en la crítica marxista del derecho. EDUARDO DÍAZ-OTERO HERRERO y JOAQUÍN ALMOGUERA CARRERES, Gioele Solari, entre la crisis de la metodología jurídica racionalista y la génesis de la ideología social en el Derecho. ISMAEL PEIDRO PASTOR, El sentimiento de lo justo en Unamuno.

## VOLUMEN III (1986)

I. METODOLOGÍA JURÍDICA. KARL ENGLISH, Sentido y alcance de la sistemática jurídica. JOSEF ESSER, La interpretación. ALBERT CALSAMIGLIA, Sobre la utilidad de las metodologías externas para la jurisprudencia. MANUEL CALVO GARCÍA, Metodología jurídica e interpretación: El postulado de la racionalidad del legislador. FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GANUZAS, El argumento a contrario en la jurisprudencia constitucional. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Del método jurídico a las teorías de la argumentación. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Métodos jurídicos. ANTONIO M. HESPANHA, A historiografía jurídico-institucional e a «morte do Estado». FRANCISCA PUIG-PELAT MARTÍ, Sobre la Ciencia y el Derecho y el discurso racional. – II. ESTUDIOS. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, El neokantismo jurídico-axiológico. JOHANES-MICHAEL SCHOLZ, La reterritorialización contemporánea del Derecho civil español. FRANCISCO CARPINTERO, Naturrecht y Rechtsphilosophie. ÁNGELES LÓPEZ, Consideraciones históricas del kantismo en España. RAMÓN SORIANO, La oposición a la ilustración: Fréron y L'Année Littéraire. RAFAEL GONZÁLEZ TABLAS Y SASTRE, Necesidades y valores. Su fundamentación antropológica mediante una explicación heurística.

## VOLUMEN IV (1987)

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD A FINES DEL SIGLO XX. ESPERANZA GUIÁN, Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Reflexiones sobre la igualdad material. JESÚS I. MARTÍNEZ GARCÍA, Justicia e igualdad en Luhmann. FRANCISCO PUY, Las fórmulas del principio de igualdad. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Sobre la igualdad de la Constitución española. MANUEL ESCAMILLA CASTILLO, Utilitarismo e igualdad. El principio de igualdad en la teoría de Jeremy Bentham. DAMIÁN SALCEDO MEGALÉS, La fundamentación normativa de un principio igualitarista. – II. IHERING, HOY. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Rudolf von Ihering y el problema del método jurídico. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, Rudolf von Ihering. – III. ESTUDIOS. ALF ROSS, Autobiografía intelectual. ANA RUBIO CASTRO, Teoría del derecho y derecho subjetivo en Alf Ross. ROBERTO J. VERNENGO, Derecho y lógica: Un balance provisorio. VICTORIA ITURRALDE SESMA, Una aproximación al tema de las antinomias normativas: Problemas relativos a la identificación de las mismas. LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN, Teoría pura y teoría egológica del derecho. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Los valores superiores. ANDRÉS OLLERO TASSARA, La Constitución: Entre el normativismo y la axiología. JOAQUÍN HERRERA FLORES, Cuestiones básicas para la fundamentación de los valores jurídicos. LUCIANO BARCIA MARTÍN, Derecho de libertad religiosa en España después de la Constitución. JOSEP M. VILAJOANA RUBIO, El aparato conceptual de C. B. Macpherson: Poder y propiedad. FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ, La independencia y autonomía del individuo: Los orígenes de la «persona jurídica». ISMAEL PEIDRO PASTOR, Aplicación al campo jurídico de las ideas de persona, personidad y personalidad de Zubiri. JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ, El problema del derecho natural en J. J. Rousseau. JUAN JOSÉ GIL CREMADES, Filosofía del derecho y compromiso político: Alfredo Mendizábal (1897-1981).

## VOLUMEN V (1988)

I. SITUACIÓN ACTUAL DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO. 1. TEORÍA Y MÉTODOS DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA. RENATO TREVES, A la búsqueda de una definición de la Sociología del derecho. CSABA VARGA, Teorías macrosociológicas del Derecho. Panorama y valoración. ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Notas propedéuticas para una Teoría Sociológica del Derecho. 2. SOCIOLOGÍA JURÍDICA APLICADA. TERCIO SAMPAIO FERRAZ, J. R. Derecho oficial y Derecho inoficial. Ensayo sobre la diversidad de universos jurídicos temporal y especialmente concomitantes. JOSÉ JUAN TOHARIA, Los españoles y la ley. ROBERTO BERGALLI, El control penal en el marco de la Sociología Jurídica. JUAN J. RUIZ-RICO Y MERCEDES VERA PADIAL, Juez, Poder Judicial y Administración de Justicia en la élite jurídica española. M. J. AÑÓN, E. BEA, C. LÓPEZ, J. DE LUCAS Y E. VIDAL, Las asociaciones profesionales en el ámbito de la Administración de Justicia (jueces, magistrados y fiscales). 3. CLÁSICOS Y CONTEMPORÁNEOS DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA. MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE, Tensión y distinción entre la Sociología del Derecho y la Dogmática jurídica en la obra de Max Weber: Un problema metodológico. CARLOS ALARCÓN CABRERA, El derecho como tipo de ordenamiento social en Theodor Geiger. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Sociología sistemática y política legislativa. – II. DOS SIGLOS DE LA «CRÍTICA DE LA RAZÓN PRÁCTICA». ESPERANZA GUIÁN, Necesidad de una crítica de la razón pura práctica. – III. ESTUDIOS. NEIL MCDORMICK, Los derechos de los niños: Una prueba de fuego para las teorías de los derechos. FERNANDO GALINDO, Autopoiética, ¿hermenéutica renovada? Sobre el método en la construcción de una teoría del derecho. VICTORIA ITURRALDE SESMA, Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas. FRANCISCO CARPINTERO, La modernidad jurídica y los católicos. LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN, Racionalismo crítico. Humanismo y Democracia en Karl K. Popper.

## VOLUMEN VI (1989)

I. REVOLUCIÓN LIBERAL Y DERECHO (1789-1989). 1. REVOLUCIÓN FRANCESA. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Pierre Bayle y la ideología de la Revolución. NORBERT BILBENY, Kant y la Revolución Francesa. Refutación del derecho de resistencia civil. JOSÉ MONTOYA SÁENZ, Rousseau y los Derechos del Hombre. FRANCISCO PUY, Los derechos en la Declaración de 1789. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa. JAVIER DE LUCAS, Sobre la ley como instrumento de la certeza en la Revolución de 1789. El modelo de Code Napoleón. JESÚS GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Libertad, igualdad, fraternidad en el socialismo jacobino francés (1830-1848). 2. LA REVOLUCIÓN EN ESPAÑA. MARIANO PESET, Motivos y causas de la Revolución en España. JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, Las raíces filosófico-jurídicas del pensamiento penal español contemporáneo. ERNESTO JAIME VIDAL GIL, Ilustración y legislación. Los supuestos ideológicos, jurídicos y políticos. MONTSERRAT FIGUERAS PAMIÉS, La revolución en Cataluña. Ideas jurídicas de Ramón Martí de Eixalá. 3. LA UTOPIA IRREALIZADA. JOSÉ CARRACEDO, La inconsistencia del modelo democrático liberal. AGUSTÍN SQUELLA, Libertad e igualdad. Las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia. PEDRO FRAILE, Estado e individuo. Delito y prevención. – II. ESTUDIOS. MANUEL SEGURA ORTEGA, El problema de las lagunas en el derecho. CARLOS ALARCÓN CABRERA, En torno a la lógica deóntica del último Kelsen.

ENRIQUE BOENTE PERALES, Tugendhat contra Rawls y Habermas. JOSÉ JUAN MORENO MATEOS, Cinco diferencias entre Bentham y Austin. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Restauración tomista y catolicismo militante en la Universidad de Sevilla (1884-1924).

#### VOLUMEN VII (1990)

I. LEGITIMACIÓN DE LA DEMOCRACIA. GILBERTO GUTIÉRREZ, La trauma moral de la democracia en la vida cotidiana. E. QUESADA, F. COLOM, J. M. HERNÁNDEZ, La formación de la soberanía democrática: Entre el mito de la autoidentidad y las virtudes políticas. ERNESTO JAIME VIDAL GIL, Paradojas de la democracia. JOSÉ RUBIO CARRACEDO, El legado democrático de Rousseau en la crisis actual. URBANO FERRER SANTOS, Implicaciones ético-políticas de los planteamientos contractualistas modernos. JOSÉ MARÍA ROJO SANZ, Higler Law, pactum uniones y pactum socialis.. JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAÚJO, La crisis del principio de legalidad: La imagen jurídica-formal y la realidad material del funcionamiento de la Administración. FRANCISCO JAVIER DE LUCAS MARTÍN, Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad. FERNANDO GALINDO, Jueces y Democracia. Criterios para una actividad judicial democrática. ROBERTO BERGALLI, Forma-Estado, formas del Derecho y cuestiones de la Democracia: Un caso para el análisis. FRANCISCO PUY, En torno a la dicotomía democracia-demagogia. LUIS GARCÍA SAN MIGUEL, Democracia y Derechos Humanos en la Sociedad Post-Industrial. – II. ESTUDIOS. 1. DERECHO: FILOSOFÍA, TEORÍA. MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, La Sociedad y el Derecho. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual. ÁNGELES LÓPEZ MORENO, El lugar de la moderna teoría jurídica. JOSÉ JUAN MORESO, Ciencia jurídica y dualismo metodológico. MANUEL SEGURA ORTEGA, Sobre la noción de validez. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Nuevas consideraciones sobre la paradoja de Ross. 2. DE LA MODERNIDAD. RAINER SPECHT, Derecho natural español. Clasicismo y modernidad. EMILIO MIKUNDA FRANCO, J. Lipsio: neoestoicismo, iusnaturalismo y derechos humanos. FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ, Poder y derecho. La modernidad ante la resistencia a la injusticia. 3. RETORNO ANGLOSAJÓN. JOHN CHRISTIAN LAURSEN, David Hume y el vocabulario político del escepticismo. MARÍA ELÓSEGUI, El derecho del ciudadano a la participación en la vida política en Hume. Smith y la ilustración escocesa. ÁNGELA APARISI MIRALLES, Thomas Jefferson y el problema de la esclavitud. LOURDES GORDILLO, Una teoría utilitaria de la Justicia. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, La filosofía lingüística y la teoría del derecho analítico: H. L. A. Hart.

#### VOLUMEN VIII (1991)

I. ESPAÑA Y AMÉRICA, AYER Y HOY (1492-1992). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, El reencuentro entre España y América (1492-1992) en clave de Filosofía del Derecho. JAIME BRUTAU PRATS, La conquista del Nuevo Mundo a la luz de la doctrina de la escuela salmantina sobre la guerra justa. MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, La doctrina colonial de Francisco de Vitoria, legado permanente de la Escuela de Salamanca. ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Ética y política en las Leyes de Indias del siglo XVI. ALFREDO CRUZ PRADOS, Para un concepto de «guerra» de una filosofía de «paz». Actualidad del pensamiento de Vitoria. WOLF PAUL, Los derechos del indio –ayer y hoy–. JAVIER DE LUCAS, España en el 92: ¿De refugio a fortaleza? FRANCISCO PUY, Amé-



rica en la conciencia gallega ante el Quinto Centenario. – II. ESTUDIOS. 1. ANÁLISIS DEL DERECHO. NEIL MACCORMICK Y ZENON BANKOWSKI, La teoría de los actos de habla y la teoría de los actos jurídicos. VICTORIA ITURRALDE, Sobre el concepto y tipología de las reglas constitutivas. 2. PENSAMIENTO JURÍDICO. SALVADOR RUS RUFINO Y MARÍA ASUNCIÓN SÁNCHEZ MANZANO, Comentario al texto «Anónimo sobre la ley». MERCEDES CARRERAS, La presencia del Derecho en la obra de Vifredo Pareto. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho. BENJAMÍN RIVAYA GARCÍA, Un orteguiano en la corte de la escolástica: Salvador Lisarrague Novoa. 3. DERECHOS HUMANOS. JOSÉ GARCÍA AÑÓN, Las teorías de los derechos morales: Algunos problemas de concepto. MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, «Precursores» en la defensa de los derechos de las mujeres. 4. FILOSOFÍA POLÍTICA. RAFAEL HERRANZ CASTILLO, Notas sobre el concepto de violencia política. LOURDES GORDILLO, Pragmatismo e ideología política. FRANCISCO CASTILLA URBANO, Walter Benjamín: Una filosofía de la historia entre la política y la religión. – III. IN MEMORIAM: FELIPE GONZÁLEZ VICÉN (1908-1991). JUAN JOSÉ GIL CREMADES, Una correspondencia y un artículo inédito. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Los usos sociales. Un ensayo de sociología descriptiva.

#### VOLUMEN IX (1992)

I. MUJER, PODER, DERECHO. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, ¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho. ROBERTO BERGALLI Y ENCARNA BODELÓN, La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico. MARÍA ÁNGELES BARKEKE UNZUETA, Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del Derecho feminista? MARÍA ELÓSEGUI ITXASO, Los derechos de la mujer keniana: conflicto entre Derecho estatutario y Derecho consuetudinario. PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, Mujer, poder, Derecho. Una posible interpretación. FRANCISCO PUY, El tópico «mujer» en perspectiva Galicia/1992. ESPERANZA GUISÁN, Autonomía moral para las mujeres: un reto histórico. ANTONIO GIMÉNEZ MERINO, Una nota sobre la emancipación sexual: el feminismo y otras disidencias. MILAGROS OTERO PARGA, El concepto de poder y su relación con la mujer. – II. ESTUDIOS. 1. TEORÍA JURÍDICA. MARÍA JOSÉ FARINAS DULCE, Filosofía del Derecho «versus» teoría del Derecho. TERESA PICONTO NOVALES, Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer. ÁNGELA APARISI MIRALLES, Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho. 2. VALORES JURÍDICOS. JOSÉ ANTONIO RAMOS PASCUA, El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser. JOSÉ MARÍA ROSALES, Virtualidades y límites de la política institucional. ¿Es suficiente el sistema de partidos? ESPERANZA FERRANDO NICOLAU, El derecho a una vivienda digna y adecuada. 3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. JOSÉ J. MEGÍAS QUIRÓS, De la facultad moral a la cualidad moral: el derecho subjetivo en la Segunda Escolástica tardía. FRANCISCO CARPINTERO, Historia y justicia según los juristas de formación prudencial. JOSÉ LÓPEZ FERNÁNDEZ, La fundamentación del derecho en Kant. RAMÓN MACÍA MANSO, El derecho y su relación con la moral según la teoría de J. A. Fichte. SALVADOR RUS RUFINO, Blas Ramos Sobrino en su centenario: perfil humano e intelectual.

#### VOLUMEN X (1993)

I. DERECHO Y ESTADO ENTRE NEOLIBERALISMO Y SOCIALDEMOCRACIA. JOSÉ MONTOYA, PILAR GONZÁLEZ ALTABLE, Estado, Derecho y Libertad según F. A. Hayek.

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO, El contractualismo constitucionalista de James Buchanan. MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad. FRANCISCO PUY, La socialdemocracia y su parentela ideológica. ERNESTO J. VIDAL GIL, Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho. EMILIA BEA PÉREZ, Los derechos sociales ante la crisis del Estado del bienestar. JOSÉ MARÍA ROSALES, Europa y la esperanza del orden: la democracia más allá de las coordenadas de la Unión Europea. JOSÉ LUIS SERRANO MORENO, Ecología, Estado de Derecho y Democracia. – II. ESTUDIOS. 1. SOBRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Concepto de la Filosofía del Derecho, MARINA GASCÓN ABELLÁN, Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica. FERNANDO GALINDO, JOSÉ ÁNGEL MORENO, JOSÉ FÉLIX MUÑOZ, El concepto de Derecho. De la argumentación a la comunicación. FRANCISCO GARRIDO PEÑA, Notas sobre la asignatura de la Teoría del Derecho como hiografía crítica de la ley. 2. DERECHO Y LENGUAJE. ROBERTO J. VERNENGO. Deberes descriptivos y deberes prescriptivos. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Nuevos materiales para una semántica del lenguaje normativo: lecturas deónticas de una paradoja lógica de Lewis Carroll. GIUSEPPE ZACCARÍA, Entre hermenéutica y analítica: del contraste a la colaboración. CARLOS I. MASSINI CORREAS, Lenguaje de las normas y Derecho Natural. Consideraciones sobre Georges Kalinowski y la semántica normativa. 3. DERECHO Y VALORES. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, A vueltas con la desobediencia. Notas sobre las tesis de González Vicén y sobre algunas críticas. JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, El iusnaturalismo de John Finnis. 4. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, En torno al paradigma conservador. Modelo mágico y fantástico (J. de Maistre y J. L. Borges). MANUEL SEGURA ORTEGA, El movimiento de Derecho libre. SALVADOR RUS RUFINO, Un incorregible ágrafo: Laureano Díez Canseco Berjón (1860-1930). BENJAMÍN RICAYA GARCÍA, Introducción a la filosofía jurídica de Salvador Lissarrague.

#### VOLUMEN XI (1994)

I. UNIVERSALIDAD Y RELATIVISMO DE LOS VALORES JURÍDICOS. ENRIQUE LÓPEZ CASTELLÓN, Contextualismo ético y relatividad de la justicia. PEDRO FRANCÉS GÓMEZ, Sobre la única vía posible para el universalismo ético y jurídico. ESPERANZA GUIÁN, Los límites éticos de la democracia. FRANCISCO PUY, Sobre la antinomia universalidad-relativismo. ANDRÉS OLLERO, Control constitucional, desarrollo legislativo y dimensión judicial de la protección de los derechos humanos. JULIO SEOANE PINILLA, La Ley sin mayúsculas. Diez avisos. ERNESTO J. VIDAL GIL, De lo justo general a lo justo concreto. Notas para una teoría de la justicia. ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Principio de equiparación y principio de diferenciación. Su articulación práctica. VICENTE BELLVER CAPELLA, La solidaridad ecológica como valor universal. MARÍA TERESA LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, Justicia y diferencia. CARIDAD VELARDE QUEIPO DE LLANO, Apuntes sobre el fundamentalismo a la luz del integrista 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-

RA, 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 MEMORIAM. JESÚS BALLESTEROS, José Corts Grau (1905-1995). – IV. DEBATES. JOSÉ LUIS SERRANO, JOSÉ LUIS SOLANA, FRANCISCO GARRIDO Y ANTONIO M. PEÑA, Ecologismo personalista: ecos de premodernidad. JESÚS BALLESTEROS, VICENTE BELLVER, ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ Y ANTONIO LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE, Las razones del ecologismo personalista. BENITO DE CASTRO CID, Caracterización y fundamentación de los derechos sociales. Reflexiones sobre un libro de F. J. Contreras. FRANCISCO J. CONTRERAS PELÁEZ, Derechos sociales y necesidades. Respuesta al profesor De Castro. PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, Sobre el análisis económico del Derecho. PEDRO MERCADO PACHECO, Respuesta a la profesora Paloma Durán. FERNANDO GALINDO, Actividades frente a normas. ROBERT ALEXY, Respuesta a F. Galindo. – V. INFORMACIONES. El utilitarismo contemporáneo como teoría aplicable. II Encuentro Iberoamericano de Estudios Utilitaristas. Breve reseña sobre las XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. XVII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social. Reunión del Comité de Investigación de Sociología del Derecho de la Asociación Internacional de Sociología (1995). – VI. CRÓNICA BIBLIOGRÁFICA. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Crónica Bibliográfica 1995. – VII. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. MARGARITA BELADIEZ ROJO, Los principios jurídicos (Joaquín R. Toubes Muñiz). NORBERTO BOBBIO, Il dubbio e la scelta. Intelletuali e potere nella società contemporanea (Fernando H. Llano Alonso). MANUEL CALVO GARCÍA, La teoría de las pasiones y el dominio del hombre (genealogía de la hermenéutica del control social) (José Ignacio Lacasta). AMEDEO G. CONTE, Filosofía del linguaggio normativo. – II. Studi 1982-1994 (Carlos Alarcón Cabrera). JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAÚJO, La Constitución como proceso y la desobediencia civil (Rafael Herranz Castillo). WILLIAM W. FISHER III Y OTROS (eds.), American legal realism (Félix Francisco Sánchez Díaz). JOSÉ IGNACIO LACASTA ZABALZA, Georges Sorel en su tiempo (1847-1922) (Teresa Picontó Novales). FRIEDRICH MÜLLER, Strukturierende Rechtslehre (Antonio Enrique Pérez Luño). LYGIA NEGRIE-DORMONT Y STAMATIOS TZITZIS, Criminologie de l'acte e philosophie pénale. De l'ontologie criminelle des Anciens à la victimologie appliquée des Modernes (José Calvo González). ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Consentimiento, Democracia y Obligación política (Nora María Martínez Yáñez). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, El desbordamiento de las fuentes del derecho (Carlos Alarcón Cabrera). DEREK L. PHILIPS, Looking Backward. A Critical Appraisal of Communitarian Thought (María Leonor Suárez Llanos). JOHN RAWLS, Political Liberalism (Salvador Rus Rufino). MANFRED REHBINDER Y ULRICH DROBNIG, Rechtsrealismus, multikulturelle Gesellschaft und Handelsrecht (Félix Francisco Sánchez Díaz).

#### VOLUMEN XIII (1996)

I. HACIA EL ESTADO CONSTITUCIONAL: UN DEBATE. MARINA GASCÓN ABELLÁN, Presentación: la concepción del Derecho en «El Derecho dúctil». Enoch Alberti, El derecho por principios: algunas precauciones necesarias (debate sobre «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky. Perfecto Andrés Ibáñez, No conviene «matar» al «notario». A propósito de jurisdicción y Derecho dúctil (en España). ROBERTO L. BLANCO VALDÉS, La ley y el legislador. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, ¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA, El no positivismo principialista en Il diritto mite de Gustavo Zagrebelsky. RICCARDO GUASTINI, Derecho dúctil, Derecho incierto. LUIS

PRIETO SANCHÍS, El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky). ALFONSO RUIZ MIGUEL, Del dúctil derecho a la virtuosa necesidad. – II. ESTUDIOS. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Hacia un *tractatus deóntico-philosophicus*. ALFONSO DE JULIOS CAMPUZANO, A vueltas con la justicia. Una reflexión sobre posmodernidad y comunitarismo. FERNANDO H. LLANO ALONSO, La armonización del Derecho y la justicia en el pensamiento jurídico-político de Guido Fassò. JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA, La justicia paradójica de Emmanuel Lévinas. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, Libertad y Estado en la teoría neoliberal. JOSÉ MANUEL PANEA MÁRQUEZ, Soberanía, obediencia y *salus populi* en Thomas Hobbes. JOSÉ MARÍA ROSALES, Política, ciudadanía y pluralismo: un argumento sobre las transformaciones de la esfera pública democrática. ÁNGELA APARISI MIRALLES, Igualdad y discriminación genética. VICENTE BELLVER CAPELLA, El movimiento por la justicia ambiental: entre el ecologismo y los derechos humanos. JUANA MARÍA GIL RUIZ, Reflexiones jurídicas sobre un reto de futuro: la maternidad. – III. DEBATES. PABLO DE LORA, Sobre la justicia constitucional. Reflexiones a partir del libro de Roberto Gargarella (La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial). ROBERTO GARGARELLA, Comentarios sobre el comentario de Pablo de Lora. – IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG, El positivismo jurídico neoinstitucionalista. (Una aproximación) (José Calvo González). JOHN AUSTIN, *The province of jurisprudence determined* (Isabel Turégano Mansilla). MIGUEL AYUSO TORRES, La filosofía jurídica y política de Francisco Elías de Tejada (Benjamín Rivaya). JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho (José María Rosales). MARÍA CASADO GONZÁLEZ, La eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos (Ana María Marcos del Cano). AMADEO G. CONTE, CARLOS ALARCÓN CABRERA, Deóntica de la validez (Victoria Iturralde Sesma). NEIL DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence* (Félix Francisco Sánchez Díaz). VITTORIO FROSINI, La letra y el espíritu de la ley (Fernando H. Llano Alonso). EMMANUEL MOUNIER, Obras completas (M. Leonor Suárez Llanos). LLUÍS PEÑUELAS I REIXACH, La docencia y el aprendizaje del Derecho en España. Una perspectiva de Derecho comparado (Nora M. Martínez Yáñez). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Manual de Informática y Derecho (Nora M. Martínez Yáñez). JOSÉ RUBIO CARRACEDO, Educación moral, posmodernidad y democracia. Más allá del liberalismo y del comunitarismo (José L. del Barco). JOHN HENRY SCHLEGEL, *American Legal Realism & Empirical Social Science* (Félix Francisco Sánchez Díaz). JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN, La teoría de la tolerancia en John Locke (José María Lassalle). STAMATIOS TZITZIS, *La Philosophie Pénale* (José Calvo González). – V. NECROLÓGICA. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Francisco Tomás y Valiente: Una evocación prospectiva. EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA, José Luis López Aranguren, 1909-1996.

#### VOLUMEN XIV (1997)

I. PONENCIAS DE LAS XVI JORNADAS DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL SOBRE «PERSPECTIVAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL», TOLEDO, 20 Y 21 DE MARZO DE 1997. MANUEL ATIENZA, Estado de Derecho, argumentación e interpretación. ALBERT CALSAMIGLIA, Teoría del participante «versus» teoría general del Derecho: una aproximación. ANDRÉS OLLERO TASSARA, Derecho y moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Ética públi-

ca-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.<sup>a</sup> Carmen Herrando Pérez). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución (5.<sup>a</sup> ed.) (Carmelo José Gómez Torres). TERESA PICONTÓ NOVALES, La protección de la infancia. (Aspectos sociales y jurídicos) (Miguel A. Ramos Ulgar). MANUEL PORRAS DEL CORRAL, Biotecnología, Derecho y Derechos Humanos (Ángela Aparisi Miralles). LUIS PRIETO SANCHÍS (coordinador), Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos (José Luis Solana Ruiz). PEDRO RIVAS PALÁ, Justicia, Comunidad, Obediencia. El pensamiento de Sócrates ante la Ley (Antonio Luis Martínez Pujalte).

#### VOLUMEN XV (1998)

I. EN EL L ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. 1. F. JOSÉ AUSÍN y LORENZO PEÑA: Derecho a la vida y eutanasia: ¿acortar la vida o acortar la muerte? 2. BENITO DE CASTRO CID: Retos de la configuración sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales. 3. JESÚS GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI: ¿Son los derechos humanos universales? 4. VALLE LABRADA RUBIO: En los derechos humanos el principio de igualdad limita el ejercicio de la libertad. 5. ANTONIO E. PÉREZ LUÑO: Sobre la universalidad de los derechos humanos. 6. JOSÉ M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ PANIAGUA: Los derechos humanos del individualismo a la ética de la responsabilidad (Un poco de clarificación). 7. ÁNGELES SOLANES CORELLA: Una respuesta al rechazo

racista de la inmigración: la interculturalidad. – II. ESTUDIOS. 2.1. Estudios de Teoría del Derecho. 1. XACOBE BASTIDA FREIXEDO: Ortega y el Estado. 2. NATHALIE GONZÁLEZ LAJOIE: El pluralismo jurídico en Carbonnier. 3. VICTORIA ITURRALDE SESMA: Consideración crítica del principio de permisión según el cual «lo no prohibido está permitido». 4. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS: Incidencia de la seguridad jurídica en la estructura y forma lógica de la norma jurídica. 5. MARÍA LOURDES SOUZA: Del uso alternativo del Derecho al garantismo: una revolución paradójica. 6. JUAN CARLOS VELASCO ARROYO: El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas. 2.2. Estudios de Historia del Pensamiento y Filosofía Política. 1. ALFONSO DE JULIOS CAMPUZANO: Repensando el neoliberalismo: ¿Quién habló de unidad? 2. RICARDO GARCÍA MANRIQUE y BENJAMÍN RIVAYA: Cronología comparada de la Filosofía del Derecho Española durante el franquismo. – III. DEBATES. 1. RUTH MESTRE. Derecho y género. A propósito de El feminisme com a crítica de Neus Campillo. 2. NEUS CAMPILLO. Respuesta al comentario de Ruth Mestre sobre El feminisme com a crítica. 3. RUTH MESTRE. Respuesta a Neus Campillo. 4. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA. Acerca de la indeterminación del Derecho (Una vigilia con José Juan Moreso). 5. JOSÉ JUAN MORESO. La vigilia y la interpretación constitucional. A modo de réplica a Alfonso García 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., Obbligazione politica e governo legittimo, Milán, Giuffré, 1997 (A. E. Pérez-Luño). 13. ROSALES, J. M., Patriotismo, nacionalismo y ciudadanía: en defensa de un cosmopolitismo cívico, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997 (J. Calvo González). 14. SOMMERMANN, K. P., Staatsziele und Staatszielbestimmungen, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997 (A. E. Pérez-Luño). 15. TRUJILLO, I., La Filosofia del Diritto nel pensiero de F. de Vitoria, Roma, Giapichelli, 1997 (C. Herrando).

#### VOLUMEN XVI (1999)

I. ESTUDIOS. I.1. Estudios de Teoría del Derecho. 1. PABLO RAÚL BONORINO: *Lógica y Prueba Judicial*. 2. PAOLO DI LUCIA: *Cómo hacer reglas con cosas*. 3. MARÍA CONCEPCIÓN GIMENO PRESA: *Teoría del Derecho, Sociología Jurídica y*

*pseudodisputas*. 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. TALAVERA FERNÁNDEZ: *Presupuestos para un reconocimiento jurídico coherente de las uniones homosexuales en España*. I.2. Estudios de Historia del Pensamiento y Filosofía Política. 1. PILAR ALLEGUE AGUETE: *Pluralismo normativo, soberanía y diversidad cultural*. 2. LUIS CARLOS AMEZÚA AMEZÚA: *La elasticidad de la «razón de Estado»*. 3. FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG: *La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Ética pública*. 4. DIEGO BETANCOR CURBELO: *La controversia creacionismo-evolución. Perspectiva jurídica*. 5. JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA: *El problema del Derecho Natural en la doctrina historicista del Derecho de F. K. Von Savigny*. 6. JOSÉ LUIS MIRETE NAVARRO: *Derecho de resistencia y Constituciones*. 7. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS: *Ontología jurídica en perspectiva histórica*. 8. BLANCA RUIZ: *Cultura del conflicto y diversidad cultural*. 9. MARÍA DE LOURDES SOUZA: *La individualidad postmoderna: una lectura del pensamiento de Pietro Barcellona y Boaventura Sousa Santos*. – II. DEBATES. 1. ASCENSIÓN CAMBRÓN: A propósito del libro de Carlos Lema Añón, *Reproducción, Poder y Derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. 2. CARLOS LEMA AÑÓN: Respuesta a Ascensión Cambrón. – III. CRÍTICA DE LIBROS. 1. APARISI MIRALLES, A.: *El proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho* (C. Velarde). 2. BODIN, J.: *Coloquio de los siete sabios sobre arcanos relativos a cuestiones últimas* (D. Blázquez Martín). 3. DE LORA DELTORO, P.: *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho* (G. Marcilla Córdoba). 4. EZQUIAGA GANUZAS, F. J.: *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional* (Q. Tejada Gorráiz). 5. LOSANO, M. G.: *Renato Treves, sociologo tra il vecchio e il nuovo mondo. Con il regesto di un archivio ignoto e la bibliografia di Renato Treves* (M.<sup>a</sup> J. Añón Roig). 6. MENDER, 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 des-memoriado de la sociedad española y su conciencia nacional e intelectual* (M.<sup>a</sup> José González Ordovás). – IV. NOTICIAS. 1. BERNUZ BENÉITEZ, M.<sup>a</sup> J., Reseña sobre el Primer Congreso Internacional Derecho y Sociedad (Bilbao, 5 y 6 de febrero de 1999). 2. Noticia de las XVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (Valencia, 15 y 16 de abril de 1999). 3. Crónica del XIX Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social. – V. NECROLÓGICA. 1. IN 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 Uribes*. 3. RAFAEL SUSIN BETRAN: *Arañando en la aridez. 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.: *Republicanismo: 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).

#### VOLUMEN XVIII (2001).

I. MONOGRÁFICO: La argumentación en la prueba. 1. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ: *Hechos difíciles y razonamiento probatorio (Sobre la prueba de los hechos disipados)*. 2. RAFAEL DE ASÍS ROIG: *Sobre la motivación de los hechos*. 3. LAURA MIRAUT MARTÍN: *La sentencia judicial entre la recreación y la sustitución de los hechos*. 4. JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN: *Problemas metodológicos en la prueba del dolo*. 5. LORENZO PEÑA GONZALO/TXETXU AUSÍN DíEZ: *La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria*. –II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. 1. JUAN JESÚS AGUIRRE DE LA HOZ: *Hombres y ciudadanos*. 2. CARLOS ALARCÓN CABRERA: *Valores y sentimientos: Un enfoque freudoemotivista*. 3. MARTA ALBERT MÁRQUEZ: *La mujer en la «etapa de la nivelación». El feminismo en el pensamiento de Max Scheler*. 4. MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS: *El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales*. 5. XACOBE BASTIDA FREIXEDO: *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*. 6. MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS: *La ciudad desmerecida (Notas sobre el orden y el desorden social)*. 7. JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ: *El formalismo en la teoría jurídica estadounidense*. 8. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS: *La seguridad jurídica en la configuración del Derecho como ordenamiento*. 9. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO: *Sobre el arte legislativo de birlibirloque. La LOPRODA y la tutela de la libertad informática en España*. 10. MANUEL JESÚS RODRÍGUEZ PUERTO: *Tópica y humanismo jurídico*. 11. GEORG H. VON WRIGHT: *Valorar (o cómo hablar de lo que se debe callar). Nuevas bases para el emotivismo (trad. de Carlos Alarcón Cabrera)*. –III. DEBATES. 1. ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE: *Sobre las normas de competencia: Algunas observaciones a las tesis de Jordi Ferrer*. 2. JORDI FERRER BELTRÁN: *De nuevo sobre las normas de competencia: Una réplica a Antonio Manuel Peña*. –IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. 1. ARNAUD, A. J.: *Entre modernidad y globalización. Siete lecciones de historia de la filosofía del Derecho y del Estado* (Nathalie González Lajoie). 2. CRUZ, L. M.: *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham* (José Antonio Seoane Rodríguez). 3. DE ASÍS ROIG, R.: *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista* (Ramón Ruiz Ruiz). 4. DI BLASI, F.: *Dios y la Ley natural. Una relectura de Santo Tomás de Aquino* (Vicente Bellver Capella). 5. FERREIRA DA CUNHA, P.: *Le Droit et les Sens* (José Calvo González). 6. GARZÓN VALDÉS, E.: *Filosofía, Política y Derecho. Escritos seleccionados* (José García Añón). 7. MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.: *La obediencia al Derecho en la España democrática* (Sonia Esperanza Rodríguez

Boente). 8. MELKEVIK, B.: *Réflexions sur la Philosophie du Droit* (José Calvo González). 9. MIRAUT MARTÍN, L.: *La teoría de la decisión jurídica de Benjamín Nathan Cardozo* (David Enrique Pérez González). 10. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la experiencia jurídica* (Fernando H. Llano Alonso). 11. RODRÍGUEZ MOLINERO, M.: *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Juan Antonio García Amado). 12. VV.AA. (A. ANTÓN, coord.): *Trabajo, derechos sociales y globalización algunos retos para el siglo XXI* (Pablo Miravet Bergón).—V. NOTICIAS. XVIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Granada, 5 y 6 de abril de 2001 (Pedro Mercado Pacheco).—VI. NECROLÓGICAS. *In memoriam* Enrique Marí (Claudio Martyniuk).

#### VOLUMEN XIX (2002)

PRESENTACIÓN. JAVIER DE LUCAS. —I. MONOGRÁFICO: Justicia y legitimidad en el orden internacional. 1. ALFONSO DE JULIOS-CAMPUZANO: *Globalización y modernidad. La vía del constitucionalismo cosmopolita*. 2. CRISTINA HERMIDA DEL LLANO: *Aportaciones filosófico-jurídicas de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE*. 3. NICOLÁS LÓPEZ CALERA: *El concepto de terrorismo. ¿Qué terrorismo? ¿Por qué el terrorismo? ¿Hasta cuándo el terrorismo?* 4. EMILIO MIKUNDA FRANCO: *Justicia y legitimidad en el orden internacional como valores clave de la futura Constitución Europea. Especial referencia a España*. 5. EVARISTO PRIETO NAVARRO: *Liberalismo etnocéntrico y orden cosmopolita: adversus Rorty*. 6. ALFONSO RUIZ MIGUEL: *Doctrinas de la guerra y de la paz*.—II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. 1. LUIS CARLOS AMEZÚA AMEZÚA: *Hacia una ética judicial del Estado moderno. Las virtudes del juez según Pedro de Ribadeneyra*. 2. FEDERICO ARCOS RAMÍREZ: *La seguridad jurídica en la aplicación judicial del Derecho. De la previsibilidad a la argumentación*. 3. HUGO AZNAR GÓMEZ: *La doctrina liberal de la libertad de expresión y sus límites: el papel actual de los medios de comunicación*. 4. PABLO RAÚL BONORINO: *Respuestas correctas. La débil tesis de sentido común*. 5. FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ: *Consenso de los filósofos y libertad personal*. 6. ÍÑIGO DE MIGUEL BERIAIN/MARÍA JORQUI AZOFRA: *Patentes y biotecnología: ¿un dilema insuperable?* 7. RAFAEL ESCUDERO ALDAY: *Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller*. 8. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA: *Un punto de vista más sobre la filosofía del Derecho*. 9. VICTORIA ITURRALDE SESMA: *Derogación innominada, acto de habla y condiciones de satisfacción*. 10. LAURA MIRAUT MARTÍN: *Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos*. 11. A. DANIEL OLIVER LALANA: *El derecho secreto y la fórmula de Radbruch. ¿Es la publicidad un criterio definitorio del derecho?* 12. MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS: *La utopía de Derecho*. 13. TERESA VICENTE GIMÉNEZ: *La dimensión universal e integradora de la Justicia ecológica*.—III. DEBATES. 1. MARIO RUIZ SANZ: *Dialogando sobre lo fáctico en el Derecho. A propósito del modelo cognoscitivista en la prueba*. 2. MARINA GASCÓN ABELLÁN: *Sobre el modelo cognoscitivista en la prueba judicial. A propósito de las observaciones de Mario Ruiz*.—IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. 1. ANÓN ROIG, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México D.F., 2002, 157 pp. (José Manuel Rodríguez Uribes). 2. JABLONER, Clemens, & STADLER Friedrich (Hrsg.), *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule*, Springer, Wien-New York, 2001, 339 pp. (Gregorio Robles).

3. DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000, 511 pp. (César Arjona). 4. HINKELAMMERT, Franz J., *Crítica de la razón utópica*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2002, 404 pp. (David Sánchez Rubio). 5. LALUEZA, Carles, *Razas, racismo y diversidad. La ciencia: un arma contra el racismo*, Bromera-Algar ed., 2002, 173 pp. (José García Añón). 6. PALOMBELLA, Gianluigi, *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, ed. Comares, Granada, 2000, traducción y prólogo de José Calvo González, XXIV + 141 pp. (Felipe Navarro Martínez). 7. QUEROL FERNÁNDEZ, Francisco, *La filosofía del derecho de K.Ch.F. Krause. Con un apéndice sobre su proyecto europeísta*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Colección del Instituto de Investigación sobre Liberalismo, Krausismo y Masonería, n.º 17, 2000, 492 pp. (Ricardo Pinilla). 8. ROBLES, Gregorio, *Crimen y castigo (ensayo sobre Durkheim)*, Civitas, Madrid, 2001, 132 pp. (Félix Francisco Sánchez Díaz). 9. SOLANES CORELLA, Ángeles, *El espejo italiano. Un estudio de la normativa sobre la inmigración en Italia*, Dykinson, Madrid, 2001, 273 pp. (Andrés García Inda). 10. VV.AA. (Christian Curtis comp.), *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2001, 421 pp. (Pablo Miravet). 11. VV.AA. (Javier de Lucas, et. al.), *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo blanch, 2000, Valencia, 502 pp. (María José González Ordovás).-V. NECROLÓGICAS. El último libro de Vittorio Frosini (Antonio Enrique Pérez Luño).-RECOMENDACIONES A LOS AUTORES

# ANUARIOS

Ministerio de Justicia y BOE

## Anuario de Derecho Civil

Anuario fundado por D. Federico de Castro y Bravo, se dirige tanto a estudiosos como a prácticos del Derecho. Contiene estudios monográficos sobre temas clásicos y de actualidad. Ofrece información sobre legislación y jurisprudencia comunitarias, bibliográfica (libros, revistas españolas y extranjeras) y jurisprudencial (Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencias...) en estudios jurisprudenciales, comentarios y extractos de sentencias.

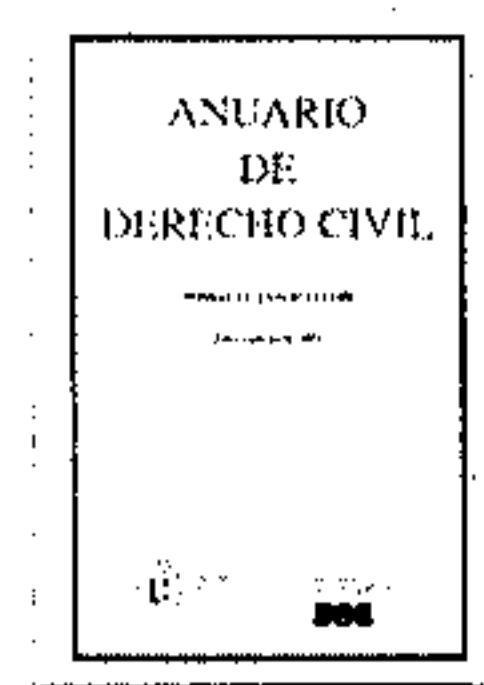
**Tomo LVI, Fascículo IV**, 376 páginas

**ISSN: 0210-301X**

**Periodicidad: Trimestral**

**Precio suscripción: 65 euros**

**Precio ejemplar: 20 euros**



## Anuario de Filosofía del Derecho

Es un foro especializado para el debate de los principales problemas teóricos actuales de la Teoría y la Filosofía del Derecho, como legitimidad y obligatoriedad de las leyes, desobediencia civil, estatuto de los derechos humanos, manipulación genética o eutanasia. Su dirección científica está a cargo de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política y en él publican habitualmente los miembros de esta Sociedad, pero sus cuatro secciones están abiertas a la colaboración de otros especialistas nacionales e internacionales.

**Volumen XX, 2003**, 440 páginas

**ISSN: 0518-0872**

**PVP: 33 euros**



## Anales de la Abogacía General del Estado

Esta publicación ofrece un testimonio de la labor cotidiana desempeñada por los Abogados del Estado en el ejercicio de las funciones de asistencia jurídica que el Servicio Jurídico del Estado tiene encomendadas.

**2002, (edición en papel y CD-ROM)**, 984 páginas

**ISSN: 1134-5047**

**PVP: 73 euros**



Ateneo de Juristas





## Anuario de Historia del Derecho Español

Esta revista recoge primordialmente las aportaciones de los historiadores del Derecho español, pero abierta también a todos los historiadores, juristas e investigadores de la historia del derecho.

**Tomo LXXIII, 2003**, 860 páginas  
**ISSN: 0304-4319**  
**PVP: 55 euros**



## Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Incluye todas las resoluciones de recursos gubernativos. Nombramiento de auditores y expertos independientes. Sistema notarial. Sistema registral. Resoluciones de estado civil. Disposiciones de interés para Registradores y Notarios. Cuerpos dependientes de la Dirección. Estadísticas.

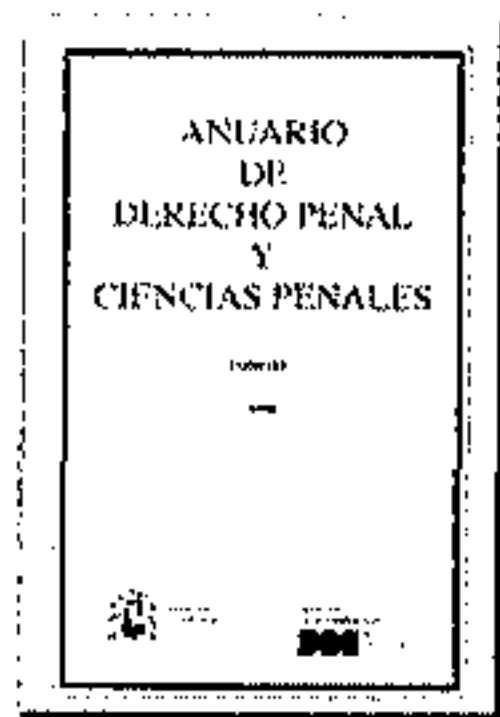
**2002 (3 volúmenes. Incluye CD-ROM)**, 5.192 páginas en total  
**ISBN: 84-340-1452-1**  
**PVP: 150 euros**



## Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

Publica artículos doctrinales de los más destacados penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

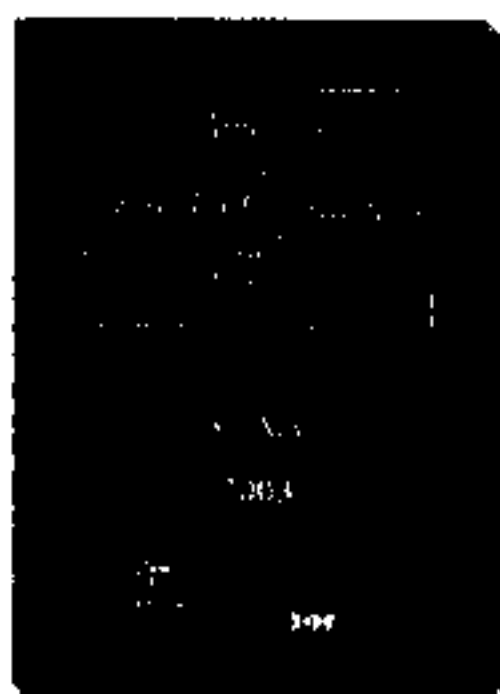
**Tomo LV, 2002**, 724 páginas  
**ISSN: 0210-3001**  
**PVP: 48 euros**



## Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado

Publica estudios y recoge jurisprudencia y legislación, tanto española como extranjera, sobre todos los temas relacionados con la libertad religiosa, el derecho de familia, el derecho a la educación y el derecho de las asociaciones y fundaciones religiosas, y la más importante documentación nacional e internacional al respecto.

**Volumen. XIX. 2003**, 1.080 páginas  
**ISSN: 0210-8123**  
**PVP: 100 euros**



Ministerio de Justicia



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.: 902 365 303.





