

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XXI
2004



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETIN
OFICIAL DE
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 XXI
2004

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2005

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): 007-05-044-3
NIPO (M.º de Justicia): 051-05-007-7
Depósito Legal: M-11151-1958

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

PRESENTACIÓN

En la sección de *Estudios* se incluyen quince trabajos que ofrecen una muestra representativa de la amplitud de problemas que ocupan a la Teoría y Filosofía del Derecho: desde cuestiones polémicas a temas más clásicos de nuestra disciplina, como los relativos al lenguaje, creación e interpretación jurídica, la teoría de la democracia, los derechos humanos, la futura Constitución europea, o aspectos relacionados con la historia del pensamiento jurídico y político, así como trabajos dedicados a figuras centrales del pensamiento iusfilosófico como Radbruch o Ross. El hecho de que la mayoría provengan de jóvenes profesores de diferentes universidades españolas parece una señal de vitalidad que debemos recibir y valorar con optimismo.

El libro del profesor Miguel Ángel Ramiro Avilés, *Utopía y Derecho. El sistema jurídico en las sociedades ideales*, es el objeto del debate con Cristina Monereo Atienza, que además de reexaminar la actualidad del concepto de utopía, dedica especial atención a la cuestión de los derechos sociales.

La sección de *Crítica bibliográfica* ofrece diecisiete reseñas que dan cuenta de un amplio elenco de publicaciones y que atestiguan la utilidad y el interés de esta sección, que ha visto considerablemente incrementado el número de contribuciones en las últimas ediciones del *Anuario*.

La sección monográfica de este volumen está dedicada a un tema de obligado recuerdo, *la filosofía jurídica y política en Kant*, en conmemoración al bicentenario de su muerte. Fruto de esta efemérides son los trabajos de los profesores Federico Arcos, Fernando Llano y José Luis Mirete.

El homenaje a pensadores que nos han dejado recientemente, como es el caso de Geoffrey Marshall, o del más cercano a la filosofía del derecho española, Norberto Bobbio, cuyo prestigio intelectual y

calidad humana queda fuera de toda duda o discusión, es el sentido de la sección de *Necrológicas*. Quiero agradecer a los profesores Robert S. Summers y Alfonso Ruiz Miguel, su deferencia al proporcionarnos un ajustado resumen de sus trayectorias académicas y personales.

JAVIER DE LUCAS

Director del *Anuario*

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN. JAVIER DE LUCAS (Director del <i>Anuario</i>).....	5
I. MONOGRÁFICO: La filosofía política y jurídica en Kant	
1. ARCOS RAMÍREZ, Federico (Universidad de Almería). <i>Una lectura del cosmopolitismo kantiano</i>	13
2. LLANO ALONSO, Fernando H. (Universidad de Sevilla), <i>¿Fue Kant un verdadero profeta del nacionalismo? Crítica a las lecturas pronacionalistas de Kedourie y Berlin</i>	39
3. MIRETE NAVARRO, José Luis (Universidad de Murcia), <i>Kant y T. Hobbes: pacto social y posibilidad de resistencia al poder político</i>	65
II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO	
1. AMEZÚA AMEZÚA, Luis Carlos (Universidad de Valladolid), <i>La soberanía en «El Gobernador Cristiano» (1612), de Juan Márquez</i>	75
2. ARA PINILLA, Ignacio (Universidad de La Laguna), <i>Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados</i>	107
3. CALVO GONZÁLEZ, José (Universidad de Málaga), <i>Sobre la Antropología jurídica en España a finales del siglo XIX y comienzos del XX. De la extravagancia del centauro a la soledad del unicornio</i>	125
4. CAMPOY CERVERA, Ignacio (Universidad Carlos III de Madrid), <i>Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos</i>	143

	Pág.
5. CARRIÓ SAMPEDRO, Alberto (Universidad de Oviedo), <i>Ordenamiento jurídico, competencia normativa y legislación de extranjería</i>	167
6. DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo (UNED), <i>Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana</i>	187
7. DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto (Universidad de Jaén), <i>Teoría jurídica y tesis desregulativas contemporáneas. El caso de la identidad colectiva</i>	213
8. FERNÁNDEZ-CREUHET, Federico (Universidad de Almería), <i>La teoría de la representación como aleph de la filosofía jurídica de F. C. Savigny</i>	241
9. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (Universidad de Barcelona), <i>Radbruch y el valor de la seguridad jurídica</i>	261
10. HERMIDA DEL LLANO, Cristina (Universidad Rey Juan Carlos de Madrid), <i>Reflexiones sobre el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa</i>	287
11. LÓPEZ HERNÁNDEZ, José (Universidad de Murcia), <i>El concepto de Derecho de Alf Ross en su etapa analítica.</i>	313
12. MARCILLA CÓRDOBA, Gema (Universidad de Castilla-La Mancha), <i>Argumentación jurídica y racionalidad legislativa en el Estado Constitucional</i>	337
13. PÉREZ BARAHONA, Sergio (Universidad de La Rioja), <i>El federalismo renovado en Charles Taylor. Quebec y Canadá</i>	353
14. RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel Jesús (Universidad de Cádiz), <i>El inicio de los sistemas jurídicos. Entre el método y el individualismo</i>	385
15. SECO MARTÍNEZ, José María; y RODRÍGUEZ PRIETO, Rafael (Universidad Pablo de Olavide de Sevilla), <i>Del imperio mercantil a la democracia posible</i>	411

III. DEBATES

1. MONEREO ATIENZA, Cristina (Universidad de Málaga), <i>Utopía y derecho. Una ocasión para el debate sobre derechos sociales</i>	429
2. RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel (Universidad Carlos III de Madrid), <i>La función y actualidad del pensamiento utópico (respuesta a Cristina Monereo)</i>	439

IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

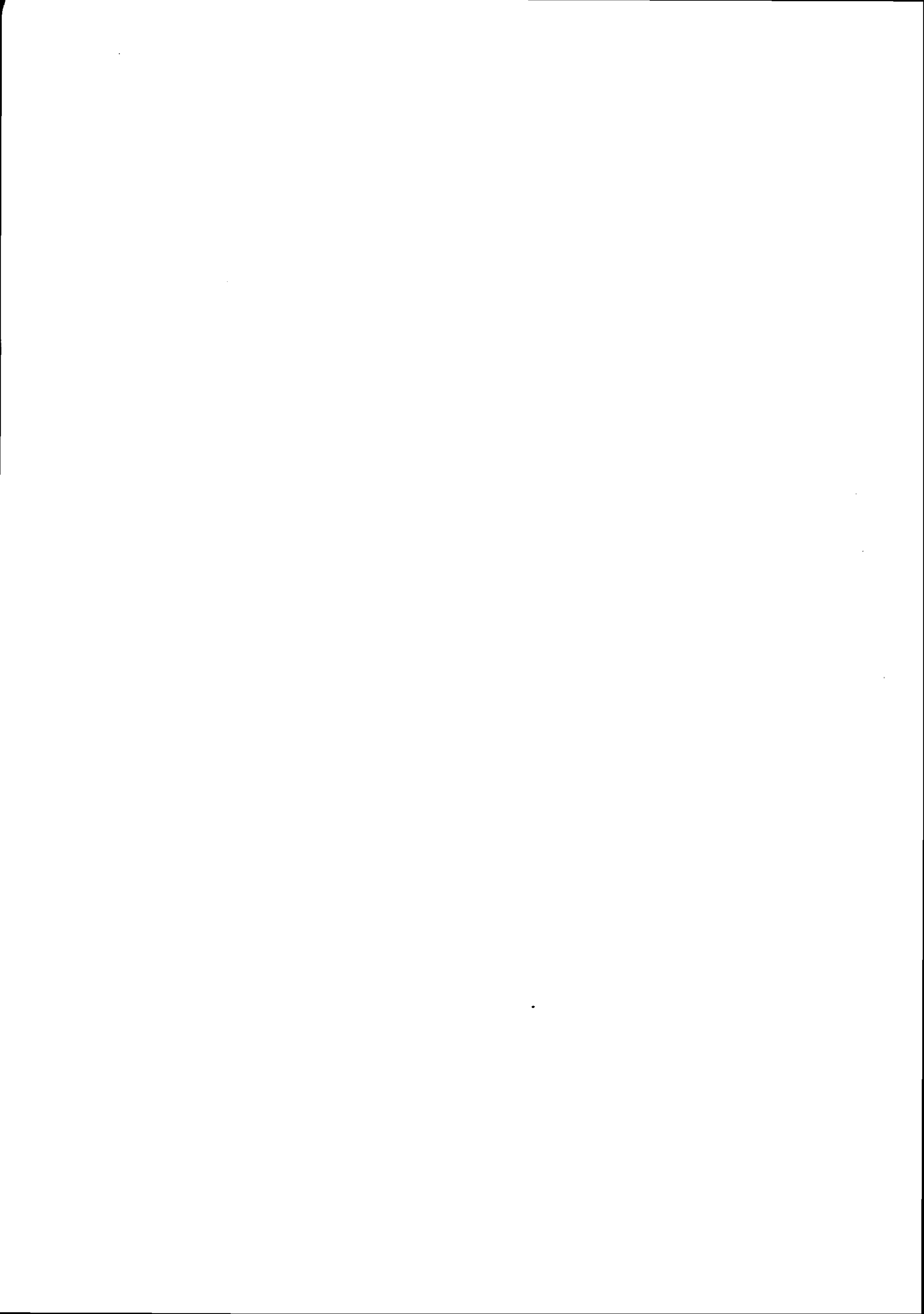
1. AL-HAKIM, Tawfiq, <i>Diario de un fiscal rural</i> , trad. y pról. de E. García Gómez, Eds. del Viento, A Coruña, 2003, 159 pp. (José Calvo González. Universidad de Málaga)	463
---	-----

	Pág.
2. ALEXY, Robert; KOCH, Hans-Joachim; KUHLEN, Lothar; RÜßMANN, Helmut; <i>Elemente einer juristischen Begründungslehre</i> , Nomos, Baden-Baden, 2003, 544 pp. (José Manuel Cabra Apalategui. Universidad de Málaga)	469
3. BIGOTTE CHORÃO, Luis, <i>O periodismo jurídico português do século XIX. Páginas de história da cultura nacional oitocentista</i> , Prefácio de Martim de Albuquerque, Imprensa Nacional-Casa de Moeda, Lisboa, 2002, 401 pp. (José Calvo González. Universidad de Málaga)	474
4. CASANOVAS, Pompeu (ed.), <i>Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación</i> , editorial Comares, Granada, 2003, 336 pp. (Victoria Iturralde Sesma. Universidad del País Vasco)	478
5. DIAZ, Elías, y COLOMER, José Luis (eds.), <i>Estado, justicia, derechos</i> , Alianza Editorial, Madrid, 2002, 477 pp. (Cristina Monereo Atienza. Universidad de Málaga) ...	484
6. DORADO PORRAS, Javier, <i>La lucha por la Constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII</i> , prólogo de G. Peces-Barba, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 2001, 523 pp. (Cristina Monereo Atienza. Universidad de Málaga)	489
7. ENDICOTT, Timothy A. O., <i>Vagueness in Law</i> , Oxford University Press, Oxford, 2000, 213 pp. (J. Alberto del Real Alcalá. Universidad de Jaén)	495
8. HIERRO, Liborio, <i>La eficacia de las normas jurídicas</i> , Ariel, Barcelona, 2003, 239 pp. (Jesús García Cívico. Universitat de València)	500
9. LA TORRE, Massimo, <i>Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea</i> , G. Giappichelli Editore, Torino, 2004, 304 pp. (Fco. Javier Ansuátegui Roig. Universidad de Jaén)	504
10. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, <i>Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho</i> , Innovación editorial Lagares, Sevilla, 2003, 179 pp. (Fernando H. Llano Alonso. Universidad de Sevilla)	508
11. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, <i>¿Ciberciudadaní@ o Ciudadaní@.com?</i> , Gedisa, Barcelona, 2003, 142 pp. (Cristina García Pascual. Universitat de València)	511
12. PRIETO SANCHÍS, Luis, <i>Justicia constitucional y derechos fundamentales</i> , Trotta, Madrid, 2003, 306 pp. (Pablo Miravet. Universitat de València)	514
13. ROBLES MORCHÓN, Gregorio, <i>Ley y Derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich</i> , Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, 134 pp. (Aurelio de Prada García. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid)	519

	Pág.
14. RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, <i>La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución española</i> , Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003, 649 pp. (Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz. Universidad de Santiago de Compostela)	522
15. SERNA, Pedro (dir.), <i>De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas</i> , ed. Comares, Granada, 2003, 247 pp. (Tomás de Domingo Pérez. Universidad Miguel Hernández)	526
16. VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, <i>El pensamiento político-jurídico de Alejandro Oliván en los inicios del moderantismo (1820-1843)</i> , Instituto de Estudios Altoaragoneses, Huesca, 2003, 407 pp. (Ángel G. Chueca Sancho. Universidad de Zaragoza)	533
17. ZAPATERO, Virgilio (ed.), <i>Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel</i> , Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2002, 2 vols., 1.519 pp. (Íñigo Álvarez Gálvez. Universidad Europea de Madrid)	535
 V. NECROLÓGICAS	
– GEOFFREY MARSHALL (Robert S. Summers. Universidad de Cornell) (trad. de Francisco Laporta)	545
– NORBERTO BOBBIO EN ESPAÑA (Alfonso Ruiz Miguel. Universidad Autónoma de Madrid)	549
 Recomendaciones a los autores	553

I

**MONOGRÁFICO:
LA FILOSOFÍA POLÍTICA
Y JURÍDICA EN KANT**



Una lectura del cosmopolitismo kantiano

Por FEDERICO ARCOS RAMÍREZ

Universidad de Almería

SUMARIO: Numerosos defensores y detractores de Kant interpretan el globalismo jurídico auspiciado por este autor como la codificación del universalismo ético expresado en la doctrina de «el reino de los fines». Desde esta perspectiva, Kant aparecería como un utopista, como un soñador deseoso de sustentar el derecho y la política únicamente en la ética. A través del cosmopolitismo diseñado fundamentalmente en *La paz perpetua*, aquél perseguiría una constitucionalización ahistórica, idealista y abstracta de su universalismo o cosmopolitismo moral. Tras examinar esta interpretación y contrastarla con los principales textos internacionalistas del de Königsberg, este trabajo examina las razones que permiten sostener que el cosmopolitismo político-jurídico kantiano, sin dejar de estar inspirado en su universalismo ético, no es una simple codificación de éste sino un intento de mediación entre el ideal y la realidad, entre los principios a priori de la razón y su aplicación empírica.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA PLURALIDAD DE COSMOPOLITISMOS Y SUS RELACIONES

La comprensión del significado, el propósito y los límites de los numerosos proyectos que, como el auspiciado por Kant, reclaman la fuerza y amplitud de miras del ideal de la ciudadanía mundial sólo parece posible si aceptamos que no existe «el» cosmopolitismo, sino una diversidad de cosmopolitismos. Consciente de esta pluralidad, Pauline Kleingeld, ha llegado a distinguir hasta seis formas de cosmopolitismo: moral, cultural, reformador del sistema

político internacional, jurídico, económico y romántico¹. Una clasificación más extendida, y de la que nos vamos a servir para intentar reconstruir algunas claves del cosmopolitismo kantiano, distingue, de un modo más restringido, entre los cosmopolitismos ético, institucional y cultural.

Una de las tesis más típicamente cosmopolitas es la que considera que todos los seres humanos forman parte de una única comunidad ética que trasciende cualquier tipo de frontera. Como miembros de esta comunidad, los seres humanos tienen deberes morales respecto a todos sus congéneres con independencia de su raza, lengua, nacionalidad, etc. El cosmopolitismo rechazaría así que el ámbito de la justicia resulte limitado por las fronteras que cada uno de los mencionados factores pueden representar. Aquí la clave del cosmopolitismo es el principio según el cual la vida, los intereses, las necesidades o las pretensiones de todos los seres humanos tienen un mismo valor ético. La perspectiva cosmopolita sería, de esta forma, imparcial, universal, individualista e igualitaria². Esta idea ha sido expresada en más de una tradición ética occidental, desde el iusnaturalismo, pasando por el utilitarismo y, actualmente, el liberalismo. Hablaríamos en todos estos casos de un *cosmopolitismo ético o sobre la justicia*³.

También se arrojan el título de cosmopolitas quienes propugnan la reforma de la estructura política del mundo, al objeto de que los Estados y otras unidades territoriales sean conducidas bajo la autoridad de alguna clase de agencia supranacional; por ejemplo, un gobierno mundial. Esta forma de cosmopolitismo defendería la primacía del Derecho internacional y la progresiva reducción de la soberanía de los Estados hasta su superación por el orden global de una *civitas maxima*. Para el logro de esta meta es imprescindible el desarrollo de normas y de organismos centralizados que verifiquen la aplicación coactiva de la legalidad internacional y, eventualmente, de un «constitucionalismo global», de una «*Cosmópolis de Derecho*», que garantice la protección internacional de los derechos humanos⁴. Estas tesis o similares son propias del *cosmopolitismo jurídico y/o institucional*.

Otra actitud típicamente cosmopolita es la de rechazar que el bienestar o la identidad de las personas depende de su pertenencia a un determinado grupo cultural cuyas fronteras son razonablemente claras

¹ KLEINGELD, P., «Six varieties of Cosmopolitanism in Late-Century Germany», *Journal of the History of Ideas*, vol. 60, núm. 3, 1999, p. 505.

² JONES, C., *Global Justice. Defending cosmopolitanism*, Oxford University Press, 1999, p. 15.

³ BEITZ, Ch: «Cosmopolitan Liberalism and the States System» en BROWN, C. (ed), *Political restructuring Europe. Ethical Perspectives*, Routledge & Kegan Paul, 1994, pp. 124-125; POGGE, T. W.: «Cosmopolitanism and Sovereignty» en BROWN, C. (ed), *Political restructuring Europe. Ethical Perspectives*, cit., p. 90.

⁴ ZOLO, D., *Cosmópolis. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*, trad. de R. Grasa y F. Serra, Paidós, Barcelona, 2000, pp. 148-149.

y su estabilidad y cohesión relativamente seguras. El cosmopolitismo insiste en la fluidez de la identidad individual, en la capacidad de las personas para forjar nuevas identidades valiéndose de materiales procedentes de diversas fuentes culturales y en el enriquecimiento que ello supone⁵. En este contexto, cosmopolita es quien puede elegir los ingredientes de su identidad personal de fuentes diferentes y distintas a las de su cultura vernácula. Se trata, como escribe Waldron, de una criatura de la modernidad, consciente de vivir en un caleidoscopio de culturas y de tener una identidad mestiza⁶. En todos estos casos estaríamos aludiendo a lo que se conoce como cosmopolitismo *cultural*⁷.

La necesidad y utilidad de estas distinciones internas del ideal cosmopolita parece a salvo de cualquier controversia. No puede decirse lo mismo de la autonomía que cabe reconocer a cada uno de estos cosmopolitismos así como de las relaciones y conexiones que cabe establecer entre ellos.

Por lo que respecta a las relaciones entre los cosmopolitismos ético e institucional, es frecuente presentar a este último como la codificación del universalismo ético cosmopolita. Desde esta óptica, la justificación y razón de la creación de estructuras supranacionales o, *ex hypothesi*, un gobierno mundial no sería otra que hacer efectivos, mediante el respaldo de la fuerza organizada institucionalmente, el respeto de la igualdad moral de todos los individuos. No obstante, quien adopta un punto de vista ético-cosmopolita no tiene por qué estar comprometido, necesariamente, con la creencia en que el mundo deba organizarse bajo el gobierno de instituciones políticas globales⁸. De igual manera, el fundamento tanto de una ética como, en este caso, un gobierno mundial, podría tener unos presupuestos mucho menos ideales que la creencia en la igualdad moral de todos los seres humanos. Quizá «no nos una el amor sino el espanto» (Borges), y la instauración de una cosmópolis no termine siendo tanto el producto de un progreso de los sentimientos morales como, de modo más prosaico, la pura y simple necesidad de protegernos mejor de los otros. Males o amenazas como el genocidio, la limpieza étnica, la energía y el armamento atómico, la catástrofes medioambientales, el terrorismo, etc⁹, confirmarían que en favor de la instauración de una cosmópolis abo-

⁵ SCHEFFLER, S., «Conceptions of Cosmopolitanism» en *Boundaries and Allegiances. Problems of Justice and Responsibility in liberal thought*, Oxford University Press, 2001, pp. 111-112.

⁶ WALDRON, J., «Minorities Cultures and the Cosmopolitan Alternative», en KYMLICKA, W. (ed), *The Rights of Minorities Cultures*, Clarendon, Oxford, 1995, p. 95.

⁷ Otros autores entienden por cosmopolitismo cultural la valoración de la diversidad de formas culturales en las que se expresa la humanidad y consideran la uniformidad un empobrecimiento cultural. KLEINGELD, P., «Six varieties of Cosmopolitanism in Late-Century Germany», *op. cit.*, p. 515.

⁸ BEITZ, Ch: «Cosmopolitan Liberalism and the States System», *op. cit.*, p. 125.

⁹ Vid. BECK, U., «El mundo después del 11-S», *El País*, viernes, 19 de octubre de 2001, p. 26. íd., «The cosmopolitan perspective. On the sociology of the second age of modernity», *British Journal of Sociology*, 5, 2000, pp. 79-106.

gan tanto las razones prudenciales como el optimismo respecto al avance ético y racional de la humanidad. Frente al escepticismo de muchos acerca de la posibilidad de defender el cosmopolitismo institucional sobre otra base que no sea el valor moral los derechos humanos, no parece descabellado defender hoy un fortalecimiento de las autoridades internacionales desde premisas hobessianas, esto es, con base en el autointerés antes que en el respeto moral de los individuos¹⁰. Frente a un cosmopolitismo utópico, podríamos hablar, en este caso, de un cosmopolitismo realista.

Por otra parte, aunque desde un punto de vista estrictamente lógico quepa sostener las tesis universalistas e imparciales del cosmopolitismo ético y, al mismo tiempo, defender a ultranza la integridad de las culturas y la posibilidad de una vida plena sin trascender el horizonte local, lo cierto es que tanto los estoicos como los humanistas renacentistas, los ilustrados y gran parte de los cosmopolitas de nuestro tiempo han supeditado la viabilidad de una ética cosmopolita al distanciamiento de lo vernáculo (cultura, patria, lengua, etc.), la curiosidad por las culturas ajenas y la búsqueda de vías para reconducir lo local a lo universal, hasta reconocer la existencia de una común humanidad. Aunque tampoco puede ignorarse que un cosmopolitismo extremadamente abierto a todas las culturas puede terminar desembocando en posiciones relativistas incompatibles con el proyecto global del cosmopolitismo.

Las distinciones realizadas permiten vislumbrar las dificultades que entraña descifrar el significado de muchos proyectos cosmopolitas y, en especial, del auspiciado por Immanuel Kant. Desconocedores de esta complejidad y, seguramente, como una superación no exenta de lógica de las confusiones y contradicciones que dominan el pensamiento internacionalista kantiano, numerosos defensores y detractores de Kant no han visto mayores inconvenientes en interpretar su globalismo jurídico como la codificación del universalismo ético expresado en la doctrina de «el reino de los fines»¹¹. Desde esta perspectiva, Kant aparecería como un utopista, como un soñador deseoso de sustentar el derecho y la política únicamente en la ética. A través del cosmopolitismo legal e institucional, aquél perseguiría una traducción ahistórica, idealista y abstracta de su universalismo o cosmopolitismo moral. Creo que esta interpretación del cosmopolitismo kantiano es la que encontramos no sólo en muchos teóricos de las relaciones internacionales, sino también en el ámbito de la filosofía política y jurídica, en autores tan diferentes como Nussbaum, Habermas, Rorty e incluso Zolo. Tras examinar esta interpretación y contrastarla con los principales textos internacionalistas del de Königsberg, trataré de justificar

¹⁰ BARRY, B., «International Society from a Cosmopolitan Perspective» en MAPEL, D. and NARDIN, T. (eds), *International Society and Ethics*, Princeton, 1998, p. 145.

¹¹ Vid. SUTCH, P., «Kantians and cosmopolitanism: O'Neil and Cosmopolitan Universalism», *Kantian Review*, vol. 4, 2000, pp. 100-101.

las razones por las que, a mi modo de ver, el cosmopolitismo político-jurídico kantiano, sin dejar de estar inspirado en su universalismo ético, no es una simple constitucionalización de éste sino un intento de mediación entre el ideal y la realidad, entre los principios a priori de la razón y su aplicación empírica.

2. UNA LECTURA CONTEMPORÁNEA DEL COSMOPOLITISMO JURÍDICO KANTIANO

La teoría ética kantiana posee una innegable proyección cosmopolita. Kant parece evidenciarlo cuando, en *La paz perpetua*, considera a todos los hombres como «ciudadanos» de una comunidad moral en tanto que «ciudadanos de un mundo suprasensible»¹². Estas palabras recuerdan la famosa doctrina del «reino de los fines», un reino atemporal en el que no hay lugar para la historia o las necesidades de los individuos. «Por reino –escribe Kant– entiendo el enlace sistemático de distintos seres racionales por leyes comunes. Pues bien, dado que las leyes determinan los fines según su validez universal, tenemos que si se abstrae de las diferencias personales de los seres racionales, e igualmente del contenido de sus fines privados, podrá ser pensado un conjunto de todos los fines .. en conexión sistemática»¹³. La consideración de todos los seres racionales como miembros del reino de los fines exige de éstos que actúen de acuerdo con máximas que puedan tornarse al mismo tiempo leyes universales, esto es, les obliga a actuar de acuerdo con el imperativo categórico.

Tanto el reino de los fines como el imperativo categórico serían categorías del lenguaje ético kantiano impregnadas de una fuerte impronta cosmopolita. Si de la primera se ha señalado que desempeña una función similar a la idea del ciudadano del mundo a la hora de guiar la conducta moral y política¹⁴, del imperativo categórico se afirma que es una doctrina cosmopolita «que considera a todos los hombres, en la medida en que comparten la condición de seres racionales, como ciudadanos de un único orden moral»¹⁵.

Tratemos de analizar las proyecciones cosmopolitas del universalismo ético kantiano. Si para actuar de acuerdo con máximas universalizables que conviertan la humanidad siempre en un fin y nunca en un medio, esto es, si para tratar por igual y de manera imparcial a todos

¹² KANT, I., *La paz perpetua*, trad. de J. Abellán, Tecnos, Madrid, 1985, p. 16 nota.

¹³ KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de J. Mardomingo, Ariel, Barcelona, 1999, p. 197.

¹⁴ NUSSBAUM, M.: «Kant and the Stoic Cosmopolitanism», *The Journal of Political Philosophy*, vol. 5, núm. 1, 1997, pág. 12; íd., «Patriotismo y cosmopolitismo» en NUSSBAUM, M. (ed), *Los límites del patriotismo*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 18.

¹⁵ DONALDSON, T., «Kant's Global Rationalism» en MAPEL and NARDIN, T., *Traditions of international ethics*, Cambridge University Press, 1992, pp. 143-144.

los agentes racionales, es preciso hacer abstracción de la historia y, por tanto, del lugar y el momento en el que nacen y viven los hombres en tanto que seres fenoménicos, el punto de vista ético sólo puede conducir a la negación de cualquier relevancia moral de las identidades y las fronteras. Y esto es precisamente lo que, a juicio de Nussbaum, caracteriza a la idea de la ciudadanía mundial: que las fronteras del grupo, la nación y el Estado carecen de significado moral o son éticamente irrelevantes. A su modo de ver, resulta irracional considerar que un accidente histórico, como el lugar donde se ha nacido o vive, se erija en la base de una comunidad de justicia¹⁶. Un precedente tremendamente ilustrativo de esta filosofía lo encontramos en la siguiente reflexión de Montesquieu: «Si sé de algo beneficioso para mí, pero perjudicial para mi familia, lo rechazaré con toda mi alma. Si sé de algo beneficioso para mi familia pero no para mi país, intentaré olvidarme de ello. Si sé de algo beneficioso para mi país, pero perjudicial para Europa, o útil para Europa o perjudicial para la humanidad, lo rechazaré como un crimen ... (Ya que) *soy antes un hombre que un francés o, más bien, ... soy necesariamente un hombre, mientras que sólo por azar soy un francés*»¹⁷.

Sobre estos presupuestos, el kantiano se habría erigido en el prototipo de cosmopolitismo abstracto y excluyente, en la medida en que ignora todo lo que no sea la consideración de los individuos, en tanto que seres dotados de razón, como miembros del género humano. La pertenencia a la especie humana se convierte así en la fuente de nuestra auténtica identidad, en lo que –para decirlo con Rorty– «nos proporciona un yo central y verdadero»¹⁸. De ahí que el cosmopolitismo de Kant sea presentado como un ideal que invita a ignorar y trascender las identidades que no surgen de pertenencia al género humano. Lo que debe unir a los hombres hasta el extremo de formar parte de una comunidad cosmopolita es el consideración mutua como únicamente seres racionales y no como miembros de una determinada nación, cultura o religión. Para integrar esa comunidad no hace falta, por tanto, aumentar el conocimiento de los otros, de sus costumbres, creencias o valores, sino, al contrario, ignorar, hacer abstracción de todo lo que los hace diferentes, hasta lograr contemplarse como lo que, más allá de la fantasía de la alteridad radical, verdaderamente y únicamente son: seres humanos.

¹⁶ NUSSBAUM, M., «Patriotismo y cosmopolitismo», cit., p. 22. Nussbaum suscribe en este punto el argumento defendido por Rawls a tenor de cual las pretensiones y obligaciones morales no deberían depender de factores accidentales o azarosos y que las cualidades naturales como la inteligencia y las circunstancias sociales como el nacimiento o la raza pertenecen a este mundo de lo accidental. RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González, Fondo de Cultura Económica, 1978, Madrid, p. 126.

¹⁷ MONTESQUIEU, «Mes pensées», en *Oeuvres complètes*, ed. R. Chaillois, Gallimard, París, 1949, núms. 10 y 11, pp. 980-981.

¹⁸ RORTY, R., «La justicia como lealtad ampliada» en *Filosofía y Futuro*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 84.

Alentado por el ideal estoico de la unidad moral del género humano, Kant habría considerado coherente con su teoría ética avanzar hacia la instauración de una federación de Estados, e incluso de un gobierno mundial, en el que los hombres se considerarían a sí mismos nada más que seres humanos. La común humanidad sería la fuente de su auténtica identidad y el mayor vínculo no sólo ético-racional sino también político y jurídico entre ellos. La cosmópolis kantiana aparecería así como el marco jurídico-institucional necesario para hacer posible, mediante el respaldo de leyes públicas y coactivas, una exigencia de la razón.

Como traducción jurídica de su universalismo ético, la cosmópolis kantiana garantiza el respeto de la libertad de todos los individuos de acuerdo con una máxima universal. No estamos, por tanto, ante una comunidad basada en el altruismo o simpatía hacia todo el género humano sino en el reconocimiento del derecho humano básico y original: la libertad compatible con la libertad de cualquier otro según una ley universal, «que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad»¹⁹. Es, pues, un cosmopolitismo que no se apoya en la posibilidad y el deber de ser leales a la comunidad de todos los hombres sino, simplemente, en la evidencia racional de que todos ellos, en tanto que pertenecientes al género humano y nada más que por ello, han de ser considerados como unidades morales de igual valor.

No pueden ignorarse las bondades de esta forma de vincular la identidad y la praxis moral y política. Identificarnos como «ciudadanos del mundo» ha sido considerado el mejor antídoto contra las identidades parciales tantas veces asesinas (Maalouf) y, en general, la estrechez de miras, el chauvinismo y parroquialismo del nacionalismo y las políticas basadas en las diferencias étnicas, raciales y religiosas²⁰. Sin embargo, creo que esta lectura del cosmopolitismo kantiano también tiene sus inconvenientes. La traslación automática del universalismo ético kantiano a un universalismo político y jurídico no sólo teórico sino también práctico está en la base de algunas versiones del cosmopolitismo liberal contemporáneo y/o de un cierto modo de entender la universalidad pasiva de los derechos humanos que, como han evidenciado ciertas defensas de las intervenciones humanitarias, han terminado por incurrir en muchos de los defectos y límites característicos de la ética kantiana: su excesivamente abstracción, falta de persuasividad, rigorismo e hiperexigencia.

¹⁹ KANT, I., *La Metafísica de las Costumbres*, trad. de A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 48-49

²⁰ WALDRON, J., «Minorities Cultures and the Cosmopolitan Alternative» en KYMLICKA, W. (ed), *The Rights of Minorities Cultures*, Clarendon, Oxford, 1995, pp. 93-119; NUSSBAUM, M., «Patriotismo y cosmopolitismo» en NUSSBAUM, M. (ed), *Los límites del patriotismo*, op. cit., pp. 13-29. Valga como muestra que, tras el atentado de ETA del que fue víctima en febrero de 2002 el entonces secretario general de la Juventudes Socialistas del País Vasco, Eduardo Madina, tuvo lugar una manifestación de repulsa contra el terrorismo a cuyo frente figuraba el lema «No hay más patria que la humanidad».

Resta por comprobar en qué medida esta interpretación del globalismo político y jurídico kantiano es la más coherente con la letra y el espíritu de los textos en los que el de Königsberg va a desarrollar el núcleo de su proyecto cosmopolita.

3. LOS PELDAÑOS DEL COSMOPOLITISMO KANTIANO

El sentido más evidente del cosmopolitismo kantiano es acabar de forma definitiva y no sólo provisional con las guerras. La consecución de esta paz «perpetua» exige que los pueblos abandonen la política de tratados de paz puramente bilaterales e ingresen en algún tipo de federación o confederación de pueblos. En *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita* (1785), Kant vincula el desarrollo de la humanidad a la existencia de una comunidad de naciones federadas regulada por el Derecho internacional. Aquí la creación de una sociedad o comunidad cosmopolita aparece como una condición para lograr el progreso y perfección moral de la humanidad, entendida ésta no como los individuos que la forman sino como un concepto que los trasciende ya que «en el hombre (como una criatura racional sobre la tierra), aquellas disposiciones naturales que tienden al uso de su razón sólo pueden desarrollarse por completo en la especie, no en el individuo»²¹.

En el plano estrictamente nouménico, esta comunidad sería una república mundial. La instauración de una *civitas máxima* capaz de hacer observar el derecho cosmopolita aparece así, como un ideal ucrónico al que deben acomodarse los individuos, los pueblos y los Estados fenoménicos:

«Los Estados en sus relaciones recíprocas entre sí no tienen otro medio, según la razón, para salir de la situación sin leyes, que conduce a la guerra, que el consentir en leyes públicas coactivas, de la misma manera que los individuos entregan su libertad salvaje (sin leyes) y formar un Estado de pueblos (*civitas gentium*)»²².

²¹ KANT, I., *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*, trad. de C. Roldán y R. Aramayo, Tecnos, Madrid, 2.ª edición, 1994, p. 6. Para Kant, la humanidad no está predeterminada por la naturaleza, esto es, no es un concepto empírico que pueda ser establecido por las ciencias naturales. De ahí que sea también una categoría que trascienda las personas individualmente consideradas. La humanidad depende de procesos sociales y culturales conformados por las instituciones que son a su vez producto de la historia. La cultura cosmopolita sería precisamente el campo donde la humanidad es capaz de ser libre por sí misma respecto a lo dado, entendiendo por esto último, en primer lugar, las pasiones e inclinaciones sensuales que sujetan al hombre a la naturaleza y, en segundo lugar, la finitud de ésta. Vid. PENG, C., «Given culture: Rethinking Cosmopolitical Freedom in Transnationalism» en CHEAH, P. and ROBBINS, B. (eds), *Cosmopolitics: thinking and feeling beyond the nation*, University of Minnesota Press, 1998, pp. 290-328.

²² KANT, I., *La paz perpetua*, trad. de J. Abellán, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 25-26.

La instauración de la cosmópolis constituye una exigencia de la razón y representa el punto omega de todo desarrollo político y jurídico. Sin embargo, lejos del rigorismo del que tanto se le acusa, Kant admite que este proyecto cosmopolita puede funcionar en la teoría pero no en la práctica. Para el de Königsberg, la instauración de un Estado mundial representaba un objetivo inalcanzable y peligroso. Inalcanzable, porque resultaba muy difícil imaginar, en el momento en que vive y escribe Kant, que los Estados estuvieran dispuestos a renunciar completamente a su soberanía²³. Peligroso, por las implicaciones potencialmente tiránicas que, como sabía por las consideraciones de Montesquieu y Gibbon sobre la decadencia y la caída del Imperio Romano, conllevaba la formación de un Estado centralizado único²⁴. De ahí que, a medio camino entre lo peor (la monarquía universal o *Regierungsart*) y lo mejor e ideal (la república mundial), admita, como sucedáneo negativo de esta última, «una federación permanente y en continua expansión».

Esta federación o congreso de pueblos proyectado por Kant carece, sin embargo, de mecanismos jurídicos secundarios que garanticen la permanencia de los Estados: «por un congreso entendemos aquí únicamente una confederación arbitraria de diversos Estados, que en cualquier momento se puede disolver, no una unión que (como la de los Estados americanos) está fundada en una constitución política y sea, por tanto indisoluble»²⁵. En ausencia de una obligación jurídica y de una fuerza coactiva que garantice el sometimiento de los Estados a las decisiones de la voluntad común, Kant puede confiar todavía en una autovinculación moral de los gobiernos²⁶. Sin

²³ Sobre estas razones vid. LUTZ-BACHMANN, M., «Kant's Idea of Peace and the Philosophical Conception of a World Republic» en BOHMAN, J. and LUTZ-BACHMANN, M. (eds.), *Perpetual Peace: Essays on Kant's Cosmopolitan Ideal...*, op. cit., pp. 70 ss.

²⁴ A su juicio, «la idea del derecho de gentes presupone la separación de muchos Estados vecinos, independientes unos de otros; y aunque esa situación es en sí misma una situación de guerra (si una asociación federativa entre ellos no evita la ruptura de las hostilidades) es, sin embargo, mejor, según la idea de la razón, que su fusión por una potencia que controlase a todos los demás y que se convirtiera en una monarquía universal, porque las leyes pierden su eficacia al aumentar los territorios a gobernar y porque un despotismo sin alma cae al final en anarquía después de haber aniquilado los gérmenes del bien». KANT, I., *La paz perpetua*, cit., p. 40.

²⁵ KANT, I., *La Metafísica de las Costumbres*, trad. A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid, 1989, p. 191. Como señala Held, Kant distingue las uniones pacíficas basadas en estructuras federales de las basadas en estructuras confederales. Una asociación federal está basada en una constitución política y, en consecuencia, es indisoluble, mientras que una estructura confederal significa simplemente una reunión voluntaria de varios Estados que puede ser disuelta en cualquier momento. Mientras la federación sería una unión política en la cual rige una política financiera, exterior y militar común y no caben cláusulas de renuncia de las entidades subfederales, el confederalismo connota una unión en la que cada nación y cada Estado asociado elabora e implementa su propia política financiera, exterior y militar y que incluye, además, cláusulas de renuncia. A la vista de estas aclaraciones, queda claro que Kant apuesta por una confederación de Estados. HELD, D., *La democracia y el orden global*, trad. de S. Mazzuca, Paidós, Barcelona, 1997, p. 274.

²⁶ HABERMAS, J., «La idea kantiana de la paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años» en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 153.

embargo, con el horizonte irrebasable de un mundo integrado por Estados soberanos, no le queda otro remedio que proponer una historia de la humanidad en clave cosmopolita. Como ha destacado entre otros Fernando Llano, ello le permite reconciliar la teoría con la práctica, o –expresado en otros términos– la moral con la política ya que, lo que vale como fundamento racional de la primera, sirve también para la segunda a partir de un oculto designio de la Naturaleza²⁷. De manera similar al Estado mundial, la lectura de la historia de la humanidad en clave cosmopolita funciona como una idea regulativa con la que Kant perseguía, en último término, que los gobernantes dejaran de malgastar sus recursos en las guerras y los destinasen a la formación y educación de la humanidad²⁸.

La lógica que preside la elaboración de una historia de la humanidad en clave cosmopolita es hallar en las inclinaciones naturales de los hombres y, por analogía, en las de los pueblos en tanto que Estados, un camino que termine por arrastrar a unos y a otros «a lo que la razón podría haberles indicado sin necesidad de tantas y penosas experiencias». En este contexto, el mecanismo fundamental de la Naturaleza es el antagonismo entre los hombres, inclinación que termina por obligarlos a salir del estado de naturaleza e ingresar en la sociedad civil²⁹. En un tono similar al que encontramos anteriormente en Vattel y Wolff y con posterioridad en Stuart Mill, Kant asemeja los Estados a los individuos a través de la conocida como «analogía doméstica»³⁰. Aparentemente influido por Hobbes, Kant extiende el principio *exeundum est e statu naturali* a la esfera internacional³¹, al estimar que también los pueblos, en tanto que Estados, tienen el deber de abandonar el *status naturae* y fundar una sociedad política a través de un contrato originario. Así, el filósofo prusiano dirá:

«a través de las guerras y de sus exagerados e incesantes preparativos, mediante la indigencia que por esta causa ha de acabar experimentando internamente todo Estado incluso en los tiempos de paz, la Naturaleza les arrastra... a lo que la razón podría haberles indicado sin necesidad de tantas y penosas experiencias, a saber: abandonar el estado anómico propio de los salvajes e ingresar en una confederación de pueblos dentro de la cual tanto su seguridad

²⁷ LLANO ALONSO, F. H., *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, Cuadernos «Bartolomé de las Casas», Dykinson, Madrid, 2002, pp. 80-81.

²⁸ Vid. RODRÍGUEZ ARAMAYO, R., «El «utopismo ucrónico de la reflexión kantiana sobre la Historia». Estudio preliminar de KANT, I., *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*, op. cit., p. 21.

²⁹ KANT, I., *La paz perpetua*, trad. de J. Abellán, Tecnos, Madrid, 1985, p. 31.

³⁰ No obstante, Muguerza ha señalado que, por más que Kant a veces juegue con la analogía entre pueblos e individuos, lo cierto es que nunca llevó esa analogía a los extremos de ciertos románticos hablaban de la nación como de un individuo con voluntad. MUGUERZA, J., «Los peldaños del cosmopolitismo» en ARAMAYO, R. R., MUGUERZA, J. y ROLDÁN, C., *La paz y el ideal cosmopolita a propósito del bicentenario de la paz perpetua de Kant*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 350.

³¹ En contra de esta interpretación vid. CAVALLAR, G., *Kant and the theory and practice of international right*, University of Wale Press, Cardiff, 1999, pp. 118 ss.

como su derecho no dependiera de su propio poderío o del propio dictamen jurídico, sino solamente de esa confederación de pueblos, de un poder unificador y de la decisión conforme a las leyes de la voluntad común»³².

4. TEORÍA Y PRÁCTICA EN LA JUSTICIA COSMOPOLITA KANTIANA

Un conjunto de razones prudenciales, éticas y jurídicas terminan alejando a Kant del ideal de una república mundial cosmopolita. Podemos explicar este giro pragmático y realista de su pensamiento señalando que, a la hora de buscar los medios para llevar a la práctica su teoría de las relaciones internacionales, el de Königsberg decide huir de una realización compulsiva del ideal sin que ello signifique, no obstante, una aceptación resignada del *statu quo*. Kant considera preferible que, de manera gradual y voluntaria, los Estados terminen convenciéndose de la necesidad de pasar a formar parte de la federación de Estados y —avanzando un paso más— ser rebasados por un Estado mundial. La razón ética más profunda de esta aproximación progresiva a una república mundial se encuentra, tal y como ha puesto de manifiesto Cavallar, en el compromiso radical de Kant con uno de los ideales centrales de muchos proyectos cosmopolitas: el mantenimiento de la paz. La instauración compulsiva o revolucionaria del Estado mundial supondría el empleo de la coacción y el desencadenamiento de guerras por parte de uno o varios Estados «en nombre de la paz», esto es, so pretexto de que el recurso a las armas es el único modo de acabar con el estado naturaleza imperante en la sociedad internacional³³.

La prudencia que preside el diseño de la estructura de la federación de pueblos, así como los recelos mostrados a la instauración de una república mundial, son exponentes muy significativos del realismo que, junto a su innegable componente utópico, preside el proyecto cosmopolita de Kant. Esta cautela también alcanza a la que, con toda seguridad, es su gran aportación al desarrollo del globalismo ético-jurídico: el *ius cosmopoliticum*. Junto al Derecho estatal y el Derecho internacional Kant coloca el Derecho cosmopolita. Pero ¿cuál es la diferencia entre estos dos últimos?

De acuerdo con la concepción tradicional, compartida por Kant, el Derecho internacional tiene por destinatarios a los Estados; es un Derecho interestatal. Por el contrario, en el Derecho cosmopolita (*weltbürgerrecht*), «hay que considerar a los hombres y Estados, en sus

³² KANT, I., *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita.*, op. cit., pp. 13-14.

³³ CAVALLAR, G., *Kant and the theory and practice of international right*, op. cit., p. 126.

relaciones externas, como ciudadanos de un Estado universal de la humanidad»³⁴. Por otra parte, en la *Metafísica de las Costumbres*, Kant se refiere a las naciones y los «ciudadanos de la tierra» como titulares de derechos cosmopolitas³⁵. Por tanto, el Derecho cosmopolita tiene como destinatarios a los Estados y a los individuos, a estos últimos en tanto que «ciudadanos de la tierra» y no de un Estado particular.

Al Derecho cosmopolita le concierne todo tipo de interacción a través de las fronteras: viajes, migraciones, intercambios intelectuales o tratos comerciales. Su contenido es el *derecho de hospitalidad*. «El *derecho cosmopolita* –reza el título del tercer artículo definitivo de *La Paz Perpetua*– debe limitarse a las condiciones de *hospitalidad universal*». Kant emplea un concepto mínimo y negativo de hospitalidad, al entender por ésta «el derecho de un extranjero a no ser tratado hostilmente por haber llegado al territorio de otro», dejando claro que no se trata de un *derecho de huésped* sino únicamente un *derecho de visita*: «el derecho de presentarse a la sociedad que tienen todos los hombres». Por tanto, al margen de la expresión «hospitalidad», no se trata del derecho a ser tratado como un huésped, desde el momento en que los Estados pueden denegar la visita mientras no lo hagan violentamente³⁶. La hospitalidad universal tampoco reconoce el derecho de establecerse en el territorio de otro pueblo, ya que este derecho sólo puede establecerse a través de tratados entre Estados³⁷. No puede perderse de vista que la intención de Kant al formular este derecho habría sido, primordialmente, promover las relaciones comerciales protegiendo a los más débiles mediante la limitación de los derechos de las potencias coloniales europeas inclinadas a tomar posesión de las tierras de ultramar sin ninguna consideración hacia la población nativa³⁸.

Se ha señalado que el derecho cosmopolita podría conllevar mayores implicaciones de lo que se desprende de su tenor literal. Al sostener que un Estado tiene libertad para rechazar a un visitante únicamente «si se puede realizar sin la ruina de éste»³⁹, el contenido del

³⁴ KANT, I., *La paz perpetua*, op. cit., p. 15, nota a pie.

³⁵ KANT, I., *La Metafísica de las Costumbres*, trad. de A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid, 1989, p. 193.

³⁶ KANT, I., *La paz perpetua*, cit., p. 27. Sobre el contenido del derecho cosmopolita kantiano, vide DERRIDA, J., *On Cosmopolitan and Forgiveness*, Routledge, London/N.York, 2001, pp. 20-23.

³⁷ KANT, I., *La Metafísica de las Costumbres*, cit., p. 193.

³⁸ KANT, I., *La paz perpetua*, cit., p. 28.

³⁹ *Ibidem*, cit., p. 27. A juicio de Kleingeld, de ello se colegiría que, la imposibilidad de rechazar a una persona en la frontera si hay riesgo de que la maten, así como de enviar a una persona de vuelta a un país donde será asesinada si es repatriada. En este aspecto, Kant adelanta muchos derechos de los refugiados reconocidos en el siglo veinte. Por otra parte, el término «ruina» (*Untergang*) empleado por Kant podría ser interpretado en un sentido más amplio, hasta englobar no sólo la muerte sino también la destrucción mental o un daño físico que anule la capacidad de obrar. KLEINGELD, P., «Kant's Cosmopolitan Law: World Citizenship for a Global Order», cit., p. 76.

derecho de hospitalidad podría extenderse hasta incluir la protección frente al hambre o las enfermedades fatales. En cualquier caso, pese a los intentos de expandir su significado literal, un *ius cosmopolitanicum* tan restringido y limitado ofrece, a juicio de algunos críticos de Kant, una propuesta decepcionante⁴⁰. Producto o no de una excesiva prudencia, lo cierto es que esta comunidad cosmopolita se aleja considerablemente del ideal ético de la unión de todos los hombres bajo una *civitas maxima*.

Anteriormente hemos subrayado de qué manera, en nombre del cosmopolitismo (el Estado mundial), podría terminar lesionándose el cosmopolitismo (la paz mundial). La constatación de que, además de conflictos axiológicos externos (con el patriotismo, el nacionalismo, etc.) el ideal de la ciudadanía mundial también posee sus propias tensiones axiológicas internas, ofrece una de las primeras confirmaciones de lo que ya avanzamos al comienzo de este trabajo e intentaremos sustentar en adelante, a saber: la distancia existente entre el idealismo y el rigorismo apriorístico de la ética kantiana y la toma en consideración de la historia, la experiencia y la prudencia en su filosofía política y jurídica cosmopolita.

La predilección mostrada por un cosmopolitismo gradual conducente a la utopía ucrónica de un Estado mundial, la valoración positiva de la diversidad lingüística y cultural como garantía de la paz perpetua⁴¹, y el examen del contenido y destinatarios del *ius cosmopolitanicum*, permiten concluir que el cosmopolitismo jurídico kantiano está muy lejos de ser una simple codificación o institucionalización del universalismo ético defendido por este autor. La teoría ética de Kant no es su teoría política⁴². En tanto que desarrollo histórico de una comunidad ética universal, el cosmopolitismo se situaría entre la condición meramente fenoménica del sistema de Estados y la puramente inteligible «reino de los fines»⁴³. Los escritos jurídico-políticos de Kant y, en especial, los que tratan del derecho cosmopolita, aparecen así como un intento de mediar entre los principios a priori de la razón y su aplicación empírica. Como señala Cavallar, la diferencia entre la ética en sentido estricto y la política y el derecho reside en que la primera se refiere a las máximas de la acción, mientras que las segundas se dirigen directamente a la acción. De ahí que, a diferencia de la ética, que es deontológica, la política y el derecho sean consecuencialistas y puedan incluir elementos empíricos y consideraciones pragmáticas. En lugar de desarrollar su teoría racional primero y después intentar ponerla en relación con la política, en *La Paz perpetua*, Kant

⁴⁰ ANDERSSON-GOLD, S., *Cosmopolitanism and Human Rights*, cit., p. 29.

⁴¹ KANT, I., *La paz perpetua*, cit., p. 40.

⁴² MCCARTHY, T., «Reconciling Cosmopolitan Unity and National Diversity», *Public Culture*, 11, 1, 1999, p. 182.

⁴³ ANDERSSON-GOLD, S., *Cosmopolitanism and human rights*, cit., p. 89.

habría combinado desde el principio los conceptos racionales y los empíricos ⁴⁴.

En el plano nouménico, el deber, tanto de los Estados como, sobre todo, de los individuos, de formar una comunidad cosmopolita brota únicamente de la razón; sólo en virtud de ésta (en tanto que seres racionales) y a través de ella (mediante la abstracción, la imparcialidad, etc.) los hombres forman una cosmópolis. Sin embargo, en el plano fenoménico, en el que si no exclusiva sí preponderantemente se mueve finalmente Kant, la clave de que los hombres se consideren vinculados entre sí y lleguen a asumir la identidad de ciudadanos de un mundo único no es la abstracción de las diferencias contingentes entre ellos, sino algo mucho menos racionalista y alejado de lo que, con el paso de los siglos, ha ido creciendo en intensidad hasta límites que probablemente el propio Kant llegó a vislumbrar: la inevitable cercanía e interacción entre los hombres habitantes de un mundo que, como resultado del avance de la ciencia y la extensión del comercio, se ha hecho progresivamente más pequeño, hasta el punto de hacer inevitable los encuentros más allá de las fronteras de los Estados. Si, en tanto que idea nouménica, el fundamento de la comunidad cosmopolita brota de la razón, como comunidad fenoménica obedece a la necesidad de superar ciertas dificultades básicas de la vida humana, dificultades que están relacionadas con algunas circunstancias subjetivas y objetivas de la vida del hombre en sociedad. Esto es, mientras en el plano fenoménico, la *civitas maxima* se basa en una noción de la justicia como *imparcialidad*, en el plano nouménico, es una comunidad estructurada en torno a una concepción de la justicia como *ventaja* ⁴⁵. De forma parecida a la teoría de la justicia defendida por Hume, Kant termina situando la raíz del derecho cosmopolita en la necesidad de superar determinados inconvenientes que surgen de la coincidencia de ciertas cualidades de la mente humana con la situación de ciertos objetos externos. Se trata de lo que, siguiendo a Rawls, acostumbramos a denominar «las circunstancias de la justicia».

5. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA JUSTICIA COSMOPOLITA

Es una constante del pensamiento político justificar la necesidad de la justicia y el derecho en la escasez de recursos. Donde éstos son abundantes, ni hay conflictos en torno a su distribución, ni son necesarias reglas para ordenarla. De ahí las famosas palabras de Hume: «elevad a un grado suficiente la bondad de la naturaleza y haréis que la

⁴⁴ CAVALLAR, G., *Kant and the theory and practice of international right*, cit. pp. 3-4.

⁴⁵ Esta distinción es de BARRY, J., *Teorías de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 22.

justicia se convierta en algo inútil»⁴⁶, o el anhelo marxista de que «fluyan con mayor abundancia los manantiales de la riqueza colectiva y habrá libertad, no siendo entonces necesarios ni el Estado ni el Derecho»⁴⁷. Por lo que respecta al Derecho cosmopolita, la originalidad de Kant reside en poner de manifiesto que, en la medida en que su superficie tiene una extensión limitada, también la tierra es un bien escaso, en el sentido de ser lo suficientemente reducida como para intentar evitar la interacción con los que nos son racial, cultural o lingüísticamente extraños. Kant considera la superficie de la tierra algo «sobre la que los hombres no pueden extenderse hasta el infinito, por ser una superficie esférica, *teniendo que soportarse unos junto a otros*». La finitud de la que habla Kant no es sólo física sino también resultado de la cultura, de la capacidad del género humano para atravesar y acercar los lugares más lejanos e inhóspitos de la tierra a través, por ejemplo, de «el barco y el camello (el barco del desierto)»⁴⁸. El designio de la Naturaleza es que nos extendamos a lo largo de la superficie del *globus terraqueus*. Un indicio de este propósito es que, a través del agua, lleguen maderas a regiones sin flora como el océano Ártico, con las que sus habitantes pueden construir vehículos de transporte⁴⁹.

Por otra parte, la tesis de claras reminiscencias estoicas de una *communis possessio* de la tierra por parte de toda la humanidad refuerza el derecho de los hombres a viajar con la intención de relacionarse o interactuar (en el lenguaje kantiano, comerciar) con otros. Puesto que «nadie tiene originariamente más derecho que otro a estar en un determinado lugar de la tierra», el hecho de que poseamos legítimamente un territorio no autoriza a excluir, por completo, a los otros de su disfrute. Debido a estos orígenes en último término arbitrarios, nuestra propiedad posee un estatus moral incierto, que provoca que los poseedores legales de los territorios carezcan de una autoridad absoluta sobre ellos y que los individuos y los Estados deban respetar a los extranjeros que los visitan⁵⁰.

Las circunstancias subjetivas del Derecho cosmopolita se encuentran a caballo del optimismo y el pesimismo antropológico. Por un lado, Kant atribuye a los hombres virtudes positivas, como el deseo de viajar, explorar y establecerse en otras regiones. Sin embargo, los hombres se definen, fundamentalmente, por su «insociable sociabilidad», esto es, por su inclinación a vivir en sociedad y, al mismo tiempo, una fuerte inclinación a *individualizarse* que amenaza constantemente con disolver esa sociedad. De ahí que lo que, por encima de todo, caracterice a la naturaleza humana sea el antagonismo mutuo.

⁴⁶ HUME, D., *Tratado sobre la naturaleza humana*, trad. de F. Duque, Tecnos, Madrid, 1988, p. 665.

⁴⁷ LENIN, *El Estado y la revolución*, Ayuso, Madrid, 1975, p. 117.

⁴⁸ KANT, I., *La paz perpetua*, cit., p. 27.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 34.

⁵⁰ MUTHU, S., «Justice and Foreigners: Kant's cosmopolitan right», *Constellations*, vol. 7, núm. 1, 2000, p. 35.

La causa de esta última tendencia se encuentra en la desconfianza y resistencia que despierta entre sus congéneres la inclinación de todo hombre por «doblegar todo a su mero capricho»⁵¹. Empero, una filosofía de la historia en clave providencialista y cosmopolita permite a Kant convertir, en una línea similar a Smith o Mandeville, el vicio privado en virtud pública. Así, dirá que el plan de la Naturaleza utiliza ese antagonismo para dirigir a la humanidad hacia su perfección, ya que dicha resistencia «es aquello que despierta todas las fuerzas del hombre y le hace vencer su inclinación a la pereza, impulsándole por medio de la ambición, el afán de dominio o la codicia, a procurarse una posición entre sus congéneres, a los que no puede soportar, pero de los que tampoco es capaz de prescindir»⁵². En el contexto del Derecho cosmopolita, Kant busca incluso en el antagonismo más cruento entre los hombres, como son las guerras, una función positiva de cara al establecimiento de relaciones pacíficas. Lo va a encontrar en la apertura de horizontes que terminan provocando las empresas bélicas. A través de éstas, los pueblos, movidos por la codicia de riquezas y poder, habrían terminando extendiéndose mucho más allá de sus territorios originales y entrando en contacto con otras comunidades y culturas. Por medio de la guerra, la Naturaleza habría llevado a los hombres «incluso a las regiones más inhóspitas» y «también por medio de la guerra ha obligado a los hombres en relaciones más o menos legales»⁵³.

Además de evidenciar la importancia de la experiencia en la fundamentación del *ius cosmopolitanum*, el examen de las circunstancias de la justicia cosmopolita, corrobora la lucidez y amplitud de miras de Kant para percibir la necesidad de un marco de justicia que garantice la seguridad de las interacciones que, inevitablemente, han de producirse más allá de las fronteras de los Estados. Con independencia de que éstos logren ponerse de acuerdo en la creación de un poder soberano que los una, los individuos de sociedades diferentes se deben algo unos a otros como una cuestión de justicia y no simplemente de simpatía o filantropía⁵⁴. La gran virtud del trabajo kantiano reside, tal y como ha señalado Waldron, en haber sabido percibir que este marco de convivencia y justicia, al tener como destinatarios a hombres y pueblos con costumbres y creencias no sólo muy diferentes sino a veces también

⁵¹ KANT, I., *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita.*, cit., pp. 8-10, y KANT, I., *La paz perpetua*, cit., p. 31. A juicio de Nussbaum, la influencia agustiniana y del romanticismo, con su errónea distinción entre pasión y cultura, conducen a Kant a concebir las pasiones, incluida la agresión, como naturales y preculturales y, por tanto, inamovibles de la naturaleza humana». NUSSBAUM, M., «Kant and the Stoic Cosmopolitanism», cit., p. 19.

⁵² KANT, I., *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita.*, cit., pp. 9-11.

⁵³ KANT, I., *La paz perpetua*, op. cit., p. 33.

⁵⁴ MUTHU, S., «Justice and Foreigners: Kant's cosmopolitan right», *Constellations*, vol. 7, núm. 1, 2000, p. 33.

incomprensibles y opuestas, no puede descansar en conceptos culturales comunes, sino que ha de ser creado por medio del Derecho positivo⁵⁵. La federación o congresos de Estados y, sobre todo, el Derecho cosmopolita asumen así una función no sólo ni principalmente regulativa de la conducta de los individuos y Estados en la esfera internacional, sino más bien *constitutiva* de una sociedad y un orden mundial inexistente antes y al margen del derecho y las instituciones. La esperanza de Kant es que la extensión e intensificación de los vínculos jurídicos entre los pueblos de la Tierra conduzca progresivamente a la humanidad a ese punto omega que es la república mundial.

Otra manifestación del propósito de Kant de poner en conexión la teoría con la realidad es su dibujo de una escena internacional plagada de realidades y tendencias que urgen el desarrollo de una justicia supranacional. En especial, merece destacarse su confianza en las bondades cosmopolitas del espíritu comercial. Además de incrementar la interacción más allá de las fronteras de los Estados, crear interdependencia económica y servir de antídoto contra las guerras, el comercio puede generar vínculos, que, progresivamente y, aunque en un principio sólo sea en lo concerniente a sus encuentros económicos, relativicen la distancia física y cultural entre los individuos y los pueblos. Kant comparte plenamente el optimismo de otros muchos cosmopolitas ilustrados, como Hume o Voltaire, respecto de las bondades del comercio como instrumento para la pacificación y unión entre los pueblos y —lo que es más importante todavía— para alimentar una perspectiva cosmopolita⁵⁶. Animado por este optimismo, Rousseau llegará a calificar a los comerciantes como «aquellos cosmopolitas que rompen las barreras imaginarias que separan a los pueblos y que, con su ejemplo, sirven a un Estado que abraza a toda la humanidad»⁵⁷.

Empero, el *ius cosmopoliticum* kantiano va todavía más allá, al propugnar que, al amparo de un fortalecimiento progresivo del Derecho internacional, esta interacción termine convirtiendo a la Tierra no sólo en una sociedad de comercio sino también en una comunidad donde las distancias culturales van reduciéndose y —lo que desde mi punto de vista es una de las mayores aportaciones del cosmopolitismo kantiano— en la que comienza a germinar un vínculo de solidaridad moral entre todos los hombres, hasta el extremo de que «la violación del derecho en un punto de la Tierra repercute en todos los demás»⁵⁸. Esta hermosa declaración con la que finaliza el Tercer Artículo Definitivo

⁵⁵ WALDRON, J., «What is Cosmopolitan?», *The Journal of Philosophy*, vol. 8, núm. 2, 1999, p. 241.

⁵⁶ SCHELERTH, T., *The Cosmopolitan ideal in the Enlightenment Thought*, University of Notre Dame Press, Notre Dame-London, 1977, pp. 100-101. Animado por este optimismo, Rousseau llegará a calificar a los comerciantes como «aquellos cosmopolitas que rompen las barreras imaginarias que separan a los pueblos y que, con su ejemplo, sirven a un Estado que abraza a toda la humanidad».

⁵⁷ *Ibidem*, p. 101.

⁵⁸ KANT, I., *La paz perpetua*, cit., p. 30.

de *La paz perpetua* se convierte en una prognosis de la globalización de la responsabilidad moral a la que debe conducir tomarse en serio la universalidad de los derechos humanos⁵⁹. No en vano, constituye uno de los principales detonantes de que diferentes concepciones del cosmopolitismo –kantianas y no kantianas– sostengan hoy que el contenido de los derechos humanos comprende un haz de deberes positivos y negativos y, sobre todo, aboguen por extender el círculo de los destinatarios de estos deberes más allá de las fronteras de un determinado Estado o sociedad política nacional, hasta incluir *prima facie* a todos los individuos y Estados. Este es el espíritu que ha presidido algunos de los principales avances experimentados en los últimos años al objeto de evitar o poner fin a las violaciones masivas de los derechos humanos, como la creación del Tribunal Penal Internacional, la decisión de la Cámara de los Lores en el caso Pinochet o la puesta en marcha por la comunidad internacional de actuaciones humanitarias de gran alcance en el Kurdistán, Somalia, Bosnia, Timor Oriental, etc.

Por último, debe resaltarse que la trascendencia del *derecho de hospitalidad* va mucho más allá del contenido que pretendiera otorgarle Kant. Aunque éste no llegara a desarrollar una teoría completa de los derechos humanos, este principio constituye el fundamento de la concepción de los derechos humanos como pretensiones jurídicas de alcance internacional. Al defender, aunque sólo sea en el ámbito de sus visitas en calidad de extranjeros a otros territorios, que los individuos poseen derechos, por encima y más allá de los Estados, en tanto que seres humanos y ciudadanos del mundo, Kant se adelanta a nuestro tiempo no sólo en el reconocimiento de la subjetividad jurídico-internacional del individuo sino también en la percepción de que la plena garantía de los derechos humanos pasa por atribuir la titularidad de éstos (al menos de los más básicos) a los individuos en tanto que ciudadanos del mundo y en que, en último término, el destino de estos derechos está ligado a la creación de una «cosmópolis de Derecho» que garantice su protección en toda la Tierra.

6. DEL COSMOPOLITISMO AL PATRIOTISMO COSMOPOLITA

La inclusión del de Königsberg entre los defensores de una versión cosmopolita del patriotismo se revela como un dato decisivo al objeto de rechazar, aun con más fuerza, la visión del cosmopolitismo jurídico-institucional de Kant como una mera traducción de su universalismo ético. Porque el patriotismo intenta ser una reconciliación entre lo universal y lo particular, entre la humanidad y la comunidad, entre la razón y el sentimiento, entre la obligación y la lealtad. Como escribe Viroli, «entre los

⁵⁹ HONNETH, A., «Is Universalism a Moral Trap? The Presuppositions and Limits of a Politics of Human Rights», en Bohman, J. and LUTZ-BACHMANN, M. (eds), *Perpetual Peace: Essays on Kant's Cosmopolitan Ideal*, cit., p. 172.

mundos ideales de agentes morales racionales, observadores imparciales y los portavoces ideales y el mundo real de las pasiones exclusivas y estrechas, hay un espacio para una política posible de la república. La tarea del lenguaje del patriotismo es mantener franco ese espacio»⁶⁰. El atractivo del patriotismo y, todavía más del patriotismo cosmopolita, sería haber logrado reconciliar, en el seno de un mismo concepto e ideal, las tensiones hasta ahora aparentemente irreconciliables entre patriotas (especialmente nacionalistas cívicos y/o republicanos) y cosmopolitas.

Ahora bien, ¿verdaderamente fue Kant un patriota cosmopolita? Para abordar la respuesta a este interrogante es oportuno detenerse brevemente en el concepto de patriotismo y, en especial, en su versión cosmopolita, así como en los términos en los que resultan reconciliables el patriotismo y el cosmopolitismo.

Aunque no se trate de una distinción totalmente categórica, ni funcione con la misma rotundidad en la cultura política europea que en la estadounidense⁶¹, el patriotismo es un tipo de virtud, lealtad, deber o sentimiento que no debe ser confundido con el nacionalismo. Una de las más fervorosas defensas de esta distinción la encontramos en el libro *Por amor a la patria* de Mauricio Viroli. De acuerdo con este autor, las «patrias» del patriotismo y del nacionalismo serían muy diferentes. Por patriotismo debe entenderse la lealtad o el amor hacia las instituciones políticas y la forma de vida que defiende la libertad común de la gente, es decir, el amor a la república. Por el contrario, en el nacionalismo, el amor a la patria supone defender la unidad y homogeneidad cultural, lingüística y étnica de un pueblo. De ahí que «mientras que los enemigos del patriotismo republicano son la tiranía, el despotismo y la corrupción, los enemigos del nacionalismo son la contaminación cultural, la heterogeneidad, la impureza racial, y la desunión social, política e intelectual»⁶². El origen de la confusión entre patriotismo y nacionalismo surge de la apropiación y perversión de la que el nacionalismo moderno va a hacer objeto al lenguaje del patriotismo: «palabras como “patria” y expresiones como “amor a la patria” adquirieron un nuevo significado, mientras ideas como unidad cultural y étnica y pureza, de las que el patriotismo republicano nunca habló o trató como menores en comparación con temas tan importantes como la libertad común, asumieron un papel central»⁶³.

El patriotismo de la libertad o republicano tiene sus primeros defensores en la Roma antigua, de manera especial en Cicerón y Marco Aurelio. Aunque el legado del patriotismo de la antigüedad clásica permanecerá vivo en San Agustín y Santo Tomás, será sobre

⁶⁰ VIROLI, M., *Por amor a la patria. Un ensayo sobre nacionalismo y patriotismo*, trad. de P. Alfaya MacShane, Acento, Madrid, 1997, p. 34.

⁶¹ Vide RODRÍGUEZ ABASCAL, L., *Las fronteras del nacionalismo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 315.

⁶² VIROLI, M., *Por amor a la patria.*, cit., pp. 15-16.

⁶³ *Ibíd.*, p. 23.

todo en el contexto de las ciudades republicanas italianas del *quattrocento* cuando se forme el lenguaje republicano del patriotismo (Girólami, Maquiavelo, etc.). Tras varios siglos de declive, el patriotismo de la república resurgirá durante la guerra civil inglesa, con los *levelers*, Milton o Toland. También lo hará durante el siglo XVIII en la Europa continental, con Doria, Vicco, Montesquieu, Voltaire y Rousseau. La identificación de la patria con la libertad es lo que permite incluir a estos últimos autores en la nómina de los patriotas republicanos. Empero, el concepto de libertad y de amor a la patria que defienden no sólo está muy alejado del de los antiguos, sino que, además, existe una enorme disparidad de criterios entre los mismos patriotas modernos. En cualquier caso, será este último desarrollo el que nos conduce directamente hasta Kant. Su apuesta por un patriotismo de corte cosmopolita no le debió resultar nada fácil, de ser cierto, como sostienen Ergang y Viroli, que los estudiosos alemanes de la época de la ilustración eran o cosmopolitas o patriotas provincianos ⁶⁴.

En Kant no hay, sin embargo, una única acepción de los términos «patria» y «cosmopolitismo». Podemos distinguir con Fernando Llano entre los significados cultural, jurídico y cosmopolita de la patria en la obra del filósofo prusiano ⁶⁵. El primero es el que encontramos en trabajos como *Antropología en sentido pragmático*, en donde la patria se identifica con la lengua y la tierra de origen y el cosmopolitismo con la apertura a otras formas culturales, lenguas y costumbres. A diferencia, por ejemplo, del español, «que no aprende nada de los extranjeros, ni viaja para conocer a otros pueblos», el prototipo de cosmopolita cultural es el alemán, que exhibe como ningún otro el talante de apertura al otro, ya que «aprende más que cualquier otro lenguas» y «no tiene orgullo nacional, ni se apega, como cosmopolita que es, a su patria» ⁶⁶. La acepción jurídica la encontramos en *La Metafísica de las Costumbres*, donde la patria parece identificarse con el Estado: «el territorio (*territorium*) cuyos habitantes son conciudadanos de la misma comunidad en virtud de la constitución misma, es decir, sin necesidad de realizar un acto jurídico especial (por tanto, por nacimiento) es la patria» ⁶⁷. Finalmente, y aunque no lo diga Kant expresamente, cabe adivinar una tercera acepción kantiana de la patria: la patria cosmopolita. Se trata de una patria concebida en sentido filosófico. A juicio de F. Llano, no debe entenderse aquí la patria desde una perspectiva metafísica, como la de Wieland, ni libertaria, similar a la de Goethe, sino «como una utopía realizable en una república o Estado de Derecho mundial donde

⁶⁴ Ibídem, p. 141.

⁶⁵ LLANO ALONSO, F. H., *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, cit., p. 147.

⁶⁶ KANT, I., *Antropología en sentido pragmático*, trad. de J. Gaos, Alianza, Madrid, 1991, pp. 270 y 273.

⁶⁷ KANT, I., *La Metafísica de las Costumbres*, cit., p. 174.

impere la racionalidad y se protejan las libertades individuales y los derechos humanos»⁶⁸. Actualizando la tesis ciceroniana y aureliana de la doble patria⁶⁹, Kant «siempre creyó en la existencia de un *continuum* entre el patriotismo republicano y el patriotismo cosmopolita o, en otros términos, en la posibilidad de compatibilizar el *status* de ciudadanía de un Estado (en su caso Prusia) con la condición de conciudadano del mundo que tienen todos los hombres»⁷⁰.

Se habla de patriotismo cosmopolita para referirse a la posibilidad de ser, a la vez, cosmopolitas y patriotas a través de un patriotismo abierto a las solidaridades universales⁷¹, esto es, de un patriotismo que hace posible la *continuidad* entre el ser ciudadano de un Estado y el ser ciudadano del mundo⁷². Entender cómo es posible articular esta continuidad exige profundizar más en el patriotismo republicano y analizar la manera en que se las ingeniaría éste para entrelazar el polo de lo pasional y particular, por un lado, y el de lo racional y lo universal, por otro lado. El dilema al que se enfrenta un patriotismo universalista es encontrar el modo de avanzar hacia la realización de las exigencias de la justicia sin socavar «la seriedad de la política»⁷³, es lograr armonizar principios aparentemente tan antagónicos como que la justicia (libertades, derechos humanos, democracia) sólo parece gozar de una auténtica protección en el seno de un orden político como el Estado que, para su supervivencia, debe establecer algún tipo de escisión entre nosotros/ellos y, al mismo tiempo, que aquélla es universal y exige y reconoce lo mismo en todas partes (cosmopolitismo). Se hace preciso determinar el modo en que, como

⁶⁸ LLANO ALONSO, F. H., *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, cit., p. 148.

⁶⁹ Kant se apropia del corazón del patriotismo-cosmopolitismo ético estoico centrado en la idea de la ciudadanía mundial, que primero expresara Diógenes el cínico y más tarde Cicerón y Marco Aurelio. Esta idea se articula a través una concepción dual de la personalidad cuya expresión más conocida son las célebres palabras de Marco Aurelio «mi ciudad y mi patria, en tanto que Antonino es Roma, pero en tanto que hombre, el mundo». Marco Aurelio, *Meditaciones*, introducción de C. García Gual y trad. de R. Bach Pellicer, Gredos, Madrid, 1983, libro IV.4, p. 83. En un tono similar se expresa Cicerón: «hemos de pensar también que la naturaleza nos ha dotado, por así decirlo, de una doble persona. Una es común a todos los hombres, como resultado de que todos somos partícipes de la razón y de la excelencia que nos sitúa por encima de los animales [...] La otra, en cambio, se atribuye como parte característica a cada uno». CICERÓN, *De Officiis (De los deberes)*, trad. y estudio preliminar de J. Guillén Caballero, Tecnos, Madrid, 1989, libro I. 107, p. 55.

⁷⁰ LLANO ALONSO, F. H., *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, cit., pp. 150-151.

⁷¹ FERNÁNDEZ, E., «Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita», p. 113.

⁷² El ser ciudadano de un Estado y el ser ciudadano del mundo constituirían, como ha señalado Habermas, un *continuum* cuyos perfiles comienzan ya a dibujarse HABERMAS, J., «Ciudadanía e identidad nacional», en *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, p. 643.

⁷³ ZOLO, D., *Cosmópolis. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*, p. 108.

ciudadanos de un Estado, tenemos frente a éste y nuestros compatriotas deberes especiales más exigentes que frente al resto de los Estados e individuos (patriotismo), sin contravenir por ello el principio cosmopolita de que todos los seres humanos poseen un idéntico valor moral. Por último, si lo que caracteriza al patriotismo es el amor y la defensa de la justicia y la libertad y éstos son conceptos morales universales, surge el interrogante de cómo justificar que el destinatario de mis deberes patrióticos haya de ser *mi Estado justo en particular y no cualquier Estado justo*⁷⁴.

No es el momento de intentar analizar o tomar partido por alguno de los argumentos propuestos para resolver estos dilemas y paradojas, a saber: la analogía entre compatriotas y familiares⁷⁵, el principio de reciprocidad o *fair play*⁷⁶, la protección de la confianza social⁷⁷, la obligación de apoyar instituciones justas (que incluiría el *Verfassungspatriotismus* de Habermas), la función distributiva de las fronteras⁷⁸, etc. Lo relevante es que, salvo el primero, la justificación del favoritismo de la república propia y de los miembros que la forman no apela a ningún presunto valor moral de los vínculos comunitarios ni se aparta del principio según el cual todas las personas tienen un mismo valor moral. Al apelar a una justificación universalista de esta forma de particularismo moral y político que es el amor a la patria, el patriotismo republicano logra aparentemente armonizar la política y la justicia, lo local y lo universal. Y es que, como señala Rafael del Águila, en el patriotismo, a diferencia del nacionalismo, la tensión entre universalismo y particularismo, entre ellos y nosotros «es, por así decirlo, “interna” a la propia concepción, pues *debe comprender ciertos principios de convivencia como ligados a la solidaridad más allá de las fronteras y relacionados con concepciones universalistas inscritas en el modo de vida liberal democrático*»⁷⁹.

Una de estas justificaciones universalistas y/o cosmopolita del patriotismo se centra en el valor puramente funcional o instrumental de los deberes especiales a favor de los compatriotas. La patria y el Estado aparecen aquí como un modo de asignar deberes generales y establecer un sistema de responsabilidades que, de otra forma, sería casi imposible de lograr. Este dato impediría seguir sosteniendo, en contra de la versión más extrema del cosmopolitismo, totalmente irre-

⁷⁴ Vide SIMMONS, J., «Justification and legitimacy», *Ethics*, 109, 1999, p. 753

⁷⁵ Vide MASON, A.: «Special obligations to compatriots», *Ethics*, 107, 1997, pp. 427-447.

⁷⁶ Vide DAGGER, R., «Rights, boundaries, and the bond of Community. A qualified Defense of Moral Parochialism», *American Political Science Review*, 79, 1985, pp. 436-447.

⁷⁷ Vide MILLER, R.W., «Cosmopolitan respect and Patriotic Concern», *Philosophy & Public Affairs*, 1998, núm. 3, 1998, p. 211.

⁷⁸ GOODIN, R. E.: «What is so special about our fellow countrymen?», *Ethics*, 98, 1988, pp. 633-686.

⁷⁹ ÁGUILA, R. DEL, *La senda del mal: Política y Razón de Estado*, Taurus, Madrid, 2000, p. 238 (cursiva añadida).

conciliable con el patriotismo, que las fronteras del Estado son moralmente irrelevantes⁸⁰.

Paradójicamente, a la hora de justificar los deberes especiales respecto a los compatriotas, los defensores del patriotismo y el cosmopolitismo terminan alcanzando conclusiones muy parecidas. Los patriotas sostienen la primacía pero no la exclusividad de la lealtad frente a su propio Estado, de manera que los mismos valores que justifican esta preferencia no sólo no obstaculicen sino que impulsen la expansión de los círculos de solidaridad y justicia. Por su parte, los cosmopolitas, de cara a evitar que la ciudadanía mundial se convierta en una ética supererogatoria o heroica y, sobre todo, para no convertir el amor a la humanidad en un ideal vacío, se ven obligados a admitir la existencia de vínculos éticos y de justicia más fuertes hacia los más próximos, incluidos los compatriotas. Creo que todas estas consideraciones se encuentran ya en el patriotismo cosmopolita de Kant. Valga como demostración el siguiente fragmento, tan interesante como poco conocido, de *Metaphysik der Sitten Vigilantius*:

«... existe el amor general por cada persona como tal, el amor por ciertas clases de personas y el amor por la totalidad de la raza humana. El patriotismo, el amor por la tierra paterna, al igual que el cosmopolitismo, pertenecen a este último tipo de amor: en ambos, la determinación del amor a otros se apoya en una descendencia común, si bien la primera es local, y es propiamente amor por la tierra paterna cuando se dirige a una comunidad nacional unida a la que consideramos como la raíz y a nosotros como sus ramas; la otra se dirige a nuestra común descendencia del mundo...»⁸¹.

No sólo el amor cosmopolita sino también al amor o, mejor dicho, el deber de amar a los compatriotas, se dirige a la totalidad de la raza humana. El fundamento del amor patriótico es el mismo que el del amor cosmopolita; no es un fundamento en clave comunitarista sino universalista ya que, como asevera Kant, «no hay duda que el gran valor del amor humano descansa en el amor general a la humanidad como tal». De ahí que el patriota, «por fidelidad a su país, debe tener una inclinación por promover el bienestar del mundo entero». Sin embargo, Kant añade más adelante que «sólo al amor al país (patriotismo) parece figurar como el fin a tomar en consideración»⁸². Si el valor del amor humano descansa en el amor general a la humanidad como tal, ¿cómo se explica esta defensa de patriotismo cosmopolita y no directamente del cosmopolitismo?

En este punto Kant pone de manifiesto uno de los límites más denunciados del cosmopolitismo. No se trataría tanto de que éste

⁸⁰ APPIAH, K. A.: «Patriotas cosmopolitas», en NUSSBAUM, M., *Los límites del patriotismo*, cit., p. 41.

⁸¹ KANT, I., «Metaphysik der Sitten Vigilantius», *Kants gesammelte Schriften*, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1975, vol. 27, p. 673.

⁸² *Ibidem*.

parezca defender la renuncia al amor y lealtad a la familia, las diferentes comunidades culturales, religiosas, etc., para entregarnos únicamente al amor universal⁸³, como que la exaltación de este último como la cumbre de la moralidad, como el mayor grado de desarrollo de las potencialidades humanas, termine insensibilizándonos respecto de los que tenemos a nuestro lado, o disimulando una falta de amor real e incluso un aborrecimiento de los hombres de carne y hueso con los que realmente convivimos⁸⁴. Kant se aparta así de los extremos del localismo y el universalismo. Critica el amor por un grupo particular, como el que se profesan los miembros de la orden de la francmasonería o de sectas como la de los Herrenhauer, por ir «en detrimento del amor general a la humanidad; para las personas así asociadas, los hombres con los que no están en conexión parecen resultar indiferentes; se comportan como si se encontraran separados del resto de la humanidad». Por su parte, el cosmopolita o amigo de la humanidad «también aparece expuesto a la censura desde el momento en que no logra disipar su inclinación a una excesiva generalidad y pierde cualquier adhesión a las personas concretas»⁸⁵.

Una cosa es sostener que ninguna persona puede quedar excluida de nuestra incumbencia moral y otra muy diferente que la cercanía física no desempeña ningún papel o es moralmente irrelevante a la hora de establecer los deberes (incluidos el del amor o benevolencia) que tenemos frente a los demás hombres. Como pusiera de manifiesto Adam Smith⁸⁶, el error del cosmopolitismo reside en su incapacidad

⁸³ MACCORMICK, N., «Nación y Nacionalismo», en *Derecho Legal y Socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, trad. de M.^a D. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990, p. 201.

⁸⁴ La literatura nos ha dejado múltiples ejemplos de cómo la exaltación del amor a la humanidad puede convertirse así en una huida hacia la abstracción o en un narcisismo disfrazado de filantropía. En esta contradicción se mueve Ivan Karamazov, cuando afirma que «se puede amar desde lejos a un semejante, pero no de cerca [que], se puede amar al hombre invisible... mas apenas aparece éste desaparece el amor». DOSTOIEWSKI, F., *Los hermanos Karamazoff*, Ediciones Petronio, Barcelona, 1973, tomo I, 5.^a parte, cap. IV, p. 245. Scarry cuenta cómo Puskin proporcionó en *Eugenio Onegin* una estremecedora descripción de cuando salimos de la ópera, rebotando compasión hacia los personajes del escenario sin reparar que el conductor del carruaje y los caballos se mueren de frío mientras nos esperan para llevarnos de regreso a casa. SCARRY, E., «La dificultad de imaginar a otras gentes», en NUSSBAUM, M., *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 128. Por último, merece destacarse el personaje de Mrs. Jellyby de la obra de *Bleak House*, Dickens, alguien que ignora a sus hijos mientras persigue causas caritativas en países lejanos.

⁸⁵ KANT, I., «Metaphysik der Sitten Vigilantius», cit., p. 674.

⁸⁶ «Sea cual fuere el interés que tenemos en la fortuna de aquellos con quienes no estamos familiarizados o conectados, y que se ubican fuera de nuestra esfera de actividad, sólo puede producirnos ansiedad sin de ninguna manera producirles ventaja alguna. ¿Con qué propósito deberíamos preocuparnos del mundo en la Luna? Todos los hombres, aun aquellos que están a mayor distancia, nos desean lo mejor y nuestros mejores también le ofrecemos naturalmente. Pero si a pesar de esto fueran desafortunados, ponernos ansiosos por ello no forma parte de nuestro deber. Que

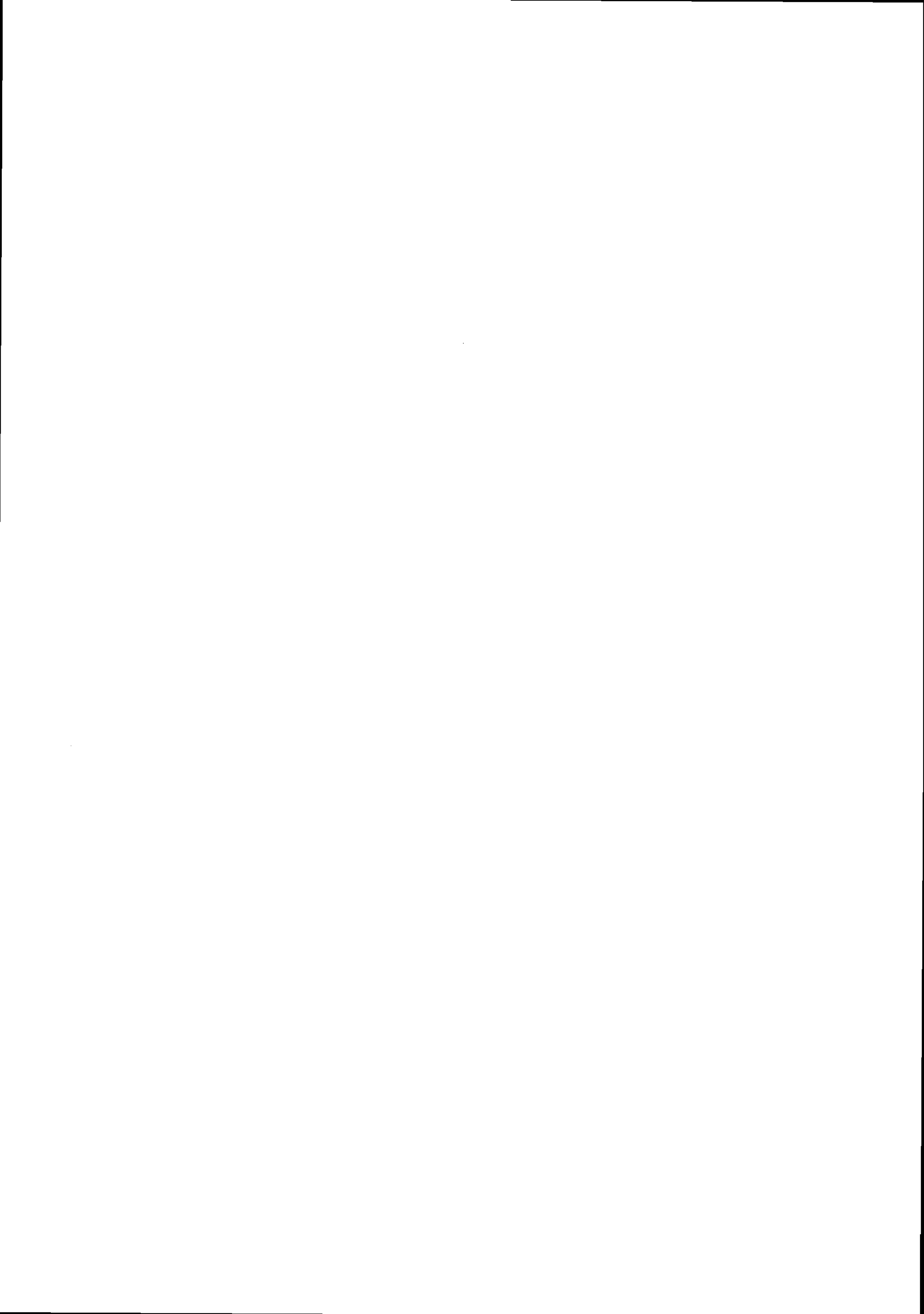
para calibrar que la distancia física o temporal también aleja emocional, psicológica y moralmente a las personas. Kant lo deja muy claro cuando, en *La Metafísica de las Costumbres*, admite los límites del «amor a la humanidad»:

«La benevolencia, en el caso del amor universal a la humanidad, es, pues, ciertamente la mayor en cuanto a la *extensión*, pero la menor en cuanto al *grado*; y cuando digo: me intereso por el bien de este hombre, en virtud únicamente del amor universal a los hombres, el interés que me tomo en este caso es el menor posible. Simplemente no soy indiferente con respecto a ese hombre»⁸⁷.

Kant parece convencido de que sólo un patriotismo cosmopolita, que avance desde las partes al todo atravesando las esferas de solidaridad que rodean al yo, parece en condiciones de lograr la armonía y continuidad entre lo local y lo universal. Para lograrlo, el patriotismo cosmopolita ha de convertirse en un patriotismo republicano a escala mundial, en un afán por lograr que la protección de la que disfrutaban los derechos y libertades en el seno de un Estado republicano particular vaya extendiéndose, progresivamente, al conjunto de la Tierra.

estemos poco interesados, en consecuencia, por la fortuna de aquellos a los que no podemos servir ni dañar y que están en todos los aspectos tan remotos respecto a nosotros parece una orden sabia de la Naturaleza; y si fuera posible alterar la constitución original de nuestro marco, aún no ganaríamos nada con el cambio». SMITH, A., *The Theory of Moral Sentiments*, Liberty Books, Indianapolis, 1969, p. 238. *Teorías de la justicia*, cit., p. 21.

⁸⁷ KANT, I., *La Metafísica de las Costumbres*, cit., p. 321.



¿Fue Kant un verdadero profeta del nacionalismo? Crítica a las lecturas pronacionalistas de Kedourie y Berlin

Por FERNANDO H. LLANO ALONSO
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA LECTURA PRONACIONALISTA DE KEDOURIE.—III. LA LECTURA PRONACIONALISTA DE BERLIN.—IV. REFUTACIÓN DE LAS CUATRO TESIS CENTRALES DEFENDIDAS EN COMÚN POR KEDOURIE Y BERLIN.—IV.1 *Refutación de la primera tesis: en torno a la imputabilidad de Kant como precursor del nacionalismo.* IV.2 *Refutación de la segunda tesis: ¿existe un sequitur lógico entre la Moral y la Política kantianas?* IV.3 *Refutación de la tercera tesis: en torno al presunto heroísmo del hombre kantiano.* IV.4 *Refutación de la cuarta tesis: ¿parte Kant de un concepto nacionalista de nación?*

I. INTRODUCCIÓN

Pocas figuras de la historia de la filosofía han sido tan tergiversadas como Immanuel Kant. En relación con el abuso interpretativo del que ocasionalmente ha sido objeto el kantismo, algunos de sus críticos han considerado al propio profesor de Königsberg como el principal (aunque involuntario) responsable de dicha manipulación exegética. La mayoría de los razonamientos esgrimidos en este sentido coinciden grosso modo con el argumento central expuesto por Ernst Cassirer en una de sus obras más conocidas: *Kant, vida y doctrina* (1918).

Según se explica en este libro, la oscuridad y la complejidad eran dos características típicas del estilo literario empleado por el regiomontano en sus escritos, sobre todo a partir de la *Crítica de la razón pura* (1781 y 1787), que dificultaban extraordinariamente su comprensión¹. Esta primera hipótesis es la que tradicionalmente ha gozado de un mayor respaldo doctrinal; de hecho, incluso aquellos que mejor conocieron a Kant, como Ludwig E. Borowski, aseguran que durante los últimos años de su vida no era extraño ver a sus seguidores acusándose unos a otros de no haberle entendido en absoluto².

A pesar de que la contundencia de estos datos parece poner en evidencia la claridad expositiva del pensador prusiano y, sobre todo, la inteligibilidad de sus textos, pienso que sería un craso error pretender justificar con ellos el falseamiento al que en ciertos momentos fueron sometidas la figura y la obra kantianas. La utilización del criticismo en favor del idealismo absoluto y, por ende, de la escuela que puso fin a la Ilustración dando origen al Romanticismo, no fue, de ningún modo, un resultado querido ni buscado por Kant. Ésta es, al menos, la posición teórica mantenida por Karl R. Popper en un ensayo publicado durante su madurez intelectual, concretamente el que se refiere a Kant y la filosofía ilustrada³.

Es sabido que el propio Kant llegó a reconocer su condición de mal escritor poco después de haber publicado la primera edición de la *Crítica de la razón pura* (1781):

«Cierto es que no a todo el mundo le ha sido otorgada la gracia de escribir de un modo tan sutil y, al mismo tiempo, tan atrayente como David Hume, o con tanta profundidad y a la vez tan elegantemente como Moses Mendelssohn»⁴.

Sin embargo, una cosa es afirmar que el de Königsberg fuera consciente de la complejidad de su estilo literario, y otra muy distinta inferir de ahí su completa despreocupación por la suerte que en el

¹ CASSIRER, E., *Kants Leben und Lehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, p. 231 (hay trad. cast.; W. Roces, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1975, p. 257).

² BOROWSKI, L. E., *Relato de la vida y el carácter de Immanuel Kant*, trad. cast., A. González Ruiz, Tecnos, Madrid, 1993, p. 112.

³ POPPER, K. R., *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo de conocimiento científico*, trad. cast., N. Míguez, Paidós, Barcelona, 1983, pp. 220-221. El capítulo VII de este libro está dedicado a «La crítica de Kant y la cosmogonía», en el cual se reproduce íntegramente la alocución radiofónica pronunciada en vísperas del ciento cincuenta aniversario de la muerte de Kant. Dicha alocución fue publicada por primera vez (aunque sin las notas) con un título distinto: «Immanuel Kant: Philosopher of the Enlightenment», en *The Listener*, 51, 1954.

⁴ KANT, I., *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik die als Wissenschaft wird auftreten können*, en *Kants Werke (IV)*, Akademie Textausgabe. Unveränderter photomechanischer Abdruck von Kants gesammelte Schriften. Herausgegeben von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, p. 375; hay trad. cast: A. Gabriel, Alhambra, Madrid, 1986, p. 93.

futuro pudieran correr sus investigaciones y enseñanzas. En este sentido, sería un despropósito ignorar el interés manifestado por Kant en aclarar aquellos aspectos de su pensamiento que pudieran convertirse en fuentes de malentendidos o en motivos de controversias. Así, por ejemplo, resulta especialmente reveladora la réplica dada por el filósofo prusiano a la recensión que Christian Garve hizo de la citada *Crítica de la razón pura* en las *Göttinger Gelehrte Anzeige*. En esta sede se califica al regiomontano de «idealista absoluto», *more berkeleyano*, por haberse encerrado dentro de los límites de las representaciones subjetivas. La reacción de nuestro autor contra tal crítica no se haría esperar. En el apéndice de los *Prolegómenos a toda metafísica futura* (1783), Kant marcaría las distancias con respecto al idealismo dogmático de George Berkeley y el protoidealismo de René Descartes. A continuación sugeriría una suerte de idealismo formal o crítico que renunciara al fin exaltado (*schwärmerische Absicht*) que, en general, habría venido persiguiendo dicha doctrina durante generaciones. Ese modelo teórico tan particular e innovador tendría un único objetivo: «comprender la posibilidad de nuestro conocimiento a priori de los objetos de la experiencia», descartando, al mismo tiempo, cualquier finalidad diversa de ésta. A juzgar por las diferentes ocasiones en las que Kant trató de desmarcarse del idealismo, es bastante probable que intuyera el riesgo que comportaría la sustitución su método crítico por otro de corte especulativo, falta que no tardarían en cometer algunos de sus discípulos más aventajados (como Johann G. Fichte)⁵.

Según Otfried Höffe, en el nuevo clima de crítica y superación del criticismo, el primer autor que «no pretendió defender ni atacar a Kant, sino más bien completarle; es decir, llevar sus ideas hasta las últimas consecuencias» fue Fichte; con él se inauguraría una larga serie de proyectos especulativos denominada «idealismo alemán»⁶. Tanto en los *Fundamentos de toda doctrina de la ciencia* (1794-1795) como en la *Primera introducción a la doctrina de la ciencia* (1797),

⁵ Pruebas fehacientes de la desconfianza con la que Kant contemplaba la irrupción del idealismo en el panorama filosófico europeo son las múltiples consideraciones que, sobre esta corriente doctrinal, realizó en algunas de sus obras más importantes. A tales efectos véase, por ejemplo, la «Refutación del idealismo» llevada a cabo por el Immanuel KANT en la *Kritik der reinen Vernunft*, B 274-B 275, en *Kants Werke (III)*, op. cit., pp. 190-191; hay trad. cast.: P. Ribas, Alfaguara, Madrid, 1997 (13.^a ed.), p. 437. Compárese ese texto con la crítica que Kant dirige contra el idealismo en los ya citados *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik die als Wissenschaft wird auftreten können*, op. cit., pp. 336-337 (trad. cast., pp. 44-46). Léase también la última nota a pie de página del prólogo a la *Kritik der praktischen Vernunft*, en *Kants Werke (V)*, op. cit., pp. 13-14; hay trad. cast.: E. Miñana y Villagrasa y M. García Morente, Sígueme, Salamanca, 1998 (4.^a ed.), p. 26.

⁶ Sobre la transformación experimentada por el idealismo trascendental kantiano a manos de Fichte, vide, ZÖLLER, G., «From Critique to Metacritique: Fichte's Transformation of Kant's Transcendental Idealism», en *The Reception of Kant's Critical Philosophy* (ed. S. Sedgwick), Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 129-146.

Fichte sólo deseaba elevar la teoría trascendental hasta un nivel de perfeccionamiento jamás alcanzado ⁷. Paradójicamente, a partir de la *Segunda introducción a la doctrina de la ciencia* (1797), Fichte empezaría a cuestionar la tesis de Kant sobre la receptividad de la sensibilidad y, por consiguiente, la viabilidad de un idealismo meramente trascendental como el propugnado por su maestro ⁸. De manera progresiva, Kant iría distanciándose de su discípulo predilecto, hasta que en 1799 la ruptura entre ambos fuese ya definitiva. Ese año, el regiomontano publicaría una «Declaración relativa a la Doctrina de la ciencia de Fichte», en la *Allgemeine Literatur-Zeitung* de Jena. En este documento Kant renegaría de su alumno, acusándole, además, de haber tergiversado su acabado sistema filosófico (considerado por Fichte como una simple propedéutica para una filosofía trascendental), haciéndolo en aras de una construcción teórica cerrada (la teoría de la ciencia) que, presuntamente, vendría a rellenar las múltiples lagunas del kantismo ⁹.

Ahora bien, un tema relacionado con todo lo dicho, y del que me ocuparé a continuación, es el del presunto protonacionalismo de Kant, que ciertos autores han creído columbrar entre algunos de sus «confusos» textos. La cuestión no pasaría de ser una simple anécdota de la que sólo podrían hacerse eco estudios que se caracterizasen por su sensacionalismo y por su absoluta falta de rigor, como por ejemplo ocurre con el monográfico panfleto de Paul Lawrence Rose sobre los orígenes del antisemitismo moderno en Alemania, que éste sitúa en una fecha (1793), un filósofo (Kant) y un hecho determinado (la publicación de *La religión dentro de los límites de la mera razón*) ¹⁰, si otros investigadores de mayor prestigio, como Elie Kedourie o Isaiah Berlin, no le hubieran dedicado una especial atención. Veamos, por separado, qué es lo que dice cada uno de ellos, cuáles son sus conclusiones y qué objeciones cabría plantearles ¹¹.

⁷ HÖFFE, O., *Immanuel Kant*, trad. cast., Diorki, Herder, Barcelona, 1986, p. 267. Esta superación (*Aufhebung*) o asunción de la filosofía kantiana era ya definitiva, según J. A. Rodríguez Tous, en 1790; cfr., RODRÍGUEZ TOUS, J. M., «Introducción» al ensayo de G. W. F. Hegel *Diferencia entre el sistema de filosofía de Fichte y el de Schelling*, trad. cast., J. A. Rodríguez Tous, Alianza, Madrid, 1989, p. XXIII.

⁸ COLOMER, E., *El pensamiento alemán de Kant a Heidegger (II). El idealismo: Fichte, Schelling y Hegel*, Herder, Barcelona, 1995 (2.ª ed.), p. 17.

⁹ KANT, I., «Erklärung in Beziehung auf Fichtes Wissenschaftslehre», en *Kants Briefwechsel (III)*, Walter de Gruyter & Co., Berlin-Leipzig, 1922 (2.ª ed.), pp. 370-371.

¹⁰ ROSE, P. L., *Revolutionary Anti-Semitism in Germany from Kant to Wagner*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1992.

¹¹ Muchas de las consideraciones que voy a hacer a continuación han sido publicadas previamente en el capítulo IV de mi libro: *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de Madrid, Madrid, 2002, pp. 95-118.

II. LA LECTURA PRONACIONALISTA DE KEDOURIE

En 1961 Kedourie publicó un libro titulado *Nacionalismo* que, más de cuarenta años después, se ha convertido ya en un clásico dentro de la extensa bibliografía existente sobre dicha doctrina. El trabajo de Kedourie rompía con la espiral sociológica en la que por aquel entonces se hallaban envueltos la mayoría de estudios en torno al nacionalismo, y retomaba una explicación histórico-ideológica del mismo, justamente en la misma línea en la que durante la década de los cincuenta se habían situado las investigaciones de Hans Kohn y Carlton Hayes, considerados por Eric Hobsbawm como «los padres fundadores gemelos» del estudio académico del nacionalismo¹². En síntesis, Kedourie sostiene que en los orígenes del nacionalismo hubo dos factores clave: el primero era un acontecimiento histórico (la Revolución francesa, que sustituyó las instituciones del *Ancien régime* por otras de carácter liberal-nacionalista)¹³; el segundo factor, en cambio, se encontraba dentro de la filosofía de la última gran figura de la Ilustración: Immanuel Kant. Dado el carácter monográfico de mi investigación, me centraré exclusivamente en el comentario de este segundo factor, y no porque el primero sea irrelevante, sino porque excede con creces el propósito inicial de este trabajo, dirigido estrictamente al estudio de un aspecto concreto del pensamiento jurídico-político kantiano.

A juicio de Kedourie, Kant debe ser leído ante todo como moralista, no como ensayista político, porque, en resumidas cuentas, intentó tratar la política en los mismos términos que su doctrina ética, prueba de ello –afirma Kedourie– es la evidente politización experimentada por el principio de autonomía de la voluntad en *La paz perpetua* (1795). En efecto, ya en el *Primer artículo definitivo* de dicha obra parece quedar bien claro que para conseguir una paz definitiva la constitución de todo Estado debería ser republicana, es decir, Estados en los que, «sin reparar en las formas de gobierno, las leyes fueran o pudieran ser la expresión de la *voluntad autónoma* de los ciudadanos»¹⁴. He aquí la consumación del tránsito del principio de auto-

¹² VV. AA., *Enciclopedia del nacionalismo* (director: A. de Blas Guerrero), Tecnos, Madrid, 1997, pp. 139 ss.; (estas páginas se corresponden con el artículo «Estudios sobre el nacionalismo» de José Álvarez Junco).

¹³ Sobre la relación entre el liberalismo de la Ilustración y el nacionalismo, convendría matizar que una cosa es afirmar la conexión entre el liberalismo y la idea de nación-contrato, y otra muy distinta sugerir, como hace Kedourie, que existe un puente directo entre el liberalismo y la nación-tribu (o nación orgánica). El presente trabajo está dedicado precisamente a demostrar la inconsistencia de esta última consideración. Respecto a la afinidad existente entre liberalismo ilustrado y nacionalismo resultan sumamente interesantes las observaciones que Martin THOM realiza en *Repúblicas, naciones y tribus*, trad. cast., C. Fernández, Trea, Gijón (Asturias), 1999, p. 101.

¹⁴ KEDOURIE, E., *Nationalism*, Frederick A Praeger, New York, 1962 (2.^a ed.), p. 27 (trad. cast., J. J. Solozábal, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 17; la cursiva es mía).

mía de la voluntad al de autodeterminación de los pueblos, el salto cualitativo o «pirueta imposible» de la moral a la política kantiana con el que todavía hoy algunos autores, como Michael Walzer o Neil McCormick, pretenden justificar el (según ellos) derecho colectivo por excelencia: el derecho de autodeterminación de las naciones ¹⁵.

En definitiva, viene a decir Kedourie, gracias a las enseñanzas éticas kantianas se inculcó a las nuevas generaciones de intelectuales alemanes «una nueva actitud respecto a los problemas políticos y sociales [...] un nuevo temple político». La energía moral se convirtió a partir de entonces en un sello de virtud. «El hombre bueno es el hombre autónomo y para realizar su autonomía debe ser libre» –sentencia Kedourie como si estuviera tratando de autoconvencerse de la existencia de un *continuum* lógico insoslayable entre la moral formal kantiana y esta parte específica de su pensamiento político–. Para este autor, el hombre autónomo de Kant es, nada menos, «un activista duro, un alma permanentemente atormentada» que para conseguir sus principales objetivos políticos (fundamentalmente la autodeterminación de su pueblo), está dispuesto a sacrificar todos los beneficios que le reporta la vida social ¹⁶. Lejos de considerar al hombre kantiano como un individuo ilustrado, liberal y ciudadano del mundo, Kedourie nos lo presenta como una suerte de producto híbrido, mitad patriota republicano, mitad héroe romántico, que parece estar dispuesto a autoinmolarse en aras de unos fines e intereses supraindividuales que trascienden su propia esencia como ser moral libre. De la libertad entendida en sentido moral se pasa a una libertad política de la que el individuo no será ya el último depositario o beneficiario, sino la nación, el pueblo o el Estado (tres conceptos que a partir de la Revolución francesa, con la decisiva aportación intelectual de Emmanuel Sieyès, serían susceptibles de ser equiparados y confundidos frecuentemente) ¹⁷.

De seguir todas estas afirmaciones al pie de la letra puede llegarse a dos conclusiones cuando menos desconcertantes: en primer lugar, que más que como un pensador ilustrado, cabría hablar de Kant como un autor más próximo a un movimiento contrario a los principios y los

¹⁵ MacCORMICK, N., «On self-determination and other things», *Bulletin of Legal Philosophy*, 15/54-55 (1990), pp. 1-20; WALZER, M., «Nation and Universe», en *The Tanner Lectures on Human Values*, XI, University of Utah Press, Salt Lake City, 1990, pp. 509-556. La expresión «pirueta imposible» es utilizada por Luis RODRÍGUEZ ABASCAL, a propósito de su crítica a la lectura kantiana de Kedourie, en su magnífico libro *Las fronteras del nacionalismo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 418 ss. Precisamente de este libro tomo las citas de MacCormick y Walzer (pp. 331 y 419).

¹⁶ KEDOURIE, E., *Nationalism*, op. cit., p. 29 (trad. cast., p. 19).

¹⁷ «Una sociedad política, un pueblo, una nación, son términos sinónimos», afirmará Sieyès, acuñando así una frase célebre que posteriormente se convertiría en uno de los lemas favoritos del nacionalismo; cfr., SIEYÉS, E. J., «Contra la Re-total», en *Escritos y discursos de la Revolución*, trad. cast., R. Máiz, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 219.

valores de la *Aufklärung* (*Sturm und Drang*)¹⁸; en segundo lugar, que más que un filósofo, Kant vendría a ser una especie de nuevo Nostradamus, pues habría sido capaz de profetizar las calamidades que afligirían a su patria durante las guerras de liberación contra Napoleón (1813-1814) con mucha antelación (Kant falleció en 1804) y, por este motivo, se habría esforzado en fomentar la conciencia nacional alemana entre sus compatriotas a través de unas tesis aparentemente universalistas; en este sentido, *Los discursos a la nación alemana* (1807-1808) de Johann Gottlieb Fichte, no serían el acta fundacional del futuro nacionalismo alemán, sino tan sólo el epílogo de toda la obra filosófico-política de su maestro.

El propio Kedourie parece darse cuenta de que, en realidad, la semblanza que hace del hombre kantiano no se corresponde en absoluto con el ideal humanista-cosmopolita que inspira las obras jurídico-políticas más importantes del pensador prusiano: *Idea para una historia universal en clave cosmopolita* (1784); *Sobre el tópico: esto puede ser correcto en teoría, pero no vale para la práctica* (1793); *La paz perpetua* (antes citado); *La Metafísica de las costumbres* (1797), etc., por eso trata de exculpar a Kant por todos los medios de cualquier responsabilidad *directa*, tanto por el rumbo que ulteriormente tomarían sus teorías (sobre todo a partir de la interpretación que hizo de las mismas Fichte), como por las terribles consecuencias que se derivarían de ellas (en primera instancia, el nacionalismo alemán, a largo plazo, el nazismo)¹⁹. Sin embargo, a tenor de las siguientes palabras, sí parece que Kedourie responsabiliza *indirecta* o *subsidiariamente* a Kant por no haber sabido impedir la fatal tergiversación a la que finalmente fueron sometidas sus obras:

«Los admiradores de Kant lo consideran una especie de santo laico, un dechado de racionalidad y liberalismo. De ahí que el que se le relacione de cualquier modo con la idea de nacionalismo suscite en ellos asombro, queja, desaprobación e incluso indignación. La relación [...] tiene lugar por medio de la idea de autodeterminación. Kant mantuvo de modo convincente que la conciencia es el árbitro último de la moralidad que juzga de acuerdo con sus propios criterios. Pero no admitió la posibilidad paradójica y peligrosa de que la autolegislación, no controlada sino por sí misma, pueda adoptar el mal como su propio bien»²⁰.

¹⁸ Precisamente es en el seno de este movimiento donde se forja el concepto de superhombre (*Übermensch*) romántico, como ha puesto de manifiesto Rafael ARGULLOL en su libro *El héroe y el único. El espíritu trágico del Romanticismo*, Taurus, Madrid, 1999, p. 273.

¹⁹ «Cuando un filósofo lanza sobre el mundo un sistema, no puede –según Kedourie– ser tenido por responsable de las implicaciones que otros pueden *correctamente* extraer de él»; cfr., *op. ult. cit.*, p. 27 (trad. cast., p. 17; la cursiva es mía). En el mismo sentido, vide, GALLO, R. F., *Kant e la filosofia tedesca postkantiana*, Pellegrini Editore, Bari, 1982, pp. 49-51.

²⁰ *Ibidem*, p. 114.

III. LA LECTURA PRONACIONALISTA DE BERLIN

En similares términos a los de Kedourie, Isaiah Berlin defendió el pronacionalismo kantiano en una conferencia pronunciada en Nueva Delhi en 1972 y cuyo título ya era bastante significativo: «Kant como un origen desconocido del nacionalismo»; el texto, dicho sea de paso, no se daría a conocer al gran público hasta que, casi veinticinco años después, apareciera publicado en un libro que recopilaba algunos ensayos inéditos de Berlin: *El sentido de la realidad. Sobre las ideas y su historia*. Sería injusto soslayar que, a diferencia de Kedourie, Berlin creía que a Kant no se le podía imputar la responsabilidad (ni siquiera indirecta) de los errores del nacionalismo alemán; de hecho, a lo largo de su trabajo, Berlin repite con una insistencia casi obsesiva que para un pensador racionalista e ilustrado como Kant, internacionalista, amante de la paz y comprometido con la defensa de los derechos individuales y la libertad, nada hubiera resultado más aborrecible que conectar su filosofía con doctrinas que, como el nacionalismo, «brotan del sentimiento más que de la razón». Berlin tampoco olvida que Kant detestaba tanto el sentimentalismo como el entusiasmo desordenado, al que él denominaba *Schwärmerei*, que era propio de los cultivadores de la retórica sensiblera que tan en boga estaría durante el Romanticismo ²¹; en este sentido, el de Königsberg representa todo lo contrario: «pensamiento sereno, racional, rechazo de todo exclusivismo y privilegio fundado en la mera tradición inmemorial o en el dogmatismo político oscurantista, o en nada que no pueda ponerse a la luz del día y examinado por hombres racionales de una manera racional sistemática» ²². Kant, en definitiva, es para Berlin el prototipo de pensador ilustrado que detesta la desigualdad formal ante la ley, las jerarquías de poder, las oligarquías o el paternalismo; sus obras políticas son modelos de racionalismo liberal que apuestan por un ideal de convivencia internacional pacifista y cosmopolita que se sitúa en las antípodas de los presupuestos nacionalistas.

Y sin embargo, advierte Berlin, por asombroso que pueda parecernos, existe una cierta relación entre la filosofía kantiana y el surgimien-

²¹ Conviene aclarar que, para Berlin, el Romanticismo es la raíz de muchos de los fenómenos socio-políticos que vivimos hoy en día: «el nacionalismo, el existencialismo, la admiración por los grandes hombres, la admiración por instituciones impersonales, la democracia (algo que, en contra de lo que piensa Berlin, creo que resulta discutible), el totalitarismo (...)». En todo caso, el Romanticismo fue, como indica este autor, algo más que un movimiento artístico, pues supuso un cambio que no sólo afectó al arte, sino también «al pensamiento, el sentimiento y la acción del mundo occidental»; vide, BERLIN, I., *The Roots of Romanticism*, Princeton (New Jersey), Princeton University Press, 1999, pp. XI-XIII; (trad. cast., S. Marí, Madrid, Taurus, 2000, pp. 11-13).

²² BERLIN, I., «Kant como un origen desconocido del nacionalismo», *El sentido de la realidad. Sobre las ideas y su historia*, trad. cast., P. Cifuentes, Madrid, Taurus, 1998, p. 334. (El original está recogido en *The Sense of Reality. Studies in Ideas and their History*, London, Chatto & Windus, 1996).

to del nacionalismo romántico²³. ¿Cómo puede explicarse esa paradójica vinculación entre dos concepciones que *a priori* son tan distintas entre sí? A simple vista, creo que Berlin otorga a las ideas una función tan relevante en el desarrollo de la humanidad, que a veces da la impresión de que, para éste, son el único eje que hace girar al mundo. Esta opinión, sobre la que más adelante haremos algún comentario, se ve apoyada además por la visión determinista que este autor tiene tanto de la historia de las ideas como de la autonomía de las mismas. A juicio de Berlin, las ideas actúan a veces por sí mismas, como si estuvieran dotadas de vida propia, al igual que el monstruo del Doctor Frankenstein; este hecho hace que en muchas ocasiones evolucionen en un sentido totalmente contrario al que inicialmente previó su artífice, e, incluso, que se vuelvan en su contra. Esto es precisamente lo que, desde el punto de vista de Berlin, ocurrió con la filosofía moral kantiana, un terreno muy fértil (sobre todo por lo que se refiere al principio de autonomía de la voluntad) para hacer germinar la semilla ideológica del nacionalismo, como, efectivamente, prueba la interpretación que de esta parte del pensamiento de Kant hicieron algunos de sus más aventajados discípulos, entre los cuales sobresale Fichte, al que Berlin denomina despectivamente «el infiel discípulo de Kant, el padre verdadero del Romanticismo»²⁴. Estos «epígonos del kantismo», parafraseando a Otto Liebmann²⁵, hicieron una lectura solipsista de la ética formalista kantiana, negaron la doble vertiente moral-natural, nouménica-fenoménica del hombre, confundieron el idealismo trascendental profesado por su maestro con el idealismo absoluto y dogmático que sustituye al «individuo» por el «yo verdadero», que es «actividad eterna, trascendente, que se identifica con un espíritu mundial, un principio absoluto, divino, a la vez trascendente y creativo», y que para algunos, como Fichte, terminaría identificándose con el grupo o colectivo orgánico, el Estado político o la nación (en la que acabaría disolviéndose el individuo, pues fuera de ella sería tan sólo un fragmento insignificante)²⁶. Para estos autores, en suma, Kant prefigura la idolatría a la nación y al Estado merced a su teoría de la autonomía de la voluntad.

²³ Es extraordinario el calado que ha llegado a tener en la doctrina actual esta vinculación establecida por Berlin entre Kant y el Romanticismo. De esta influencia da buena muestra, por ejemplo, un estudio publicado recientemente, vide, PETTIT, P., *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, trad. cast., T. Domènech, Barcelona, Paidós, 1999, p. 36.

²⁴ *Ibidem*, p. 347.

²⁵ LIEBMANN, O., *Kant und die Epigonen: eine kritische Abhandlung*, Stuttgart, Schober, 1865; entre los epígonos de Kant, Liebmann dedica sobre todo especial atención a Fichte, Schelling y Hegel.

²⁶ BERLIN, I., «Kant como un origen desconocido del nacionalismo», *op. cit.*, p. 348. Para una información más detallada sobre la absolutización que los discípulos de Kant hicieron del idealismo trascendental kantiano, vide, GARCÍA MORENTE, M., *Lecciones preliminares de Filosofía*, México D. F., Porrúa, 1989 (12.ª ed.), pp. 239 ss.

Al hilo de estas últimas consideraciones, Berlin se apresura a reconocer que, por supuesto, «Kant habría repudiado esta espuria secuela de su filosofía profundamente racional y cosmopolita», pero, a continuación, matiza esta aseveración señalando que es en la ética kantiana, y no en la política, donde sus discípulos creyeron encontrar enterradas las semillas del nacionalismo. Lo único que restaba por hacer para llevar a cabo semejante salto mortal (el que va desde la voluntad individual de cada ser humano a la voluntad colectiva de las naciones), era transformar la idea del yo racional kantiano en un ente más amplio e impersonal y, sucesivamente, «la identificación de este ente mayor (el Estado-nación) con un fin en sí mismo, la autoridad última para todo pensamiento y acción, para crear una forma más terrorífica del “Dios mortal” de Hobbes, un nuevo absolutismo». De ahí que, prosigue Berlin, la doctrina del yo libre se pervirtiera y pasara a ser «una doctrina de la historia divinizada y casi personalizada, como portadora de la voluntad colectiva, la voluntad de desarrollo, de poder de esplendor, una concepción medio biológica, medio estética, en el centro de la cual está la idea del interés y el propósito de la nación o el Estado-nación como una especie de obra de arte creativa, que se desarrolla por sí sola»; este fue el mismo símil que, como es sabido, llegaron a utilizar incluso autores racionalistas como Hegel, que veía al Estado-nación como la expresión de la fuerza creativa de un espíritu mundial al que todo (y todos) deben subordinarse ²⁷.

Por consiguiente, dirán los «epígonos de Kant» (en general, los filósofos románticos alemanes), si la nación se erige en fuente central de autoridad moral y, además, permite la realización perfecta de la autoridad ética, es hacia ella (como fin supremo) donde tendremos que orientar nuestros actos, fundiéndonos como seres individuales en un ente colectivo que nos anula como personas y nos eleva a una altura moral (casi de santidad) al que nunca podría haber llegado nuestro yo empírico. Las ideas de sacrificio individual, de perfección moral y de exaltación de la subjetividad en las que tanto insiste Berlin cuando interpreta la moral kantiana, obedecen, según el profesor oxoniense, a la combinación de estas tres causas: la doctrina cristiana de la gracia frente a la naturaleza (Kant tenía una educación luterana), la concepción hebrea de la vida como sacrificio incondicional a los mandamientos de Dios (sin plantearnos si ello nos reportará la felicidad o la satisfacción de nuestros deseos naturales), y el énfasis del protestantismo (fundamentalmente del pietismo y posteriormente del metodismo) en la búsqueda interior de la verdad, la paz espiritual y la pureza del corazón. Estos rasgos de aislamiento austero son muy profundos en Kant, pero, concluye Berlin, mientras estos caracteres adquieren formas quietistas en el filósofo prusiano, en sus sucesores se convertirá en una lucha obstinada por reivindicar frente al mundo y la humanidad el reino interior de cada individuo, en donde se encuentran aque-

²⁷ *Ibíd.*, pp. 349-352.

llos valores sagrados por los que éste vive y está dispuesto a morir. Esta circunstancia, como ya se ha indicado, nos sitúa ante un Kant pre-romántico, y, a más largo plazo, una vez que el individuo sea sustituido por la nación, nos pondrá en la línea del nacionalismo orgánico que, bien entrado el siglo XIX, defenderán los principales ideólogos del nacionalismo alemán: Müller, Jahn, Görres o Arndt, entre otros, y que, ya en el siglo XX, servirá de inspiración a algunos intelectuales afines al nazismo, como Spengler o Rosenberg ²⁸.

IV. REFUTACIÓN DE LAS CUATRO TESIS CENTRALES DEFENDIDAS EN COMÚN POR KEDOURIE Y BERLIN

Vistos los principales argumentos utilizados por Kedourie y Berlin para justificar su lectura prenacionalista de la filosofía moral y política kantiana, y habida cuenta de que, como dije antes, ambos autores comparten casi el mismo punto de vista sobre esta cuestión, creo adecuado realizar una crítica conjunta de las posiciones más atrevidas y, desde luego, originales que éstos mantienen en torno a estas cuatro tesis: 1) que existe cierta imputabilidad (al menos moral) de Kant por el uso indebido que hicieron del criticismo algunos de sus más preeminentes discípulos; 2) que hay un *continuum* o *sequitur* lógico entre la moral y la política kantiana, y que prueba de ello es el tránsito del principio de autonomía de la voluntad al principio de autodeterminación nacional; 3) que el hombre kantiano es en realidad una especie de héroe pre-romántico, es más, preanuncia al superhombre nietzscheano; 4) que Kant parte en realidad de un concepto de nacionalista de nación que poco tiene que ver con el ideal de sociedad plural, democrática y cosmopolita que defiende en obras como *Idea para una historia universal en clave cosmopolita* o *La paz perpetua*.

IV.1 Refutación de la primera tesis: en torno a la imputabilidad de Kant como precursor del nacionalismo

Respecto al grado de responsabilidad que ambos autores atribuyen a Kant, ya sabemos que Berlin se muestra mucho más comprensivo y

²⁸ PETRILLO, G., *Nazionalismo*, Milano, Editrice Bibliografica, 1995, p. 36. Para un mejor conocimiento de la recepción que tuvieron de las obra filosófico-políticas de Kant entre sus contemporáneos y seguidores, aconsejo el trabajo de Faustino ONCINA titulado «De la candidez de la paloma a la astucia de la serpiente: La recepción de la *Paz perpetua* entre sus coetáneos», en *La paz y el ideal cosmopolita de la Ilustración. A propósito del bicentenario de «Hacia la paz perpetua» de Kant*, eds. R.R. Aramayo, J. Muguerza, C. Roldán, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 155 y ss. En este estudio se le concede especial relevancia a autores como Görres, Schlegel, Fichte o Gentz (el gran divulgador del burkianismo en nuestro continente).

clemente en su juicio histórico que Kedourie, el cual no se resiste a culpar, por lo menos indirectamente, al pensador de Königsberg por los efectos que en el futuro produciría sobre el terreno de las ideologías totalitarias algunos presupuestos teóricos de su formalismo ético²⁹. En mi opinión, resulta paradójico que Kedourie no emplee ese mismo razonamiento para sentar también en el banquillo de los acusados a otras figuras de la historia de la filosofía por el mismo motivo; en este sentido, me parece completamente arbitrario que este crítico impute la paternidad de la ideología nacionalista a Kant y, sin embargo, decida exculpar explícitamente a Hegel de un delito similar³⁰. Debo decir que, a mi entender, tan desafortunado es aquel estudio que pretenda situar a Hegel en los orígenes del nazismo como el que considere a Kant o —por qué no— a sus admirados Rousseau o Hume como cofundadores del nacionalismo orgánico (aquel que serviría en la primera parte del siglo XX como coartada ideológica a la gran mayoría de regímenes totalitarios europeos). Por otra parte, puestos a seguir esta línea interpretativa tan errática y sensacionalista, nada nos impediría remontarnos hasta la Antigüedad para encontrar los primeros vestigios de dicha doctrina, como ya han hecho algunos autores especializados en esta materia (por ejemplo Hans Kohn)³¹; desde esta concepción, autores como Herder o Fichte no tendrían más importancia que la de haber sido meros recopiladores de una tradición ideológica milenaria fundada mucho antes del siglo que les viera nacer; por consiguiente habría que revisar a fondo las fechas históricas en las que hasta ahora pensábamos que había aparecido el nacionalismo (a finales de la Ilustración) y retrotraernos casi a los orígenes de la filosofía. Aquí radica, precisamente, el principal problema de los historiadores de las ideas: esclarecer de manera definitiva la verdadera

²⁹ HASTINGS, A., *The Construction of Nationhood. Ethnicity, Religion and Nationalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 10.

³⁰ En una escueta nota a pie de página del capítulo III de su libro, titulado *El Estado y el individuo*, Kedourie escribe lo que sigue: «Quizás alguien se demande por qué ésta es la única mención de Hegel en este libro. La explicación es simple: a pesar de la reputación siniestra que algunos autores le han conferido, *Hegel no es un nacionalista* y mucho menos un precursor del nazismo. Su pensamiento político concierne al Estado, no a la nación. En especial lo que tiene que decir sobre la relación entre la libertad absoluta y el terror (*Fenomenología del Espíritu*, Cap. VI. Sección B), la diferencia entre los Estados antiguos y modernos, y la existencia en los últimos de lo que llama sociedad civil, mediadora entre el Estado y el individuo (*Filosofía del Derecho*, Parte III, Sección 2) harían de él un antinacionalista. Este, sin embargo, no es el lugar para decidir el litigio entre Hegel y sus enemigos»; cfr., KEDOURIE, E., *Nationalism*, *op. cit.*, pp. 34-35, (trad. cast., 24-25; el subrayado es mío).

³¹ KOHN, H., *Historia del nacionalismo*, trad. cast., S. Cossío, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1984. Al hilo de lo que comenté antes sobre los excesos interpretativos cometidos por algunos autores en relación con los orígenes ideológicos del nacionalismo, Kohn considera a Rousseau y a Herder como los padres del nacionalismo moderno, afirmación que creo que no debería ser admitida sin reservas; vide, KOHN, H., «Nationalism», en *Dictionary of the History of Ideas. Studies of Selected Pivotal Ideas (III)*, ed. P.P. Wiener, New York, Charles Scribner's Sons, 1973, p. 325.

genealogía del nacionalismo; buscar un referente intelectual que actúe como chivo expiatorio de todos los errores históricos de este movimiento cultural y/o político ³².

La idea que tanto Kedourie como Berlin tienen del nacionalismo es netamente difusionista; en efecto, para ellos las ideas nacionalistas nacieron en un momento concreto de la historia de la humanidad (la Revolución francesa), y, posteriormente, se extendieron al resto del planeta como consecuencia del proceso colonizador de las potencias europeas en África y Asia. Según esta versión, la rápida difusión de la ideología nacionalista por todo el planeta tendría su explicación en la actividad propagandística realizada por la *intelligentsia* indígena de los países colonizados, cuyos representantes (miembros de unas elites de poder) habrían tenido la oportunidad de formarse intelectualmente en las Universidades de sus correspondientes metrópolis europeas, de donde importarían e imitarían las formas, pautas, imágenes, conceptos y *slogans* occidentales. De todas las corrientes ideológicas surgidas en Occidente, el nacionalismo sería, según estos autores, la que habría tenido mayor facilidad de divulgarse por todo el mundo ³³. Como se ha podido escribir, el éxito del nacionalismo es el resultado del deseo de emular nuevas ideas y formas de vida, pero también responde a su capacidad cuasi-religiosa de aportar a los hombres la seguridad de pertenecer a un grupo humano determinado (una nación), recurriendo, para ello, a unas formas de vida colectiva autóctonas y homogéneas, basadas en unos lazos de identidad común y en unas mismas fuentes de lealtad política, y destruyendo a su vez cualquier tipo de antigua identidad o de asociación entre individuos contraria a los intereses de dichas comunidades nacionales. Ahora bien, como se ha preguntado Anthony D. Smith, ¿podemos creer realmente que esta especie de «efecto de demostración» (o de divulgación) de una idea como el nacionalismo pueda llegar a poseer, al ser difundida, tal poder de destrucción y recreación? Yo personalmente pienso que no, y en esta opinión coincido plenamente con Smith, porque el nacionalismo

³² Edward Hallett Carr ha distinguido, al menos, cuatro períodos en la evolución del nacionalismo hasta el presente: el primero, comenzaría con la gradual disolución de la unidad medieval del imperio y de la Iglesia, y con el establecimiento de un Estado nacional y de una Iglesia nacional; el segundo tendría su origen a raíz de las guerras napoleónicas y llegaría hasta 1914 (inicio de la I Guerra Mundial); el tercero habría alcanzado su clímax en el período de entreguerras y, finalmente, el cuarto período se iniciaría a partir de la II Guerra Mundial (no sabemos cuándo acabaría ni siquiera si habría más períodos, dado que este libro fue publicado el mismo año en que acabó la II Guerra Mundial; vide, CARR, E. H., *Nationalism and after*, London, MacMillan & Co. Ltd., 1945, pp. 2-37.

³³ El libro de KEDOURIE, *Nacionalismo*, es en sí mismo una explicación difusionista de la evolución histórica del ideario nacionalista, pero, sobre todo, aconsejo la lectura de sus dos últimos capítulos. En el caso de Isaiah BERLIN, es muy significativo todo lo que manifiesta en *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*, trad. cast., J. M. Álvarez, Barcelona, Península, 1992, pp.230-231. (El original está recogido en *The Crooked Timber of Humanity*, London, Fontana Press, 1991).

es producto de una multiplicidad de intereses y de factores que superan la descripción determinista-ideológica del difusionismo³⁴. A mi modesto parecer, la condición básica para realizar una crítica fundada del nacionalismo consiste en no ofrecer bajo ningún concepto una imagen reduccionista del mismo; por ello, es necesario que no se soslaye el carácter complejo y poliédrico de su doctrina tanto en sus raíces como en su posterior evolución histórica³⁵.

Es evidente, como acabo de comentar, que al relacionar la filosofía kantiana con los albores del nacionalismo tanto Kedourie como Berlin están incurriendo en un manifiesto determinismo histórico e intelectual. Kant –según ellos– no pudo evitar, y no lo habría logrado aunque así lo hubiera querido, que sus seguidores tergiversasen (deliberadamente o no) su doctrina moral llevando el subjetivismo hasta sus últimas consecuencias (el solipsismo)³⁶. Aquí no cuenta absolutamente nada de lo que el de Königsberg pensara acerca de la autonomía de la voluntad y de la libertad moral de los individuos, lo único que sabemos con certeza es que nadie puede sustraerse ni a la rueda del destino, ni a una oculta e implacable ley natural que parece sellar nuestro destino³⁷. En relación con la importancia que tanto Kedourie como Berlin asignan a Kant en la génesis del nacionalismo, estimo que están más que justificadas las protestas de aquellos autores, entre otros Gellner, que consideran un despropósito y una auténtica exageración el protagonismo que, a este respecto, le han concedido muchos de los críticos del filósofo prusiano, varios de

³⁴ SMITH, A. D., *Las teorías del nacionalismo*, trad. cast., Ll. Flaquer, Barcelona, Península, 1976, pp. 69 y ss. También Miroslav Hroch ha abundado en esta misma argumentación: «La nación moderna no llegó a formarse mediante el *constructo* de la identidad nacional, sino a través de la interacción de diversas circunstancias y compromisos en la esfera social y cultural: sólo estos últimos hicieron posible el cambio de identidad, o también la decisión a favor o en contra de la identidad nacional», cfr., HROCH, M., «La construcción de la identidad nacional: del grupo étnico a la nación moderna», trad. cast., A. del Río, en *Revista de Occidente*, núm. 162, noviembre, 1994, p. 60.

³⁵ En este sentido creo que Luis Rodríguez Abascal tiene razón cuando afirma que «la historia de las ideas contada como una sucesión lineal de autores y obras no puede explicar por sí sola la fuerza que el nacionalismo ha adquirido en el mundo contemporáneo»; vide, RODRÍGUEZ ABASCAL, L., *Las fronteras del nacionalismo*, *op. cit.*, p. 99.

³⁶ A este respecto, resulta de lo más reveladora la explicación y justificación que el propio Berlin hace del determinismo y la «inevitabilidad histórica» en su último libro, vide, BERLIN, I., *El poder de las ideas*, trad. cast., C. Morán, Madrid, Espasa, 2000, pp. 46 ss.

³⁷ Como ha observado Paolo Pasqualucci, la visión kantiana de la historia se puede definir bien como providencialista. La historia se explica en el ámbito de una concepción teleológica de la naturaleza-Providencia, por lo que debe entenderse fuera de cualquier concepción fatalista e inmanentista del destino (que no debe confundirse con la Providencia). Dentro de ese proceso histórico, el hombre posee la disposición hacia el bien, aunque, en todo caso, su perfeccionamiento moral (que, como su nombre indica, no responde a un deber jurídico, sino ético) nunca podrá serle impuesto coactivamente, sino que será fruto de una decisión voluntaria y, por ende, libre; vide, PASQUALUCCI, P., *Rousseau e Kant (II). Immanenza e trascendentalità dell'ordine*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 110-111.

ellos curiosamente anti-nacionalistas³⁸. Ese empeño por conectar como sea a Kant con los orígenes del nacionalismo puede deberse tal vez, como ha expresado Smith, a una cierta pretensión intelectualista que hace que algunos investigadores, y especialmente Kedourie, den prioridad a Kant como profeta del nacionalismo, antes incluso que a Bolingbroke, Herder, Fichte o Burke³⁹. De cualquier modo, pienso que la confianza de estos críticos de la filosofía kantiana en el poder de las ideas y en la función que éstas desempeñan en la aparición de fenómenos socio-políticos como el nacionalismo es desmesurada y totalmente injustificada. Desde mi punto de vista, es demasiado ingenuo creer que gracias al impulso intelectual de unos cuantos pensadores surgió una teoría capaz de seducir a las masas y de ocupar el puesto que hasta entonces había venido ocupando la religión. Esta versión simplista y sincrónica de la historia del nacionalismo le haría pocas concesiones a las diversas circunstancias sociológicas, económicas, culturales, psicológicas y políticas que, de algún modo, también intervinieron en el proceso de formación de esta doctrina. Pretender rastrear la genealogía del nacionalismo desde un solo enfoque metodológico (el histórico-ideológico), no creo que sea riguroso ni coherente; ahora bien, mucho más grave me parece aún realizar un estudio semejante sin que nos detengamos a valorar en serio cuál es el auténtico peso que las ideas tienen en el desarrollo real de una doctrina como el nacionalismo, de la que hoy en día, por cierto, no queda ya ningún contenido teórico o ideológico, y, especialmente, en los países de nuestro ámbito, donde sólo puede ser concebido como un mero instrumento práctico o metodológico (dudosamente democrático) para que determinados grupos de poder puedan obtener constantes privilegios políticos y contrapartidas económicas frente al resto de la sociedad y del Estado de Derecho⁴⁰.

En suma, para dar por cerrado este pequeño apartado destinado a abordar la presunta implicación de Kant en la génesis del nacionalismo, no he encontrado ninguna reflexión que refleje mejor mi posición que la que ha hecho Gellner en su crítica a la tesis de Kedourie sobre la autonomía de la voluntad de los individuos y su extensibilidad al principio de autodeterminación de las naciones:

«Verdad es que Kant habló de autodeterminación (autonomía). Pero también habló del apriorismo sintético de nuestras categorías. Es bien sabido que a lo largo de la historia no se ha arrojado nunca

³⁸ GELLNER, E., *Naciones y nacionalismo*, trad. cast., J. Setó, Madrid, Alianza, 1988, pp. 167 ss.

³⁹ SMITH, A. D., *Las teorías del nacionalismo*, *op. cit.*, p. 69.

⁴⁰ A mi juicio, Fernando Vallespín está en lo cierto cuando afirma que «la historia de las ideas requiere flexibilidad e interdisciplinariedad y que, por consiguiente, los enfoques teóricos que sólo se apoyen en una herramienta metodológica sólo sirven para ofrecer conclusiones parciales (en absoluto definitivas) sobre su objeto de estudio (en este caso el nacionalismo)»; vide, VALLESPÍN OÑA, F., «Aspectos metodológicos de la historia de las ideas políticas», en *Historia de la Teoría Política (I)*, ed. F. Vallespín, Madrid, Alianza, 1990, p. 50.

ninguna bomba en nombre de la doctrina kantiana del apriorismo de las categorías. Pero lo mismo se puede decir respecto a sus puntos de vista sobre la autodeterminación. Si existe alguna conexión entre Kant y el nacionalismo, es que éste es una reacción contra él, y no que sea su fruto»⁴¹.

IV.2 Refutación de la segunda tesis: ¿existe un *sequitur* lógico entre la Moral y la Política kantianas?

De estas palabras de Gellner también se desprende una crítica a la segunda tesis de Kedourie y Berlin: que hay un *continuum* o *sequitur* lógico entre la moral y la política kantiana, algo que –según ellos– queda demostrado con la transmutación del principio de autonomía de la voluntad en el de autodeterminación nacional. Dentro de las múltiples observaciones que cabe hacerle a esta tesis, que yo, desde luego, no apruebo, habría que resaltar una casi elemental, pero de la que ni Kedourie ni Berlin parecen ser conscientes: aunque es verdad, como se suele decir, que hay un alto grado de compenetración entre la moral y la política kantiana, lo cierto, por muy obvio que sea afirmarlo, es que constituiría un craso error confundir esos dos ámbitos. Nuestro autor distinguía claramente entre la vida espiritual y la efectiva realidad social; al igual que Lutero, diferenciaba a la persona de la función pública o la labor que ésta pudiera desempeñar en la sociedad (*Person* y *Amt*). En definitiva, una cosa es lo que Kant pudiera defender en sentido teórico (hipotéticamente), y otra muy distinta lo que, a la hora de la verdad, estuviera dispuesto a sacrificar a título personal por dichas ideas, sobre todo dado su sentido práctico (no pragmático) de la política y su compromiso cívico con las autoridades y las leyes de su Estado⁴². Otra observación que podría hacerse a la segunda tesis de Kedourie y Berlin es que, al pretender inferir del principio kantiano de la autodeterminación de los individuos el principio de autodeterminación de los colectivos (como si existiera un *sequitur* entre ambos), no sólo se está falseando el concepto kantiano de individuo (pues en este supuesto, dicho concepto se equipara con, o mejor dicho, es reemplazado por el colectivo, ya sea éste el pueblo, la nación, o cual-

⁴¹ GELLNER, E., *Naciones y nacionalismo*, op. cit., p. 171.

⁴² Sobre este particular, Hans Kohn nos recuerda que cuando, por ejemplo, «las opiniones de Kant en materia religiosa resultaron antagónicas a las del régimen reaccionario de Federico Guillermo II, se sometió»; vide, KOHN, H., *Historia del nacionalismo*, op. cit., p. 334. Para un conocimiento más exhaustivo de la relación entre Kant y el despotismo ilustrado imperante en Prusia, vide, MOLINUEVO, J. L., «Filósofos y despotismo ilustrado en la Alemania del siglo XVIII: Federico el Grande y Kant», *Arbor*, núm. 82, 1972; pp. 171-198; FINK, G. L., «La dialectique du despotisme éclairé selon Kant», *Recherches Germaniques*, VII, 1977, pp. 29-54; CAVALLAR, G., «Kant's Judgment of Frederick's Enlightened Absolutism», *History of Political Thought*, vol. XIV, núm. 1, Spring 1993, pp. 103-132.

quier otra hipóstasis de esa índole), sino que también se está devaluando la trascendencia que Kant les daba a las decisiones morales individuales. El ejercicio de la autonomía de la voluntad queda reservada al individuo, pero no puede dar como resultado el sujeto de la autodeterminación nacional, es decir, no nos conduce a la nación, sobre todo si ésta se concibe en el sentido nacionalista del término, es decir, entendiéndola como una entidad natural preexistente al Estado de Derecho en el que se halla inserta, y en cuya circunscripción sus miembros deben ejercer necesariamente (y también de modo exclusivo) dicho derecho de autodeterminación⁴³. Por ello, si de veras pretendemos hacer un estudio riguroso de la filosofía moral y política de Kant, creo que está de más hablar de un hipotético *sequitur* entre el principio de autonomía al que aquél se refiere y el derecho de autodeterminación de las naciones. Sobre este asunto en concreto, Javier Muguerza ha indicado muy oportunamente que:

«La autodeterminación de los colectivos, incluida la *autodeterminación de las nacionalidades*, carece de sentido sino *pasa por* –y, en última instancia, *se resuelve en*– la autodeterminación de los individuos que los integran, como no podía menos de esperarse salvo que tales colectivos, o en nuestro caso tales nacionalidades, se conciban como entidades metafísicas autosubsistentes o sustancializadas.»⁴⁴

En resumidas cuentas, para interpretar correctamente el principio de autodeterminación o de autonomía de la voluntad, es necesario hacerlo ateniéndonos al individualismo abstracto de Kant, para evitar así caer en tergiversaciones tan injustificadas como las que han malinterpretado ese principio de autonomía en clave de comunitarismo o, peor aún, de colectivismo, que estaría muy lejos del sentido genuinamente individualista que para el filósofo prusiano tenía dicho principio; de lo contrario, como ha advertido Luis Rodríguez Abascal, se corre el riesgo de incurrir en lo que él denomina una «falacia de composición», un error que, por cierto, cometen tanto Kedourie como Berlin, y que consiste –a grandes rasgos– en presumir que un todo (en este caso el colectivo) siempre debe tener las mismas propiedades que poseen sus partes (los individuos que lo integran)⁴⁵.

⁴³ En este sentido, estoy completamente de acuerdo con Michael Ignatieff cuando afirma que «lo malo del nacionalismo no es el deseo de autodeterminación en sí, sino esa ilusión epistemológica de que nadie puede encontrarse en su casa ni sentirse comprendido si no es entre sus iguales absolutos. El error nacionalista no está en el deseo de mandar en su casa, sino en creer que allí sólo merece vivir su propia gente»; vide, IGNATIEFF, M., *El honor del guerrero. Guerra étnica y conciencia moderna*, trad. cast., P. Linares, Madrid, Taurus, 1999, p. 61.

⁴⁴ MUGUERZA, J., «Los peldaños del cosmopolitismo», en *La paz y el ideal cosmopolita de la Ilustración. A propósito del bicentenario de «Hacia la paz perpetua» de Kant*, op. cit., p. 352.

⁴⁵ RODRÍGUEZ ABASCAL, L., *Las fronteras del nacionalismo*, op. cit., p. 419.

Una última matización que también cabría hacer a esta segunda tesis es que, en el particular enfoque que Kedourie tiene de la moral kantiana, hay una grave equivocación que, al hacerse extensiva al campo de la política, altera considerablemente algunos de los presupuestos centrales del pensamiento de nuestro autor. Cuando este crítico sugiere que, según Kant, los individuos deben consagrarse a una especie de lucha interior como único medio válido para obtener el triunfo moral, se está dejando abierta la posibilidad de legitimar que, en su vida política, esos mismos individuos adopten arbitrariamente la vía revolucionaria del enfrentamiento y la oposición violenta contra las principales instituciones del régimen político que, supuestamente, limita el ejercicio de su autonomía y de su libertad. A este respecto, Kedourie parece ignorar una de las características más importantes de la filosofía política kantiana: que intenta, en la medida de lo posible, poner en armonía la moral con la naturaleza y la historia. Kant no es un apologeta de la violencia revolucionaria, no desea que los hombres alcancen sus fines morales luchando a brazo partido entre sí, al contrario, para él el proceso de perfeccionamiento moral de la humanidad es lento aunque seguro, y no está exento de dificultades, pero, en todo caso, no puede entenderse al margen de los principios de la racionalidad humana, de los fundamentos del Derecho o de la propia *ratio historica*.

Al hilo de esta interpretación errática de Kedourie, Howard L. Williams ha señalado que aunque Kant compartió el ideal republicano de organización política que defendían los revolucionarios franceses de su época, nunca estuvo de acuerdo con sus métodos sanguinarios. El cambio político del *Ancien régime* no podía proceder de la base de la sociedad, del pueblo, sino que tendría que provenir de su cúpula, esto es, del gobierno. El reto principal de Kant consistió, precisamente, en saber combinar adecuadamente los principios liberales y progresistas en los que creía firmemente como intelectual con las recomendaciones conservadoras que se atrevió a darle a los gobernantes de su época ⁴⁶. Por consiguiente, no se puede llevar a cabo una lectura radical o pro-anarquista de Kant como pensador político, como hace Kedourie, ni tampoco se puede tergiversar el sentido auténtico de su moral hasta el punto de convertirle en un romántico nihilista en lugar de en un ilustrado, humanista y cosmopolita. Desde mi punto de vista, Kant fue más bien un pacifista convencido, un liberal moderado o conservador que apostó por el Estado de Derecho, el garantismo jurídico y el respeto a los derechos humanos, en absoluto un visionario iluminado, un nuevo mesías, un pastor de rebaños nacionales, o un guardián del *Volksgeist* alemán como algunos pretenden hacernos creer.

⁴⁶ WILLIAMS, H. L., *Kant's Political Philosophy*, Oxford, Basil Blackwell, 1983, pp. 134-135.

IV.3 Refutación de la tercera tesis: en torno al presunto heroísmo del hombre kantiano

La tercera tesis compartida por Kedourie y Berlin en sus respectivas lecturas pronacionalistas de la filosofía kantiana, guarda una relación directa con la consideración que acabo de hacer: ambos autores nos presentan al individuo como un hombre libre que es dueño de su voluntad y que actúa conforme a una ley interior (el imperativo categórico), que no quiere verse sometido a la tiranía de la naturaleza y que, de hecho, rompe con ella, lo cual supone un auténtico «giro» epistemológico, una transmutación de valores, un triunfo de la moral frente al mundo físico y de «la cosa en sí» ante las apariencias fenoménicas que revoluciona la tradicional percepción que la filosofía occidental había tenido del hombre y su situación en el universo. Ahora bien, cabría preguntarles a Kedourie y Berlin, si en verdad el hombre es un ser que rechaza la moral heterónoma y que, por ende, no se somete a las leyes de ningún ente natural o externo (ni siquiera a las de Dios), ¿cómo puede explicarse entonces que el individuo, tras obtener su liberación moral, pueda tener necesidad alguna de buscar en el terreno político nuevos dioses naturales a los que servir (en este caso a la nación)?⁴⁷ La imagen que estos dos autores ofrecen del hombre político kantiano es la de un héroe nuevo dotado de luz interior, un mártir de la libertad que está dispuesto a sacrificar su vida por defender sus convicciones. Lejos se encuentra esta «integridad trágica» propia de un superhombre nietzscheano, de la actitud que caracteriza al individuo del que nos habla nuestro autor: ante todo, de respeto hacia la dignidad de los seres humanos, a los que concibe como fines en sí mismos, y de fiel acatamiento (en lo que a su comportamiento se refiere) a unas máximas morales universales. El hombre kantiano, por consiguiente, no se enfrenta al mundo sino que vive en él y trata de mejorarlo en orden a los principios racionales del Derecho⁴⁸. Por el hecho de que posea una voluntad soberana, autónoma y libre, no podemos concluir que éste deba alimentar en su fuero interno un sentimiento de superioridad y de desprecio hacia el resto de la humanidad, tal y como se propugnaba por parte de algunos sectores radicales

⁴⁷ Cfr., KEDOURIE, E., *Nationalism, op. cit.*, pp. 24 y ss; (trad. cast., pp. 14 ss.); BERLIN, I., «Kant como un origen desconocido del nacionalismo», *op. cit.*, pp. 346 y ss. En claro contraste con esta interpretación, vide, FERRARI, J., *Kant o la invención del hombre*, trad. cast., F. López, Madrid, Edaf, 1974, pp. 102 ss. En torno a la recepción del formalismo kantiano por algunos de los filósofos más relevantes del Romanticismo y su interpretación laxa del mismo, vide, LOCKRIDGE, L. S., *The Ethics of Romanticism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 74 ss.

⁴⁸ Vid., DENKER, R., «La teoría kantiana de las tres vías que conducen a la paz universal o los designios de la naturaleza en la historia», en *Immanuel Kant 1724-1974. Kant como pensador político*, ed. E. Gerresheim, trad. cast., F. Fernández, Bonn-Bad Godesberg, Inter Naciones, 1974, pp. 6-7.

del primer Romanticismo alemán⁴⁹. Tampoco cabe interpretar en clave ultraindividualista o de individualismo radical el principio de la autonomía de la voluntad como la prueba fehaciente de la existencia de un «Yo activo y autocreador» de tipo fichteano, o de un «Yo único» stirneano, que no admite la existencia de otros sujetos situados por encima de él (me refiero a la humanidad en su conjunto)⁵⁰.

Hay una diferencia substancial entre la idea kantiana de individuo y el concepto del Yo absoluto y orgánico del que parten algunos románticos (sobre todo los nacionalistas)⁵¹. Para Kant la única soberana es la naturaleza individual humana, que es universal e idéntica para todos los hombres; entre otras cosas, ésta fue una de las principales aportaciones de su revolución copernicana. En este sentido, no le falta razón a Gellner cuando afirma que Kant «veneró lo que de universal hay en el hombre, no lo específico, y ni que decir tiene que tampoco lo “culturalmente» específico». Como ya sabemos, para el de Königsberg, la identidad y la dignidad de la persona radican en su racionalidad y en su humanidad universal, no en sus diferencias étnico-culturales, por eso no puedo menos que coincidir de nuevo con Gellner cuando, tras insistir en aquellos aspectos que hacen de Kant un pensador humanista e ilustrado (tal vez el más grande del siglo XVIII), asevera que «es difícil encontrar un autor cuyas ideas resulten más desalentadoras para el nacionalista»⁵². En cambio, el «Yo» del que nos hablan algunos románticos alemanes, muchos de ellos seguidores de Kant, como Schelling o Fichte responde a un idealismo dogmático que, paradójicamente, se adapta muy bien a los cánones étnicos y orgánicos del ideario nacionalista. Según Bertrand Russell, la

⁴⁹ Vid., VILLACAÑAS, J. L., *La quiebra de la razón ilustrada: Idealismo y Romanticismo*, Madrid, Cincel, 1990, p. 200; ARGULLOL, R., *El héroe y el único. El espíritu trágico del Romanticismo*, op. cit., pp. 273 ss.

⁵⁰ STIRNER, M., *El único y su propiedad*, trad. cast., E. Subirats, Barcelona, 1970, pp. 23; sobre la subjetividad autocreadora del «Yo activo» que conforma al «no Yo», vide, FICHTE, J. G., *Grundlage der gesamten Wissenschaftslehre*, en *Fichtes Werke (I)*. Herausgegeben von J. H. Fichte, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1971, p. 104.

⁵¹ Como es sabido, en el Romanticismo hay, como mínimo, dos tipos de «Yo»: uno es de carácter íntimo o burgués, de inspiración byroniana, es un individuo que está fuera de la sociedad, un aventurero, un *outsider* que transgrede los convencionalismos sociales y que actúa según sus propios valores; el otro «Yo» es el que Rafael Argullol ha denominado como el «Yo heroico-trágico», de naturaleza cuasi-metafísica. Este segundo «Yo» es el que, en su particular búsqueda de lo sublime, terminaría siendo absorbido, según la tesis de Isaiah Berlin, por un ser colectivo como «una nación, una iglesia, un partido, una clase, un edificio del que tan sólo soy una piedra, un organismo del que soy un fragmento viviente». Kedourie y Berlin combinan indistintamente características del primer y del segundo Yo en su descripción del hombre romántico al que, según ellos, da lugar la moral kantiana: de un lado, es un individuo egoísta que odia al mundo y se enfrenta a él, de otro, es un «nuevo héroe» cuya individualidad se disuelve en la comunidad nacional, el verdadero «Yo orgánico» al que, como buen patriota (en el sentido nacionalista del término), consagra su vida»; cfr., ARGULLOL, R., *El héroe y el único. El espíritu trágico del Romanticismo*, op. cit., p. 269; BERLIN, I., *El poder de las ideas*, op. cit., pp. 33 ss.

⁵² GELLNER, E., *Naciones y nacionalismo*, op. cit., pp. 168-169.

filosofía idealista de Fichte raya incluso en la locura⁵³. Su «Yo», consecuencia directa de la negación de «las cosas en sí» y de la sublimación del idealismo absoluto, es un concepto metafísico y holístico que empieza identificándose con la nación alemana y, más tarde, se vincula al Estado. De acuerdo con este peculiar enfoque, el mundo es un todo orgánico que adquiere realidad y coherencia porque es fruto de una sola conciencia. En esa realidad los individuos existen sólo como partes integrantes de ese ente universal, fuera del mismo no son más que espectros, por lo que carece de sentido plantearse siquiera si, como individuos, siguen conservando sus derechos naturales⁵⁴.

De todo lo que antecede se desprende que esa vinculación que Kedourie y Berlin quieren establecer entre el humanismo cosmopolita de Kant y la interpretación romántica del hombre disuelto en el magma de la comunidad nacional que hacen sus discípulos, no sólo carece de justificación, sino que además constituye una lectura forzada de su obra (sobre todo de la de su etapa de madurez intelectual). En la filosofía kantiana no hay indicio alguno que nos permita concluir que, tras la defensa de la autonomía del individuo, se oculte un oscuro interés por abrir la vía de su alienación en aras de la materialización de una delirante entidad quimérica que le trasciende y absorbe. Sí hay base suficiente, empero, para considerar a Kant como miembro de pleno Derecho de la rama prometeica del pensamiento europeo, que tuvo su apogeo en la Ilustración y que se caracterizó, sobre todo, por despreciar cualquier expresión particularista cultural o política. Como cosmopolita, Kant estaba preocupado ante todo por la promoción de un orden universal de la libertad basado en el Derecho; por este motivo, como constataremos más adelante, tenía el convencimiento de que la única contribución que las naciones podían aportar a la historia humana era, precisamente, ayudar a la fundación y al desarrollo de ese nuevo orden. En este proyecto pacifista mundial parece que estaba pensando Ernst Cassirer cuando proclamó en su célebre *Filosofía de la Ilustración* (1932) que «el siglo XVIII está saturado de la creencia en la unidad e invariabilidad de la razón. Es la misma para todos los sujetos pensantes, para todas las naciones, para todas las épocas, para todas las culturas»⁵⁵.

⁵³ RUSSELL, B., *Historia de la filosofía occidental (II). La filosofía moderna*, trad. cast., J. Gómez de la Serna y A. Dorta, Madrid, 1999 (4.ª ed.), p. 336

⁵⁴ En relación con el protonacionalismo de Fichte, ha habido autores, como Sergio Givone, que se han preguntado si quizás su verdadera intención no fue otra que la de fundar la identidad del pueblo alemán merced a la memoria mítica antes que a la memoria histórica, y, por consiguiente, «conferirle autonomía como organismo cultural que se nutre de la linfa que sale del “suelo” y de la “sangre” y desmonta la “máquina” misma del Estado (liberal, se entiende)»; yo, en particular, sospecho que así fue. Vid., GIVONE, S., «El intelectual», en *El hombre romántico*, ed. F. Furet, trad. cast., F. Martín, Madrid, Alianza, 1997, p. 258 (la aclaración entre paréntesis es mía).

⁵⁵ CASSIRER, E., *Filosofía de la Ilustración*, trad. cast., E. Imaz, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993 (3.ª ed.), p. 20. Sobre la pertenencia de Kant a «la rama prometeica del pensamiento europeo», vide, Gellner, E., *Naciones y nacionalismo*, *op. cit.*, pp. 169-170.

IV.4 Refutación de la cuarta tesis: ¿parte Kant de un concepto nacionalista de nación?

Antes de terminar este artículo sería conveniente esclarecer dos cuestiones terminológicas que están estrechamente vinculadas y que me permitirán rebatir con más fuerza la cuarta tesis de Kedourie y Berlin: en primer lugar, ¿a qué concepto de nación se estaban refiriendo ambos autores cuando llevaron a cabo sus respectivos estudios historiográficos en torno a las raíces del nacionalismo?; en segundo lugar, ¿cuál era la idea de nación que, según ellos, tenía Kant como presunto fundador de la ideología nacionalista? Vayamos por partes; ante todo anticiparé la respuesta a estas cuestiones, luego intentaré razonarlas y, por último, trataré de extraer una serie de conclusiones a la luz de dichas reflexiones. Respecto a la primera pregunta, opino que, sin lugar a dudas, tanto Kedourie como Berlin partieron de un concepto nacionalista de nación a la hora de investigar su genealogía; en relación con la segunda interrogante, estimo que estos dos críticos pensaban también que Kant contemplaba todo lo referente a la nación desde una perspectiva nacionalista-cultural. A continuación justificaré por separado cada una de estas respuestas:

Aunque de los dos autores citados constantemente a lo largo de este trabajo tan sólo Berlin puede ser definido en parte como un pensador afín al nacionalismo liberal, lo cierto es que también Kedourie, aun siendo un furibundo detractor del nacionalismo (al margen de la forma que éste adopte), combate dicha doctrina utilizando su propio lenguaje, dando incluso por buenos algunos de sus dogmas más sagrados: 1) que existen naciones y que éstas deben ser consideradas como entidades naturales, básicas y necesarias; 2) que son previas al Estado; y 3) que ontológica y normativamente son independientes de las decisiones autónomas de los individuos que se supone que las conforman. A mi juicio, el principal error de Kedourie consiste en iniciar a partir de estos presupuestos una crítica que ya está viciada *ab origine*, lo cual contribuye a limitar y, hasta cierto punto, lastrar su investigación. No es posible pretender criticar a fondo una ideología como la nacionalista si uno no puede evitar contaminarse (aunque sea inconscientemente) de su misma jerga lingüística. Por otra parte, y en eso incluyo también a Berlin, tampoco podemos soslayar el hecho de que, nos guste o no, el nacionalismo, como doctrina política, encierra un proyecto práctico que articula ideas acerca de cómo deben gobernarse los seres humanos en sus relaciones sociales. Pero ni Kedourie ni Berlin parecen tomarse muy en serio en sus escritos sobre nacionalismo el complejo contenido de este movimiento ⁵⁶. El primero, Kedourie,

⁵⁶ En relación con el carácter poliédrico del concepto «nación», Max Weber ya advirtió en su día que «la *nación* es un concepto que, si se considera como unívoco, no puede nunca ser definido de acuerdo con las cualidades que le son atribuidas», cfr., WEBER, M., *Economía y sociedad (I). Esbozo de sociología comprensiva*, trad. cast., J. Medina, J. Roura, E. Ímaz, E. García Máynez y J. Ferrater Mora, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1979 (2.ª ed.), p. 679.

se conforma tan sólo con intentar poner en evidencia los errores históricos del nacionalismo y, para ello, lleva a cabo un intento (bastante reduccionista, por cierto) de rastrear su génesis ideológica; en tanto que el segundo, Berlin, define el nacionalismo como un simple fenómeno emocional, una mera reacción inconsciente debida a una creencia (o sugestión) socialmente compartida; «el nacionalismo –aseverará el filósofo nacido en Riga– es un estado de inflamación de la conciencia nacional»⁵⁷. Para este autor, todo nacionalismo, independientemente de cuál sea su vestidura, responde a estas cuatro características: 1) creencia en la necesidad de pertenecer ineludiblemente a una determinada nación (este es el enunciado del principio de especificidad, en el que hay un alto índice de determinismo etnocultural); 2) la nación es concebida como una comunidad orgánica; 3) exaltación de lo propio (subjetivismo de grupo); y 4) supremacía de los derechos e intereses de la nación a la que se pertenece⁵⁸. En suma, la axiología nacionalista recusaría de este modo cualquier jerarquía universal de valores y de preferencias, algo de que, dicho sea de paso, Berlin no tuvo en cuenta a la hora de relacionar el pensamiento kantiano con los orígenes del nacionalismo.

En lo que concierne a la segunda respuesta, es decir, que tanto Kedourie como Berlin creen que Kant profesaba inconscientemente un nacionalismo de innegable base etnocultural, mi razonamiento es el siguiente: cuando hacemos alusión al nacionalismo cultural o al político, en realidad estamos utilizando dos categorías popularizadas en su día por Friedrich Meinecke que le sirvieron para diferenciar dos tipos ideales de nacionalismo: el primero, de base etnocultural (de origen germano), defiende que la nación –un grupo étnicamente diferenciado– es algo dado por la naturaleza y anterior a cualquier tipo de organización política; el segundo, de carácter político (surgido a raíz de las experiencias revolucionarias estadounidense y francesa), se apoya en una comunidad de ciudadanos que se

⁵⁷ BERLIN, I., *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*, op. cit., p. 229. David Miller ha criticado recientemente esta visión del nacionalismo, porque, según él, toma la especie por el género, muestra una idea de nacionalismo que «intimida a mucha gente y que hace que busquen otro término para expresar su compromiso con la nacionalidad». La voz «nacionalismo», tal y como Berlin la entiende, «concita la idea de que las naciones son totalidades orgánicas, cuyas partes constituyentes han de subordinar consecuentemente sus fines a los propósitos comunes; concita la idea de que no hay límites éticos a aquello que las naciones puedan hacer en la prosecución de sus fines y que, en particular, están justificadas al recurrir al uso de la fuerza para promocionar los intereses nacionales a costa de otros pueblos. El nacionalismo aparece entonces como una doctrina liberal y beligerante, y las personas de talante liberal y pacífico que a pesar de todo conceden valor a las lealtades nacionales, habrán de buscar otro término para describir aquello en lo que creen»; vide, *Sobre la nacionalidad. Autodeterminación y pluralismo cultural*, trad. cast., A. Rivero, Barcelona, Paidós, 1997, p. 23.

⁵⁸ BERLIN, I., *Contra la corriente. Ensayos sobre historia de las ideas*, trad. cast., H. Rodríguez, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 428. Cfr., TAGUIEFF, P. A., «El nacionalismo de los nacionalistas. Un problema para la historia de las ideas políticas en Francia», en *Teorías del nacionalismo*, comp. G. Delannoi y P. A. Taguieff, trad. cast., A. López, Barcelona, Paidós, 1993, pp. 94-95.

han comprometido voluntariamente a respetar el marco normativo e institucional que legitima el Estado-nación en el que éstos desean vivir en paz y libertad). En contraste con el nacionalismo político, el nacionalismo étnico-cultural tiende a acentuar una serie de rasgos emotivos que guardan relación con su particular percepción de la nación como un objetivo en sí mismo más que como un instrumento al servicio de la vida política (esta visión funcional y pragmática de la nación sería la que, en principio, correspondería al nacionalismo político)⁵⁹. Aunque es innegable que hoy en día existe una intercomunicación entre ambos tipos ideales, y que en cualquier nacionalismo contemporáneo se combinan rasgos propios de las dos modalidades, lo cierto es que, al ser un autor de cultura germana, ni Kedourie ni Berlin han vacilado a la hora de vincular a Kant (aunque como precursor paradójico e involuntario) con el nacionalismo etnocultural, organicista y tribal que, como ya sabemos, fue desarrollado y difundido por los románticos alemanes (Adam Müller, Friedrich Schlegel, etc...), y también por el círculo de escritores románticos reunido en Viena a partir de 1805⁶⁰. Como es sabido, el ideal político de estos románticos consistía en una especie de síntesis entre el individuo y la comunidad, en la que, obviamente, siempre resulta perjudicado el primero, dado que a éste se le niega su existencia fuera de esa *Gemeinschaft* a la que está inevitablemente unido en cuerpo y alma. La nación, como sujeto colectivo, no sólo era un elemento válido para consolidar el proyecto de futuro de cualquier pueblo, sino que también servía para la reconstrucción de su pasado (de ahí el auge que a partir de ese período comenzaría a experimentar la historiografía nacional como ciencia); por eso, en la Alemania del siglo XIX, nos recuerda Hagen Schulze, «ya que el presente de la recién nacida idea nacional no proporcionaba puntos de partida, la nación alemana se fundó sobre la historia en forma de una proyección utópica. Y se encontraron muchas historias a partir de las cuales podía legitimarse el futuro nacional de Alemania». Ni que decir tiene que, en opinión de Kedourie y Berlin (y, para ser sinceros, de todos los que defienden el protonacionalismo kantiano), para la feliz recreación de esa nación única, indivisible e inmutable, realizaron una decisiva contribución «histórica» algunos de los más destacados intelectuales de la *Aufklärung*, entre ellos, como era de suponer, Immanuel Kant⁶¹.

⁵⁹ DE BLAS GUERRERO, A., *Nacionalismo e ideologías políticas contemporáneas*, Madrid, Espasa-Calpe, 1984, pp. 27 y ss; 79 y ss. Del mismo autor, vide, *Enciclopedia del nacionalismo*, op. cit., pp. 342-343; SMITH, A. D., «Tres conceptos de nación», trad. cast., A. Taberna, *Revista de Occidente*, Octubre, 1994, núm. 161, pp. 7 ss.

⁶⁰ SCHULZE, H., *The Course of German Nationalism. From Frederick the Great to Bismarck, 1763-1867*, trad. ingl., S. Hanbury-Tenison, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, pp. 48 y ss; ABELLAN, J., *Nación y nacionalismo en Alemania. La «cuestión alemana» (1815-1990)*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 30 y ss; COLOMER, E., *El pensamiento alemán de Kant a Heidegger (II). El idealismo: Fichte, Schelling y Hegel*, Barcelona, Herder, 1995, p. 28.

⁶¹ SCHULZE, H., *Estado y nación en Europa*, trad. cast., E. Marcos, Barcelona, Grijalbo-Mondadori, 1997, p. 141. En el mismo sentido, vide, GIESEN, B., *Die Intellektuellen und die Nation. Eine deutsche Achsenzeit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993, p. 10.

Una vez que he justificado mi respuesta a las dos preguntas con las que se iniciaba este subepígrafe, queda aún una cuestión pendiente de resolución directamente relacionada con éstas: ¿es cierto que, tal y como manifiestan ambos autores, hay indicios racionales suficientes para poder asegurar que nuestro pensador concebía la idea de nación desde un punto de vista nacionalista-etnocultural? Yo entiendo que no. El individualismo abstracto y el racionalismo kantiano están en las antípodas de cualquier planteamiento nacionalista. Ya hemos dicho que, para Kant, en la medida en que el hombre es un ser autónomo y moralmente libre, no depende del azar ni de ninguna ley heterónoma que le venga impuesta desde el exterior, pues él es quien se convierte en legislador; tampoco se somete a la ley de la naturaleza ni a sus necesidades, sino a la ley de la razón que dimana de su interior (la ley de la moral); y, por último, se autodetermina individualmente, no colectivamente (a través de entidades como la nación). Luego, ¿a qué viene entonces afirmar la presunta afinidad sentida por Kant hacia la idea nacionalista-etnocultural de nación? Si, como nacionalistas etnoculturales, partimos de la presunción de que la nación es una necesidad para los hombres, les estamos negando a éstos la autonomía en la que, precisamente, tantas esperanzas depositó el filósofo de Königsberg. Por otra parte, parafraseando a Karl R. Popper, mientras que la sociedad de la que nos habla Kant tiene, más bien, un carácter «abierto» y pluralista (puesto que los individuos son libres para adoptar y actuar conforme a sus propias decisiones personales), la comunidad nacionalista tendría una estructura orgánica «cerrada», mágica, tribal o colectivista que estaría a años luz del utópico proyecto de República mundial o cosmópolis al que con tanto entusiasmo dedicó nuestro autor sus principales ensayos políticos⁶². Las tesis de estos dos críticos de Kant, aunque muy especialmente la de Berlin, nos retratan a un pensador defensor de los derechos humanos, de las libertades y del Estado de Derecho, partidario de emprender cualquier tipo de reforma política moderada que tendiese a democratizar las obsoletas estructuras de poder del despotismo ilustrado, pero que, curiosamente, tiene su talón de Aquiles: la ética formal, de la que cabría hacer una lectura pronacionalista apta para satisfacer las exigencias del más celoso guardián de la pureza o de la ortodoxia étnica, cultural e histórica de cualquier nación. Como puede observarse, esta última conclusión nada tiene que ver con la semblanza que tradicionalmente se ha hecho de Kant (y con la que tanto Kedourie como Berlin están de acuerdo) como el filósofo prometeico y, por antonomasia, el máximo exponente de la Ilustración.

⁶² POPPER, K. R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. cast., E. Loedel, Barcelona, Paidós, 1982, p. 171. Al equiparar «sociedad abierta» y pluralismo, he seguido conscientemente el razonamiento que GIOVANNI SARTORI expone en su último libro *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, trad. cast., M. A. Ruiz de Azúa, Madrid, Taurus, 2001, p. 57.

Aunque es verdad que Kant emplea a veces el vocablo «nación», no puede soslayarse que lo hace exclusivamente en un sentido cultural y descriptivo, o sea, entendiéndolo siempre como lugar de origen, no desde un punto de vista normativo o prescriptivo, esto es, sin pretender extraer de dicho concepto una serie de consecuencias políticas a favor de un pueblo específico, tal y como pretendería cualquier nacionalista. En sus respectivas lecturas protonacionalistas de Kant, Kedourie y Berlin se lamentan del rumbo que a veces toman las ideas una vez que su autor las divulga y éstas empiezan a circular por el mundo. El ejemplo de la tergiversación sufrida por Kant a manos de sus discípulos les ofreció a ambos críticos una estupenda ocasión para reivindicar la modernidad del liberalismo kantiano y el valor que tienen hoy sus enseñanzas éticas, jurídicas y políticas como claves decisivas para poder escrutar con seguridad los entresijos de las sociedades democráticas contemporáneas. Sin embargo, a juzgar por la grave confusión del humanismo cosmopolita kantiano con el nacionalismo etnocultural en la que incurren Kedourie, Berlin y muchos de los que posteriormente han seguido sus tesis, creo que esa oportunidad ha sido claramente desaprovechada.

Kant y T. Hobbes: pacto social y posibilidad de resistencia al poder político

Por JOSÉ LUIS MIRETE NAVARRO
Universidad de Murcia

Es difícil en unas pocas páginas desarrollar un tema tan arduo como el que pretendo; sin embargo, es importante resaltar que a pesar de puntos de partida tan distintos como son los de Kant y T. Hobbes, por lo que respecta a la concepción del Derecho y del Estado, existe un paralelismo en sus resultados, con algunas diferencias, en lo que hace referencia a los límites posibles frente al Estado. Este punto es el que deseamos resaltar por su especial significación en ambos autores.

Kant distingue la Moral del Derecho, fundamentándose en la dualidad de «acciones internas» y «acciones externas» entre los motivos de la acción y la exteriorización de las mismas, motivos que se impone el sujeto a sí mismo libremente: El Derecho, para Kant, no es el producto de un interés empírico, sino que responde a una profunda exigencia de la razón práctica. En esta idea no hay ningún momento material que permita ver las diferencias por su contenido entre las distintas voluntades libres, sino sólo la referencia del obrar a una ley objetiva que radica en la conciencia individual. Kant define el principio universal del Derecho como: «es justa toda acción que por sí, o por sus máximas, no es un obstáculo a la conformidad de la libertad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno según leyes universales»¹.

¹ KANT, E., *Principios Metafísicos de la doctrina del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Méjico, 1978, p. 32.

Por consiguiente, la ley universal del Derecho la definiría Kant como: «obra exteriormente, de modo que el libre uso de tu arbitrio, pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal»².

Esta noción del Derecho supone la reducción del mismo a categorías abstractas y racionales que caracteriza la especulación del pensamiento ilustrado iusnaturalista. Sin embargo, como nos dice Felipe González Vicén: «no es, como ha venido objetándosele desde Fichte y Hegel, una noción vacía que puede rellenarse con los contenidos más diversos»³. El contenido del derecho consiste en la libertad, la libertad para Kant, es incluso el único derecho innato como algo específico de la humanidad. Kant ha tomado de Rousseau tal elevado sentido de la libertad, como él mismo afirma en su doctrina del Derecho⁴.

Kant desarrolla su teoría del Estado a partir de su concepto del Derecho, afirmando que: «Una ciudad es la reunión de un número mayor o menor de hombres bajo leyes de derecho. En cuanto estas leyes, como leyes a priori, son necesarias, es decir, derivan espontáneamente en general de la noción del derecho exterior...»⁵. Si previamente hemos reconocido que el contenido del Derecho consiste en la libertad, el Estado consistirá en la reunión de libertades externas. En este sentido, el profesor González Vicén nos dice que Kant concibe al Estado como: «aquella condición formal por la que el orden jurídico se hace posible como orden objetivo de la convivencia»⁶.

Para la configuración del Estado, acude Kant a la tensión Estado natural-Estado civil, propia del iusnaturalismo racionalista. La noción kantiana del Estado de naturaleza no se refiere al origen histórico de los Estados, no es un hecho sino un proceso abstracto, ideado para demostrar cómo en esta situación el hombre, por muy pacífico que fuere, vivía en constante inseguridad.

Es un postulado de la razón, el que nos muestra, como antes de la celebración del contrato civil los hombres vivían en un estado de total inseguridad.

El tránsito de un estado de naturaleza al estado civil, concebido de igual modo, como un proceso abstracto, se manifiesta por medio del pacto o contrato: «El acto por el cual el pueblo se constituye en una ciudad, y propiamente la simple idea de este acto, según la cual únicamente se puede concebir la legitimidad del acto mismo, es el «contrato primitivo», según el cual todos se desprenden de su libertad exterior ante el pueblo, para volverla a recobrar al instante de nuevo como miembros de una república... Y no puede decirse que la ciudad, que el hombre es sociedad haya sacrificado a un fin una parte de su libertad

² KANT, E., *op. cit.*, p. 33.

³ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, «De Kant a Marx», *Colección, El Derecho y el Estado*, Ed. Fernando Torres, Valencia, 1984, p. 50.

⁴ BATTAGLIA, Felipe, *Curso de Filosofía del Derecho*, vol. I, Ed. Reus, Madrid, 1951, p. 290.

⁵ KANT, E., *op. cit.*, p. 142.

⁶ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, *op. cit.*, p. 61.

exterior natural; sino que ha dejado definitivamente su libertad salvaje y sin freno, para encontrar toda su libertad en la dependencia legal, es decir, en el estado jurídico; porque esta dependencia es el hecho de su voluntad legislativa propia»⁷.

Como podemos apreciar, Kant sustenta una concepción acerca del contrato, propia de su pensamiento idealista, llegando a ser concebido como un mero principio racional que pone de manifiesto el fundamento jurídico del Estado.

El contrato se reduce a un postulado de la razón práctica, que regula las condiciones bajo las que debe fundarse el Estado ideal; ñ por consiguiente, como nos dice J. Llinares: «no hay aquí ninguna enajenación real de derechos sino sólo un acto simbólico que significa la constitución de la comunidad política mediante el libre consentimiento de los conciudadanos. Su resultado es la soberanía de la ley, expresión de la voluntad general de los hombres-noumenos, es decir, de los hombres considerados no empíricamente, sino en su pura naturaleza racional»⁸. Según lo expuesto, Kant debe en gran parte a Rousseau su idea acerca del contrato social, depurándolo de cualquier tipo de elementos para reducirlo a su expresión puramente racional.

El resultado de ello consiste en que la soberanía fundamentada es la razón legisladora «a priori», no es más que una simple idea. Del concepto de sociedad civil se deduce la existencia de los poderes, que provienen de las relaciones de la voluntad unida del pueblo, desarrollada a partir de la razón «a priori».

La división de poderes, para Kant, se nos aparece como un silogismo de la razón práctica, el mayor, que es la ley, el menor, que consiste en comportarse según la ley; la conclusión que se juzga lo que está conforme con la ley⁹.

Kant con su doctrina de la separación de poderes justifica y fundamenta la ideología liberal en el continente europeo, del mismo modo que Locke lo hace en Inglaterra con un carácter esencialmente empírico. Ambos, con la idea de igualdad para todos bajo el imperio de la ley, están poniendo las bases del Estado liberal de Derecho.

Siguiendo con el razonamiento anterior el Estado consiste en una multitud de hombres que viven según la ley del Derecho. La voluntad del pueblo, que en sí misma no comporta ni unidad, ni ley, está sometida de manera incondicional a una voluntad soberana, la que unió a todos los miembros de la comunidad por una ley única. Su fin es la

⁷ KANT, I., *op. cit.*, p. 145.

⁸ LLINARES, José A., «Pacto y Estado». Publicaciones de la Institución Aguirre, Madrid, 1963, pp. 210 y 211.

⁹ El tratadista francés R. POLNI, nos dirá al respecto: «Objectivement, la volonté générale unie se manifeste en trois personnes morales, le pouvoir souverain, qui légifère, le pouvoir qui exécute et gouverne conformément á la loi, le pouvoir qui juge et attribue á chacun le sien suivant le loi», en *La Philosophie Politique de Kant*, Presse Universitaires de France, París, 1962, p. 170.

tutela del Derecho, es decir asegurar la coexistencia de las libertades de todos ¹⁰.

Es suficiente con la existencia de un poder supremo que gobierne para mantener la libertad de los ciudadanos del Estado. Según el profesor González Vicén: «En el fondo de esta concepción del Estado se halla una idea del hombre, con la cual Kant se opone radicalmente a los supuestos mismos del absolutismo ilustrado. Con la afirmación de que el fin esencial del Estado es la consecución de la paz y del Derecho, Kant... da expresión a una de las convicciones más sustanciales sobre las que descansa todo su pensamiento: la idea de un orden inmanente en el ser del hombre ¹¹.

Sin embargo, a pesar de esta afirmación del profesor de La Laguna, esta noción del Derecho y del Estado desemboca en los dos puntos más conflictivos de la filosofía política de Kant: la negación del derecho de resistencia, y, sin embargo, el reconocimiento de los Estados que surgen del hecho revolucionario. Ambos problemas hacen pensar, de igual modo, en la aceptación de tesis similares mantenidas por T. Hobbes en su obra: *El Leviatán*.

Con respecto al primer punto: el derecho de resistencia, en la doctrina de Kant, no tiene la más mínima posibilidad de ser aceptado, a pesar de sus simpatías, expresadas con frecuencia por las revoluciones americana y francesa, lo que a simple vista puede ser una contradicción.

Al igual que T. Hobbes, Kant afirma que el poder soberano para poder cumplir con la tarea para la cual ha sido creado y para asegurar la salvaguardia del Estado, debe ser un poder sin condiciones, un poder absoluto. Ningún Estado basado en «las leyes» puede subsistir sin un poder similar. Kant se expresa del siguiente modo:

«No puede haber ningún artículo en la constitución que conceda a un poder en el Estado el derecho de oponerse al soberano en caso de que éste violase la constitución, por consiguiente, el derecho de reprimir. En efecto, aquel que debe reprimir debe tener más o por lo menos tanto poder como aquel que es reprimido» ¹².

Siguiendo con el razonamiento el paso siguiente será la negación, de modo radical, de cualquier tipo de resistencia frente al soberano, toda rebelión se considera como el crimen más grande que se pueda cometer en una comunidad porque destruye sus fundamentos: «No hay, pues, contra el poder legislativo, soberano de la ciudad, ninguna

¹⁰ Kant nos dice al respecto: «el origen del poder supremo es inescrutable, bajo el punto de vista práctico, para el pueblo que está sometido a él; es decir que el súbdito no debe razonar prácticamente sobre este origen, como un derecho controvertido con respecto a la obediencia que le debe. Porque, puesto que el pueblo para juzgar valederamente del poder soberano de un Estado, debe ya ser considerado como reunido bajo una voluntad legislativa universal, no puede, ni debe juzgar de otra manera, más que como agrada al poder soberano existente». *op. cit.*, p. 149.

¹¹ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, *op. cit.*, pp. 90 y 91.

¹² KANT, I., *op. cit.*, p. 150

resistencia legítima de parte del pueblo, porque un estado jurídico no es posible más que por sumisión a la voluntad universal legislativa; ningún derecho de sedición, menos todavía de rebelión, pertenece a todos contra él como persona singular e individual bajo pretexto de que abusa de un poder. La violencia ejercida en su persona, por consiguiente, el atentado a la vida del príncipe no es permitido»¹³. La base de la filosofía jurídica kantiana consiste en fundamentar un orden jurídico firme y que proporcione seguridad, garantizado por el poder supremo. Solamente el Derecho positivo puede proporcionar el sentido de la seguridad y la justicia, y, como las leyes son el presupuesto del postulado de la razón práctica, como nos dice el profesor González Vicén: «Sería ridículo querer sustraerse a la obediencia de una voluntad externa y suprema por el hecho de suponer que ésta no coincide con la razón»¹⁴.

Esta coincidencia con T. Hobbes ha sido una de las causas por las que se ha criticado la filosofía política de Kant, cuando estas premisas, me refiero al Derecho de resistencia, estaban en la conciencia política de la época, incluso incorporadas a la Declaración francesa¹⁵.

Como hemos expuesto al comienzo del artículo, T. Hobbes, a pesar de partir de una concepción mecanicista y empírica, opuestas a las premisas gnoseológicas kantianas, sin embargo llega a una concepción similar acerca del poder que debe poseer el Estado: Y «aunque en tal poder ilimitado los hombres puedan representarse muchas malas consecuencias, las consecuencias de su falta —que son una guerra perspectiva de cada hombre contra su vecino— son muchas peores... Y quien pensando demasiado grande el poder soberano pretendiera disminuirlo habrá de someterse él mismo al poder que puede limitarlo, es decir, a uno más grande»¹⁶.

Los planteamientos de T. Hobbes son, en gran medida, producto de un hedonismo de tipo materialista. El Estado se constituye con una clara intencionalidad práctica: lograr la seguridad y conservación de los ciudadanos, junto al logro de una vida más armónica y feliz. A partir de este instante, los actos del soberano serán, en virtud del pacto, los propios actos de los súbditos. Como nos dice G. Garmendia: «en acto se basan los argumentos para deducir los derechos ilimi-

¹³ Ibid. supr. pp. 151 y 152.

¹⁴ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, *op. cit.*, p. 95.

¹⁵ LAMANNA, Paolo, *Studi sul pensiero morale e politico di Kant*, Ed. Felice le Mounier, Firenze, 1968. El citado autor nos dice:

«Ma la limitazione piú grave e profonda posta da Kant al principio della sovranità popolare, quella per cui egli nettamente si contrappone a tutti i piú cospicui rappresentanti della dottrina e dell'azione democratica e liberale fondata su quel principio —dai monarcomachi e da Locke al Rousseau e alla Rivoluzione francese—, e si connette alla corrente avversa dell'assolutismo hobbesiano e dello Stato patrimoniale, é, come abbiamo detto, la negazione del diritto del popolo alla rebellione a un governo ingiusto». p. 293.

¹⁶ HOBBS, T., *El Leviatán*, Editora Nacional, Madrid, 1983, p. 298.

tados de la soberanía y para condenar como absurda toda rebelión contra las leyes del Estado»¹⁷.

El único límite posible que puede oponérsele al soberano es el fin de la institución misma del Estado: la seguridad del pueblo, cuya realización se cumple, asegurando mediante el Derecho la vida y el bienestar de cada uno de los ciudadanos. Surge una posibilidad de romper el pacto establecido entre los súbditos y el soberano, posibilidad remota, pero que abre un resquicio para la aceptación del Derecho de resistencia, imposible, como hemos podido comprobar, en la doctrina kantiana. T. Hobbes nos dice: «La obligación de los súbditos para con el soberano se sobreentiende que dura tanto como el poder mediante el cual éste es capaz de protegerlos. Pues los hombres no pueden enajenar el derecho que tienen por naturaleza a protegerse cuando ningún otro puede hacerlo»¹⁸.

Por consiguiente, a pesar de los distintos puntos de partida gnoseológicos y éticos, tanto Kant como T. Hobbes coinciden en que un poder soberano, para poder cumplir con la tarea para la cual ha sido creado, debe ser un poder sin condiciones, absoluto e irrevocable para poder desarrollar sus fines. Ningún Estado fundamentado en las leyes puede subsistir sin un poder político semejante, necesario tanto para su funcionamiento como para su conservación.

De este modo, y desde dos posiciones diferentes, se fundamenta el carácter absoluto del poder del Estado y la impunidad para las acciones del monarca o de la asamblea. Sólo la libertad del poder soberano puede hacer que los pactos establecidos sean obligatorios¹⁹.

Con respecto al segundo de los problemas anteriormente apuntados, la aceptación de los Estados que surgen de un proceso revolucionario, a simple vista podría parecer una contradicción con respecto de su doctrina de no aceptación del Derecho de resistencia. Veamos qué nos dice Kant: «Por lo demás, si sucede una revolución y se establece una constitución nueva, la injusticia de este principio y fin de esta constitución no puede dispensar a nadie de la obligación de someterse al nuevo orden de cosas como buenos ciudadanos, y no pueden dejar de obedecer a la autoridad soberana que está entonces en el poder»²⁰.

Con ello nos quiere decir Kant, y es totalmente coherente con lo anteriormente expuesto, que la ocupación es casi siempre, sino el fundamento, al menos condición esencial del Derecho. Toda especulación acerca del origen del poder, por parte del pueblo, es algo vano, no tiene sentido. Se debe obedecer a las leyes, que en todo momento

¹⁷ GARMENDIA, G., *T. Hobbes y los orígenes del Estado burgués*, Ed. Siglo XXI. Buenos Aires, 1973, p. 167.

¹⁸ HOBBS, T., *op. cit.*, p. 309.

¹⁹ GARMENDIA, G., «antes de su instauración (se refiere a los pactos) la obligatoriedad es optativa y también lo sería la de un pacto que condicionara la voluntad estatal». *op. cit.*, p. 168.

²⁰ KANT, I., *op. cit.*, p. 155.

constituyan el ordenamiento jurídico del Estado. La legalidad o ilegalidad de su establecimiento no compete juzgarla al pueblo y, por consiguiente, no se le puede dispensar de su acatamiento.

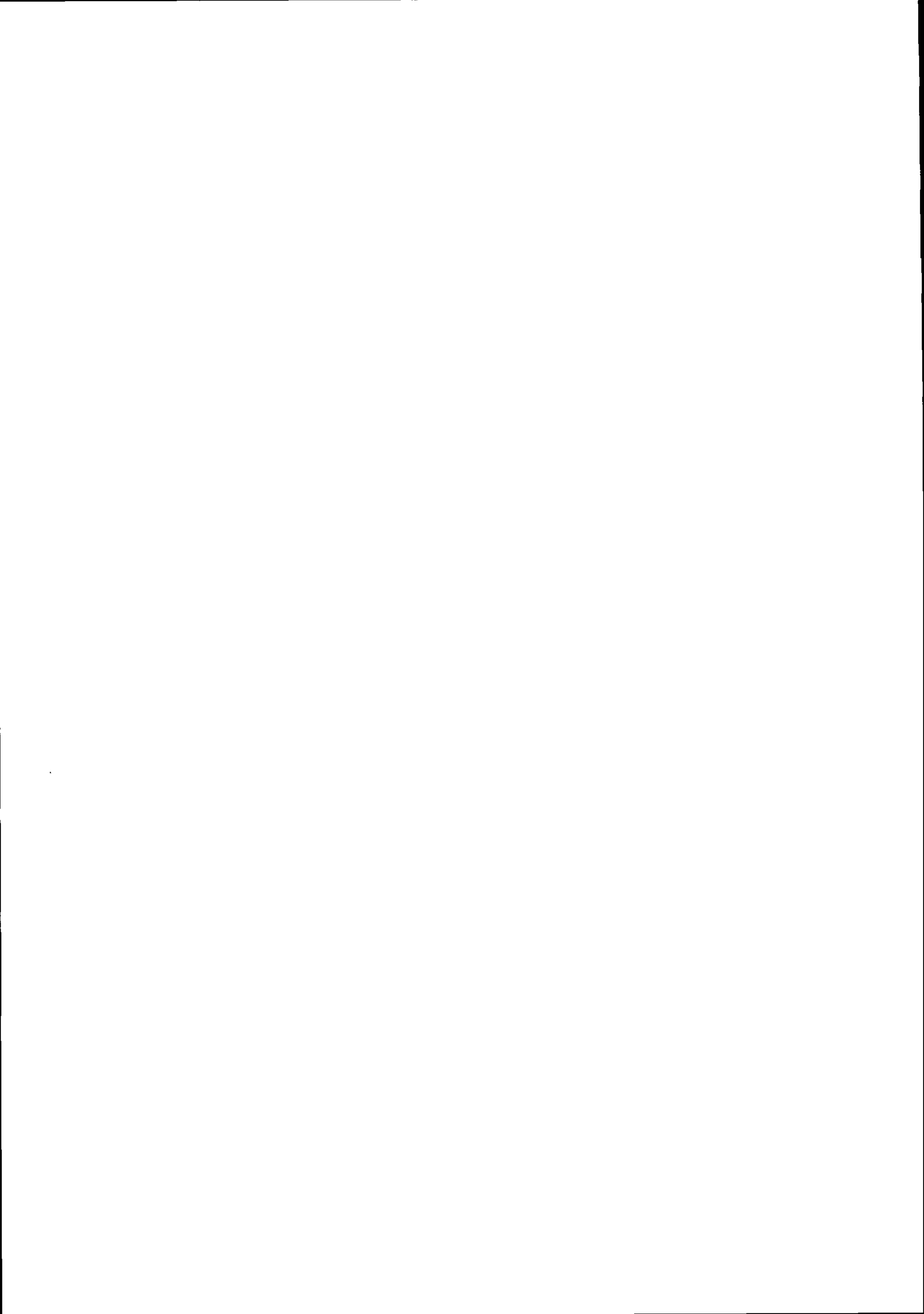
Con su posición, Kant, pone de relieve el cambio sustancial que en sus teorías, experimentan los conceptos jurídicos como nos dice el profesor González Vicén:

«Mientras que para la ciencia jurídica del iusnaturalismo lo esencial es el contenido de la ordenación que rige la convivencia, para el nuevo sentimiento vital que alcanza vigencia histórica con el triunfo de la burguesía, el carácter de justo o injusto del orden de la vida en común retrocede ante un carácter de certeza e inviolabilidad, es decir, ante aquel carácter que, independientemente de su materia, hace del Derecho el marco formal permanente de la actividad individual, y, en general, del libre juego de las fuerzas sociales»²¹.

La concepción del hombre como súbdito y autor de sus leyes encuentra sus bases en una gran parte del pensamiento político occidental. En particular, todas las llamadas teorías del vivir bajo leyes autoimpuestas. Sin embargo, como nos dice S. Körner: «Casi todas las teorías muestran un débil conocimiento de la concepción kantiana de que la voluntad racional está sometida a su propia legislación»²². La mayor parte de las interpretaciones que se han hecho sobre Kant, a menudo, se han oscurecido con ambigüedades, unidas a intereses puramente políticos, con exclusión de problemas filosóficos más amplios, como son las que plantea el propio Kant.

²¹ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, *op. cit.*, pp. 96 y 97.

²² KÖRNER, S., *Kant*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1983, p. 136.



II

ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO



La soberanía en «El Gobernador Cristiano» (1612), de Juan Márquez

Por LUIS CARLOS AMEZÚA AMEZÚA
Universidad de Valladolid

SUMARIO: En 1612 publicó el agustino Juan Márquez *El Gobernador Cristiano*, una de las obras más difundidas en materia política en la que dialoga críticamente con Bodino. En ella representa al soberano sometido a la fuerza directiva de las leyes positivas, como era tradición en la escolástica. Es particularmente brillante cuando reafirma la potestad exclusiva del gobernante en materia tributaria, también para fijar el valor de la moneda y declarar la guerra. Sólo el 4 por 100 de los cargos públicos pueden atribuirse a incompetentes. En esta concepción ontológica del poder son eficaces los controles morales y las restricciones procedentes de la potestad indirecta de la Iglesia y del derecho natural y de gentes. El tiranicidio es un recurso extrajurídico. Aún se encuentra con dificultades para concebir en abstracto el poder, con independencia del titular singular. La imagen de la soberanía está encarnada en el monarca carismático que tiene potestades absolutas pero las ejerce sin arbitrariedad.

Juan Márquez (1565-1621) fue un fraile agustino, catedrático de teología en Salamanca y afamado predicador de Felipe III. Han permanecido inéditas sus lecciones universitarias sobre materias estrictamente teológicas ¹, pero también escribió obras de carácter hagiográ-

¹ *Tractatus de gratia in lucem* (Manuscrito, 1615); *Materia de justificatione* (Manuscrito, fechado en 1616); *De libero et libertate actus humani* (Manuscrito, fechado en 1619); *Tractatus de Mystero Sanctissimae Trinitatis* (Manuscrito, sin fecha); *De Visione Dei* (sin fecha).

fico y religioso ². Sin embargo, su obra más reputada es de materia política y fue motivada por el requerimiento del Duque de Feria, embajador en Francia cuando España financiaba a los liguistas, para ayudar a los hombres de acción a conciliar lo útil con lo honesto y aquietar sus problemas de conciencia. Márquez cumplió el encargo con *El gobernador Cristiano*, que vio la luz en 1612 y tuvo notable repercusión entre las élites políticas e intelectuales, si nos guiamos por sus numerosas reimpresiones ³, su traducción al francés y al ita-

² *Origen de los frailes ermitaños de la Orden de San Agustín, y su verdadera institución antes del Gran Concilio Lateranense*, Salamanca, Imprenta de Antonia Ramírez, Viuda, 1618. Hay traducción italiana (*Origine delli fratri eremitani dell'ordine di S. Agostino e la sua vera institutione avanti al gran Concilio Lateranense*, tradotta dalla lingua spagnuola nella nostra italiana dal R. P. [agustino] Fra Innocentio Rampini da Tortona, Tortona, apresso Nicolò Viola, 1620). Su obra estilísticamente más acabada y plena de misticismo es *Los Dos Estados de la Espiritual Hierusalén: sobre los Psalmos CXXV y CXXXVI*, Medina del Campo, Pedro y Thomas Lasso, 1603 (otra en Valladolid, 1603, según PALAU, núm. 152679; Lisboa, Jorge Rodríguez, 1609, según PALAU, núm. 152680; Barcelona, Iayme Cendrat, 1603; Salamanca, Antonia Ramírez, 1610; Salamanca, Antonia Ramírez, 1630). De ella hay traducción francesa: *Les Deux estats de la spirituelle Hierusalem militante et triumpante, sur les psalmes «Super flumina Babilonis», etc., et «In convertendo Dominus», etc*, traduits en françois par R. P. F. Étienne Materre, OSF. París, N. Du Fossé, 1608. Escribió, también, en torno a 1620 una *Vida del Venerable P. Fr. Alonso de Orozco, religioso de la Orden de N. P. S. Agustín*, Madrid, Iuan Sánchez, 1648. De ella hay traducción italiana: *Vita del venerabil servo di Dio F. Alfonso d'Orosco, ... data in luce dal R. P. M. F. Tomaso d'Errera [Tomás de Herrera],... tradotta... dal R. P. M. F. Luigi Torelli, Bologna, per G. Monti, 1657. Existe una edición moderna: *Vida de San Alonso de Orozco. Agustino*, edición por Modesto González Velasco, Madrid, Fundación Universitaria Española/Univ. Pont. Salamanca, 2002. También escribió la *Relación de las fiestas que la Universidad de Salamanca celebró desde el 27 hasta el 31 de octubre del año 1618 al juramento del nuevo estatuto* (Salamanca, Antonia Ramírez, 1618) y *Tratado del juramento acerca de defender la pureza de la Concepción de Nuestra Señora* (manuscrito, fechado en 1619). Nicolás Antonio le atribuye una comedia, para recitar como ejercicio en las aulas salmantenses: *Comediae sacrae de Immaculatae Conceptionis Deiparae Virginis mysterio, sub schemate historiae Reginae Esther* (cfr.: ANTONIO, N., *Bibliotheca Hispana Nova*, Tomo I, Madrid, Joaquín de Ibarra, 1788, p. 734). Para otras referencias, véanse: PALAU Y DULCET, A., *Manual del Librero Hispanoamericano*, Tomo VIII, 2.ª edic., Barcelona, Librería Palau, 1954-1955, s. v. «Márquez (Juan)», núms. 152677-172703; LÓPEZ DE GOICOECHEA ZABALA, F. J., *Juan Márquez: un intelectual de su tiempo*, Madrid, Editorial Revista Agustiniana, 1996, pp. 63-73, con datos más actualizados y fiables.*

³ Salamanca, Francisco de Cea Tesa, 1612. Lisboa, Pedro Crasbeeck, 1614. Pamplona, Carlos de Labáyen, 1615. Salamanca, Francisco de Cea Tesa, 1619. Barcelona, Esteuan Liberós, 1619. Lisboa, 1624. Madrid, Teresa Iunti, 1625 (2.ª impresión). Alcalá, Antonio Vázquez, 1634 (3.ª impresión). Madrid, Imprenta del Reyno, 1640 (4.ª impresión). Madrid, Gregorio Rodríguez, 1652 (5.ª impresión). Amberes, Jacobo Meursio, 1664. Bruselas, Francisco Foppens, 1664. Madrid, Imprenta Real, 1664. Madrid, Manuel Martín, 1773 (6.ª impresión). Con posterioridad se han hecho un par de antologías, una debida a Manuel Cardenal de Iracheta (Madrid, Editora Nacional, 1949) y otra selección de textos por F. J. López de Goicoechea (*El gobernador cristiano. Respuesta a la consulta del Consejo de Castilla sobre la licitud y justicia de la aprobación de nuevos tributos*, San Lorenzo de El Escorial: Real Colegio Universitario «Escorial-María Cristina»-Ediciones Escorialenses, 1998; el «Estudio preliminar», con generalidades sobre la época, en pp. 11-113, y la selección de capí-

liano⁴ y las referencias posteriores a esta obra, también utilizada como hontanar de argumentos o para saquear los abundantes textos de Bodino que contiene, tal como hace claramente Solórzano Pereira⁵.

Mantiene en ella un eticismo novedoso por cuanto dialoga críticamente con Bodino y entre los autores modernos prefiere los jesuitas, particularmente Gabriel Vázquez. Sin embargo no es sistemático en el tratamiento de los problemas, excesivamente enconsertado por la estructura interna de la obra en torno a las vidas de Moisés (libro I) y Josué (libro II), lo cual le fuerza a utilizar argumentos exegéticos al mismo nivel que los argumentos de razón. Se nutre de más de cuatro mil citas de trescientos autores antiguos y modernos, paganos y cristianos, que en muchas ocasiones sólo están para lucir su estilo, parecen de aluvión, sin beneficiar la sustancia de lo tratado. La finalidad es persuasiva y propedéutica, sin la aridez lógica-demostrativa de los escolásticos. El recurso constante a la amplificación retórica, el centón de autoridades, dificultan el acceso al contenido sustantivo de una obra, a nuestro juicio, meritoria. Nos ilustra sobre las preocupaciones de las élites modernas, compendia las opiniones dispares sobre guerra, mentira y disimulación, promesas, censura, tiranicidio o la sucesión de las mujeres, proporcionando al lector actual un firme apoyo para imbuirse del aroma de época y conocer las representaciones ideológicas que soportaban la vida cotidiana de los servidores públicos.

Aquí nos limitamos a exponer su doctrina sobre la soberanía, utilizando con propiedad esta palabra, como hace pertinentemente el autor, aunque prefiera normalmente hablar de potestad suprema. Habrá que precisar en qué consiste la sujeción del príncipe a la ley e indagar hasta qué punto las tradicionales regalías pueden ser ejercidas con exclusividad sin ataduras⁶.

tulos completos sobre moral económica, sin las notas ni aparato crítico, en pp. 117-241, más un dictamen de 5 de febrero de 1619 que emitió Márquez sobre la potestad tributaria, en pp. 245-258). Existe la edición completa en microfichas: Valencia, Universidad de Valencia, 1999.

⁴ *L'Homme d'Etat chrestien, tiré des vies de Moyse et Josué*, traduit d'espagnol en français, par... Didier Virion (Sr de They), Nancy, Jacob Garnich, 1621. *Il Governator Christiano: Ritratto dalle vite di Mosé, e Giosué prencipi del popolo di dio*, tradotto dalla Lingua Spagnola nella Toscana dal M. R. P. [cisterciense] Don Martino di San Bernardo, Napoli, Francesco di Tomasi, 1646.

⁵ LÓPEZ DE GOICOECHEA ZABALA, F. J., «Juan Márquez (1565-1621): influjo y proyección historiográfica de «El Gobernador Cristiano»», en *Revista Agustiniiana*, vol. 37, núm. 112 (enero-abril 1996), pp. 93-132; íd., «Juan Márquez (1565-1621) y la recepción de Jean Bodin en España», en *Filosofía Hispánica y diálogo intercultural. X Seminario de Historia de la Filosofía española e iberoamericana*, Universidad de Salamanca, Fundación Gustavo Bueno, 2000, pp. 251-270. Resumen biográfico y literario en BELDA PLANS, J., *La Escuela de Salamanca y la renovación de la teología en el siglo XVI*, Madrid, BAC, 2000, pp. 818-822.

⁶ Utilizo esta edición: *El Governador Christiano deducido de las vidas de Moysen, y Iosue, príncipes del pueblo de Dios*, 5.ª impresión aumentada, Madrid, Gregorio Rodríguez, 1652. Citaré abreviadamente como GC, seguido del libro, capítulo, parágrafo y después del colon las páginas de esta edición.

1. VINCULACIÓN DEL SOBERANO A LA LEY

Para Márquez, el derecho humano son las leyes de los reinos más el título de adquisición del poder. Solamente el soberano legisla, pero encarece que sean leyes escritas, pocas y claras (GC I, 17, 2: 91-92), repitiendo un tópico extendido⁷; aún así prefiere la costumbre por su arraigo en la conciencia popular y presentarse con apariencia menos coactiva, lo cual es también un eco del lamento por la perdida edad de inocencia. Lo ideal sería carecer de leyes, pero la naturaleza humana hace inevitable la coerción. Este discurso insinúa, por un lado, la función de prevención general pues las sanciones atemorizan a los malos y así reprimen su deseos de pecar o delinquir; por otro lado, tiene un profundo alcance político, pues pretende unificar en el vértice que ocupa el soberano la dispersión y multiplicidad de jurisdicciones que actúan con extraordinaria autonomía. No sólo es que cuestione el albedrío judicial o que defienda que los rescriptos del príncipe puedan tener alcance general y validez de ley, imponiéndose a los jueces (GC, I, 31, 1), sino que afirma –en contra de Bodino (*République* IV 6)– que la función primordial del soberano es dar justicia (GC I, 19, 2: 100-106).

Concibe la interpretación como desvelación de la intención del legislador y desconfía del criterio de los jueces y oficiales⁸. Presumiendo que el autor de la ley descubrirá su razón auténtica mejor que cualquier otro y que los inferiores tendrán en ocasiones que requerir del soberano aclaraciones del sentido de la ley, que a ellos se les escapa. Es más, añade que al juzgar el Príncipe habrá una buena y rápida justicia, fijando la mirada en la verdad de las cosas y no en las formas o solemnidades del proceder. En cualquier caso, la verdad que pretende Márquez transparenta la realización de la equidad y podría a veces confundirse con una especie de justicia del cadí, sin reglas y arbitraria. Quizás sea en Márquez una loa política o instrumento retórico para ensalzar al monarca, sin tener que reconocer la imposibilidad fáctica de tal intervención directa del legislador porque la monarquía es amplísima y los pleitos abundantes, pero apelando a un complejo de representaciones compartidas que no necesitaba explicitar, enraizando con el mito áureo:

⁷ Los argumentos tradicionales vienen de ARISTÓTELES, *Retórica* I 1, 1354a-30-b15, y SANTO TOMÁS, *Suma Teológica*, 1-2, q. 95, a. 1 ad 2. En la época moderna es un lugar común: RIBADENEYRA, P., *Príncipe cristiano* (1595), II 32; MARIANA, J., *De rege et regis institutione* (1599), III 11; I 2; CERDÁN DE TALLADA, T., *Veriloquium en reglas de Estado* (1604), cap. 13, 14 y 16; FERNÁNDEZ NAVARRETE, P., *Conservación de Monarquías* (1626), discurso 40; SAAVEDRA, D., *Empresas políticas* (1640), empr. 21; MENDO, A., *Príncipe perfecto y ministros ajustados* (1657), documento 56.

⁸ GC I, 19, 2 (p. 104): «los oficiales muchas veces juzgan mal, por atenerse a las sílabas de la Ley, como inferiores a ella, y si forman conciencia de juzgar conforme a la Ley, han de enviar sus votos a los Príncipes, esperar sus respuestas y declaraciones: de que se sigue que algunos pleitos vivan más que las partes, y otros queden para siempre colgados de un clavo». Cfr.: MACLEAN, I., *Interpretation and meaning in the Renaissance. The case of Law*, Cambridge, Cambridge U. P., 1992, pp. 87 ss.

ojalá viviésemos en la edad dorada, sin leyes ni jueces, donde reina la paz y el amor entre los seres creados, cuya guía de rectitud es la ley natural anidada en sus corazones; pero ahora habría un sucedáneo porque la justicia la dice Dios o su vicario, el sabio rey que todos reconocen. Así pues, este argumento vincula explícitamente la justicia al rey, que es la «viva ley» y «sobre todas las leyes civiles», haciendo una conciliación de esta afirmación simbólica de la racionalidad del poder con otros requerimientos técnicos procesales, la inmediatez y celeridad de la decisión, paradójicamente obtenibles prescindiendo del mismo proceso (sin procedimientos, formas ni solemnidades) ⁹.

Francamente, la función justiciera del monarca proyecta la imagen del gobernante divinizado en el ejercicio del castigo y la misericordia, permite presentar al rey como juez y legislador, representando su supremacía simbólica como vicario de Dios y ley animada, titular del supremo poder de castigar y, correlativamente, del poder de agraciar ¹⁰.

Hay paz en la república cuando el rey es obediente a la ley de Dios, los magistrados a su rey, los particulares a entrambos, los hijos a los padres, los esclavos a los señores (GC II, 31, 1: 329). Así resume el libro I de la *Utopía* de Moro, sin compartir, en cambio, su antimilitarismo, pues Márquez reconoce la necesidad y utilidades de las guerras. Con todo, bien podemos decir que el orden político es reflejo del orden universal y del respeto de las jerarquías.

Toda la argumentación sobre la vinculación del soberano a las leyes positivas estriba en la conexión entre éstas y la ley divina. El postulado básico es que los reyes están sujetos a la ley divina. Precisamente para manifestar claramente esta obligación promulgó Dios las Tablas con publicidad bastante y escribió la ley moral del decálogo, más los preceptos ceremoniales y judiciales del Levítico (GC I, 17, 2: 91).

En aparente contradicción con lo antes afirmado, también nos dice que están sujetos a las leyes civiles, pero entendamos bien qué significa. Las leyes que promulgan los reyes son copia de la ley divina y en ello radica el fundamento de la obligación del soberano de someterse a sus propias leyes. Rotundamente excluye que el contrato entre rey y pueblo, celebrado el día de su elección o designación, genere una obligación que limite al soberano (GC II, 2, 1: 209-210). Su fuente primordial es Gabriel Vázquez, quien sí se extiende en descalificar el fundamento de la obligación *ex conventione antiqua principum facta cum regno*, sin mentar sus partidarios ¹¹. Márquez es menos sutil,

⁹ GC I, 19, 2 (p. 104): «mas si el Príncipe juzgase que es la viva Ley, y sobre todas las Leyes Civiles, habría buena y breve justicia, fijando la mira en la verdad de las cosas y no en las formas o solemnidades del proceder».

¹⁰ NIETO SORIA, J. M., *Fundamentos ideológicos del poder real en Castilla (Siglos XIII-XVI)*, Madrid, Eudema, 1988, pp. 151 ss.; HESPANHA, A. M., «De iustitia a disciplina», en *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, trad. A. Cañellas, Madrid, CEC, 1993, pp. 203 ss.

¹¹ VÁZQUEZ, G., *Commentariorum ac disputationum in Primam Secundae Sancti Thomae* (Lugduni, Horatii Cardon, 1619; Tomo 2, pp. 107-110), disp. 167,

constreñido como está por su armazón escriturario: no puede derivarse la obligación del *pactum subiectionis*, porque si así fuera no habría alcanzado a los gobernantes designados directamente por Dios, como lo fueron Moisés, Josué, Saúl y David. Estos que recibieron directamente de Dios la potestad no hubieran tenido obligación de conformarse con el pueblo en el cumplimiento de las leyes positivas, contra lo que generalmente enseñan los doctores¹². Y concluye: la raíz de la obligación que tienen los reyes de someterse a las leyes civiles procede de que éstas son conformes con las divinas.

Los reyes y, por extensión, cualquier autoridad suprema, deben cumplir sus leyes, no obstante que ellos mismos las hayan puesto y nadie tenga autoridad de mandarles, «porque no decimos que están obligados a cumplirlas porque se deban obediencia a sí mismos, sino porque la deben a Dios y a la ley natural, que quiere que la cabeza concuerde con los demás miembros y tenga por justo para sí lo que quiere que lo sea para otros» (GC II, 2, 1: 210). Hace el mismo planteamiento que Vitoria y Soto¹³. De otra manera, sería grave desigualdad que fuese inmune, o aunque aparentase la igualdad sería hipocresía y simulación. Si las autoridades no cumplen con las leyes será menos probable que los ciudadanos las acaten (GC I, 3, 13: 63), pero con ello está advirtiendo a los gobernantes que guarden las leyes divinas y se comporten con piedad y religiosidad también en su casa, dirigiendo la plática tanto a los magistrados «que no son exentos de las leyes civiles», como al soberano (que sí lo está).

Es razón tan poderosa la que impone la ley divina y natural que algunos opinaron incluso que el príncipe no está sólo obligado en conciencia sino que incurriría en pena que podría ejecutar la república. Pretenderían cancelar la célebre distinción escolástica de la eficacia de la ley en coactiva y directiva, que hunde raíces en la *digna vox* justiniana, curiosamente aquí no citada pero que todos los sumistas exponen en sus comentarios a la *Prima secundae* (q. 96, a. 5). Sin embargo Márquez niega que pueda de derecho coaccionarse al soberano, «porque como resuelven los teólogos, la fuerza coactiva de la ley, de quien depende la ejecución de la pena, está en la persona del príncipe y no en la república; y es contra razón natural que no sean distintas personas la que manda y la que obedece, el que ejecuta y en quien se hace la ejecución». Concluyendo: «Por lo cual aunque el príncipe pecaría no guardando la ley que hizo para el Reino, en lo que fuere comprendido de ella, pero la cuenta de este pecado no se la

cap. 1 (la opinión populista), cap. 2 (rechaza la anterior), cap. 3 («Principes naturali iure subditos esse suis legibus secundum vim dirigentem, non secundum cogentem, vera sententia est»).

¹² Su referencia a Domingo de Soto, Alonso de Madrigal y Martín de Azpilcueta procede de SUÁREZ, F., *Defensio fidei*, III, 3, 10.

¹³ VITORIA, F., *De potestate civili*, n. 21, en relación con n. 17; SOTO, D., *De iustitia et iure*, lib. I, q. 6, art. 7 (Madrid, IEP, 1967; vol. 1, pp. 69-71): los príncipes no están sujetos a la fuerza coercitiva de las leyes positivas pero sí a la directiva.

puede pedir la república sino sólo Dios que le es superior en la tierra» (GC II, 2, 1: 210). Cuando la república pueda castigar al gobernante es porque éste «no tenía suprema autoridad» sino que está sujeto a la república, como lo están los duques de Génova y Venecia, o lo estuvieron los reyes de Lacedemonia¹⁴.

En esto se resuelve, vemos como en tantos, el dilema del príncipe *legibus solutus*, que aunque se niegue de principio sin embargo se mantiene para las consecuencias penales de las leyes positivas. Pues las únicas leyes a las que está sujeto son las divinas y naturales, mientras que las leyes positivas sólo moralmente le vinculan. De este modo suelen explicar los españoles que la suprema autoridad no es arbitraria, pero no piensan en la institución abstracta sino en una persona carismática, pues esperan que corrija la altivez con el reconocimiento de otra superior potestad, la de Dios. Con ello el príncipe no rebaja su majestad sino que humildemente reconoce sus defectos, esto es, la evidencia de que no es el mejor ni más perfecto en todo (GC II, 2, 2: 212). Era la manera de explicar la existencia de una autoridad suprema e inviolable que unifique en la cúspide lo que era prácticamente fragmentario, la pluralidad de autoridades normativas solapadas, señoriales, eclesiásticas, locales. No es en esto Márquez ni original ni transgresor, presumiendo la rectitud del gobernante individual por cultivar las virtudes de cristiano y asesorarse de los consejeros: «por sabio y capaz que sea el príncipe, no ha de fiar todo de sí, pero ni ha de dar paso sin consultar sus Consejeros» (GC II, 18, 1: 270).

Había resistencia a llamarle soberano, si bien Márquez usa el término sin problemas, porque la atribución de soberanía exclusivamente corresponde a Dios y quien se lo apropiara incurría en vicio de soberbia. Soberanía connotaba un poder absoluto e ilimitado que extraordinariamente ejercitaba la divinidad, de manera cuasi milagrosa¹⁵. Reconocer al Creador por soberano sirvió ciertamente de eficaz control, como viera Montesquieu¹⁶, pero eso acaeció porque

¹⁴ ARISTÓTELES, *Política*, III 14, 1285a 3-5: el rey lacedemón no es absoluto sino más bien ocupa un generalato vitalicio. Este argumento lo recogió VÁZQUEZ, *op. cit.*, 1-2, disp. 167, cap. 3, n. 13, de donde concluye en n. 14 (p. 109): «los reyes y jefes de la república que no tienen potestad suprema para legislar sin la plebe o el senado están sometidos a las leyes, pero no por una convención expresa sino por causa del modo de ser de tal principado; y están sujetos no sólo a la fuerza directiva sino también en cuanto a la pena y fuerza coercitiva, ya que tales príncipes no tienen la potestad suprema...».

¹⁵ De ahí las disquisiciones sobre la «potestas ordinaria», otras veces «potestas ordinata» y la «potestas absoluta» en el contexto de la omnipotencia divina y la «plenitudo potestatis» que elaboran canonistas y teólogos. Cfr.: OACKLEY, F., *Omnipotence, Covenant and Order. An Excursion in the History of Ideas from Abelard to Leibniz*, Ithaca y Londres, Cornell University Press, 1984; CANZIANI, G., GRANADA, M. A., ZARKA, Y. C. (a cura di), *Potentia Dei. L'onnipotenza divina nel pensiero dei secoli XVI e XVII*, Milán, Franco Angeli, 2000.

¹⁶ Las instituciones religiosas son en sí mismas un límite a la libertad, pero también limitan la libertad de acción de los déspotas: «Autant que le pouvoir du clergé est dangereux dans une république, autant est-il convenable dans une monarchie;

el modelo de la *respublica christiana* solapa dos comunidades: la comunidad de fieles, gobernada por la jerarquía de la Iglesia, y la comunidad de súbditos, gobernada por los príncipes temporales. Contrapesa el poder de una autoridad que es suprema en el ámbito de fines temporales con el de otra que es suprema en el ámbito espiritual. Hasta la reforma protestante coincidieron ciudadanía y feligresía, reduciéndose el problema de gestión de interferencias a las respectivas jerarquías, con el laxo principio de atribuir a cada una las competencias adecuadas a sus fines respectivos. Pero ni el fin temporal es ajeno a la conformación de la moralidad de los súbditos y control ideológico de las conciencias, ni el fin espiritual renunció al poder jurisdiccional que permitiera defender y extender la doctrina, proteger su recintos, ritos y ministros.

Siguen concibiendo al gobernante como hombre virtuoso, que sea constante en asimilar sus tareas, sin demoras ni decaimiento, magnánimo y piadoso. La mejor garantía de la justicia del príncipe cristiano es su piedad y firmeza de la fe. Como dice expresamente, «esta devoción de las cosas divinas es la pieza de mejor esmalte que campea en las coronas de los Reyes, porque de ella nacen la justicia y la clemencia, templadas en la más dulce consonancia, respeto de que el príncipe devoto da a las cosas sagradas la reverencia que las debe y, dándosela, de necesidad se ha de hallar inferior a Dios y obligado a darle cuenta de sus acciones, pensamiento poderoso para aplacar enojos y cerrar la puerta a dificultades» (GC II, 13, 2: 251). En fin, este temor a la condenación eterna habría de operar como freno de los vicios o delitos, concebidos aquí como alteraciones afectivas: el rey considerará no agraviar al vasallo y hará justicia al más pobre pastor, previendo que rendirá cuentas en la otra vida.

En cambio, niega que se extienda esa inmunidad del soberano al príncipe heredero. Interpretando literalmente, ahora sí con cita expresa, la *lex princeps*, niega la eficacia general de este precepto porque eximía al emperador nada más que de la ley matrimonial. Obviamente los descendientes son personas distintas del príncipe, así que a ellos les alcanza la fuerza coercitiva de las leyes. Aunque no sean equiparables a los demás vasallos, bastante es que están exentos de tributos «porque comunican con el padre en la honra y se sientan en el mismo trono (...) de que nació, que aun en su vida son reputados, en cierta manera, por señores de sus bienes, por el derecho indefectible de sucesión» (GC II, 11, 1: 211).

surtout dans celles qui vont au despotisme. Où en seraient l'Espagne et le Portugal depuis la perte de leurs lois, sans ce pouvoir qui arrête seul la puissance arbitraire? Barrière toujours bonne, lorsqu'il n'y en a point d'autre: car, comme le despotisme cause à la nature humaine des maux effroyables, le mal même qui le limite est un bien» (MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, II 4; ed. G. Truc, París, Garnier, 1949, t. 1, pp. 20-21. Con menos nitidez en *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*, cap. 22).

Como veremos, Márquez reafirma la potestad del soberano en asuntos decisivos que han venido siendo las marcas de la soberanía: en materia tributaria, también para fijar el valor de la moneda y para declarar la guerra. Pues la autoridad de imponer tributos es la misma que para mandar y legislar, actos que puede hacer el príncipe por sí solo (*GC I*, 16, 3: 81). También admite que los príncipes tienen autoridad para alterar el valor de la moneda por vía de tributo, aconsejándoles moderación (*GC II*, 39, 2), y eximirá al príncipe del vínculo de la justicia distributiva en la designación de cargos públicos.

2. VINCULACIÓN A INSTITUCIONES DE *IUS COGENS*

Sin embargo, debe el soberano respetar las exigencias del derecho natural y de gentes, los derechos adquiridos, la propiedad y los contratos y algunas reglas procesales. La propiedad privada es un derecho inviolable con la única limitación del interés público en supuestos extraordinarios. A salvo la confiscación de bienes como pena por delitos y la exacción de impuestos, admite también Márquez la expropiación por causa de utilidad pública con indemnización del justiprecio, compensando el daño causado al particular como si hubiese repartido entre todos los súbditos la carga por medio de tributo, pues «es contra justicia natural que las cargas de todo el cuerpo las lleve un solo miembro» (*GC II*, 39, 2: 399). El bien público prevalece sobre el bien particular, incluso de la Casa gobernante. El mero hecho de que pueda cambiar la dinastía reinante, si no conlleva riesgo de disolución de la república, no origina obligación de entregar las propiedades privadas por menos de su justo valor, «porque estando en pie las mismas personas y bienes de un Reino, al cuerpo del común colectivamente no le importa que estos sean los ricos y aquellos los pobres, ni al revés, respeto de que nadie tiene grado fijo en su comunidad, que no pueda subir y bajar» (*GC II*, 39, 2: 400).

La igualdad de bienes entre los ciudadanos no sólo es inconveniente sino que sería imposible pues destruye la república. Es un discurso reaccionario que consolida la situación existente, como si fuera mandato divino la concentración de grandes propiedades en las casas ilustres, a las cuales considera pilar del Estado en que estriba la majestad de los reyes (*GC*, II, 31, 6: 342-346). Volverá a mostrar su compromiso aristocratizante al defender los mayorazgos, reclamar la supresión de las dotes y el control por las familias nobiliarias del matrimonio de sus hijas (*GC II*, 31, 4: 337-339; I, 31, 2: 194), todo ello, como es obvio, con el fin de mantener el patrimonio familiar.

Nada específico escribe sobre el cumplimiento de los contratos de derecho privado, sino referencias al acuerdo traslativo del poder, que se resuelve en un genérico e impreciso deber de defensa del interés común, y cuando discute extensamente sobre la validez de los salvo-

conductos y las promesas hechas a herejes. Hay deber jurídico natural de cumplir lo prometido, más si hubo juramento, excepto cuando no pueda cumplirse sin pecado o se hayan alterado grandemente las circunstancias. Es sagrada la fidelidad a la palabra dada incluso al hereje, siempre que éste cumpla su parte (*GC II*, 24, 2).

El acuerdo constitucional denomina el conjunto de exigencias con-naturales al cargo e impone al príncipe la obligación de administrar la justicia y defender la comunidad de agresiones exteriores, sin mayores concreciones. Por supuesto, sería posible establecer expresamente cláusulas sobre la duración del gobierno o los modos de legislar, de aprobar impuestos o designar cargos, obligando a compartir las tareas entre órganos para todas o para algunas materias, pero entonces el poder ya no sería soberano. Los nuevos principados se representan soberanos y así los imaginan y teorizan los autores. El contrato no funciona en Márquez, a diferencia de Mariana, como ley fundamental. El gobernante tiene deberes impuestos por la naturaleza del oficio y los súbditos también por la posición que ocupan. Hay consentimiento si entendemos que ambos sienten, captan o asimilan los deberes que no están configurados por su voluntad discrecional.

¿El derecho de la Iglesia es derecho divino? Encontramos referencias a las leyes eclesiásticas, cuyo contenido es más amplio que el derecho canónico ordinario. Los príncipes deben respetar las inmunidades de la Iglesia, pues son protectores de la religión, no jueces de ella ¹⁷. La cuestión de fondo es preservar el fuero de la Iglesia de injerencias seculares, aunque este arduo problema se presenta con la apariencia restringida de un debate sobre la extensión del asilo, si era derecho divino inderogable o ley eclesiástica que puede dispensar el Papa. Ciertamente las autoridades seculares podían arrancar al culpable que se hubiese acogido a lugar sagrado, pues en el Motu de Gregorio XIV de 25 de Mayo de 1591 se excluía de la inmunidad a los herejes, reos de lesa majestad, asesinos, los que matan a traición, ladrones públicos, salteadores de caminos, taladores de mieses, homicidas o mutiladores (*GC II*, 32: 352). Con ello aclara que las leyes de la Iglesia se llaman divinas no porque sean inderogables sino para atender al ejemplo del Antiguo Testamento, realzar su gravedad o el contenido preceptivo. Si pueden dispensarse es porque son leyes positivas. La intencionalidad está clara: las autoridades seculares no pueden entrometerse sin autorización expresa del Pontífice. Aun sin más datos parecería entonces que las disposiciones canónicas y las civiles rigen esferas diferentes, cuya interferencia habrá de resolverse con el genérico principio de prevalencia de lo espiritual, por cuya vía se introduce la potestad indirecta de la Iglesia en el ámbito secular y que en la práctica dependerá de la negociación *ex casu* o de criterios de oportunidad.

Más que limitaciones jurídico-canónicas hay límites procedentes del ideario cristiano, que se ha constituido como fermento ético de la

¹⁷ Citando esta vez a RIBADENEYRA, P., *Príncipe cristiano*, lib. I, caps. 16, 20, 21 y 22.

comunidad y viene proporcionando un catecismo político para súbditos y gobernantes.

Ninguna disputa tampoco sobre la vigencia del derecho común en España. Sin embargo, frente a la opinión excepcional de Arias Pinel, Antonio Gómez, Cifuentes y Burgos de Paz, la mayoría de juristas negaba su valor legal porque los reinos hispanos no eran tributarios del Imperio desde tiempos visigodos. Gregorio López Madera alabó sobremanera a quienes defendían esta última postura, entre ellos al teólogo Gabriel Vázquez¹⁸. Como sabemos la querencia de Márquez por el jesuita, habremos de convenir también en que hubiera sostenido los mismos argumentos: hay dos tipos de leyes imperiales, unas procedentes de la voluntad del Emperador, que sólo obligan en sus territorios y otras que más bien consisten en aclaraciones del derecho natural, *explicationes iuris naturalis ex optima ratiocinatione deductae*, las cuales tienen que seguirse por los jueces¹⁹.

El derecho natural de defensa es otra constricción que, aunque enunciada imprecisamente tiene soporte en la Clementina *Pastoralis*²⁰. Los culpables de delitos atroces, incluidos los herejes, son que-

¹⁸ DE DIOS, S., «La doctrina sobre el poder del príncipe en Gregorio López Madera», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 67 (1997), p. 329. Se refiere a la ampliación del cap. 3 en la edición de 1625 de *Excelencias de la Monarquía*, cuya primera impresión de 1597 ha sido recientemente editada (Madrid, CEPyC, 1999).

¹⁹ VÁZQUEZ, G., *op. cit.*, 1-2, disp. 153, cap. 2, n. 18 (p. 37).

²⁰ Clementinas, lib. II, tit. 11, cap. 2 (ed. Friedberg, t. 2, col. 1151-1153). El Papa Clemente V (1305-1314) en el Concilio de Vienne (1311-1312) revoca la sentencia del emperador Enrique VII contra el rey Roberto de Sicilia, en que le condenaba en rebeldía por delito de lesa majestad a la pérdida de toda dignidad, títulos y jurisdicción y le imponía la pena capital; el emperador mandaba aplicar la sanción a cualesquiera vasallos vinculados con el rey, absolviéndoles del deber de fidelidad, e incluía tierras y personas eximidas del Imperio pero sujetas al Pontificado. La sentencia del emperador fue manifiestamente nula y promulgada con temeridad. Los argumentos jurídicos del Papa se basan en falta de competencia del tribunal, defectos de citación, indefensión, no se escucha a la parte acusada, odio manifiesto; el emperador citó en Pisa a Roberto pero éste residía habitualmente en Sicilia, distrito no sometido al Imperio; además de citarle en lugar indebido, solicita su comparecencia en una ciudad manifiestamente hostil al encausado, ocupada por un ejército feroz y grande: «... Quis enim auderet, vel qua ratione audere aliquis teneretur consistorii talis subire iudicium, et se in hostium sinu reponere, ac ad mortem per violentam iniuriam, non per iustitiam inferendam, ultroneum se offere? haec quidem iure timentur, haec de more vitantur, haec humana fugit ratio, haec abhorret natura». (col. 1152). La conclusión es que el Emperador no tiene ninguna potestad sobre un Rey no súbdito, ni citado legítimamente, con lo que vulnera el derecho natural de defensa: «Nec praedicta suppletio circa subditum etiam ad ea potuisset de ratione referri, per quae de crimine, praesertim sic gravi delato defensionis (quae a iure provenit naturali), facultas adimi valuisset, quum illa imperatori tolerare non licuerit, quae iuris naturalis existunt» (col. 1153). Por tanto, aquella sentencia carece de efecto y ni siquiera merece nombre de sentencia. Una vez asentada la superior autoridad del Papa («Nos tam ex superioritate, quam ad imperium non est dubium nos habere, quam ex potestate, in qua vacante imperio imperatori succedimus, et nihilominus ex illius plenitudine potestatis, quam Christus Rex regnum et Dominus dominantium nobis, licet immeritis, in persona beati Petri concessit...») declara su nulidad y la de todos los actos derivados «quatenus processerunt de facto, et quicquid ex eis secutum est, vel ob eos, vel in posterum sequi posset, in irritum revocamus».

mados, pero no debe faltar jamás al reo la defensa natural. Pues ningún príncipe es señor de la vida de su vasallo ni se la puede quitar sin prueba legítima y acreditando la justicia del castigo. No cabe aquí usar el *ius puniendi* para escarmentar a la gente alterada y omitir el proceso (GC II, 17, 3: 267). Es aplicación concreta del precepto natural del derecho al proceso público contradictorio, que también reitera incidentalmente cuando niega a los padres la potestad sobre la vida de sus hijos, «porque ningún príncipe puede hacer ley en que quite al reo la defensa que le da el derecho natural, mayormente en causas capitales» (GC I, 12, 2: 59).

El soberano está sometido a instituciones de derecho necesario, divino, natural o de gentes. Este último viene a ser la concreción más particularizada de los principios morales generalísimos o primeros principios del derecho natural y son conclusiones obtenidas por vía como de consenso virtual entre naciones. Puede en ocasiones derogarse en algún Estado, pero sólo por necesidad urgente y mientras ésta dure, porque sería insostenible el apartarse de hacer lo que es ineludible para la supervivencia de la comunidad. Lo de menos es la enumeración de las instituciones que son tenidas por comunes a las naciones, más o menos todos continúan el elenco isidoriano; lo importante es que se trata de explicar retrospectivamente los hechos de experiencia históricamente decantados. Si todos los países respetan embajadas y legados, tienen magistraturas, algún modo de propiedad, moneda, comercian entre sí, ello es prueba fehaciente de que son mecanismos naturales que solamente por el hecho de que no es la conciencia de un sujeto individual quien percibe su necesidad o utilidad, sino la comunidad toda y en todas las comunidades, reciben el calificativo de *ius gentium* (ex GC II, 39, 2: 394).

3. LA DESIGNACIÓN DE OFICIOS

Es necesario que las tareas de gobierno se encomienden entre ministros, no sólo por imposibilidad física de llevarlas a cabo personalmente el soberano, para potenciar la eficacia al tratar mejor y más rápido los negocios, sino también para cimentar la autoridad pues repartir cargos o beneficios fomenta la lealtad hacia el príncipe así como mantiene ocupados en estos oficios públicos a los que de otro modo darían en sediciones ²¹ (GC I, 20, 2: 108). Lo que es bueno objetivamente para el país, también lo es subjetivamente para el gobernante.

Esas observaciones tienen alcance general, aunque particularmente conciernen más a los cargos relevantes. Sin embargo, las razones

²¹ ARISTÓTELES, *Política*, II 9, 1270b 21-22; TÁCITO, *Anales*, I 11.

prudenciales no impedirán que los cargos se atribuyan a quienes puedan desempeñarlos adecuadamente ²².

Márquez trata de ello específicamente discutiendo si el reparto de oficios está sujeto a las exigencias de la justicia distributiva o más bien es discrecional. Aunque niega lo segundo también lo primero, pues efectivamente las partes obligadas por justicia son, de un lado siempre el príncipe, pero del otro no son los particulares pretendientes, sino la república. La obligación es de justicia conmutativa y por eso el príncipe no tiene que restituir al individuo preterido, si acaso a la república. Salvo en las raras ocasiones en que exista ley, contrato o juramento que expresamente comprenda el caso, no hay obligación de atribuir el cargo a nadie, por muchos méritos de servicios o linaje que presente. Sin embargo, hay siempre entre rey y reino contrato que le obliga sólo genéricamente a la protección y defensa, para cuyo cumplimiento debe nombrar a las personas idóneas y beneméritas. Bastará con que promueva a las personas que él estime dignas, de las que se espera que obren bien en servicio de la república, aunque no fueren los mejores para el oficio.

Tiene, pues, una discrecionalidad materialmente limitada y también tiene prefijado el *quantum* admisible de arbitrariedad: de las personas con conocimientos adecuados u otras cualidades morales apreciables seleccionará a las que prefiera, sean o no los más doctos, inteligentes o técnicamente preparados; aún así, en el conjunto de la función pública sólo es admisible un 4 por 100 de cargos elegidos entre los menos capaces (GC I, 20, 4: 111-116).

Esa es la cifra de tolerancia de discrecionalidad, pero lo relevante es que Márquez aprueba la constitución de una casta de servidores del Estado en los altos cargos y sólo difusamente, a nuestro juicio, puede entenderse una anticipación de criterios de legalidad en los cargos inferiores.

Obvia decir que ni esclavos ni extranjeros son ciudadanos, que no participan de los oficios públicos y la potestad de juzgar las causas (GC I, 2, 1: 5 y 6). Son ciudadanos los que pueden servir oficios públicos. La relevancia de la lealtad al príncipe y el compromiso conocido con los valores comunitarios se erigen en criterios decisivos para acceder a los cargos. Así, para ser buen juez no basta conocer bien el Derecho sino que es relevante saber callar los acuerdos del Tribunal, ser laborioso, tener paciencia para esperar la información de los litigantes, no arrastrarse por lisonjas ni ofenderse por sequedades (GC I, 20, 4: 112). Concretamente se encarece que sean hombres poderosos, temerosos de Dios, amigos de verdad y sin avaricia (GC I, 20, 3: 108-110). Son cualidades morales y sociales pero no menciona expresamente ninguna otra exigencia técnica que proceda de su específica preparación universitaria

²² Cfr.: GARCÍA MARÍN, J. M., *La burocracia castellana bajo los Austrias*, 2.^a edición, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1986, pp. 215-226.

y su experiencia, por más que en esta época se encarece la especialización²³.

a) Hombres poderosos. Esto es, hacendados y con valor para enfrentarse con los individuos más arraigados de la república. Porque así podrán resistir mejor las temeridades de la gente perdida y enfrentarse al caballero que disfruta de prestigio popular o al mercader muy caudaloso.

Presumiendo que gocen de un arraigado sentimiento de justicia («deseo natural de justicia, que más han menester los jueces»), no vale para juez el hombre «si no siente en sí el coraje y valor para hacer de hecho que hemos dicho, porque si la justicia se ha de hacer a gente a costa de gente poderosa, muchas veces será necesario romper por fuerza, como Alejandro, y no dará lugar el favor e intercesiones a desatar con razón» (GC I, 6, 3: 29 y 30).

La solidez patrimonial impedirá que vendan la justicia y que cohechen para subvenir a sus necesidades, porque los jueces hambrientos son «lobos nocturnos que no dejan hueso que roer a la mañana»²⁴.

Sin embargo, Márquez exceptúa un linaje de gente pobre, bien nacida, virtuosa y desinteresada, que desempeñaría muy bien los oficios públicos (GC I, 20, 3: 109; I, 3, 4: 18-19). Porque deben distinguirse los oficios que están más cercanos a la cúspide de los más inmediatos a los súbditos: para los altos cargos, como Virreyes de Provincias o Presidentes de Tribunales Supremos, han de elegirse a grandes señores; incluso es bueno premiar en los hijos los servicios de los padres, pero nunca en detrimento del bien público ni cuando estos descendientes sean incapaces para el cargo (GC II, 3, 2: 219). Pero para los oficios más bajos, Consejeros, Alcaldes, Oidores o Corregidores, buenos son los pobres y honrados, los letrados, tal como se hace en España, dice (GC I, 3, 4: 18-19). Por supuesto, excluyendo siempre a los de tronco infamado y poca limpieza, judíos e infieles, pues la historia demuestra que tuvieron malos jueces y por matar a Cristo perdieron la autoridad de juzgar.

Estos linajes pobres y virtuosos están libres de ataduras, tienen menos compromisos con promotores o parientes, por lo que han de ser

²³ STOLLEIS, M., «Grundzüge der Beamtenethik (1550-1560), en *Staat und Staatsträson in der frühen Neuzeit. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1990, pp. 197-231; AMEZÚA AMEZÚA, L. C., «Hacia una ética judicial del Estado moderno. Las virtudes del juez según Pedro de Ribadeneira», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 19 (2002), pp. 155-189.

²⁴ Sof 3, 3, es cita de los libros proféticos que reproduce la amenaza del profeta Sofonías a Jerusalén y a todo el reino de Judá por los crímenes que en ellos se cometen, exhortando a practicar la justicia. La siguiente cita troncha el argumento de ARISTÓTELES, *Política*, II, 11, 1273a 8 (ed. M. García Valdés, Madrid, Gredos, 1988, p. 141): «Pero, sobre todo, la organización de los cartagineses se desvía de la democracia hacia la oligarquía por cierta idea que es opinión de la mayoría: creen que debe elegirse a los magistrados no sólo por sus méritos sino también por su riqueza, pues es imposible que el que carece de recursos gobierne bien y tenga tiempo libre».

más desinteresados; además son más accesibles a la gente común, las audiencias se alcanzan más fácilmente, menos boato y más diligencia; por si fuera poco, sus errores cuestan menos que los de los grandes porque el Rey puede removerlos con facilidad (GC I, 3, 4: 17).

b) Temerosos de Dios. El que teme está libre de las pasiones, es sagaz y goza de buen olfato para discernir entre verdad o malicia y entre sencillez o artificio. Será hombre diligente en los negocios que emprenda, y no como ahora que se llevan tan calmados que suelen durar más que la vida del litigante, aunque podrían acelerarse con el Consejo del Rey (GC I, 20, 3: 109).

No obstante la puya lanzada, Márquez se cuida seguidamente de suavizarla: es menos inconveniente dilatar que resolver indigestamente, pero esto sucederá con tiempo, con el desvelo de la sabiduría humana y de la jurisprudencia civil que se estudia en ambos derechos. A pesar de esta nimia apelación al carácter técnico de la profesión jurídica, no deja de insistir en que el buen juez ha de consultar con Dios, mostrar piedad, orar, tener buena intención. Confía menos en la metodología jurídica que en la gracia divina para hallar el medio de abreviar el proceso sin injusticia. Márquez reconoce, como no puede ser de otro modo, que el ejercicio jurisdiccional requiere tiempo, pero no llega en cambio a detectar las causas de las dilaciones procesales, fiándolo todo a la buena voluntad del juez, a su criterio de conciencia.

c) Amigos de la verdad. Parece pretender la verdad absoluta, si nos dejamos llevar por su retórica que menciona las vestiduras rituales de un sacerdote de Aarón, entre las cuales sujeta las piedras sagradas de la suerte (Exod 28, 30), para pronunciar el oráculo como por una especie de captación mística. No como Pilato, que dudó: ¿Y qué es la verdad? (Jn 18, 38); o no quiso indagarla.

El juez mundano debe buscar siempre la verdad, cuánto más que es plaga vieja que aborrecen los hombres, guiados estos por ficciones, artificios o colores. Pero el juez debe estar atento y poner los ojos en el fin en que van a parar todas las acciones humanas, de donde tomará el argumento para conocer lo que fueron ²⁵.

Nota Márquez que el jesuita Mariana echó en falta entre los consejos de Jetró a Moisés que no estuviera el buscar la verdad ²⁶. Ello consiste en interpretar las leyes con verdad y sencillez, despreciando sutilezas (marañas con arte); ni siquiera bastaría que el juez fuese

²⁵ Esclarecedores son los textos de Prov. 20, 17.

²⁶ MARIANA, J., *De rege et regis institutione* III 11 (cap. 10 de la edición de 1599; ed. L. Sánchez Agesta, Madrid, CEC, 1981, pp. 372-373): «Creo también que hay que advertir que entre otras virtudes de los jueces no contó el suegro de Moisés un cuidado sutil para interpretar las leyes, pues no han de usar de astucias y agudezas para retorcer la Ley a su capricho, separándola de su verdadero sentido para fallar a favor de aquéllos a quienes no ampara el derecho ni la equidad, manchándose de infamia y suscitando odios. Nada hay que repugne más la sencillez de la sabiduría que la excesiva sutileza, que, como en todos los saberes, también en la interpretación de las leyes subvierte el fundamento del derecho y de la equidad».

amigo de interpretaciones llanas y verdaderas si topara con un abogado ducho en sutilezas o sofisterías, pues entonces el juez ha de resistir la afectación del abogado caviloso o embaucador rechazando las agudezas con entendimiento macizo, tapiando sus orejas y rebatiéndole con el mismo lenguaje (*GC I*, 20, 3: 110).

d) No avariciosos. Como decía Cicerón (*De officiis* II, 22, 77), no hay mayor peligro para la república que los gobernantes avarientos. Abundantísimas son las referencias bíblicas acerca de que la codicia ciega (*Exod* 23, 8; *Dt* 16, 19; *Eclo* 20, 31), y desde luego literarias que compendia con San Isidoro en el brocardo «*Cito violator auro iustitia*», la justicia se estraga con el oro al primer lance ²⁷.

La doctrina cristiana relativiza los bienes terrenales respecto del supremo bien, la salvación del alma. Ningún hombre ha de dejarse arrastrar por la codicia ni desear superfluidades ni alentar la vanidad, que son bienes accesorios e incluso impedimento para la perfección espiritual; más cuidado aún tengan magistrados y jueces de vender su voluntad por dinero o ambición (*GC II*, 31, 5: 340; I, 29, 1: 173-174). Si el juez es codicioso condenará al pobre, que nada tiene que darle, mientras que absolverá al rico, que se puede redimir con su riqueza.

Precisamente por esa presunción, Santo Tomás aconseja a la duquesa de Brabante que no venda los cargos de justicia porque hay peligro de que los magistrados revendan al pueblo por menudo lo que compraron en grueso, vejando y sobornando para resarcirse ²⁸. En fin, concluye retóricamente, esta vez con el satírico Juvenal: ¿cómo no va a vender la justicia del pobre un juez avariento si vende la madre codi-

²⁷ SAN ISIDORO, «Synonimorum libri II» (en *Divi Isidori hispalensis episcopi opera Philippi secundi catholici regis iussu e vetustis exemplaribus emendata atque aliquibus opusculis appendicis*, tomo 2, Madrid, Bartholomaei Ulloa, 1778), lib. II, cap. «De Praelatis, ac subditis» (p. 514): «... In te serva modestiam, in aliis serva iustitiam, tene iuris aequitatem, sequere veritatem iudiciorum. Nullum contra veritatem defendas. Dum iudicas, nullius personae affectu deflectaris a vero. Pauper, an dives sit, causam perspice, non personam. In omnibus veritatem custodi, nulla ambitione, vel precio movearis. Sperne etiam munus, ne per id iustitia corrumpatur. Munera semper veritatem praevaricant. Cito enim violatur auro, iustitia cito corrumpitur munere. De iusto iudicio temporalia lucra non appetas. Pro iustitia nullum seculi praemium quaeras. Iustitiam pro sola aeterna remuneratione distribue. Qui enim praesentia dona affectat, futuram gloriam non sperat. Qui bona hic recipit, ulterius, quod expectet, praemium non habet. Dum enim iudicas, pro futura mercede iudica. Ne quaeras rependi tibi, quod tibi in futuro debetur...».

²⁸ *Carta a la duquesa de Brabante*, V (*Opúsculos y cuestiones selectas*, vol. 2, Madrid, BAC, 2003, pp. 969-970; la traducción del texto es de L. Robles Carcedo): «... Sin embargo no parece conveniente tal venta en ningún supuesto. En primer lugar, porque sucede frecuentemente que los más idóneos para ejercer dichos cargos son pobres, de modo que no pueden comprarlos; y, si son ricos, los más capaces para desempeñarlos no los ambicionan ni codician para lucrarse en su desempeño. Luego se deduce que frecuentemente en vuestros dominios los asumirán los peores, ambiciosos y amantes del dinero; y es probable que éstos no solamente opriman a vuestros súbditos, sino que también no cuiden vuestros asuntos con fidelidad. Por eso parece más conveniente que nombréis para tales cargos hombres honrados e idóneos, aunque tengáis que obligarlos contra su voluntad, si fuese necesario».

ciosa la honra de su hija? ²⁹. Sin embargo, este tópico de la codicia como polilla de la virtud, se utiliza claramente contra las clases populares, como tenemos ocasión de ver cuando despotrica contra el régimen de gobierno democrático y a la vez recuerda el sistema viciado de provisión de cátedras por elección popular (GC II, 21, 4: 278-279).

Para evitar la codicia es necesario el freno de un valiente temor que la reprima y que el juez tenga presente el escarmiento de un gran castigo, como impuso el rey persa Cambises al juez que cohechó, mandándole desollar y forrar con su piel la silla que ocupó después su hijo sustituto ³⁰. También Platón propugnaba la pena capital para el juez que se dejare cohechar ³¹. «Porque el temor del juicio final, a cuya consideración no les queda lanza enhiesta a otros vicios, no tiene hartas fuerzas para espantar las orejas a la avaricia de un mal juez» (GC I, 20, 3: 110). Sabe bien Márquez que no es suficiente garantía el temor a la condenación eterna y por eso insinúa que se apliquen sanciones graves en este mundo; sin embargo no hace lo mismo cuando se trata de medir la responsabilidad del gobernante.

Cuando fallen los ministros, debe el príncipe removerlos con prontitud sin esperar su enmienda, pues en hacienda y en justicia está el mayor peligro de los fraudes. No puede reprocharse al soberano haberse equivocado en la designación (GC I, 27, 1: 159-160), pero una vez que ha visto defraudada su confianza no puede enrocarse tercamente en mantener al corrompido hasta agotar el término de su mandato y esperar a que le tomen residencia. Desvincular la reputación del soberano del acierto en sus nombramientos permite, pues, garantizar un más ágil rendimiento de cuentas y eficiencia de la administración.

²⁹ JUVENAL, *Sátiras* X, 305-306 (edición de B. Segura Ramos, Madrid, CSIC, 1996, p. 140): «... Nam prodiga, corruptoris/improbis ipsos audet temptare parentes./Tanta in muneribus fiducia». Pues la maldad pródiga del corruptor se atreve a tentar a los mismísimos padres. Tan grande es su confianza en los presentes.

³⁰ Toma la referencia de RIBADENEYRA, P., *Príncipe cristiano*, II, 14. La fuente primordial de esta anécdota es HERODOTO, V, 25 (ed. Gredos, Madrid, 1988, vol. 3, pp. 47-48): Cambises mandó desollar a un juez real, uno de los consejeros supremos. El mismo caso es referido por VALERIO MÁXIMO, VI, 3, *ext.* 3.

³¹ PLATÓN, *Leyes*, XII, 955 c-d (*Diálogos*, vol. 9, edición de Francisco Lisi, Madrid, Gredos, 1999, p. 319): «Los que sirvan a la patria deben servirla sin recibir presentes, no debe haber ningún pretexto ni ha de alabarse ninguna afirmación de que hay que recibir regalos por los buenos hechos, pero no por los malos, pues no es fácil conocer y, conociendo, persistir en la buena determinación, sino que lo más seguro es escuchar y obedecer a la Ley de que no hay que hacer ningún servicio por las recompensas. El que no obedezca muera sin más, si es encontrado culpable en el proceso». Cfr.: *Leyes*, VI, 767e-768a. La legislación ateniense aplicaba diversos castigos, muerte, multas o pérdida de la ciudadanía. Demóstenes también menciona una Ley ateniense imponiendo «que de ninguna manera se aceptasen regalos, estimando, a mi parecer, que el que una vez los ha aceptado y ha sido corrompido por dinero ya no sigue siendo para la ciudad ni siquiera juez seguro de la política conveniente» (DEMÓSTENES, *Disc.*, XIX, 7; en *Discursos políticos*, vol. 2, edic. A. López Eire, Madrid, Gredos, 1985, p. 20).

Nos explica Javier Peña que las recomendaciones de cautela frente a los servidores públicos son algo más que una consecuencia de malas experiencias con algunos oficiales, pues responden a que «la relación entre el gobernante y los miembros de la Administración es todavía concebida en buena medida como un vínculo personal, sujeto por tanto a emociones y afectos, al talante moral de los consejeros y del príncipe, a su ambición y a su temor. Por eso el príncipe ha de contar con la prudencia como capacidad de equilibrar confianza y desconfianza, distribuir premios y castigos, suscitar admiración y temor alternativamente»³². No olvidemos, además, que el objetivo último de las estrategias de gobierno de la razón de Estado es el interés, en esta época concebido agregativamente.

Que ha calado el pragmatismo nos lo prueba el mismo Márquez, pues después de un largo alegato justicialista ensalzando la altísima misión de los monarcas como amparo de los pobres, tanto más asemejados al Divino Creador si personalmente los reyes acuden al Tribunal y dan sentencias, deja claro que de hecho no es posible ocuparse mucho tiempo en ello porque los pleitos son muchos, la monarquía muy grande y el soberano tiene más tareas que atender (*GC I*, 19, 2). Residenciar la justicia en la autoridad suprema la rodea de un aura de prestigio y dignidad, pero en la práctica lo que hace es reservar al príncipe siempre la tarea más beneficiosa para consolidar su imagen benevolente, que es la distribución de premios; y sólo le aconseja sentenciar en casos graves, por lo tanto inexcusables para la conservación del orden tanto como para mantener su propio poder. Pues ordinariamente son los jueces y oficiales quienes aplican los castigos³³.

³² PEÑA, J., «Prudencia política y razón de Estado. La prudencia política en algunos autores españoles de los siglos XVI-XVII», en *Poder y modernidad. Concepciones de la política en la España moderna*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2000, pp. 60-62.

³³ MAQUIAVELO, N., *El Príncipe*, cap. 19 (ed. M. A. Granada, Madrid, Alianza, 1981, p. 96): «los príncipes deben ejecutar a través de otros las medidas que puedan acarrearle odio y ejecutar por sí mismo aquellas que le reportan el favor de los súbditos»; MARIANA, J., *De rege et regis institutione*, III, 14 (en la edición de L. Sánchez Agesta, Madrid, CEC, 1981, es lib. III, cap. 15, p. 415): «Delegue [el príncipe] en otros para negar lo que no puede conceder y para castigar con severidad faltas cometidas. Si ha de corregir alguna costumbre del pueblo o ha de apaciguar algún motín es conveniente echar mano alguna vez de jueces severos, y una vez hayan cumplido su función, si han abusado de su poder, castigarlos con el mayor rigor»; GRACIÁN, B., *Oráculo manual*, aforismo 187 (edición de E. Blanco, 2.^a edic., Madrid, Cátedra, 1997, pp. 204-5): «Todo lo favorable obrarlo por sí, todo lo odioso por terceros. Con lo uno se concilia la afición, con lo otro se declina la malevolencia...»; aforismo 62 (p. 135): «Obrar con buenos instrumentos... Nunca la bondad del ministro desminuyó la grandeza del Patrón; antes, toda gloria de los aciertos recae después sobre la causa principal, así como al contrario el vituperio...»; aforismo 258 (p. 241): «Buscar quien le ayude a llevar las infelicidades. Nunca será solo, y menos en los riesgos, que sería cargarse con todo el odio. Piensan algunos alçarse con toda la superintendencia, y álçanse con toda la murmuración. Desta suerte tendrá quien le escuse o quien le ayude a llevar el mal...». La eficacia de esta estrategia se atestigua por las sátiras mordaces contra privados y validos y la unanimidad de la literatura sobre razón de Estado, exi-

4. LA DECLARACIÓN DE GUERRA

Era doctrina común en los teólogos que la declaración de guerra justa requería cuatro condiciones: autoridad del soberano, causa bastante, buena intención y modo conveniente³⁴. La competencia para declarar la guerra reside claramente en «los reyes y señores soberanos» pues éstos no tienen por encima una autoridad superior que deshaga los agravios. Más dudoso es, en cambio, el nivel de exigibilidad para determinar la justicia de la causa, pues también hay parecer unánime en que el príncipe habrá de examinar antes de tomar su decisión «con grande estudio y diligencia» que la causa es cierta y bastante, sin dejar ningún género de dudas sobre la injuria recibida. Pues la guerra es concebida como un acto de justicia punitiva y ejecución de sentencia para restituir la paz y castigar el agravio previamente recibido, excluyendo motivos de ambición, venganza o interés expansionista. Fin bueno e intención derecha es hacer justicia y restituir la paz, castigando el agravio. Si la causa es dudosa, la guerra sería temeraria. Al margen de otras consideraciones estratégicas o de oportunidad que no constituyen razones objetivas, la reflexión escolástica generalmente condiciona la justicia a la satisfacción de criterios procedimentales enunciados, no obstante, con cierta generalidad. Francisco Suárez (*De charitate* XIII, 6, 5-6) exige preceptivamente acudir a instancias arbitrales y a propios consejeros prudentes y entendidos que aclaren las razones prácticas y teóricas del conflicto, cuyo dictamen no parece vinculante ni siquiera cuando haya unanimidad. Aunque Márquez sólo menciona la necesidad de deliberación. Parece entonces no sólo razonable sino exigencia objetiva que haya suficiente deliberación sobre la causa, dejando muy abierto los criterios de suficiencia. Siempre encuentra justificación para las actuaciones dudosas de los reyes bíblicos: guerras y masacres contra los que impidieron transitar por sus tierras o les negaron vituallas, acciones que equipara a socorrer al enemigo o despreciar la honra de Dios. Son guerras por contravenir el derecho de gentes, impedir la libertad de tránsito o afrentar al príncipe en la persona de sus embajadores e incluso presume la justicia de las guerras contra infieles, aunque sobre esto no es posible hacer más que conjeturas ya que Márquez

miendo casi siempre a los monarcas. El P. Ribadeneyra explicó el deber de consejo como un instrumento del monarca «para dar autoridad y peso a sus leyes y mandatos» (RIBADENEYRA, P., *Príncipe cristiano*, II, 24; ed. BAE, t. 60, p. 554), y atribuyó la responsabilidad de las persecuciones a los católicos de Inglaterra a la crueldad de los consejeros, no a la reina (*Historia del Cisma* I 23; II 38), pues el gobierno depende de los consejeros (*Historia del Cisma*, III, 28; en general, *Príncipe Cristiano*, II, 24-30).

³⁴ CASTILLO VEGAS, J. L., «La razón de Estado y la guerra en el pensamiento político español de la Edad Moderna», en *Poder y modernidad*, op. cit., pp. 65-104; HAGGENMACHER, P., *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, París, PUF, 1983; FERNÁNDEZ SANTAMARÍA, J. A., *El estado, la guerra y la paz. El pensamiento político español en el Renacimiento*, 1516-1559, trad. J. Faci Lacasta, Madrid, Akal, 1988.

nada trata sobre la conquista de América. A lo sumo hay un caso escriturario en las Crónicas (2 Cr 35, 20-25) en que el rey Josías impidió al de Egipto destruir una ciudad gentil, a pesar de declararle éste que cumplía una misión de Dios; pues bien, Márquez comprende que la decisión fue prudente pues no tenía por qué fiarse del egipcio, aunque en esta ocasión dijera la verdad, y sin embargo pecó venialmente porque faltó deliberación bastante ya que no consultó a los profetas (*GC II*, 37: 376). Los defectos en el proceso deliberativo colectivo no vician la causa, sólo debilitan su certidumbre. En cualquier caso se trata de hallar salida en situaciones de hecho para reconducirlas de algún modo a los valores comunitarios asumidos³⁵.

Sí desarrolla el argumento de la libertad de tránsito para justificar la anexión castellana del reino de Navarra, donde queda claramente explicitada la desvinculación entre el título de justicia basado en el derecho de gentes y la donación papal, aunque ésta se instrumentaliza como cobertura última de una acción estratégica. Su tesis general es que la resistencia de paso es bastante injuria para hacer una guerra justa siempre que se cumplan dos condiciones: una, que al pedir el paso por territorios extranjeros se justifique la inevitabilidad del tránsito por ese lugar; la segunda, que se ofrezcan garantías suficientes de que el paso no va a aprovecharse para causar daños (*GC I*, 28, 2: 166). Sin embargo, el título original está en la licencia del Papa, quien había declarado cismático al rey francés y autorizado a los reyes de España e Inglaterra que le debelaran. Cuando Fernando el Católico iba contra el francés, el rey navarro le cerró el paso. Hete aquí entonces que aparece el derecho de gentes: impedir el tránsito necesario, no caprichoso, sino para buen fin (castigar al cismático) es injuria suficiente para atacarlo. Sin embargo, como veremos, sus preferencias por el monarca hispano son muy claras y los efectos prácticos de su argumentación interesada en nada envidian a los maquiavelistas. Don Fernando ocupó Pamplona antes de haber enviado a su embajador para tratar del paso, lo cual presenta para un observador imparcial las características de un ataque preventivo o de medidas de presión reprobables en justicia, pero que Márquez descarta porque la ocupación de la ciudad (hecho que no se niega) no se hizo con ánimo de apropiarse de ella; es más, aunque fuere una guerra injusta, el agredido tiene obligación de admitir el legado del ocupante para no impedir las negociaciones de paz que ineludiblemente han de entablarse entre los litigantes. Tampoco puede devolverse un territorio con notable detrimento de otro, y es claro, reconoce, que devolver Navarra perjudica a Castilla, máxime si

³⁵ Como vemos también admitirlo explícitamente en materia monetaria cuando el rey español Felipe III tomó la poco ortodoxa medida de subir el precio de la moneda de cobre bajándola de peso: sea cual fuere la opinión más adecuada para explicar esa decisión, la función del intérprete es legitimarla, pues se presume la racionalidad del gobernante para defensa de la república y más tratándose de un príncipe cristiano, por excelencia católico, que ha dado pruebas de su piedad (*GC II*, 39, 2: 401).

Francia se entrometiera ahí (GC I, 28, 2: 170). La justificación del tránsito está probada.

No importa ahora insistir en los modos de cumplir la segunda condición, dar seguridades mientras se cruza el territorio, pues considera que siempre se podrá encontrar satisfacción, incluso fragmentando al ejército en escuadras pequeñas mientras cruzan, de manera que solamente se agrupara todo el cuerpo una vez traspasadas las fronteras. Pero la relevancia que tiene el derecho de gentes por sí solo es mayor de la que en ese caso ha demostrado, pues en el fondo es la libertad de comunicación el principio que desde Vitoria en adelante vendrá a regir las relaciones internacionales. En Márquez hay un breve texto sobre la fibra de la vida humana en relación, que está fundamentada en tres tipos de intercambios, de bienes, de saberes y de mujeres³⁶, cuya obstaculización o impedimento trastorna la justicia y, por lo tanto, exigirían a la humanidad su restauración por cualquier medio. Es notable la carencia de instancias supranacionales que aseguren la objetividad en la adopción de medidas punitivas contra los infractores, sobre todo cuando la única autoridad moral supraestatal que había entre cristianos ha dejado de concitar el respeto unánime; pero no hay otra aún, por eso insiste en la importancia de obtener la aprobación del Papa antes de iniciar la guerra, sin que ello sea imprescindible, porque «no queremos reducir a los Reyes Cristianos a precisa necesidad, ni limitar la autoridad que tienen como señores soberanos, para mover la guerra cuando importare; pero alabamos el consejo de consultar con el que tiene en la guerra en lugar de Dios, de cuya respuesta se sabrá con mayor seguridad la justicia de la pretensión» (GC II, 27, 2: 318).

Que han hecho mella los criterios de razón de Estado en una época donde los conflictos son permanentes nos lo indica además el realismo con que afronta el dilema entre matar a inocentes o fracasar en el ataque, en el caso de un enemigo que utilice niños a modo de escudos humanos para impedir el asalto a una ciudad. En esta ocasión está justificado matar a los inocentes³⁷, pues lo que hace culpable la acción

³⁶ GC I, 28, 2 (p. 167): «después que se dividieron los dominios por el derecho de las gentes, y las tierras se apropiaron a diferentes Señores, siempre quedó libre y de derecho natural la peregrinación, sin la cual no podrían conservarse las Repúblicas: porque ninguna ciudad tiene de sus puertas adentro todo lo que ha menester, y cerrándolas al comercio, se privaría del socorro del vecino y se le negaría también contra todo orden de caridad. ¿Cómo se aprenderían las Letras si se negase el paso para las Universidades? O ¿cómo se habrían las mercaderías si no se acudiese a las ferias? ¿Qué haría el Reino sobrado de vitualla y falto de metales, si no vendiese el pan y comprase hierro y acero? Y para lo uno y lo otro ha menester peregrinar, so pena de no tener salida en nada. Y finalmente, ¿cómo se casaría un Rey con igualdad si no pudiese buscar mujer en la casa del extranjero? Siendo la peregrinación inexcusable, los caminos de un reino a otro han de estar públicos y patentes y nadie puede negar el paso por su casa a quien no le ha de hacer daño en ella».

³⁷ GC I, 14 (p. 70): «Por esto he dicho, que quedando la inocencia en pie será lícita la ocasión en algún caso, y mentir en ninguno lo será. Paréceme que está esperando el Lector el caso en que será lícito matar al inocente, digo pues, que lo será en la guerra justa, quando de otra manera no se pueda salir con la vitoria; como si teniendo un Rey cercada

no es la inocencia de las víctimas sino la falta de justicia de la causa y de autoridad legítima que la declare (GC I, 14: 69 y 70).

5. POLÍTICA FISCAL

Márquez adopta una postura sensata entre las extremas de permitir al soberano hacer su voluntad (los «aduladores») y de estrechar tanto la autoridad que exigen siempre consenso con el reino so pena de excomuniación³⁸, aun reconociendo que en Castilla por costumbre los tributos no se pueden repartir sin aprobarlos primero las Cortes y después votarlos en las ciudades hasta alcanzar la mayoría de ellas³⁹. No caer en los extremos de agradar al príncipe, concediéndole todo, ni de agradar al pueblo aparentando entereza y libertad (GC I, 16, 3: 80).

una Ciudad rebelde, y queriendola entrar a fuego y sangre, los vecinos della pusiesen entre las almenas de la muralla todos los niños inocentes para detener la justa execución, y pareciéndoles que el Rey es Christiano y piadoso, y que no ha de querer batir el muro por no llevar de camino tantas vidas inculpables; en tal caso no ay escrúpulo enjugar la artillería para arrasar la muralla, aunque se vea por los ojos que todos aquellos inocentes han de morir; porque la vitoria de la guerra justa pesa más que aquellas vidas, pues depende della la paz del Reyno y la restitución de la obediencia al Príncipe natural; y haziéndose con fin de castigar los culpados que han tomado armas contra él, el hecho queda libre de todo achaque, porque le asiste la jurisdicción del Príncipe, que tiene autoridad para mover la guerra, y la casa, de la defensa natural, y reivindicación de su patrimonio, a que puede acudir, quitando de por medio todo estorbo y embaraço, de otra manera dierase lugar a que con ardidés y mañas se aseguraran los rebeldes del castigo».

³⁸ MARIANA, J., *De rege* I 8; *De monetae mutatione*, cap. 2, apoyándose en Filipo de Comines y la bula *Coena Domini*. Decía COMINES: «...Verdaderamente que para con Dios y para con el mundo se justificará más un Rey, sacando servicio de dinero en esta forma con el consentimiento de sus pueblos, que por sola su desordenada voluntad: porque ningún Príncipe (como arriba dixé) puede sacar dinero de otra manera, que de esta, si no es con violencia y tiranía, y quedando descomulgado» (*Las memorias de Felipe de Comines, Señor de Argenton, de los hechos y empresas de Luis undécimo y Carlos octavo, Reyes de Francia*, cap. 110; traducidas de francés con escolios propios por Don Ivan Vitrian, Amberes, Henrico y Cornelio Verdussen, 1713, p. 47). Mariana, por su parte, extiende la excomuniación al príncipe «que con nombre de pecho o tributo hace las tales imposiciones, sino también con el de estanque y monopolio sin el dicho consentimiento» (MARIANA, *De monetae mutatione = Tratado y discurso sobre la moneda de vellón*, cap. 2, ed. BAE, vol. 31/2, p. 579).

³⁹ *Nueva Recopilación* 6, 7, 1: *Que no se echen pechos ni monedas, ni otros tributos en todo el Reyno sin llamar a las Cortes, y ser otorgados por los Procuradores*. Los Reyes en nuestros Reynos progenitores establecieron por leyes, y ordenanças fechas en Cortes, que no se echassen ni repartiessen ningunos pechos, servicios, pedidos, ni monedas, ni otros tributos nuevos, especial, ni generalmente en todos nuestros Reynos, sin que primeramente sean llamados a Cortes los Procuradores de todas las Ciudades, y villas de nuestros Reynos, y sean otorgados por los dichos procuradores que a las Cortes viniessen» (*recopilación de las leyes destos Reynos hecha por mandado de la Magestad Católica del Rey don Felipe segundo nuestro señor; que se ha mandado imprimir con las leyes que después de la última impresión se han publicado, por la Magestad Católica del Rey don Felipe Quarto el Grande nuestro señor*, Catalina de Barrio y Angulo, y Diego Díaz de la Carrera, Madrid, 1640; edición facsímil, Lex Nova, Valladolid, 1982, vol. 2).

La respuesta sobre el alcance de la potestad tributaria del príncipe depende de las correcciones que la legislación positiva pudiera introducir al derecho divino y natural. En efecto, el derecho humano, «que consiste en las leyes de los Reinos y el título que éstos pueden haber adquirido contra sus Reyes, ora por contrato, ora por prescripción de costumbre inmemorial», puede haber prefijado condiciones de ejercicio de la potestad legislativa. Esas condiciones, también en materia impositiva, pueden haber sido establecidas previamente a la elección del gobernante o bien haberse obtenido posteriormente por concesión graciosa del monarca⁴⁰. No es imposible ni que el reino voluntariamente elija un rey traspasándole absolutamente todo su poder, ni tampoco es imposible que un reino conquistado por las armas obtenga privilegios del rey conquistador, para asegurar más prontamente su obediencia. Es indiferente el motivo, lo que es relevante es la causa, si ésta existe: «Será pues la regla cierta de este derecho privado, el contrato que virtual o expresamente interviniere entre el Estado y el Príncipe que debe ser inviolable, mayormente si se juró» (GC I, 16, 3: 80).

El contrato expreso o tácito precisa las condiciones, cuyo cumplimiento es obligatorio porque el derecho natural fundamenta la necesidad de cumplir las obligaciones justas voluntariamente consentidas. El fundamento último, pues, no es el contrato civil sino el derecho natural.

Ahora bien, a falta de título contractual, originario o derivado (leyes, contrato o costumbre inmemorial), que precise las obligaciones recíprocas del soberano y de su pueblo (el reino lo conforman los estamentos privilegiados, ciertamente), el solo derecho divino y natural exige tres condiciones inexcusables para imponer el tributo: autoridad legítima, causa bastante y proporción en el reparto. No hay necesidad añadida del consentimiento de las Cortes. Márquez reseña un extenso elenco de autoridades que no incluyen el consentimiento entre las condiciones para imponer el tributo o incluso otras que lo excluyen expresamente⁴¹; además menciona algunos ejemplos histó-

⁴⁰ GC I, 16, 3 (p. 80): «no recibe duda que no podrá el Príncipe por sola su autoridad imponer el nuevo servicio, contra la voluntad del Reino que por cualquiera de las razones alegadas hubiere adquirido derecho contra él, como tengo por cierto del de Castilla. Porque nadie niega que pueden los Reinos elegir a los príncipes con esa condición desde el principio, o hacerle tales servicios que en su recompensa se les prometa no les repartir nuevas cargas sin su consentimiento; y lo uno y lo otro será visto pasar en fuerza de contrato a que no pueden dejar de quedar obligados los reyes», ya hayan entrado por elección de los vasallos, ya por sola fuerza de las armas (entendamos, guerra justa).

⁴¹ No lo mencionan: Santo Tomás, Conrado, Cayetano, Juan de Medina, Driedo, Alfonso de Castro, Antoninus Florentinus, Gabriel Biel, Silvestre Prierias, Angelus de Clavasio, Domingo de Soto, Diego de Covarrubias, Toledo, López. Lo excluyen: Gabriel Biel, Ricardo de Mediavilla, Silvestre, Angelus, Soto, Martín de Azpilcueta, Sepúlveda, Miguel de Palacios, Álvaro Pelayo, Luis de Molina, Pedro Gregorio, Gabriel Vázquez, Lesio, Castillo de Bobadilla, Bodino, Basilio de Lyon.

ricos y el *reddite Caesari* (Mt 22, 21), más argumentos de razón, éstos merecedores de atención:

a) Deber de alimentos.—El derecho natural obliga a los reinos a alimentar a sus reyes conforme a la calidad y grandeza del Estado. Por alimentos se entiende el sustento de la Casa Real y de los ministros necesarios para administrar justicia en la paz y defender la república en la guerra (*GC I*, 16, 3: 83).

b) Determinación cuantitativa.—La fijación cierta de la cantidad necesaria para atender los servicios públicos tiene ineludiblemente que hacerse en cada país y en atención de las circunstancias del momento. La ley humana determina cuantitativamente la obligación alimenticia natural. Esto lo hacen los príncipes mediante la jurisdicción que tienen para hacer leyes y mandar lo bueno y prohibir lo malo, «porque determinar la indiferencia del derecho natural, que en muchas materias no puede proveer sino vagamente, es mero efecto de la ley humana», como enseña Santo Tomás (*STh* 1-2, q. 95, a. 2 *resp.*). Y ya sabemos que para legislar no necesita el rey consentimiento del pueblo, salvo que no fuere soberano⁴². Una vez que el pueblo transmite la suprema potestad absolutamente al gobernante pierde la libertad de disentir, con las consabidas excepciones de órdenes manifiestamente injustas, «porque aun con justicia dudosa han de presumir por ellos y los deben obedecer con humildad»⁴³ (*GC I*, 16, 3: 83).

La justificación de los tributos no depende del dominio sobre los bienes de los vasallos, que en ningún caso tiene el rey ni ninguna otra autoridad inferior, sino de la potestad legislativa y de la causa. La concesión que el reino hace al rey del servicio que le pide no es donación o dádiva graciosa (para las cuales es necesario disponer de bienes propios) sino paga de la administración de la justicia en que el príncipe conserva al reino. Para pagar con seguridad, aunque sea de bienes ajenos, basta que conste la deuda al deudor, en esta ocasión el Reino. Y comienza a constarle desde el momento en que el Rey determina la cantidad que se le debe para el efecto a que la consigna (*GC I*, 16, 3: 83-84). Márquez rechaza atribuir al soberano algún dominio eminente sobre los bienes de los ciudadanos y fundamenta claramente la obligación tributaria en el bien común. Las consecuencias prácticas de ambas justificaciones son radicalmente diferentes: privar al propieta-

⁴² Repítamoslo una vez más con sus palabras: «Algunos Doctores han querido decir que no tendría fuerza la Ley si el pueblo no la recibiese, pero éstos hablan después de promulgada, y aún en este caso tengo lo contrario por más cierto; pero que para hacer Leyes tenga necesidad el Rey de consentimiento del pueblo nadie lo ha dicho, sino en caso que fuese elegido con esa condición expresamente, o desde el principio no se le hubiese dado la suma autoridad que hoy tienen los Reyes soberanos» (*GC I*, 16, 3: 83). Se apoya en la autoridad de Gabriel Vázquez, 1-2, disp. 156, c. 5, y de Alex. Pesantium, 1-2, q. 108, art. 4, disp. 4, conc. 1.

⁴³ Aquí sí colaciona al margen «Sed quod principi placuit», apelando a la célebre máxima del absolutismo (I. 1, 2, 5=D. 1, 4, 1).

rio de sus bienes sería robo y tiranía manifiesta, si no fuere pena por delito; en cambio, gravarle en proporción a sus bienes como deuda de alimentos es deber natural.

La ley civil determina los fines concretos para el bien público, utilidad o necesidad común. Concurriendo ésta y repartiendo con proporción el gravamen, es obligado el pueblo no sólo por deber de obediencia sino por justicia a aceptar la carga (GC I, 16, 3: 84).

Entonces, si los reyes soberanos tienen legítima autoridad para imponer tributos, ¿de qué sirve juntar el Reino en sus Cortes? Nos responde: para mejorar la reputación de los monarcas y aminorar el descontento. Aunque no sólo por motivos tácticos sino técnicos de eficacia: aunque el rey sepa la cantidad que necesita, sin embargo el Reino sabe mejor en qué especies y cosas, qué mercaderías, heredades o mantenimientos podrán sufrir mejor la carga y qué partidos pueden pagar más o menos (GC I, 16, 3: 85).

En síntesis, los reyes soberanos pueden imponer o aumentar un tributo con justa causa lícitamente⁴⁴. La cuestión entonces está en justificarlos y a esto contribuye una práctica deliberativa que pretende institucionalizar las consultas con expertos:

a) No bastan hombres de vida loable y buenas letras positivas pero menos fundamento en escolásticas, sino los mayores letrados de los reinos y preferentemente sin ambiciones temporales. Hay presunción en esta época de que los teólogos suelen ser más desinteresados que los jurisconsultos⁴⁵. La oportunidad del impuesto es un caso de conciencia que dilucidan los moralistas.

b) Hay que garantizar la libertad crítica de los asesores, sin presionar a los teólogos con argucias que predispongan su dictamen, sin alegarles que otros consejeros ya se han pronunciado favorablemente (GC I, 16, 3: 85).

c) Una vez justificado el servicio, deben destinarse los ingresos en los efectos para que se pidieron, porque no parezca haberse fingido la necesidad y consiguientemente viciaría la causa, como si el príncipe hiciere mercedes excesivas a sus amigos o criados, fines vanos e impertinentes. En estos casos comete el príncipe los pecados de prodigalidad y de injusticia: si el príncipe hace las dádivas de sus rentas ordinarias luego molestará al pueblo con nuevas exacciones para cubrir lo necesario y si las hace de los ingresos extraordinarios «no los pueden convertir en los fines con que no se concedieron, y

⁴⁴ Se apoya en MOLINA, L., *De iustitia et iure Tomi Tertii Pars prior. De Maioribus & Tributis*, disp. 674, n. 1-13 (Colonia Agrippinae, In Officina Birckmannica, Sumptibus Hermanni Mylii, 1614, col. 522-523), y en SUÁREZ, F., *De censuris*, disp. XXI, sect. 2, n. 37 (ed. Vivès, 23/1, p. 517), sin exponer sus argumentos. La atribución es clara, a pesar de la errata con el nombre de Medina y la cita del eximio.

⁴⁵ CARO BAROJA, J., *Las formas complejas de la vida religiosa (religión, sociedad y carácter en la España de los siglos XVI y XVII)*, Sarpe, Barcelona, 1985, pp. 177-178.

mucho menos en gastos para que no se pudieron conceder ni pedir» (GC I, 16, 3: 86). Aquí tienen su lugar las manidas metáforas pastorales: el rey pastor rige los pueblos sin desollarlos⁴⁶. No precisa Márquez si los ingresos están afectados a un servicio determinado o pueden aplicarse a fines diversos de aquel para el cual se concedieron siempre que redunden en utilidad común, pero la autoridad de Molina lo sostiene⁴⁷.

d) Cuanto mayor y más absoluto fuere el gobernante tanto más cuidado ha de tener en aplacar a sus súbditos y conseguir que lo amen y obedezcan. En suma, que el príncipe muestre su agradecimiento y reconozca la lealtad de los súbditos porque así ellos le estimarán al saber que siempre justifica lo que les propone y, con ello, se obligarán de nuevo las próximas veces. Es una recomendación pragmática que satisface el lenguaje de la modestia cristiana a la vez que apoya la grandeza real (GC I, 16, 3: 87).

Por último, rechaza los modos de recaudación coetáneos por mediación de tantos comisarios, receptores, tesoreros, tan insolentes que exacerban los ánimos del pueblo y detraen de lo cobrado cantidades importantes⁴⁸. Eran tan aborrecidos que Navarro en su *Manual de confesores* libra de la obligación de restituir a los que defraudaren a estos cobradores, con ser falta comúnmente reprobada por los doctores⁴⁹. Propone, con Bodino, suprimirlos y entregar directamente

⁴⁶ DIÓN DE PRUSA, *De la realeza* IV 44; III 41. La imagen del pastor está en Homero (*Iliada* II 243; IV 296) y era frecuente en las literaturas orientales para diferenciar al buen rey del tirano.

⁴⁷ Márquez viene argumentando que la obligación impositiva, que es natural, se especifica «desde que el rey determina la cantidad que ha menester para el efecto justo a que la consigna»; añadiendo seguidamente que «de otra manera, como dice el Padre Molina, tan obligados quedan a restitución los Procuradores de Cortes, que la conceden, como el mismo Rey que la carga» (GC I, 16, 3: 84). Cfr. MOLINA, L., *De iustitia et iure*, to. 3, disp. 667, n. 2 (ed. cit., col. 503): «Si princeps imponat tributum gravius quam causa efflagitat, restituere subditus excessum, nisi illud insumat in re alia, ad quam iuste etiam imponere posset tantundem tributi. Peccare etiam graviter, ad restitutionemque teneri subditis, in defectum principis procuratores, quos vocant *de Cortes*, si tributum iniustum concedant principi in damnum populorum. Item intelligitur facile, si princeps tributa non insumat in eo, ad quod collata a subditis sunt, sed in aliis, ad quae subditi non tenentur praestare tributa, teneri id subditis restituere, subditosque posse illud compensare, denegando, & occultando alia tributa debita». Expresamente lo reconoció SUÁREZ, F., *De legibus* V, 15, 7.

⁴⁸ TÁCITO, *Anales* XIII 50; BODIN, *République* VI 2; MARIANA, *De rege* III 1 y 7.

⁴⁹ AZPILCUETA, M. (Doctor Navarro), *Manual de Confesores y penitentes*, cap. 23, núms. 54 ss. (Salamanca Andrea de Portonariis, 1556, pp. 461 ss.): defiende el carácter meramente penal de las leyes seculares para evitar que sean tan pesadas de cumplir que todos estén condenados, «dañar mucho a las almas y aprovechar poco a la república» (núm. 65, p. 465). El texto más directamente concernido con la referencia de Márquez acaso sea el núm. 64 (p. 464): no pecan en conciencia sino meramente en el fuero externo «los que meten o sacan cosas vedadas de los reinos, de los que hurtan las alcavalas o sisas: de los que pescan o pacen en los ríos, montes o prados vedados: de los que cortan leña en los montes vedados: y de otras semejantes, que no quebrantan sino la ley humana seglar, o eclesiástica preceptiva, que sin pena o con ella veda». Ya en cap. 17, núms. 200 a 202 (pp. 266-267) es contrario al

las provincias el servicio a la Hacienda Real (GC I, 16, 3: 87). Con esta aplicación de la doctrina de las leyes meramente penales se consigue mantener un compromiso moral genérico con el ordenamiento jurídico vigente, a la vez que están permitidas ciertas desviaciones instrumentales o infracciones por motivos subjetivos de auto-interés⁵⁰.

6. POLÍTICA MONETARIA

Así como la obligación tributaria es exigencia del derecho natural, la institución de la moneda es de derecho de gentes. A diferencia del derecho civil que puede cambiarse con facilidad, el derecho de gentes tiene más firmeza porque su origen no está en la voluntad del gobernante sino en la coincidencia de las naciones, «lo que todas las naciones del mundo guiadas por sola razón natural y sin comunicarse unas a otras asentaron de un acuerdo por necesidad para la conservación de la vida humana, por derecho firme y natural se debe tener» (GC II, 39, 2: 394).

Rechaza Márquez el nominalismo y apuesta por el metalismo monetario⁵¹ porque la autoridad pública no fija el valor sino declara por la ley el valor natural que halla en la moneda para facilitar las transacciones, imponiendo una limitación sustancial al arbitrio político. De ahí que la materia de la moneda haya de ser en metales nobles y durables.

Un príncipe no puede apartarse del consentimiento de las naciones acuñando moneda vil porque le obliga el derecho de gentes y porque entonces su moneda sería inútil en el extranjero. Aún más, el valor de las cosas no depende de la voluntad sino de la utilidad de la materia,

exceso de impuestos y amonesta a los confesores para que denuncien por descomulgadas y entredichas a las personas que imponen, piden o consienten pedirlos, sosteniendo en núm. 202 (p. 267) que «comunmente si hay otra pena, no peca quien defrauda la ley seglar, que pone alguna temporal contra el que la defraudare». La réplica contundente a Navarro la hace VÁZQUEZ, G., *op. cit.*, 1-2, disp. 159, cap. 2 (pp. 68-69): «... Quamobrem perperam Navarrus ex sua doctrina intulit, haec vectigalia non deberi in conscientia, propterea quod lege poenali praecepta essent, nam quamvis ei concederemus, legem poenalem ex vi legis obligare, quia tamen haec lex vectigalium simul constituit tributum debitum Regis et apponit poenam non solventibus, non potest non constituere tale debitum in materia iustitiae, sicut supra [cap. 2, n. 7-9] dicebamus de lege quae pretium iustum assignat tritico vel aliis rebus; iure enim naturali debemus regi alimenta necessaria dignitati illius, sive in hac, sive in illa materia ipse velit ea assignare» (n. 15).

⁵⁰ Vide. HIERRO, L., *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 115-116.

⁵¹ Cfr. GRICE-HUTCHINSON, M., *The School of Salamanca. Readings in spanish monetary theory 1544-1605*, Clarendon Press, Oxford, 1952, pp. 29 ss.; GÓMEZ CAMACHO, F., *Economía y filosofía moral: la formación del pensamiento económico europeo en la Escolástica española*, Síntesis, Madrid, 1998, caps. 5 y 6.

de su abundancia o carestía, de las personas y de otras circunstancias que hacen fluctuar su precio: «El valor y precio de las cosas hace la común estimación de los ciudadanos», de manera que al tasar los príncipes el precio de la mercadería «declaran el justo valor que tiene conforme a las circunstancias que se deben considerar, y subrogan su decreto en lugar de la común estimación». La impresión de signos o efigies en las monedas atestigua fehacientemente el peso o cantidad de metal, evitando así la incomodidad de comprobar su peso en cada intercambio (*GC II, 39, 2: 396*). Falsificar moneda es delito de lesa majestad no por hurtar oro al común sino por falsear el testimonio del príncipe (*GC II, 39, 2: 406*). No es delito contra la república sino contra la autoridad.

El valor de la moneda no es artificial sino natural, dependiente de la materia en que se labra y, en cuanto tal, estimado por los hombres. Sostiene, pues, Márquez una teoría subjetiva del valor que interpreta aquí lo natural según las percepciones psicológicas colectivas. La declaración legal reconoce algo así como las cotizaciones del mercado y da fe pública de ellas.

Con todo, encuentra una justificación a la práctica común de alterar el valor de la moneda mezclando con metal noble otros simples, ya se diga que con ello cubre los costes de acuñación a que está obligada la república, ya por anticipar recursos para defenderla en tiempos de necesidad. Márquez agudamente prefiere este segundo título: la defensa de la república es exigencia del derecho natural, para cuyo cumplimiento tienen los príncipes poder político, mandan, juzgan y legislan; lo que es común obliga a todos en proporción, como pagar impuestos o arriesgar la vida en guerra justa. Pues bien, subir el valor nominal de la moneda mediante el hecho de rebajar el peso o calidad del metal, es en verdad tributo impuesto utilizando la ficción *brevis minus* (*GC II, 39, 2: 401-402*).

El principio jurídico afirmado es que los príncipes tienen autoridad de variar la ley de la moneda por vía de tributo, entreverado con las recomendaciones habituales de moderación, ya fueran motivadas por razones prudenciales ya por la naturaleza de las cosas.

En aquellas raras ocasiones en que se ha labrado moneda en estaño o cuero, nada más que se hizo para entretener al pueblo con un fiador en tiempo de gran aprieto mientras se desahogaba la república y conseguía oro y plata. Si llegan estos casos de necesidad extrema, el príncipe debe observar la «estimación del pueblo» (un juicio que el pueblo hace sobre las utilidades de una mercadería, que es acto de entendimiento sobre la naturaleza de la especie en que recae, no acto libre), estimación del valor de la nueva moneda propuesta, pero no está obligado a esperar el «consentimiento» popular, a no ser como el Rey de Aragón que está obligado por particulares fueros a contar con la voluntad de las Cortes para legislar. Fuera de este caso, «toda la autoridad de hacer leyes está en el Príncipe y el pueblo no la tiene para resistirle, si no fuese haciéndolas evidentemente injustas» (*GC II, 39, 2: 406*).

7. DEFENSA DE AGRESIONES ILEGÍTIMAS DEL PODER PÚBLICO

Como venía siendo habitual en la tradición escolástica, se hace la distinción entre el usurpador y el tirano⁵². El primero es el gobernante ilegítimo *ex origine* por carecer de título suficiente y es enemigo de la patria, siendo notoria la invasión. Son títulos de origen de la suprema potestad la especial voluntad de Dios, la elección de la república, el derecho de sangre y la justa guerra. En verdad todos ellos pueden referirse al consenso primigenio puesto que la designación divina directa sólo se encuentra en los casos bíblicos previos al advenimiento de Cristo y desde entonces en el Papa; el denominado derecho de sangre supone un previo gobernante legítimo al que se hereda y la guerra justa exige como condición esencial autoridad legítima que la declare. Por lo tanto, el usurpador no tiene autoridad y por ello cualquiera puede matarlo sin que previamente haya de declararse el derecho a deponerle en proceso ni más averiguaciones, ni tampoco cabe rechazar en este caso aquellos modos de ejecución que impedían acabar con el tirano utilizando adulaciones, perjurios o alevosías.

Muy distinto es el tratamiento del soberano jurídicamente legítimo que convierte la potestad en sólo su provecho, carga al pueblo de tributos, maquina contra la seguridad de los virtuosos ciudadanos, fuerza a las mujeres y comete otras tropelías y crueldades. Es tirano por administrar mal la república pero «no es lícito tentar contra sus personas, porque mientras el príncipe retiene la suprema potestad, por derecho natural le deben obediencia los pueblos, y no sólo no se les permite maquinar contra su vida, pero ni negarle la adoración y reverencia naturalmente debida a los superiores (GC I, 8, 2: 37). En esto Márquez coincide con la mayor y más sana parte –dice– de los doctores (Aquino, Cayetano, Soto, Silvestre Prieras, Sepúlveda, Gregorio de Valencia, Lesio): «Porque la suprema autoridad del príncipe ha de ser sacrosanta en los ojos de los vasallos. Y engañanse los que se prometen su sosiego por medio de la muerte del tirano» pues no se truecan los reinos sin grandes turbaciones «y de no tolerar los príncipes insolentes se siguen mayores daños a las repúblicas» (GC I, 8, 2: 39).

La evidencia de una Francia sumida en el desorden tras los asesinatos de los dos Enriques (1589 y 1610), «casos verdaderamente

⁵² Cfr. IGLESIAS RÍO, M. A., *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*, Universidad de Burgos, Burgos, 1999, caps. I y II; GARCÍA DE VICENTE, J. C., *Homicidio por necesidad. La legítima defensa en la Teología tardo-medieval*, Peter Lang Bern, Berna, 1999; KERN, F., *Derechos del Rey y derechos del pueblo*, trad. A. López-Amo, Rialp, Madrid, 1955, pp. 140 ss.; SALMON, J. H. M., «La théorie catholique de la resistance, l'ultramontanisme et la réponse royaliste, 1580-1620», en *Histoire de la pensée politique moderne, 1450-1700*, dirigida por J. H. Burns, trad. J. Ménard y C. Sutto, PUF, París, 1997, pp. 199-229.

atroces, y siglo (dijo no sé quién) sangriento en la paz, no sólo en la guerra», aleja cualquier tentación de utilizar peor remedio que resignarse al mal. España es muy estable precisamente porque «la tranquilidad de los buenos ciudadanos depende de la seguridad de sus reyes, por malos y viciosos que sean» (GC I, 8, 2: 39). Por una excepción que se hiciera, dando licencia para matar, el pueblo conspiraría incluso en livianas ocasiones y llamaría cruel al gobernante firme que adopte decisiones necesarias en casos urgentes en contra del parecer popular. El riesgo de sediciones ni siquiera se evitaría consultando a letrados porque es muy difícil que pudieran congregarse las repúblicas (hemos de entender las Cortes) si el monarca sospechase que pretenden deponerle. Tampoco previene la mala administración repartir armas al pueblo, que es lo mismo que otorgar licencia a cualquier súbdito para matar a sus señores. El Concilio de Constanza (1414-1418) acabó con el cisma de la Iglesia y declaró herética la doctrina del tiranicidio que sostenía Juan Hus, condenando la proposición «*Quilibet tyrannus*»⁵³: la ley divina ni natural no han dado facultad a la república para atajar la tiranía matando a los que Dios ha hecho «vicarios suyos, con autoridad de vida o muerte sobre los demás» (GC I, 8, 2: 40).

¿Qué cabe hacer ante el tirano? Aparte de orar, se puede y debe resistir sus crueldades no obedeciéndoles en aquello contrario a la ley de Dios, hurtándoles el cuerpo y parándoles los golpes. Resistencia pasiva, pues, usar escudo que no espada, en expresión de Tito Livio⁵⁴. Incluso habrá ocasiones que requieran empuñar las armas para impedir la ejecución de acciones notoriamente temerarias, sin que esto sea sedición sino más bien remedio que la impida (Aquino, *STh.* 2-2, 42, 2 ad 3). Solamente admite Márquez franquear los límites de resistencia y aventurar todo por defensa de la religión, como hizo Hermene-

⁵³ Sess. XV (6 de julio de 1415): «*Condenatio illius propositionis, Quilibet tyrannus [...]* A cualquier tirano, lícita y meritoriamente puede matarlo cualquier vasallo o súbdito suyo, incluso mediante asechanzas ocultas y halagos o adulaciones sutiles, no obstante cualquier juramento que se haya prestado o confederación que se haya hecho con él, y sin esperar la sentencia o mandato de ningún juez. *Adversis hunc errorem satagens haec santa synodus insurgere, et ipsum funditus tollere, praehabita deliberatione matura, declarat, decernit et diffinit huiusmodi doctrinam erroneam esse in fide et in moribus, ipsamque tanquam haereticam, scandalosam, et ad fraudes, deceptiones, mendacia, proditiones, perjuriam vias dantem, reprobata et condemnat. Declarat insuper, decernit et diffinit, quod pertinaciter doctrinam hanc perniciosissimam asserentes, sunt haeretici, et tanquam tales iuxta canonicas sanctiones puniendi*» (MANSI, 27, 765-766). También en Dz 1235. Cfr. SUÁREZ, *Defensio fidei* V, 21, 18 y VI, 4, 3.

⁵⁴ TITO LIVIO, III, 53, 8-10 (trad. J. A. Villar, Gredos, Madrid, 1990, tomo I, pp. 455-456): «¿Es que nunca nuestra ciudad va a poner tregua a las venganzas de los patricios contra la plebe romana, o de la plebe contra los patricios? Os hace más falta el escudo que la espada. El de abajo tiene de sobra con vivir en la sociedad sin infligir ni sufrir la injusticia. Incluso en el caso de que tengáis que hacer os temer en alguna ocasión, como, una vez recuperados vuestros magistrados y vuestras leyes, podréis someter a juicio nuestras vidas y nuestros bienes, entonces decidiréis según cada caso: por el momento es suficiente con recuperar la libertad».

gildo, luego santo, contra su padre, el rey Leovigildo, pues la obligación de piedad derivada del vínculo filial cede en este caso ante la obligación que impone la religión. Sin embargo, cuando sufra la unidad de la fe no parece que sea el mismo cuerpo ciudadano quien declare el derecho de rebelión sino la Iglesia excomulgando al gobernante: es por eso que Juliano el Apóstata perdió la suprema potestad sólo después de haber sido declarada su apostasía por la Iglesia y aún así porque él se había proclamado enemigo público del cristianismo (GC I, 8, 2: 40-41). Con ello se establecen cautelas importantes para evitar que facciones influyentes se acogieran a ese pretendido derecho revolucionario amparándose en la doctrina de la Iglesia; el derecho nada más que lo declara la Santa Sede.

Ahora bien, si el príncipe atenta contra la vida del vasallo, éste puede defenderse incluso hasta matarlo. Con ello templea Márquez el rigor de Soto⁵⁵, quien residencia la carga del sacrificio en el súbdito ofendido cuando su defensa mortal ocasionara graves turbaciones y guerras civiles. En cambio, no admite la legítima defensa del patrimonio porque ponderados el valor de la vida del rey y la hacienda del vasallo pesa más aquella que «es el alma y trabazón de la república» (GC I, 8, 2: 41).

Con todo lo dicho, los remedios extremos no se pueden tomar sino en situaciones igualmente extremas y después de haberse cargado la república y la Iglesia de razones contra el tirano. Cabría decir que concebir la ejecución capital como pena supone el cumplimiento de exigencias jurídicas impuestas por el derecho natural, el derecho del reo (en este supuesto el príncipe) a la defensa natural y cuya sentencia pronuncia la suprema autoridad de la Iglesia. Desde la promulgación de la sentencia de excomunión ya no es soberano sino un hombre degradado a condición vulgar. Francisco Suárez (*Defensio fidei* VI, 4, 1-19) nos aclararía más: aun entonces nadie puede atentar contra el depuesto, sino quien haya sido comisionado por el Papa o, de no haberlo designado, solamente el sucesor legítimo y, alternativamente, la república toda podrá acabar con aquél y recabar aliados para enfrentarle.

En cualquier caso, las leyes que hayan sido promulgadas válidamente durante el reinado del tirano son perfectamente válidas mientras no sean derogadas (GC I, 8, 2: 42).

⁵⁵ SOTO, D., *De iustitia et iure* V, 1, 8 (trad. M. González Ordóñez, IEP, Madrid, 1968, tomo 3, p. 404): «Hay una [clase de agresiones], efectivamente, en que el agredido estaría obligado, creo yo, a sufrir la muerte antes de dársela al agresor, aun en el caso en que la agresión fuere injusta. Porque si el agresor fuera un rey, o un jefe, u otra persona muy necesaria a la república, y el agredido, en cambio, fuera una persona de poca importancia, cuya vida no sirviera de ningún provecho al bien común, en este caso yo creo que el agredido por caridad está obligado a sufrir él la muerte antes que dársela a otro». La mención de Márquez a las «graves turbaciones» sí está en Suárez (*Defensio fidei* VI, 4, 5), a quien aquí no cita.

SÍNTESIS: El soberano detenta un poder exclusivo y último que determina los objetivos comunes del Estado. La intervención de otros estamentos privilegiados está circunscrita a las tareas de gestión. Todas las constricciones al poder, si éste es en verdad supremo, derivan de la naturaleza de las cosas. El contrato de sujeción expresa el reconocimiento por el príncipe y los súbditos de sus respectivas posiciones, cuyo contenido no depende de la determinación de la voluntad humana.

Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados

Por IGNACIO ARA PINILLA

Universidad de La Laguna

SUMARIO: 1. LA DOCTRINA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS COMO DESCRIPCIÓN FRUSTRADA DEL FUNCIONAMIENTO DEL DERECHO.—2. LA ACCIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS SOBRE EL RECEPTOR DEL ENUNCIADO NORMATIVO. 2.1 *Los conceptos jurídicos indeterminados frente al imperio de la ley.* 2.2 *La regulación del contenido semántico de los conceptos jurídicos indeterminados.* 2.2.1 La respuesta objetivista. 2.2.2 La respuesta finalista. 2.2.3 La respuesta intersubjetiva. 2.2.4 Consideración global de las respuestas ofrecidas.—3. CONCLUSIÓN.

1. LA DOCTRINA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS COMO DESCRIPCIÓN FRUSTRADA DEL FUNCIONAMIENTO DEL DERECHO

Una de las más patentes muestras de la pretenciosidad del lenguaje jurídico es, sin duda, la recurrente apelación a la existencia de conceptos jurídicos indeterminados, no tanto por lo que la misma pudiera tener de descripción inexacta del derecho vigente, sino por la connotación ocasional que implícitamente acompaña en la generalidad de las ocasiones a su reconocimiento. Con ella vienen los juristas a asumir la imposibilidad de encontrar en los enunciados que incorporan conceptos jurídicos indeterminados una solución automática para los supues-

tos de hecho relevantes en el mundo del derecho. Se supone así que cuando nos encontramos frente a uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, debemos efectuar un esfuerzo adicional al normalmente exigible, o en su caso apelar a una instancia superior, con vistas a solucionar la indeterminación semántica, esto es, a hacer que el concepto en cuestión resulte convenientemente determinado, siquiera se produzca la apuntada solución en un momento lógicamente ulterior a la emisión del enunciado en cuestión.

En este sentido, el reconocimiento de la referida indeterminación semántica por parte de los distintos operadores jurídicos no hace más que legitimar en forma indirecta al resto del lenguaje jurídico, como si éste estuviera en general desprovisto de problemas de determinación conceptual, de manera que la presencia de conceptos jurídicos indeterminados constituyera la excepción puntual (las excepciones puntuales) a la regla general de la claridad de los textos jurídicos y del significado unívoco de los términos que los integran¹. La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados representa así la coartada perfecta para la definitiva entronización del espejismo de una realidad jurídica que se pretende armoniosa y perfectamente reconocible por sus diferentes destinatarios. De ahí a pensar que la decisión jurídica puede enmarcarse con facilidad en una determinada referencia normativa, que, en definitiva, constituye el resultado automático de la aplicación de un enunciado perfectamente identificable en el conjunto del sistema jurídico, media un estrecho margen que muchos juristas se han aprestado consciente o inconscientemente a recorrer.

La simplificación que conlleva la asunción de la doctrina del silogismo judicial como una actividad infalible y automática, ajena a cualquier consideración del derecho como una realidad a cuya conformación contribuyen en buena medida la personalidad y el sistema de valores del juez, resulta en este sentido la consecuencia inmediata de una representación falseada y reductiva de la complejidad semántica de los enunciados normativos. Cuanto menor sea la indeterminación del lenguaje normativo, menos serán los problemas para alcanzar la solución adecuada e indiscutible al caso que se presenta ante el juez. El reconocimiento de la existencia de conceptos jurídicos indeterminados en las diferentes disposiciones normativas no supone un detrimento significativo a la vigencia de la idea general que prescribe el carácter mecánico del silogismo judicial, siempre que los referidos

¹ Coincidimos en este sentido con la opinión de PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, p. 94, cuando señala que la expresión conceptos jurídicos indeterminados «seguramente... no sea muy afortunada, pues parece sugerir una nítida separación entre lo determinado y lo indeterminado que, como ya sabemos, no existe en el lenguaje jurídico», subrayando en cualquier caso que «hay que reconocer, no obstante, que entre los juristas el origen de tal distinción no obedece tanto al deseo de separar unos conceptos de otros en función de su determinabilidad, cuanto al propósito de excluir o cercenar interpretaciones discrecionales».

conceptos jurídicos indeterminados sean entendidos como una concreta excepción a la regla general de la determinación de las nociones que utiliza el legislador, la excepción que en último término confirma la regla.

En la actualidad, esta tesis parece por fortuna ciertamente arrumbada. La consideración de la función creadora y no meramente aplicadora que cumple el intérprete de los textos jurídicos constituye casi un lugar común en la moderna teoría del derecho. Pero, sin embargo, continúan paradójicamente vigentes en la cultura jurídica contemporánea algunas de las elaboraciones teóricas sobre las que se sustentaba el andamiaje de la periclitada tesis tradicional, entre las que destaca de manera singular la formulación típica de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados². Entiendo que esta pervivencia a destiempo encuentra su última razón de ser en dos circunstancias por lo demás íntimamente vinculadas entre sí: la prioritaria asunción (absolutamente incomprensible en nuestra opinión) de la figura del emisor del lenguaje jurídico como referencia determinante para la explicación del funcionamiento del derecho y la vigencia relativa en la actualidad de la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos.

Resulta en principio bastante poco razonable que la explicación del funcionamiento del derecho pueda seguir pivotando sobre la figura del emisor de los textos jurídicos una vez que se comprueba que éstos son habitualmente asumidos con significados diferentes por parte de los destinatarios de sus enunciados. El derecho funciona de hecho sobre la base del significado que sus diversos destinatarios atribuyen a sus enunciados y no sobre la base del significado que a cada uno de ellos le quiere dar en los distintos supuestos el emisor del lenguaje jurídico (el legislador en sentido amplio), porque el destinatario del derecho obedece o desobedece a la norma en la configuración que él mismo le atribuye, no en la configuración que el legislador pretende ingenuamente que le atribuya. Podría en este sentido decirse que la perspectiva que ofrece el emisor del lenguaje jurídico nos permite conocer a lo sumo cuál es la voluntad que subyace al dictado de los enunciados jurídicos, esto es, cuál es el modo en que el legislador desea que funcione el derecho, pero en ningún caso cuál es el modo en que realmente funciona éste³.

Al fin y al cabo, las expresiones que pueblan los distintos enunciados jurídicos no serán en ningún caso claras o ambiguas porque así lo

² Las reticencias que se puedan manifestar con respecto a la doctrina clásica de los conceptos jurídicos indeterminados no excluyen, desde luego, la posibilidad de una formulación diferente de la misma que, precisando el sentido y alcance exacto de la indeterminación a que se alude, pudiera proporcionar en la línea indicada en este trabajo una explicación adecuada del fenómeno jurídico.

³ Me remito a este respecto a lo ya expresado en mi artículo «La estructura de la norma jurídica», en Virgilio Zapatero (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, tomo 2, Universidad de Alcalá. Servicio de Publicaciones, Alcalá de Henares, 2002, pp. 19-32.

haya querido el emisor de las disposiciones normativas, sino porque sus receptores (los destinatarios del derecho, en definitiva) las interiorizan de muy distintos modos, que en absoluto guardan una relación de necesidad con la voluntad o el propósito del legislador⁴, entre otras cosas porque la complejidad del proceso que conduce al dictado y entrada en vigor de los diferentes enunciados jurídicos, con una participación muchas veces pluripersonal en su elaboración, no permite tampoco en la generalidad de los casos identificar una voluntad nítida y diferenciada del emisor del lenguaje normativo⁵. Pero es que además, ni siquiera la hipotética identificación de la voluntad del emisor del enunciado normativo nos puede prevenir el modo en que los destinatarios del derecho habrán de interiorizar su significado, proyectando en él toda una serie de variables (su personalidad individual, los condicionamientos ambientales y culturales, su sistema de valores, etc...) a todas luces incontrolables no sólo por el emisor del lenguaje normativo (que tantas veces verá frustrados los propósitos de control social que representan sus enunciados), sino también por el propio observador del funcionamiento real del derecho como guía efectiva del comportamiento social.

Se explica en este sentido el interés por ubicar en el primer plano de la consideración del derecho y de su función como instrumento de regulación de la vida social a la figura del receptor del lenguaje jurídico y por redefinir a la norma jurídica como el producto de la interpretación y no como el objeto a interpretar por parte del destinatario de los enunciados jurídicos. Esta tesis, que encontró un exponente magistral en la obra de Giovanni Tarello⁶, no ha calado sin embargo tan profundo como cabría esperar de su fuerza argumentativa y de la pura y simple observación de la realidad jurídica. El peso de la tradición en el derecho y en lo que se pretende como descripción del derecho es tan grande que llega a privilegiar una formulación de los conceptos jurídicos (y singularmente del concepto de norma jurídica) inadaptada por completo a la realidad que pretende describir y explicar. Ciertamente es

⁴ Compartimos en este sentido la tesis de PATTARO, E., *Introduzione al Corso di Filosofia del Diritto*, vol. II, CLUEB, Cooperativa Libreria Universitaria Editrice Bologna, Bologna, 1987, p. 206, cuando señala: «Que el significado de ciertas expresiones lingüísticas sea dudoso o ambiguo, desde nuestro punto de vista, querrá decir que las mismas expresiones lingüísticas suscitan imágenes y/o conceptos diferentes en receptores diferentes o en el mismo receptor en momentos diferentes o con actitudes mentales diferentes: querrá decir, por tanto, que no se da en la comunidad lingüística una reacción-respuesta unívoca y común a la percepción de determinadas palabras o expresiones lingüísticas».

⁵ Asume aquí toda su pertinencia la doctrina de la norma jurídica como imperativo independiente paradigmáticamente sostenida por OLIVECRONA, K., *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, traducción de Luis López Guerra, Editorial Labor, Barcelona, 1980.

⁶ TARELLO, G., *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 395: «La norma no precede como dato, sino que sigue como producto, al proceso interpretativo».

que se han abierto brechas en la teoría contemporánea del derecho⁷ que permiten augurar la creciente asunción de la figura del receptor del lenguaje como referencia para la explicación del funcionamiento del derecho, pero el momento en que pueda considerarse generalizada a la referida asunción parece todavía bastante lejano.

Por lo que concierne al segundo factor indicado, hay que precisar que decimos vigencia relativa, y no vigencia a secas, de la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos admitiendo como inequívoca la idea de que la consideración de un texto como claro u oscuro es precisamente el resultado de su interpretación, y no un dato preliminar a la misma⁸. La generalizada asunción de esta idea no empece, sin embargo, el reconocimiento de que algunos vocablos y expresiones sean regularmente interpretados en un sentido semejante por parte de sus destinatarios, pudiendo hasta cierto punto hablarse de homogeneidad en la atribución de sentido con respecto a ellos. Pues bien, no cabe duda de que la referida homogeneidad es tenida muy en cuenta por los operadores jurídicos y por los destinatarios del derecho en general a la hora de dictaminar la artificiosa distinción entre los conceptos jurídicos indeterminados y los que se entiende que han de tener un contenido semántico perfectamente determinado.

Puede así decirse que la alusión a los conceptos jurídicos indeterminados está poniendo de relieve la voluntad del emisor del lenguaje jurídico de mantener indeterminado a priori su contenido semántico, a diferencia de lo que sucede con el resto de los conceptos que pueblan los enunciados jurídicos; los cuales, sea cual sea el modo en que son asumidos de hecho por sus destinatarios, pretende su emisor que resulten perfectamente determinados. Está asumiendo, en definitiva, el punto de vista del emisor del lenguaje, porque si partiera de la referencia que ofrece su receptor, los conceptos jurídicos en general resultarían en mayor o menor medida indeterminados.

⁷ En este sentido, en general, la obra de Ricardo Guastini, discípulo en la cátedra de la Universidad de Génova de Giovanni Tarello. Véase, por ejemplo, GUASTINI, R., «Disposizione vs. Norma», en AA. VV., *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, volume II, Saggi Teorico-giuridici, Giuffrè Editore, Milano, 1990. En la teoría del derecho española también, ARA PINILLA, I., «La estructura de la norma jurídica», cit., esp. pp. 25-32; GASCÓN, M., «La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias», en Jerónimo Betegón, Marina Gascón, Juan Ramón de Páramo, Luis Prieto, *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 283, cuando incidentalmente, en relación al problema de las antinomias jurídicas, señala que «por vía de interpretación pueden recabarse distintas normas a partir de una misma disposición o conjunto de disposiciones»; PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, p. 254.

⁸ Véase a este respecto VAN DE KERCHOVE, M., «La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique», en Michel van de Kerchove (sous la direction de), *L'interprétation en droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1978, pp. 13-50, y MIRAUT MARTÍN, L., «Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XIX, 2002, pp. 377-399.

Esto no impide, claro está, que pueda detectarse un menor grado de homogeneidad en la atribución de significado a tales expresiones por parte del destinatario del derecho que el que en su caso pueda detectarse en relación a los conceptos que el legislador ha querido dejar inequívocamente precisados. No es ésta, sin embargo, una regla que haya de regir de manera necesaria puesto que cabe perfectamente la existencia de términos o expresiones que, aun siendo utilizados por el legislador con voluntad de funcionar con un sentido unívoco, admitan en realidad un superior grado de elasticidad semántica que el que desempeñan los que de antemano se pretende que resulten indeterminados⁹. Pero esta circunstancia resulta absolutamente indiferente en relación al problema de la caracterización de los conceptos jurídicos indeterminados. Como mucho nos podría explicar el funcionamiento real de los conceptos jurídicos indeterminados y de los que se pretende que resulten determinados en su significado, pero no nos permite en ningún caso caracterizarlos como tales.

Su caracterización ha de situarse necesariamente en la perspectiva del emisor del lenguaje jurídico. Son los conceptos que el legislador ha pretendido dejar indeterminados para que sea rellenado en cada caso su contenido semántico por el receptor del lenguaje jurídico. En este sentido, la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados implica la decisión del legislador de realizar una remisión al destinatario del derecho para que sea éste el que en cierto modo complete el mandato normativo, habida cuenta de la imposibilidad de determinar de una vez por todas la solución a problemas afectados por el vaivén de los cambios sociales y de los sentimientos preponderantes en el ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico en cuestión¹⁰. Pero es siempre la decisión del legislador al dictar el enunciado jurídico y no la asimilación que de él pueda hacer el destinatario del derecho la que permite caracterizar a los conceptos jurídicos indeterminados en la formulación que de éstos ofrece la doctrina tradicional.

Claro está que esta decisión puede resultar más o menos inconsciente. Cualquier vaticinio acerca de la fuerza de voluntad que desarrolla el legislador al dejar algunos términos indeterminados en su contenido semántico resulta necesariamente aleatorio. Pero el hecho de que la voluntad que subyace a la incorporación del concepto jurídi-

⁹ Al fin y al cabo, si el emisor del lenguaje normativo no puede controlar los distintos modos en que el receptor (el destinatario del derecho) interioriza los enunciados jurídicos, menos aún podrá controlar la capacidad de los referidos enunciados para mostrarse supuestamente menos indeterminados en su contenido que los enunciados que incorporan los conceptos que él mismo reconoce como conceptos jurídicos indeterminados.

¹⁰ PARESCHE, E., *La dinamica del diritto. Contributi ad una scienza del diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1975, p. 479, utiliza en este sentido la expresión «conceptos válvula» para designar a los conceptos que «por la posibilidad de asumir una coloración diferente en función de los tiempos, las circunstancias, los desarrollos del tecnicismo jurídico, constituyen en cierto sentido válvulas reguladoras de la afluencia de corrientes vitales en el derecho».

co indeterminado al enunciado normativo sea imprevisible no excluye que la formulación clásica (siempre caben otras formulaciones más débiles o en cualquier caso diferentes) de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados los considere como conceptos que deja voluntariamente indefinidos el legislador en orden a la consecución de la correspondiente adaptabilidad de la norma, que de otro modo se entendería impracticable.

En definitiva, la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados resulta inoperante en orden a la descripción del funcionamiento del fenómeno jurídico, al margen, claro está, de la indudable capacidad explicativa que desarrolla como descripción del modo en que desea el legislador que funcione el derecho. La circunstancia de que las previsiones legislativas contribuyan de hecho, en mayor o menor medida según los diferentes casos, a orientar a través de su correspondiente interiorización por parte del receptor del lenguaje jurídico el funcionamiento del derecho no justifica de ningún modo el reconocimiento a la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados de una función que va mucho más allá de sus posibilidades reales.

2. LA ACCIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS SOBRE EL RECEPTOR DEL ENUNCIADO NORMATIVO

2.1 Los conceptos jurídicos indeterminados frente al imperio de la ley

La distinción entre los planos del emisor y del receptor del lenguaje jurídico y la necesaria ubicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados en el primero de ellos no impide constatar en cualquier caso la incidencia que dicha doctrina ha de tener para el destinatario de los enunciados jurídicos que se ve así obligado a asumir en función del principio de sometimiento al imperio de la ley (de la voluntad del legislador en este caso) a dichos conceptos en los términos indefinidos en que han sido planteados por el legislador. El destinatario del derecho ha de tener muy presente que el legislador ha dejado voluntariamente indeterminado el concepto en cuestión, en definitiva, que ha realizado una remisión al propio receptor del enunciado jurídico para que sea él mismo el que determine su contenido semántico. Éste encuentra así en el concepto jurídico indeterminado un margen de intervención (que no de libertad de determinar el sentido de su intervención) que en principio le está vedado en relación al resto de los términos que integran los enunciados jurídicos.

Los conceptos jurídicos indeterminados permiten así dotar a los sistemas jurídicos de la suficiente elasticidad para acomodar la regulación jurídica a las diversas circunstancias ambientales que definen el

contexto de su aplicación, en la medida en que, como dice Chaïm Perelman, remiten a «lo que parece normal y aceptable en la sociedad del momento en que deben apreciarse los hechos»¹¹. Pero se paga también un fuerte coste en materia de seguridad jurídica, puesto que el juez (y en general el destinatario del derecho que se ve sometido al modelo de comportamiento normativamente prescrito) queda no sólo habilitado sino directamente obligado por la propia lógica del discurso legal a intervenir activamente, precisando en cada caso singular el significado de nociones que resultan intrínsecamente variables e indeterminadas. Con razón señala Jerzy Wroblewski a este propósito que la propia utilización de los estándares jurídicos dependen en buena medida de la ideología de la aplicación jurídica que se tenga: así precisa que en los sistemas jurídicos que responden a la ideología de la decisión determinada los estándares carecen de razón de ser, puesto que conducen directamente a la indeterminación del sentido de la decisión, por el contrario, en los sistemas que responden al modelo de la libre decisión constituyen el vehículo natural de regulación jurídica de las situaciones sociales, y, finalmente, en una posición intermedia, los sistemas de decisión legal y racional, modelo al que responden la generalidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, recaban la utilización de los estándares, exigiendo, en cualquier caso, la justificación del contenido que se les atribuye¹².

El destinatario del derecho se encuentra así enfrentado al menos a cuatro tipos de términos y expresiones que integran los enunciados jurídicos. En primer lugar, los términos del lenguaje natural. En segundo lugar, los términos asumidos como propios del lenguaje técnico jurídico, de los que se supone que como tales no precisan definición por entenderse que resultan inteligibles al menos para los miembros de la comunidad jurídica, entre los cuales se encuentran lógicamente los términos extraídos del lenguaje de los juristas, esto es, del lenguaje generalmente utilizado por los juristas para describir el lenguaje jurídico¹³. En tercer lugar, los términos que, correspondan o no al lenguaje natural, resultan tecnificados por el legislador en la medida en que éste se ocupa expresamente de definir su significado. Y, finalmente, los términos que el legislador pretende dejar directamente indeterminados, evitando así concretar su significado.

¹¹ PERELMAN, CH., «Les notions à contenu variable en droit. Essai de synthèse», en Chaïm Perelman et Raymond Van der Elst (études publiées par), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984, p. 368.

¹² WROBLEWSKI, J., «Les standards juridiques: problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit», en *Droit Prospectif. Revue de la Recherche Juridique*, 1988-3, pp. 866-867.

¹³ Utilizamos aquí la expresión lenguaje jurídico en su sentido más estricto, como sinónimo de lenguaje legislativo o lenguaje expresado por los enunciados jurídico-normativos, para diferenciarlo del lenguaje de los juristas, que sería así un lenguaje de segundo grado en relación al propio lenguaje jurídico.

Ninguna de estas cuatro especies lingüísticas está exenta en ningún caso del problema de la indeterminación semántica. Ésta resultará normalmente menos amplia en el tercer tipo de supuestos, puesto que en ellos el propio legislador se ocupa expresamente de definir su contenido y significado, pero nada obsta a que el propio enunciado lingüístico (en este caso el enunciado legislativo) que define al término o a la expresión en cuestión pueda ser asumido con un significado distinto por parte de sus diferentes destinatarios. Por lo demás, el lenguaje natural se encuentra por su propia estructura (la utilización del lenguaje natural en contextos y con propósitos diversos obliga a que sus elementos resulten plurívocos) inevitablemente condenado a resultar indeterminado. Tampoco pueden eliminar la referida indeterminación los términos asumidos como propios del lenguaje técnico jurídico, de los que como mucho se podrá decir que garantizan un menor margen de indeterminación en el seno de la comunidad de juristas, sin que ello impida, no obstante, que se les puedan superponer, con las consiguientes implicaciones en orden a la imprecisión de su significado, las «más o menos artificiosas construcciones dogmáticas de los intérpretes»¹⁴, sean o no sean éstos profesionales del derecho.

En cualquier caso, la mayor o menor elasticidad con que pueden ser asumidos los términos de los tres primeros tipos que integran los enunciados jurídicos por parte de los diferentes receptores del lenguaje legislativo, responde a circunstancias en última instancia incontrolables, lo que no exime en modo alguno al destinatario del derecho del deber de observar todas las reglas y procedimientos arbitrados para garantizar la mayor fidelidad a la voluntad expresada por el legislador. Así, el seguimiento de las reglas gramaticales, la ubicación en el contexto espacio-temporal de la formulación del enunciado, su consideración en el marco del sistema jurídico global, la apreciación de los diferentes datos relativos al conocimiento del derecho, la eliminación de significados comunes del término que la consideración global del supuesto pudiera convertir en extravagantes, etc.

Con respecto a los conceptos jurídicos indeterminados, la situación es distinta. Ya no se trata de observar las reglas atinentes a la asimilación de los términos del enunciado jurídico en el modo pretendidamente determinado por el legislador, puesto que lo que éste pretende es, precisamente, dejar indeterminado el contenido semántico de los mismos. El destinatario del derecho dispone de (está obligado a poner en acción) una mayor capacidad de intervención en la determinación del significado de tales términos, en la medida en que se le exige imperativamente que sea él el que proceda a la referida determinación. Pero esto no redundará tampoco en su mayor discrecionalidad al efecto, porque como tal destinatario de los enunciados jurídicos viene también obligado a asumir las reglas inherentes a la formulación

¹⁴ GUASTINI, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 346.

correcta del contenido semántico de los conceptos jurídicos indeterminados. Así, frente a la extendida consideración de su utilización como «una verdadera delegación al intérprete del poder de elaborar una norma jurídica de manera relativamente libre»¹⁵ se acrecienta la necesidad de extremar las medidas de control para que una técnica surgida con la intención de permitir la mejor adaptación de la decisión jurídica a las exigencias que impone la ubicación del problema en un determinado entorno histórico cultural no pueda degenerar en la institucionalización del más puro arbitrio irracional en la solución de los problemas que presenta la vida social.

2.2 La regulación del contenido semántico de los conceptos jurídicos indeterminados

El destinatario del derecho resulta, como vemos, liberado del deber de asumir (de poner todos los medios adecuados para asumir) los términos del enunciado jurídico en el significado pretendidamente determinado por el legislador, pero no del deber de someterse a la ley y a las reglas y procedimientos que permiten la mejor determinación del contenido semántico de los términos cuya concreción de significado le viene directamente encomendada por el propio legislador.

Cierto es que este sometimiento no va a poder eliminar la inseguridad de su aplicación, auspiciando situaciones en las que el destinatario del derecho puede verse ciertamente sorprendido por una interpretación superior autorizada de signo diverso¹⁶. Pero cuando menos garantiza la vigencia del respeto al ordenamiento jurídico (al sentido general del ordenamiento jurídico) contribuyendo la común cultura jurídica que traducen las reglas y procedimientos apuntados a una significativa reducción del nivel de incerteza en que pudiera verse sumido el individuo ante la falta de precisión de los conceptos utilizados por el legislador. El problema radica entonces en la identificación de tales reglas y procedimientos, pudiendo identificarse al menos tres tipos diferentes que reconoceremos como respuestas objetivista, finalista e intersubjetiva.

¹⁵ CÔTE P. A., «Fonction législative et fonction interpretative: conceptions théoriques et leurs rapports», en Paul Amsélek (volume publié sous la direction de), *Interprétation et Droit*, Emile Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 98.

¹⁶ HART, H., *El Concepto de Derecho*, traducción de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 164-165, señala en este sentido que, conforme a esta técnica, a los individuos «se les exige que se adecuen a un estándar variable *antes* de que haya sido definido oficialmente, y puede ser que sólo lleguen a enterarse *ex post facto*, por conducto de un tribunal, y cuando ya lo han violado, cuál es, en términos de acciones u omisiones específicas, el estándar que ellos deben observar; cuando las decisiones del tribunal son consideradas como precedentes, la especificación del estándar variable contenido en ellas se asemeja mucho al ejercicio de la potestad de elaborar reglas delegadas en un cuerpo administrativo, aunque hay también diferencias obvias».

2.2.1 *La respuesta objetivista*

La respuesta objetivista encuentra sus exponentes más genuinos en los autores que se adscriben a las tesis del iusnaturalismo ontológico que, al integrar al derecho natural en el propio orden jurídico, se remiten a sus preceptos para configurar definitivamente el significado de los conceptos jurídicos indeterminados: teniendo claro el contenido normativo y el carácter jurídico del derecho natural, el significado de las nociones indeterminadas que pueblan los textos jurídico-positivos no planteará mayores problemas, se resolverá en la interpretación sistemática de las reglas de derecho natural y de derecho positivo. Las tesis objetivistas experimentan un curioso resurgimiento en algunas de las principales doctrinas antiformalistas que florecieron en el umbral de nuestro siglo. Así, por ejemplo, tanto François Gény en su obra *Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo* (1899), quien reproducirá sus argumentos ampliando su exposición posteriormente en *Ciencia y técnica en derecho privado positivo* (1914-1924), como Eugen Ehrlich con su obra *Libre investigación jurídica y libre ciencia del derecho* (1903) sostienen la posibilidad de obtener una respuesta jurídicamente correcta cuando las fuentes formales resultan insuficientes para ello (y, desde luego, la presencia de conceptos jurídicos indeterminados es un claro ejemplo de insuficiencia), acudiendo a procedimientos de libre investigación jurídica que incluyen la consideración de elementos objetivos, como la naturaleza de las cosas, la organización política, la organización económica, etc.¹⁷

En nuestros días, la tesis de la unidad de solución correcta ha encontrado un lúcido exponente en la teorización objetivista de Ronald Dworkin, quien al conectar explícitamente las exigencias éticas al sistema constitucional, con la consiguiente realización de los derechos individuales frente a otras consideraciones ajenas que pudieran amenazar su vigencia, posibilita la aplicación de las reglas morales que presiden al orden jurídico a la solución de los casos difíciles¹⁸, soslayando las dificultades que entraña la propia indagación del principio fundamental que informa la decisión jurídica correcta en los

¹⁷ Conviene, en cualquier caso, subrayar que, aunque las fechas de publicación de las monografías de François Gény y Eugen Ehrlich específicamente dedicadas al estudio de la libre investigación jurídica pudieran dar a entender la existencia de una prioridad temporal de la tesis del primero sobre la del segundo, lo cierto es que buena parte de los argumentos que expuso Eugen Ehrlich en 1903 estaban ya avanzados en su trabajo sobre las lagunas jurídicas (*Über Lücken im Recht*), publicado en 1888, esto es, un año antes de la publicación del Método de François Gény. Véase al respecto ARA PINILLA, I., «La función de la *Libre Recherche Scientifique* en la interpretación del derecho», en AA. VV., *Homenaje al Profesor Antonio Fernández Galiano*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1995, pp. 83 ss., espece. pp. 90-93.

¹⁸ Así, en particular, DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, traducción al castellano de M. Gustavino, Editorial Ariel, Barcelona, 1984.

diferentes casos¹⁹ al anteponer el enunciado de la respuesta jurídica correcta a una demostración de la misma de carácter universal²⁰. Podría en este sentido decirse que nos encontramos ante «la respuesta correcta indemostrable»²¹.

2.2.2 *La respuesta finalista*

Entienden los defensores de las tesis finalistas que el problema que plantea la indeterminación de los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho positivo se resuelve acudiendo a la consideración del objetivo o finalidad a cuya realización se instrumentaliza en cada caso el propio concepto jurídico indeterminado. Así, nociones como las de debida diligencia, buenas costumbres, etc., recibirán un contenido u otro según cual sea el particular fin que las rige. La tesis finalista fue tempranamente expuesta en nuestro país en el análisis del tema de la discrecionalidad de las potestades administrativas que realizó Eduardo García de Enterría en su trabajo *La lucha contra las inmunidades del poder* (1962). En él sostenía que «el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación, que ha de atenerse, necesariamente... al sentido jurídico preciso que la ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea sólo una, al concepto jurídico indeterminado que su precepto emplea»²². Distingue en este sentido García de Enterría la indeterminación de los enunciados de la indeterminación de sus aplicaciones asumiendo que la primera no puede derivar en un principio de libertad para el órgano decisor²³ que en

¹⁹ DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, traducción de Claudia Ferrari, Editorial Gedisa, Barcelona, 1998, p. 161, sortea el problema indicando que la integridad «alienta al juez a ser imaginativo y amplio en su búsqueda de coherencia con el principio fundamental».

²⁰ Resulta ciertamente expresivo DWORKIN, R., *op. ult. cit.*, p. 12, cuando señala que: «También durante años me he opuesto a la afirmación del positivismo de que no puede haber respuestas correctas a preguntas legales polémicas, sino respuestas diferentes. E insistido en que en los casos más difíciles la razón y la imaginación deben buscar las respuestas correctas. Algunos críticos pensaron que me refería a que, en estos casos, una respuesta podía resultar correcta para la satisfacción de todos; sin embargo, desde el principio insistí en que no era eso a lo que hacía referencia, el hecho de que tengamos razón para pensar que una respuesta es correcta es diferente del hecho de poder demostrar que es correcta».

²¹ TOSTA, M. L., *El derecho como prudencia*, Vadell Hermanos Editores, Valencia, Venezuela, 2003, p. 116.

²² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pp. 36-37.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.-FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 2002, p. 459: «La indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, los cuales sólo permiten una unidad de solución justa en cada caso a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición».

todo caso se encuentra vinculado por la necesidad de determinar a través de «juicios disyuntivos» la presencia o no del supuesto aludido por el concepto jurídico indeterminado²⁴. Aun no resultando asumible en todos sus puntos la tesis de Eduardo García de Enterría²⁵, en particular en la contraposición que plantea entre la discrecionalidad y el uso de conceptos jurídicos indeterminados²⁶, lo más significativo de la misma es la caracterización del proceso de aplicación de dichos conceptos como un proceso reglado²⁷ en el que la realización del fin que el ordenamiento jurídico les adscribe operará siempre como último elemento determinante de su significado²⁸.

Los conceptos jurídicos indeterminados se encuentran en las tesis finalistas atrapados por el fin que preside su incorporación al ordenamiento jurídico, impidiéndose de este modo adscripciones de

²⁴ *Ibidem*, p. 460.

²⁵ IGARTUA SALAVERRÍA, J., «Única solución correcta y conceptos jurídicos indeterminados», en Carla Faralli-Enrico Pattaro (editors), *Reason in Law*, Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15, december 1984, Volume Two, Giuffrè Editore, Milano, 1988, pp. 321-331, espece. pp. 325 y ss., vislumbra en su concepción dos teorías distintas referencialista y nominalista respectivamente que entiende no conciliables del todo.

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.-FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, cit., pp. 460-461, refieren la distinción en los siguientes términos: «La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o si se prefiere entre indiferentes jurídicos porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.) no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada no obstante su imprecisión de límites con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido que el concepto jurídico indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional».

Aun admitiendo que el concepto jurídico indeterminado pudiera encontrar una referencia normativa más directa que la potestad discrecional, entendemos que tal referencia normativa se da en los dos supuestos, porque también la potestad discrecional supone una remisión al intérprete para que ejerza su posible libertad de acción en los márgenes estrictamente precisados por la ley y en conformidad con el sentido general del ordenamiento jurídico. En este sentido entendemos que la acentuación de las diferencias entre los dos supuestos corre el peligro de ocultar la remisión que el concepto jurídico indeterminado impone a sus destinatarios a la hora de colmar su contenido y de difuminar el sentido general que tiene el poder discrecional, como cualquier otro poder jurídico, de actuar conforme a los elementos reglados que dispone el sistema jurídico, lo que por otro lado parece tener muy en cuenta García de Enterría en su propia identificación del fin como elemento reglado del ejercicio de las potestades discrecionales.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, cit., p. 37.

²⁸ Aunque García de Enterría perfila prioritariamente la idea del fin como elemento reglado del ejercicio de los poderes discrecionales, es evidente que su operatividad con vistas a la identificación del contenido adscribible en los diversos supuestos a los conceptos jurídicos indeterminados ha de mantenerse igualmente incólume.

contenido que pudieran alterar la función que el propio legislador les atribuye. Son, en definitiva, conceptos cuya indeterminación semántica se encuentra llamada a extinguirse en el momento en el que quien realiza la aplicación del derecho (bien se trate de una aplicación individual o judicial) los considera en su globalidad, como conceptos orientados a un fin concreto, que, por lo demás, ha de conjugarse también con el resto de los fines del ordenamiento jurídico en su conjunto.

2.2.3 *La respuesta intersubjetiva*

La adopción de la perspectiva intersubjetiva lleva a considerar que el juez debe interpretar el contenido normativo de las nociones jurídicas indeterminadas a la luz de la conciencia social de su tiempo, tras realizar la correspondiente indagación sociológica acerca del significado que la mayoría de los miembros de la comunidad jurídica atribuye al concepto en cuestión en el momento preciso en que se plantea el problema que requiere la solución judicial. La remisión al juego de las mayorías y las minorías lleva consigo la mayor o menor determinabilidad del concepto en función de que el significado correspondiente sea asumido por una mayoría muy cualificada o no tan cualificada de la población, pero ello no obsta a que, cualquiera que sea la cualificación de la mayoría, siga siendo esa misma mayoría la que determina el contenido normativo del concepto y, por ende, el del precepto en el que se ubica.

Los problemas que pueda comportar la puesta en marcha de este procedimiento no merman en absoluto su consideración como el procedimiento democrático por excelencia, que permite una mejor adecuación entre el contenido de las disposiciones jurídicas que incorporan los conceptos jurídicos indeterminados y el sentir general de sus destinatarios, que en última instancia son los más interesados en que el orden jurídico satisfaga de manera adecuada sus intereses y expectativas. La hipotética vulneración de los derechos de la minoría que pudiese ocasionar el colmado de los conceptos jurídicos indeterminados conforme a este procedimiento se resuelve a través de los medios que las propias democracias disponen para garantizar los derechos de quienes sostienen actitudes minoritarias, pudiendo en este sentido reformularse la respuesta intersubjetiva en un sentido democrático real como el procedimiento que remite la solución al problema del contenido de los conceptos jurídicos indeterminados al sentir mayoritario del grupo social que constituye su ámbito de aplicación, previniendo que las operaciones que les son inherentes no puedan tampoco derivar en una afectación de los derechos de las minorías, esto es, de aquellas situaciones que el propio grupo social quiere mantener en cualquier caso a salvo de las decisiones puntuales que él mismo pudiera adoptar.

2.2.4 Consideración global de las respuestas ofrecidas

Las tesis objetivistas adolecen en mi opinión de los mismos inconvenientes que presenta su más acreditado exponente, el iusnaturalismo ontológico, esto es, la dificultad para estimar como derecho aplicable al derecho natural, lo que las hace difícilmente adecuadas, al menos en su interpretación más radical y ortodoxa, para la solución del problema que nos ocupa.

Desde otra óptica, la solución finalista, que resultaría perfectamente apropiada en principio, incurre normalmente en el defecto de recursividad al remitir a la idea de fin, siendo así que la propia referencia semántica del fin de que se trate suele resultar igualmente indeterminada, y que, de hecho, en ocasiones no resulta tampoco fácil identificar el fin concreto que persigue el enunciado normativo que incorpora el concepto jurídico indeterminado en cuestión. La confluencia de diferentes enunciados normativos que pudieran responder a un propósito común contribuye sin duda a disminuir las dosis de incerteza que ofrece la remisión al fin de los conceptos jurídicos y de los enunciados normativos que los incorporan, pero difícilmente puede llegar a eliminarla por completo²⁹. La identidad de razón que guía en general los procesos de interpretación y aplicación del derecho (de manera especial en relación a la aplicación analógica de los preceptos jurídicos) constituye desde luego un instrumento útil para la mejor determinación de la referencia semántica de los conceptos jurídicos indeterminados, pero nos remite a su vez a las dificultades que conlleva también conocer en qué casos tiene efectivamente lugar.

A su vez, el criterio intersubjetivo queda también descartado en principio como criterio para definir la respuesta jurídica correcta en la medida en que comporta en sí mismo una petición de principio: el carácter democrático del ordenamiento jurídico. Y es que conviene tener presente que, por más que el principio democrático constituya en nuestra opinión el único criterio legitimante de los ordenamientos jurídicos, no todos ellos responden, por desgracia, a las exigencias que le son inherentes. Vistas así las cosas, la asunción del criterio intersubjetivo implicaría la intromisión de una entidad no jurídica, como ciertamente son la moral o el principio de legitimidad, en una cuestión estrictamente jurídica, como es la determinación, una vez superados los problemas interpretativos que presentan los preceptos jurídicos, de la respuesta jurídica correcta; implicaría, en definitiva, incorporar un elemento que no tiene carácter jurídico a la solución de

²⁹ HART, H., *El Concepto de Derecho*, cit., p. 161, refiere la cuestión señalando que: «Cuando el caso no contemplado se presenta, confrontamos las cuestiones en juego y podemos entonces resolver el problema eligiendo entre los intereses en conflicto de la manera más satisfactoria. Al hacerlo habremos hecho más determinado nuestro propósito inicial, y, de paso, habremos resuelto una cuestión sobre el significado que, a los fines de esta regla tiene una palabra general».

un problema que, en sí mismo, requiere una respuesta estrictamente jurídica.

La desestimación de los tres criterios aludidos no deriva, sin embargo, en la imposibilidad de dar una solución adecuada al tema que nos ocupa. Por el contrario, el camino para resolver el problema pasa, en cierto sentido, por una conjugación de tales criterios. Y es que la clave va a radicar en un concepto tan querido al objetivismo jurídico como el de principios del sistema que, en su general configuración intersubjetiva, va a referir los objetivos y finalidades del orden jurídico.

La idoneidad de esta tesis ha sido criticada entre nosotros por Luis Prieto Sanchís precisamente por resultar también recursiva al no poder precisar un criterio fijo que permita conocer cuáles son los principios del sistema y, cuál es, en los supuestos de colisión de principios, el peso específico que corresponde a cada uno de ellos³⁰. Creo, sin embargo, que esta objeción puede ser superada si partiendo de la idea de que el conjunto del sistema jurídico se funda en «asunciones axiológicas comunes»³¹ se identifican como principios del sistema a los que el propio orden jurídico instituye, en definitiva, si se adopta un criterio de determinación autorreferencial. Así, por ejemplo, en un sistema democrático, que expresamente se autodefina como tal, la tesis de los principios conduciría directamente al criterio intersubjetivo. Es lo que sucede en nuestro ordenamiento, que define paradigmáticamente como objetivo general expresamente constitucionalizado a la realización del valor superior que representa la justicia. En consecuencia, el juez se verá obligado a interpretar finalistamente los conceptos indeterminados atribuyéndoles el contenido normativo que se adecua a la realización del ideal de justicia que el propio sistema vincula, en el mismo artículo 1.1 de la Constitución, con el Estado democrático, lo que derivará, a su vez, en la necesidad de la realización del análisis sociológico que caracterizaba a la asunción del criterio intersubjetivo.

Claro está que nada impide que nos podamos encontrar ante un ordenamiento jurídico democrático que no se autoproclame como tal, es decir, ante un ordenamiento jurídico implícitamente democrático. Pero ello no conllevaría ninguna alteración de lo que hemos indicado en relación a los ordenamientos expresamente democráticos: la falta de definición del sistema no le impide al juez captar en la propia regulación jurídica la presencia de las instituciones básicas (elecciones libres y periódicas, reconocimiento de los derechos fundamentales, etc.) que permiten calificar a un ordenamiento jurídico como democrático.

³⁰ PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, pp. 93 ss., espece. pp. 122-127.

³¹ WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, traducción de Arantxa Azurza, revisión de Juan Igartua Salaverría, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 45.

El problema realmente grave surge cuando nos enfrentamos a un ordenamiento jurídico que desde ningún punto de vista, ni expresa ni tácitamente, puede reconocerse como democrático. En estos execrables supuestos la lógica de la regla autorreferencial llevaría a resolver los problemas de indeterminación semántica de las normas con arreglo a criterios autoritarios (la voluntad del dictador, la represión de la libertad, etc.) prescindiendo por completo del anhelado criterio intersubjetivo. Claro está que también se puede luchar contra el derecho injusto inaplicándolo, y que una forma de inaplicarlo es atribuir a sus conceptos jurídicos indeterminados un contenido normativo que contradiga a los principios del sistema. Operar así es no sólo legítimo sino moralmente obligatorio, pero ello no nos debe impedir ser conscientes de que al hacerlo nos estamos situando al margen del sistema jurídico que rechazamos.

Una cosa es la descripción de un determinado sistema de enunciados jurídicos, que necesariamente habrá de contar con los distintos elementos que lo componen, entre los que destacan los conceptos jurídicos indeterminados por su idoneidad para proporcionar la elasticidad que requiere la adecuación del ordenamiento jurídico a los casos concretos que se presentan al ciudadano en general para su acomodación al modelo normativo y al juez para el correspondiente dictado de la decisión jurídica que pueda considerarse conforme a derecho, y otra muy distinta la posición que los distintos destinatarios del derecho (el ciudadano en general y el juez) hayan de adoptar en relación al referido ordenamiento jurídico. Y es que para rechazar e incluso desobedecer a un determinado sistema jurídico no es en absoluto imprescindible desnaturalizar el sentido de los elementos que lo componen proporcionándoles una configuración extraña al propio sistema jurídico. Basta simplemente con desacralizar el deber general de sometimiento a la ley (y, con ella, a sus diferentes elementos entre los que se encuentran los conceptos jurídicos indeterminados) reconociendo las insuficiencias del ordenamiento jurídico en cuestión como representación de los valores que han de guiar nuestra existencia.

Al fin y al cabo, la mejor manera de enfrentarse a una realidad insatisfactoria (los ordenamientos jurídicos de corte no democrático en este caso) es tenerla muy presente en su configuración real, por muy reprobable que ésta nos pudiera resultar, *no manipular su identidad hasta hacerla irreconocible*. Difícilmente se pueden emitir juicios críticos adecuados sobre una realidad deformada. La realidad no va a cambiar por muy complaciente que sea la mirada que sobre ella se proyecte. La coherencia con nuestro sistema de valores nos puede llevar (nos ha de llevar) a relativizar el respeto a los ordenamientos jurídicos ilegítimos, promoviendo llegado el caso actitudes de desobediencia al derecho (para lo cual la manipulación de los conceptos jurídicos indeterminados por parte de sus destinatarios constituye, desde luego, un instrumento altamente operativo), pero en ningún caso a desfigurar el sentido real del ordenamiento jurídico como tal

ordenamiento no democrático, entre otras cosas porque es este mismo sentido real del ordenamiento jurídico el que nos legitima para manipular los conceptos jurídicos indeterminados al servicio de un ideal bastante más elevado que la observancia ciega y fiel de la voluntad que el legislador de turno haya podido dejar reflejada en los distintos enunciados jurídicos con que han de vérselas los destinatarios del derecho.

3. CONCLUSIÓN

La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados remite al receptor del enunciado jurídico para que determine su contenido de significado. El legislador realiza voluntariamente esta remisión cuyo objetivo es dotar a los sistemas jurídicos de la suficiente elasticidad para acomodar las reglas jurídicas a las cambiantes circunstancias que definen el contexto de su aplicación. Pero esta remisión a la intervención judicial no puede derivar en una respuesta absolutamente discrecional que prescinda de los elementos reglados de la decisión jurídica. Por el contrario, la respuesta del juez se encuentra siempre vinculada a los procedimientos arbitrados para garantizar el sometimiento del juez al orden jurídico, también en la conformación del significado de los conceptos jurídicos indeterminados. Tales procedimientos admiten al menos tres formulaciones: *a)* la respuesta objetivista que propugna la determinación del contenido de significado a la luz del sentido general del orden jurídico superior, *b)* la respuesta finalista que entiende que la realización del fin que el sistema jurídico adscribe a los conceptos jurídicos constituye el último elemento determinante de su significado, y *c)* la respuesta intersubjetiva que considera que el juez debe interpretar el contenido normativo de las nociones jurídicas indeterminadas conforme a la conciencia social del momento de la aplicación de la norma.

Se propugna la adopción de un criterio que conjugue puntualmente las exigencias de las dos últimas respuestas en la fórmula de la determinación del significado a la luz de los principios del sistema jurídico en cuestión. Entendemos a este respecto que han de ser tajantemente separados el problema de la legitimidad o ilegitimidad de la obediencia a un determinado sistema jurídico del problema de la consistencia del propio sistema jurídico, uno de cuyos elementos primordiales será desde luego el uso de los conceptos jurídicos indeterminados que ineludiblemente habrán de integrar los ordenamientos jurídicos. La integración de estos conceptos jurídicos nos permitirá evaluar los niveles de legitimidad del ordenamiento jurídico en cuestión asumiendo las consecuencias correspondientes en orden al respeto que nos haya de merecer el sistema y a la posibilidad de contraponer nuestros modos de actuación al tenor más o menos elíptico de sus prescripciones.

Sobre la Antropología jurídica en España a finales del siglo XIX y comienzos del XX. De la extravagancia del centauro a la soledad del unicornio

Por JOSÉ CALVO GONZÁLEZ
Universidad de Málaga

«Y Tesalia era la tierra de Aquiles, y de allí vinieron los Iaphites; y se dice que ellos fueron los primeros en domesticar caballos, poniéndoles bridas y montando en sus lomos; caballo y hombre parecían un solo cuerpo, por eso fueron llamados *centauri* los jinetes de Tesalia, como dice Isidoro en el libro undécimo, tercer capítulo, sobre los portentos»¹

*Unicornio de la ausencia*²

Introducción: morfología del portento

Ambroise Paré (c. 1509-1590), con título de maestro en cirugía y autor de la obra que en 1575 llevó el de *Des Monstres*, refiere como ejemplo de la confusión y mezcla del semen de los sodomitas y ateos que, contra la ley de Dios y *contra natura*, se aparean y alivian con animales, el nacimiento de seres repugnantes y muy horribles de ver y de comentar, cuya figura resulta mitad de bestias y mitad humana. Fenómeno, éste, desdichado y abominable que, por lo demás, también sucede con el hombre o la mujer que cohabitan con las bestias e igual-

¹ *On the Properties of Things. John Trevisa's Translation of Bartholomaeus Anglicus De Proprietatibus Rerum. A Critical Text*, Clarendon Press, Oxford, 1975, 2 vols, cita vol. II, 816 (lib. XV, cap. 158)

² GARCÍA LORCA, Federico, *Romancero gitano* (1928).

mente se repite cuando son brutos de distintas especies quienes copulan, e incluso entre las cosas inanimadas que están en el reino vegetal. De todas esas atroces y repulsivas uniones, promovidas en la lujuria, sostenía Paré, se conciben y engendran monstruos detestables, ante los que su pudor moral y buen gusto le inclinaba a la renuncia de extensa y menuda lista de los mismos, bastándole describir la desgracia de sólo algunos casos o hartos conocidos o ya por otros muy documentados³. En esa omitida colección tan espantable y terrible habría seguramente que ubicar al *centauro*, de mucho antes mencionado por la Mitología y los *Physiologi*, a medias hombre y caballo.

Pero no tengan congoja. Hoy el tema se anuncia distinto al de los horrores de la zoología fantástica, aunque bien podría haber tenido ocasión a serlo. Suficientes especímenes existen catalogados en la historia de la cultura jurídico-política desde el palmípedo sin plumas de Platón, pasando por la Hybris, hasta llegar al Behemoth y Leviathan, y aun pudiendo persistir en el descubrimiento, desde luego no reciente y ciertamente infeliz, de la singular especie de un *animal more geometricus* a que se presta continuar en *short story* el más allá de *The End of History and the Last Man*, de Francis Fukuyama. V. gr.: Se recorre un largo camino. Aparece al fin una casa blanca. Cuentan que allí habita un hombre con cabeza pentagonal.

Con todo, no siendo las ensoñadas zoologías de los *Bestiarios* las que aquí me convocan, tampoco cabe el completo consuelo de venir a despertar en la realidad. Con motivo decía Borges que «la zoología de los sueños es más pobre que la zoología de Dios»⁴. Y es por eso quizás que la Antropología jurídica, presentando una índole centáurica, no me parece al cabo tan bestial. Así pues, voy a hablarles de la extravagancia de ese potro con cabeza humana al que la taxonomía científica ha colocado el marbete de *Antropología jurídica*.

Inquietante extravagancia del centauro

Una inquietante extravagancia, propia de la condición de raro engendro, caracterizaría a la Antropología jurídica. Pero el que a ésta se la perciba y entienda así, como anomalía, puede que obedezca a diversas causas. La principal a mi criterio se capta en la zozobra que a la mentalidad científica moderna produce la presencia de estados de simultaneidad. El pensamiento científico de la modernidad se desarrolla a través de una labor que, siempre a impulso de un sostenido y tenaz esfuerzo por establecer grupos homogéneos y formular nítidas categorías, se dirige a demarcar y compartimentar ámbitos de descrip-

³ PARÉ, Ambroise, *Monstruos y prodigios*, Introd., trad. y notas de I. Malexcheverría, Eds. Siruela, Madrid, 1987, pp. 64 ss.

⁴ BORGES, Jorge Luis-GUERRERO, Margarita, *Manual de zoología fantástica*, FCE, México, 1980, (3.ª reimp.), cit. al pról. p. 8.

ción y análisis exclusivo. Al realizar una proposición de identidad ese mismo afán de clasificacionismo hiperracionalista hace difícil tolerar el empleo de otra lógica diferente, una lógica alternativa, a la basada en la exclusión de los contrarios. De ahí, también, su renuencia a mantener espacios fronterizos desde los que se vislumbren dominios desocupados, esto es, a no permitir la existencia de reinos deslocalizados donde sea posible un universo de intercambios. Operando con la lógica del principio de contradicción se disuelve de la percepción plural del mundo, es decir, el polimorfismo, metamorfismo o heteromorfismo capaz de integrar, por trasgresión (*contra natura* o *praeter natura*), lo conformado desde órdenes «naturalmente» opuestos. La ideología de la Ciencia dura, la idiosincrasia de su forma mental si lo prefieren, reza como *reductio ad unum*, y todo lo más, luego de algunas necesarias transacciones históricas, o mejor diría de ciertos buenos propósitos de ecumenismo, como *coordinatio ad unum*. El mundo científico está sostenido, quién puede dudarlo, en el gran relato judeocristiano de la ortodoxia. Se desasosiega, cuando no es que postula un abierto rechazo y firme condena, frente a la falta de equivalencia de algo consigo mismo. La heterodoxia de lo extraño, lo inusual, lo diverso, vaya de la *media hominis specie* a la promiscuidad de identidades, se tilda de escándalo y se tacha de error. Si anteayer toda confrontación en la uniformidad de los universales arrostraba sentido de culpa, pecado, tabú o delito sexual, ayer y todavía hoy cualquier intento de superar el universalismo uniformante mediante interdisciplinariedad se convierte en el ejercicio evolucionista de una inquietante extravagancia, en una *paradoxa* científica.

He utilizado la expresión evolucionista. Su empleo no ha sido casual ni puramente ingenuo. Cuando Henry Sumner Maine (1822-1888), a quien se tiene por fundador de la disciplina que hoy presentamos como Antropología jurídica, escribe el año 1861 su conocido *Ancient Law*⁵ han transcurrido, como señala Gumersindo de Azcárate y Menéndez (1840-1917) en el prólogo a la traducción española de aquella en 1893⁶, apenas quince meses de la aparición de *The Origin of Species* (1859), de Charles Robert Darwin (1809-1882), la que entre nosotros se traducirá en 1877⁷. Pienso sin embargo que el referir esa proximidad temporal y la equiparación entre lo aportado a la esfera de la historia del

⁵ SUMNER MAINE, Henry, *Ancient Law*, Murray, London, 1861. Reimp. en ed. de L. Rosen, University of Arizona Press, 1985.

⁶ SUMNER MAINE, Henry, *El Derecho Antiguo*, trad. de A. Guerra, pról. de Gumersindo de Azcárate, Tip. de Alfredo Llano, Madrid, 1893, 2 vols, cit. vol. II. Reimp. Edit. Civitas, Madrid, 1994, 2 vols. Vid. también recensión del institucionalista José Manuel Pedregal y Sánchez Calvo (1876-1948), «*El Derecho antiguo y la Costumbre primitiva, por Sir H. Sumner-Maine*», en *Revista de Derecho y Sociología*, I, junio, 1895, pp. 734-735.

⁷ DARWIN, Charles, *Origen de las especies por medio de la selección natural o conservación de las razas en su lucha por la existencia*, trad. de la 6.ª ed. inglesa por E. Godínez, Imp. José del Perojo, Madrid, 1877.

derecho por la nueva obra con el novedoso valor de paradigma científico introducido en el campo de la investigación física y biológica por la doctrina positivista del darwinismo, aprovechó de poco a la germinal Antropología jurídica española, y hasta puede que redundara confunde.

Si merece quedar explicado el porqué se ha de señalar en primer lugar que la recepción de Darwin en España fue entre los historiadores del derecho, si la hubo, insignificante⁸ (habría que indagar la razón), ocasionando así que entre ellos el interés antropológico jurídico por vía de evolucionismo nunca llegara a despertar.

Y no obstante, resulta lo más curioso comprobar que buena parte de la inquietante extravagancia que se imputa a la Antropología jurídica proceda en asegurar una extraña hibridación, justamente, con la historiografía jurídica, siendo además que la antropología evolucionista atenta a abordar lo jurídico como materia de transformación y desarrollo social apenas encontró eco, y en el mejor de los casos sólo superficial y aisladamente, mas que a través de la Sociología. En ese ámbito de las ciencias sociales y durante el inicio mismo de la recepción en España del evolucionismo darwinista es dable, en efecto, descubrir alguna huella entre cultivadores como Pedro Estasen y Cortada (1855-1913), pero tan débil y pasajera que su rastro se pierde y desaparece del todo luego de su propio paso. Estasen postularía en *Noción del Derecho según la filosofía positiva* (1877)⁹ que la función desempeñada por las leyes de la selección, herencia y adaptación en la evolución natural equivale en la evolución social, conforme a condiciones y facultades morales, a los mecanismos de lucha, supervivencia y variabilidad en el desenvolvimiento de las instituciones jurídicas presentes ya desde el propio derecho a la vida como derecho inherente a los mejor adaptados, de forma que alcanzar la organización jurídica más apta, entendida como la dotada del mejor sistema de sanciones, permitirá asimismo transformar la moralidad social.

De cualquier modo, examinando con mayor detenimiento el asunto, la mencionada referencia a teoría positivista transformista, se hace finalmente algo más explicable.

El planteamiento antropológico del Derecho en Maine, y en el propio Azcárate, va construido a partir de una premisa metodológica de

⁸ DE PIETRO COGLIOLO, Así, que había escrito de *La teoria dell'evoluzione darwinista nel diritto privato* (Prolusione detta nell'Università di Comerino il 21 de novembre 1881, Savini, Comerino, 1882), Rafael de Ureña y Smenjaud traducirá (Hijos de Reus, editores de la Imp. Vda. de M. Minuesa de los Ríos, 1889) los *Estudios acerca de la evolución del Derecho privado* (1885), cuyo contenido únicamente en dos o tres caps., y de modo indirecto o lateral, incide sobre puntos relacionables.

⁹ ESTASEN Y CORTADA, Pedro, «Noción del Derecho según la filosofía positiva», en *Revista Contemporánea*, 7, 1877, pp. 505-520, y 10, 1877, pp. 322-347. Cfr. F. GLICK, Thomas, *Darwin en España*, Introd. y trad. de J. M.^a López Piñero, Eds. Península, Barcelona, 1982, pp. 26-27. Vid. también GIL CREMADES, Juan José, *El reformismo español, krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Eds. Ariel, Barcelona, 1969, pp. 221-222 en extensa núm. 1.

raigambre iuscomparivista (*Comparative Jurisprudence*), por lo que si tal inspiración era en el primero fundamentalmente ajena a una buscada intención de conectar a la organicidad biológica y el naturalismo darwinista¹⁰, el rectilíneo espiritualismo del organicismo social del segundo cabalmente impedía en grado absoluto ese entronque. Pero ello no estorba que bien atendido el interés de Azcárate¹¹, por entero manifiesto en determinadas de sus obras, hacia la propiedad colectiva, la costumbre y su convencimiento acerca de la virtualidad del Derecho para evolucionar reformas sociales, ese fondo de preocupaciones y esa misma convicción auxiliaran la apertura de una ruta donde asentir a, y tal vez acoger, las difusas fórmulas ideológicas¹² del darwinismo social.

Del resto, es claro que en España la incipiente Antropología jurídica no pudo hallar otro eventual cobijo académico que el marco de la disciplina, comenzada a impartir entre las asignaturas del tercer ciclo el año 1868 bajo el rótulo de «Legislación comparada», circunstancia que a su vez lógicamente influiría de forma muy caracterizadora el perfil de su identidad. La naturaleza competencial de ese área disciplinar ya adolecía de una compleja mixtura, señalada por el mismo Azcárate¹³ al definirla «de un lado, filosófico-histórica, y, de otro, jurídica», para aún añadir que la composición de la ciencia lla-

¹⁰ Maine suscribe, como antes Savigny, la idea de desarrollo del derecho como organismo, y al igual que aquél (vid. *infra* n., *Sistema de Derecho romano actual*, I, pp. 66 y ss) o el mismo Ihering (vid. *infra* n. *in fine*, *Espíritu del derecho romano en las distintas etapas de su desarrollo*, pp. 22 y 29) adeuda al lenguaje de las ciencias naturales el hallazgo y empleo de brillantes metáforas que le sirven para ilustración. Pero naturalmente la utilización de este recurso sólo admite posible relación con el evolucionismo de inspiración darwinista en su producción posterior. Así, en *Village Communities in the East and West*, MURRAY, John, London, 1871, p. 226, *Dissertations on Early Law and Custom*, MURRAY, John, London, 1883, p. 226, y *Popular Government*, MURRAY, John, London, 1885 p. 171, y hasta la publicación de *Ancient Law* se concertaba al modelo científico clásico o tradicional, es decir, pre-darwinista; v. gr., A. Diamond (ed.), *The Victorian Achievement of Sir Henry Maine*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, ensayos contenidos en las partes I y II. Sobre la fortuna obtenida por algunas de las metáforas empleadas vid. Bernard S. Jackson, «Law and Language: A Metaphor for Maine, A Model for his Successors?», en A. Diamond (ed.), *cit.*, pp. 256-293, en espec. pp. 263-267.

¹¹ Vid. Gumersindo de Azcárate, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa*, Imp. de la Revista de Legislación, Madrid, 1879, 1880 y 1883. Asimismo su pról. a ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael, *Historia de la propiedad comunal*, Imp. J. López Camacho, Madrid, 1890. Además, no se debe pasar por alto el dato de que Darwin pertenecía desde 1876 en calidad de profesor honorario de la Institución Libre de Enseñanza, de la que Azcárate era miembro fundador y presidente de su Junta Facultativa. Cfr. ABELLÁN, José Luis, *Historia crítica del pensamiento español*, Vol. 5-I (La crisis contemporánea. 1875-1936), pp. 98-99 y 152. También lo fue HAECKEL, Ernst, *ibídem*, p. 97.

¹² Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, «El darwinismo social: espectro de una ideología», en Mariano Hormigón (ed.) *Actas II Congreso de la Sociedad Española de Historia de las Ciencias* (1982), Gráficas Navarro, Zaragoza, 1984, t. I, pp. 65-80.

¹³ AZCÁRATE, Gumersindo de, *Ensayo de una introducción al estudio de la Legislación comparada y programa de esta asignatura por...*, Profesor de la Facultad de

mada «Legislación Comparada» «supone necesariamente» así la Filosofía como la Historia del derecho; la una mediante los principios y las leyes que investiga le aportaría «la base y el criterio del juicio que ha de formular», la otra el suministro de «los hechos que han de ser materia de ese juicio». Y todavía más, ya que a la competencia así requerida en su posible encaje con la antropología jurídica, concebida ésta en su dimensión de estudio iuscomparivista de las legislaciones y sistemas jurídicos, aún se sumaba la exigencia de otra nueva doble competencia; a la filosófico-histórica y jurídica, la también competencia doble de quien habría de ser necesariamente a la vez antropólogo social y jurista, aunque sin decidir en la oscilación de la balanza cuánto más hubiera de pesar lo jurídico que lo antropológico, o a la inversa.

Por otra parte, al consignar la idea de «doble competencia» es mi propósito también introducir un sentido más específico, sin por tanto reducirlo al derivado de la necesidad de poseer determinadas pericias cognitivas y seguramente asimismo ciertas particulares habilidades metodológicas. En ese diferente sentido «doble competencia» estaría designando la dificultad de situar y fijar la competencia objetiva de investigación y correspondientes núcleos temáticos, tanto sea respecto de la sede o dominio originalmente ocupado por el Derecho como por la Antropología. Esta acepción de «doble competencia» se representaría en Antropología jurídica como la problematicidad de asignar críticamente el sector de «conocimiento local»¹⁴ *per se* jurídico y en sí mismo antropológico. La malévola intención de este reparo acaba haciendo que lo hasta aquí observado como inquietante extravagancia ni tan siquiera desemboque en una zona devaluadamente interdisciplinar, sino que evolucione como simple «evolucionismo», como ejercicio de equilibrismo, practicando una deambulación semejante a la siempre arriesgada y a veces mortal del volatinero que anda sobre una cuerda o alambre, volteando por el aire, con el vacío a sus pies.

De algunos hombres llamados caballo

Voy a explorar ahora algunos de esos varios «volatines» que en España ejecutaron quienes, para proseguir el símil, habrían de ser llamados hombres-caballo.

De lo observado llego a distinguir dos períodos, repartidos con arreglo a lo que queda a uno y otro lado de la linde del fin de siglo XIX como tres últimas décadas de éste y tres primeras del XX. Para nutrir

Derecho de Madrid, Imp. de la Revista de Legislación, Madrid, 1874, pp. 9-10. Vid. también *Programa de legislación comparada: curso 1897-1898*, Lit. Montserrat, Madrid, 1987.

¹⁴ GEERTZ, Clifford, *Local Knowledge. Fact and Law in Comparative Perspective. Further Essays in Interpretative Anthropology*, Basic Books, New York, 1983.

este dual reparto acudiré únicamente a datos de inopinable relevancia, aunque consciente de que el panorama conformado de ese modo forzosamente se concluye demasiado sumarial.

Por el primer período, que bien podría abarcar los años comprendidos en el último tercio de la centuria, se asiste a una paulatina vía de sugestión hacia la Antropología jurídica ordenada en dos fases sucesivas cuya deriva aprovecha en todo tiempo las técnicas del método comparativo. Así, y muy significativamente a mi entender, auspician el primer tramo de ese camino las traducciones del *Sistema* de Savigny (1878)¹⁵ y *La lucha por el derecho* (1881)¹⁶, de Ihering, a cargo de respectivamente de Jacinto Messía Álvarez y Manuel Poley Poley la una, de Adolfo Posada la otra. La perspectiva antropológico-jurídica que esta matriz historicista prepara debe enfocarse antes que nada desde la común adscripción krausista de los traductores. La segunda etapa, en continuidad de la anterior y también manteniéndose para los traductores la citada filiación doctrinal al krausismo, abraza el tiempo que más se ciñe con el momento finisecular y discurre a partir de la traducción que entre 1889 y 1891 Hermenegildo Giner de los Ríos y Germán Florez Llamas llevan a cabo de la obra de Giuseppe Carle, *La vida del Derecho en sus relaciones con la vida social*¹⁷, así como la que en torno a 1892 realiza Pedro Dorado Montero de Giuseppe D'Aguzzo para su libro *La génesis del derecho civil según los resultados de las ciencias antropológicas e histórico-sociales*¹⁸.

En la conjunción correlativa de todas esas fechas y el solapamiento de ambas fases se traza una trayectoria suficientemente regular que,

¹⁵ SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Sistema de Derecho romano actual* (1840), trad. de M. Ch. Guéneox, trad. del fr. J. Messía y M. Poley, prol. de M. Durán y Bas, Imp. M. Góngora, Madrid, 1878.

¹⁶ IHERING, Rudolf von, *La lucha por el derecho* (1872), trad. de Adolfo Posada y pról. de Leopoldo Alas «Clarín», J. M. Pérez, Madrid, 1881. De este mismo autor, con posterioridad, *Prehistoria de los indoeuropeos*, trad y estudio prel. A. Posada, Vda. e Hijos de M. Tello, Madrid, 1896.

¹⁷ CARLE, Giuseppe, *La vida del Derecho en sus relaciones con la vida social. Estudio comparado de Filosofía del Derecho* (1880), trad. de Hermenegildo Giner de los Ríos y Germán Flórez Llamas, El Progreso Editorial, Madrid, 1889 y 1891, 2 vols.

¹⁸ D'AGUZZO, Giuseppe, *La génesis del derecho civil según los resultados de las ciencias antropológicas e histórico-sociales* (1890), pról. de Gian Pietro Chironi, trad. de Pedro Dorado Montero, La España Moderna, Madrid, S. A. (c. 1892) (Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía, Historia). De este mismo autor, con anterioridad, el trabajo «La eficacia de la escuela positiva de filosofía jurídica» (1891), en *La Nueva Ciencia Jurídica*, 1 (1891), pp. 233-239, y más tarde *La reforma integral de la legislación civil* (1893), trad. de P. Dorado Montero, La España Moderna, Madrid, 1894 (Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía, Historia). Un eco de relativa recepción del positivismo italiano en la dirección iusprivatista se produce en el trabajo que el krausista Manuel Torres Campos (1850-1918) publica bajo el título de «La antropología y el Derecho civil», en *La Nueva Ciencia Jurídica*, I, marzo 1892, t. 3, pp. 137-149; su autor destaca sobre todo el propósito de aunar en lo posible espiritualismo y método experimental positivista.

con relación al período en flecha al fin de siglo, tolera destacar lo siguiente:

a) Las traducciones no conspiran *ex nihilo*, presentando la recepción de los citados textos una intención kraustizante que en sus últimas pretensiones es bastante homogénea.

b) El método priorizado coincide con el estudio comparativo del Derecho como ciencia, aplicándose con mayor dedicación a los sistemas jurídicos antiguos que hacia los contemporáneos¹⁹. En España no se concretaron grandes construcciones teóricas, siendo de volumen mediano las ya recordadas de Azcárate sobre la propiedad colectiva, y contándose también con algún ejemplo de escritor «menor», así Fernando Belmonte Clemente (1841-1890)²⁰, si bien meritorio tanto por ofrecer en su propia evolución intelectual un buen exponente de la internamente experimentada por el krausismo en Andalucía, según fue de la ortodoxia a las posiciones positivistas y protofolcloristas, como por el enfoque en que conduce su trabajo, fechado a 1877²¹, donde combina el estudio de las tradiciones jurídicas esponsalicias en la España visigoda incorporadas a la legislación castellana, con facetas

¹⁹ Vid. además de las obras Maine y Savigny citadas, asimismo la del IHERING del *Espíritu del derecho romano en las distintas etapas de su desarrollo* (1852-1865), aunque en un interés y medida mucho menor que la propia altura de fecha a que se traduce (por E. Príncipe y Satorres, Imp. de la Revista de Legislación, Madrid, 1909; reed. Edit. Comares, Granada, 1998) pone bien de relieve. Acerca de la recepción española de Ihering vid. GIBERT, Rafael, «Jhering en España», en Franz Wieacker-Christian Wollshläger (eds.), *Iherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, 1970, pp. 40-67, y MONEREO PÉREZ, José Luis, «Ihering, ensayo de explicación», Estudio prel. a la citada reedición de 1998, pp. LXXXIX-XC.

²⁰ Sobre Belmonte, que fue docente de Legislación Comparada en la Universidad de Sevilla entre 1868 y 1872, consúltese GESTOSO PÉREZ, José, *Necrológica del señor Don Fernando Belmonte Clemente, escrita y publicada en cumplimiento del acuerdo de la Real Academia Sevillana de Buenas Letras, por Don...*, Académico Numerario, Imp. La Andalucía Moderna, Sevilla, MDCCCXCV; CALVO GONZÁLEZ, José, «Literatura histórico-jurídica. Fernando Belmonte Clemente (1841-1890)», en *Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación*, (Barcelona) 8, 1988, pp. 1731-1740, «Fernando Belmonte Clemente y el paradigma de evolución interna del Krausismo en Andalucía», en *Revista de Fiestas* (Ayuntamiento de Trigueros. Huelva), Enero de 1992, pp. 65-68, «Fernando Belmonte Clemente y el krausopositivismo en Andalucía», en id., enero de 1993, pp. 22-25, y «Fernando Belmonte Clemente, 1841-1890. Una biografía intelectual», Estudio Preliminar a *Colección Belmonte de Cantes Populares y Flamencos*, Diputación de Huelva, 1997, pp. 7-29.

²¹ Vid. BELMONTE CLEMENTE, Fernando, «Bosquejo de las ceremonias y fiestas con que se acostumbraban celebrar los matrimonios en el siglo XII», redactado con ocasión de su ingreso en la Real Academia de Buenas Letras de Sevilla se mantuvo inédito hasta ser impreso por mediación de Alejandro Guichot y Sierra para la *Colección completa de las obras literarias y graficas de Joaquín Guichot y Parody, compilada y anotada por...*, Imp. Artes Gráficas, Sevilla, 1913, t. III, pp. 47-62.

de relieve antropológico como el vestuario de la época, convite, lírica del epitalamio, juegos, cabalgatas, etc.

c) En el orden de las categorías ideológico-jurídicas se asume la tendencia de progresiva recíproca conversión entre el idealismo y el positivismo. Ir más allá, esto es, sostener una convergencia, equivaldría a cohonestar exigencias contrarias, haciendo necesaria la aceptación de consecuencias plenamente inadmisibles. Con la mirada dirigida a una opcional proyección sobre la Antropología jurídica, ciertamente cabe afirmar que entre el evolucionismo orgánico darwinista, aun orillando su objeto fisiológico y peculiar impronta experimental, y el organicismo jurídico del racionalismo armónico, incluso cuando más tintado de positivismo, jamás se produjo la favorable propensión que para la Sociología jurídica se obtuvo con la introducción –en difusión de la que también aparecen como responsables los ambientes krausistas– del evolucionismo más físico y materialista defendido por el positivismo sociológico-organicista de Herbert Spencer²². Tampoco es incontrovertible apreciar como un punto que permanece abierto a la discusión y matizaciones afinar el auténtico alcance que deba reconocerse al grado de confluencia que con el finalismo biológico naturalista de Darwin pudo Ihering mantener según lo expresado en el Prefacio de *El fin en el Derecho*²³.

Desde lo expuesto por estas precedentes (y sinópticas) conclusiones, un nombre en específico usufructúa para con el peyorativo «evolucionismo» de la Antropología jurídica española, representativamente a mi parecer, las valiosas utilidades y beneficios que allí sin

²² Vid. SPENCER, Herbert, *La Justicia*, trad. de P. Forcadell, F. Sempere y Cía. Editores, Valencia, S.A. (c. 1880). Otra ed. posterior, Edit. Prometeo, Valencia, 1890. De ese mismo año también *La España Moderna*, Madrid. Asimismo «Descripción del hombre primitivo», en *BILE*, 16, 1892, 231-233. Una gran parte de la obra de Spencer fue traducida entre nosotros por Miguel de Unamuno. Sobre Herbert Spencer en España vid. NÚÑEZ, Diego, *La mentalidad positiva en España: desarrollo y crisis*, Edit. Tucur, Madrid, 1975, pp. 184-187. Consúltense igualmente en NÚÑEZ ENCABO, Manuel, *Manuel Sales y Feré: los orígenes de la sociología en España*, Edicusa, Madrid, 1976; LAPORTA, Francisco Javier, *Adolfo Posada: política y sociología en la crisis del liberalismo español*, Edicusa, Madrid, 1974, y MONEREO PÉREZ, José Luis, *La Reforma social en España: Adolfo Posada*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

²³ IHERING, Rudolf von, *El fin en el Derecho* (2 t. 1877 y 1883), trad. de Leonardo Rodríguez, Imp. de A. Marzo, Madrid, S. A. (c. 1884). Vid. Prefacio, pp. LXIII-LXIV que conviene leer completas (cit. por la ed. de Comares, Granada, 2000, en trad. de D. Abad de Santillán y con Estudio prel. de José Luis Monereo Pérez, «El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho», pp. VII-LXV). También WIEAKER, Franz, «Ihering y el darwinismo», trad. de M. Saavedra, en *ACFS* 18-19 («Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX»), 1978-1979, pp. 341-370. Parece más bien un exceso afirmar, como HIPPEL, Ernst von, en su *Geschichte der Saatsphilosophie*, Anton Hain, Maisenheim am Glan, 1957, t. II, p. 284, que de la rentabilización en el conocimiento del vocabulario del determinismo biológico Ihering implante en la ciencia jurídica «das Prinzip der Bestialität».

embargo podían reeditarse: Joaquín Costa Martínez (1846-1911)²⁴. Destacaré de su amplísima bibliografía dos líneas investigación, la bio-jurídica y la etnológica, condensadas en cuatro títulos: *Ensayo sobre el Derecho consuetudinario* (1874), también como *La vida del derecho* (1876)²⁵, *Teoría del hecho jurídico individual y social* (1880)²⁶, *Introducción a un Tratado de Política sacado textualmente de los refraneros, romanceros y gestas de la Península* (1881)²⁷ y *El derecho y la coacción en la poesía popular española* (1884)²⁸. El estímulo que de su conjunto pudiera predicarse en Costa como impulso a la Antropología jurídica en España, exigirá asimismo resaltar la condición de krausista independiente y atípico, polivalente, o evolucionado, que siempre le distinguió.

Coincidente en ese signo, y como precursor en acometer una línea de trabajo en etnología jurídica que Costa llevó sobre las formas de la tradición textual en la literatura romancesca culta y popular, debe mencionarse a Manuel Machado Álvarez (1846-1893). Con una significación que dentro del krausopositivismo²⁹ he propuesto denominar

²⁴ Sobre Costa consúltese MAEZTU, Ramiro de, *Debemos a Costa*, Tip. de Emilio Casañal, Zaragoza, 1911; INFANTE PÉREZ, Blas, *La obra de Costa*, Imp. J. Arévalo, Sevilla, 1916; DOMINGO, Marcelino, *Joaquín Costa*, Imp. A. Margo, Madrid, 1926; CIGES APARICIO, Manuel, *Joaquín Costa*, M. Aguilar Editor, Madrid, S.A. y *Joaquín Costa, el gran fracasado*, Espasa-Calpe, Bilbao, 1930; TIERNO GALVÁN, Enrique, *Costa y el regeneracionismo*, Eds. Barna, Barcelona, 1961; LÓPEZ CALERA, Nicolás M.^a, *Joaquín Costa. Filósofo del derecho*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1965; GIL NOVALES, Alberto, *Derecho y Revolución en el pensamiento de Joaquín Costa*, Eds. Península, Madrid, 1965; PÉREZ DE LA DEHESA, Rafael, *El pensamiento de Costa y su influencia en el 98*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1966; FERNÁNDEZ CLEMENTE, Eloy, *Educación y Revolución en Joaquín Costa*, Edicusa, Madrid, 1967; SABORIT, Andrés, *Joaquín Costa y el Socialismo*, Zero, Madrid, 1970; CHEYNE, George J. G., *Joaquín Costa, el gran desconocido. Esbozo biográfico*, Pról. de Josep Fontana, Eds. Ariel, Barcelona, 1972 y TUÑÓN DE LARA, Manuel, *Costa y Unamuno en la crisis de fin de siglo*, Edicusa, Madrid, 1974. Asimismo, GIL CREMADES, Juan José, *El reformismo.. cit.*, pp. 96 y ss., y 240 y ss., y «Joaquín Costa y su Teoría del hecho individual», en *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1986/2, pp. 47 y ss.

²⁵ Inicialmente publicado en diversos núms. de la *Revista de la Universidad de Madrid* entre 1874 y 1876, apareció en ed. reunida como *La vida del derecho*, Imp. de Aribau, Madrid, 1876. La 2.^a ed. (Biblioteca Costa, Madrid, 1914) aparece con pról. de Gumersindo de Azcárate. También, con acento historicista su *Derecho Consuetudinario del Alto Aragón* (1880), que más adelante aparecerá notablemente ampliado en Joaquín Costa *et al.*, *Derecho Consuetudinario y economía popular de España*, Henrich y Cía., Barcelona, 1902, 2 vols.

²⁶ COSTA, Joaquín, *Teoría del hecho jurídico individual y social*, Imp. de la Revista de Legislación, Madrid, 1880.

²⁷ COSTA, Joaquín, *Introducción a un Tratado de Política sacado textualmente de los refraneros, romanceros y gestas de la Península. Poesía popular española y mitología y literatura celto-hispánicas*, Imp. Revista de Legislación, Madrid, 1881

²⁸ COSTA, Joaquín, «El derecho y la coacción en la poesía popular española», en *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, 8, 1884, pp. 371-377.

²⁹ POSADA, Adolfo, *Breve historia del krausismo español*, Universidad de Oviedo, 1981. Vid. también Juan Ramón García Cué, *Aproximación al estudio del krausismo andaluz*, Edit. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 75-105.

como «krausofolclorista», se ocupó Machado intensamente en la labor colectora y de salvamento de las formas de oralidad presentes en la poesía popular de la copla gitano-andaluza, y más en concreto expresadas a través de los cantes flamencos³⁰, habiendo realizado desde su estudio general del cante jondo una contribución de singular alcance antropológico-jurídico al indagar temas de filosofía penal, sistema penitenciario y Administración de Justicia por relación a la «toná» de «carceleras» (cantes de presos)³¹.

En cuanto al segundo período, o sea, aquella parte que sobre el eje finisecular derrama sobre el siglo XX, extendiéndose aproximadamente a lo largo de su primer tercio, sólo el esfuerzo por evitar que la figura de los árboles impida contemplar el bosque permitirá una correcta percepción del mismo. En efecto, es fácil que la excesiva abundancia de detalles reseñables nos oculte el paisaje. Contraeré mejor, pues, el ángulo de visión centrándome preferentemente en las situaciones o factores que se demostraron con capacidad de mantener y prolongar del estado antecedente, y en los que sirvieron a imprimir un nuevo rumbo a la cuestión antropológico-jurídica, ensanchando su horizonte, y acaso alterándola.

Procurando cumplir con ese objetivo no debe faltar en cita ofrecer constancia, siquiera por breve alusión, del fuerte adelgazamiento de

³⁰ Vid. MACHADO Y ÁLVAREZ, Antonio: Demófilo, *Colección de Cantes Flamencos*, Imp. de «El Porvenir», Sevilla 1881 y *Cantes Flamencos. Colección escogida*, Imp. Popular, Madrid, 1886. También MORENO, Isidoro, «El flamenco y los inicios del estudio sobre la cultura popular andaluza», en VV. AA., *Silverio Franconetti. Cien años que murió y aún vive*, Ayuntamiento de Sevilla, Sevilla, 1989, pp. 59-80, ahora en *Andalucía: Identidad y Cultura (Estudios de Antropología Andaluza)*, Edit. Lib. Agora, Málaga, 1993, pp. 107-123 y «Don Antonio Machado Álvarez y la Antropología andaluza», en *La Andalucía de Demófilo*, Soc. Edit. Electa España, Madrid, 1993, pp. 20-29, así como PINEDA NOVO, Daniel, *Antonio Machado Álvarez «Demófilo». Vida y obra del primer flamencólogo español*, Edit. Cinterco, Madrid, 1991. Del mismo Machado igualmente ha de recordarse su traducción de Edward B. Tylor, *Antropología. Introducción al estudio del hombre y la civilización*, El Progreso Editorial, Madrid, 1888 (otras eds. 1912, y Alta Fulla, Barcelona, 1987).

³¹ MACHADO Y ÁLVAREZ, Antonio, «Apuntes para un artículo literario», en *Revista Mensual de Literatura, Filosofía y Ciencias de Sevilla*, T. I, 1870, p. 294-298. Con posterioridad reproducido en *La Enciclopedia* (Sevilla), 2.^a época, año IV, 1880, pp. 246-248, *El Posibilista* (Sevilla), 18 de enero de 1881 y *El Alabardero* (Sevilla), «Variedades. La literatura popular y nuestro sistema penitenciario», 16 de agosto de 1881. También en «Estudios sobre literatura popular», T. V de *El Folk-Lore Español. Biblioteca de Tradiciones Populares*, Lib. F. Fe, Madrid, 1884, pp. 17-26, y como «La justicia y los cantares», en *La Justicia* (Madrid), 30 de septiembre de 1888, e igualmente, «Folk-Lore. Nuestro sistema penitenciario según las coplas populares», en *La Ilustración Universal* (Madrid), 1889, pp. 89-93. Vid. también LÓPEZ ALVAREZ, Juan, *El krausismo en los escritos de Antonio Machado Álvarez «Demófilo»*, Universidad de Cádiz, 1996, y «Copla e ideología en Antonio Machado («Demófilo»)», en Virtudes Atero Burgos (ed.), *El Romancero y la Copla: formas de oralidad entre dos mundos (España-Argentina)*, Universidad Internacional de Andalucía (sede Iberoamericana de La Rábida)-Universidad de Cádiz-Universidad de Sevilla, 1996, pp. 203-219, y CALVO GONZÁLEZ, José, *El Cante por Derecho*, con ilustraciones de Eugenio Chichano, Ayuntamiento de Málaga. Área de Cultura, Málaga, 2003.

interés hacia el análisis antropológico de escala microjurídica que algunos trabajos de naturaleza etnológica habían inaugurado en el período anterior, según lo último de él referido. De todo el arco temporal en que ahora nos movemos sólo un estudio recupera aquella preocupación: el titulado *Ideas jurídico-penales contenidas en el Romancero español* (1913), de Carlos García Oviedo (1884-1955)³², cuyo devenir académico le llevará más adelante al Derecho Administrativo. Pero resultará conveniente no confundir esa severa delgadez con una extenuación de las reservas temáticas y el definitivo cierre de aquel ángulo de trabajo. Por el contrario, creo más bien que existen datos para ensayar que quizás el canon comparativo estaba intentando trasladar su labor a un espacio cultural más amplio, buscando transportes e intercambios entre Literatura y Derecho, que tendencialmente habrían encaminado a lo que hubiera podido llegar a ser una Antropología jurídica de la Literatura, cuya más o menos fragmentaria elaboración no modifica ni contradice su condición de ingrediente vocacional entre los rasgos identificadores de la Antropología Cultural del Derecho. Es por ello que en ese aprovechamiento han de recordarse nombres como los de Tomás Carreras y Artau (1879-1954)³³, José María Izquierdo (1886-1922)³⁴, Diego María Creuhet del Amo (1873-1956)³⁵, Adolfo Pons y Umbert (1873-1945)³⁶ o Niceto Alcalá Zamora y Torres (1877-1949)³⁷. Desafortunadamente, no hubo en

³² Vid. GARCÍA OVIEDO, Carlos, «Ideas jurídico-penales contenidas en el Romancero español», (Publ. en la *Rev. del Centro de Estudios Históricos de Granada y su Reino*), Imp. El Defensor de Granada, Granada, 1913.

³³ CARRERAS Y ARTAU, Tomás, *La Filosofía del derecho en El Quijote (Ensayos de psicología colectiva). Contribución a la Historia de las ideas jurídicas reflexivas y populares en la España del siglo XVI*, Imp. de Carreras y Más, Gerona, 1904.

³⁴ IZQUIERDO, José María, *El Derecho en el teatro español. Apuntes para una Antología jurídica de las Comedias del Siglo de Oro*, Imp. Ángel Saavedra, Sevilla, 1914.

³⁵ Vid. CREHUET, Diego M.^a, *La judicatura en la «Estrella de Sevilla» y en los «Intereses creados»* Conferencia pronunciada en la RAJL, Tip. Jaime Ratés, Madrid, 1916, *La pena de muerte como tema literario*, Conferencia pronunciada en la RAJL, Tip. Jaime Ratés, Madrid, 1917, *La pena de muerte como tema literario. (Motivos jurídicos)*, Conferencia pronunciada en la RAJL, Tip. Jaime Ratés, Madrid, 1918, *El combate judicial o Juicio de Dios del Duelo en las interpretaciones literarias*, Conferencia pronunciada en la RAJL, Tip. Jaime Ratés, Madrid, 1919, *El feminismo en los aspectos jurídico-constituyente y literario*, Conferencia pronunciada en la RAJL, Edit. Reus, Madrid, 1920, y «*La vendetta*» en la *Divina Comedia*, Conferencia pronunciada en la RAJL, Edit. Reus, Madrid, 1922, todas también recogidas en la edición de *Obras de Diego María Crehuet (Escritos oficiales, obras jurídicas, obras literarias)*, Edición-Homenaje de sus Amigos y Compañeros de Notariado, Secretariado, Magistratura, Fiscalía y Academia, con pról. de Federico Castejón, Edit. Escelicer, Madrid, 1950.

³⁶ PONS Y UMBERT, Adolfo, *El ideal de Justicia de Don Quijote de la Mancha (Resumen Crítico)*, Discurso en la RAJL. Contestación de José Maluquer y Salvador, Edit. Reus, Madrid, 1922

³⁷ ALCALÁ ZAMORA Y TORRES, Niceto, *El Derecho y sus colindancias en el teatro de Juan Ruiz de Alarcón*, Tip. de Archivos, Madrid, 1934. Del mismo autor, *El pensamiento de «El Quijote», visto por un abogado*, Edit. Kraft, Buenos Aires, 1947, ahora en ALCALÁ ZAMORA, Niceto, *Obra Completa. Obras de carácter literario*, Par-

adelante para esta ampliación de límites continuidad sistemática, sino un goteo esporádico, disperso y siempre ocasional³⁸.

Respecto del otro perfil de estudio antropológico, el bio-jurídico, en especial delineado en el examen de la costumbre y economía popular rural, su silueta engruesa, y mucho. Se alimenta principalmente en la concesión de premios a monografías que por varios años sucesivos convoca la Real Academia de Ciencias morales y Políticas³⁹, y su expansión forma inventario de importantes zonas y regiones, ya adoptando pues un definido sesgo etnográfico.

Pero otra clase de dilatación tuvo lugar también en esta época, y fue más interior que externa. La principal razón para que el dintorno de los problemas relacionados con la antropología jurídica transfiguraran su área reside en el modo en que se «revolucionan» la semántica de las tesis de Darwin y la concomitancia que respecto de ellas hasta entonces hubiera podido venir mostrando el Ihering de *El fin del Derecho*. Esa resemantización tiene un efecto dialéctico que es más propio de una evolutiva superadora que simplemente consecencial.

lamiento de Andalucía-Diputación de Córdoba-Cajasur-Patronato Niceto Alcalá Zamora y Torres, Priego de Córdoba (Córdoba), 2001.

³⁸ Vid. OSSORIO MORALES, Juan, *Derecho y Literatura*, Serv. de Publicaciones Universidad de Granada, 1949 (ahora en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 6, 2003, pp. 501-524; ROYO MARTÍNEZ, Miguel, *Páginas cervantinas sobre curiales y sentencias*, en *Anales de la Universidad Hispalense*, XVIII, 1957-1958, pp. 54-65, RUBIO DÍAZ, Luis Jesús, *Estudios penales sobre «el Buscón»: Alonso Ramplón el Verdugo*, Edit. Reus, Madrid, 1957, (Separata de la RGLJ, junio 1957), GALLEGO MORELL, Manuel, *Aspectos jurídico-procesales en la obra de Calderón de la Barca*, Conferencia pronunciada en la RAJL, Estades Graf., Madrid, 1959. Sin más que pretensión «miscelánea» han aparecido también FINA SANGLAS, Albert, *Justicia y Literatura*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1993 y ALAMILLO SANZ, Fernando J., *La Administración de Justicia en el clásicos españoles. De los jueces, escribanos, alguaciles, cuadrilleros, corchetes, procuradores, pícaros, presidiarios y otras gentes de mal vivir*, Edit. Civitas, Madrid, 1996.

³⁹ Vid. COSTA, Joaquín, «Derecho Consuetudinario de España, Jaén. Arriendo a veimiento y coto. Plantación a medias», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 19, 1897, 433-443; ESPEJO, Zoilo, *Costumbres de derecho y economía rural consignadas en los contratos agrícolas usuales en las provincias de la Península española, agrupadas según los antiguos reinos* (Memoria recompensada por la RACMyP), Imp. del Asilo de Huérfanos del S.C. de Jesús, Madrid, 1900; SANTAMARÍA Y TOUS, Victorino, *Derecho consuetudinario y economía popular en las provincias de Tarragona y Barcelona con indicaciones de las de Gerona y Lérida*, Imp. del Asilo de Huérfanos del S.C. de Jesús, Madrid, 1901; VICARIO Y DE LA PEÑA, Nicolás, *Derecho consuetudinario de Vizcaya*, Madrid, 1901 (reed. al cuidado de Itziar Aspiri Bilbao, Diputación Foral de Bizkaia-Universidad de Deusto, 1995); Elías López Morán, *Derecho consuetudinario y economía popular de la provincia de León*, Imp. del Asilo de Huérfanos del S.C. de Jesús, Madrid, 1901; LEZÓN FERNÁNDEZ, Manuel, (1854-1934), *El derecho consuetudinario en Galicia* (Memoria que obtuvo el segundo premio en el IV concurso.. para el año 1901 por la RACMyP), Imp. del Asilo de Huérfanos del S.C. de Jesús, Madrid, 1903, y ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael, (1866-1951), *Derecho consuetudinario y economía popular en la provincia de Alicante*, Madrid, 1905 (reed. con introd. de Antonio Gil Olcina, Diputación Provincial Instituto de Estudios Juan Gil-Albert, Alicante, 1985).

La ética del entusiasmo vinculada al evolucionismo darwinista y el determinismo finalista como generadores de la supervivencia del organismo jurídico experimenta un desencanto al comprobar las repercusiones sociales que desencadena. La transformación jurídico-social sobrevinida con la Revolución industrial durante los últimos decenios del siglo XIX y la imposibilidad involutiva de las categorías desenvueltas apunta a un desenlace no querido, el capitalismo socialmente disgregante, frente al que sólo cabe una revisión constructiva de aquéllas desde sí mismas, una deliberación regenerativa, una reprogramación. Para actuar esa posible corrección, esa deseable rectificación, la lectura del problema y soluciones que en el «socialismo jurídico» se sostiene y patrocina como integración de la idea social de Derecho (o Derecho social) con los principios de autonomía y libertad contractual típicos de la dogmática liberal del Derecho (idea individual de Derecho), será precisa una reenunciación antropológico-jurídica de la noción de «lucha por el Derecho». La Antropología jurídica prestará así soporte a la Política del derecho. Y, en efecto, la estrategia político-social del reformismo jurídico a comienzos del siglo XX se adscribe a la concepción que del Derecho como componente de la morfología social fuera fraguándose durante el período precedente en los ensayos de diseño de la Antropología jurídica. De ellos, partiendo de una reproposición funcional, se recobra el patrón «lucha por el derecho» establecido por Ihering, aprovechando también de la resonancia de «lucha colectiva por la conquista de los derechos» de Georges Sorel (1847-1922)⁴⁰, para reciclar aquella «lucha» como auténtica «lucha de clases», de verdadera fatalidad naturalista, pero que como tal ha de ser también una lucha *por el Derecho*; es decir, la lucha por la positivación de los derechos políticos de clase en avance hacia una sociedad socialista.

La esfera jurídica donde más hacedero resultaba implantar este proyecto de renovación y transformación social del Derecho, en especial debido a la situación de debate intelectual abierta con el proceso codi-

⁴⁰ Sobre la idea soreliana de «lucha colectiva por los derechos», presente en el folleto «L'avenir socialiste des syndicats» (1897), podría precisarse en otro sentido de acuerdo al ulterior replanteamiento adoptado en el *Préface* que acompaña a su edición de 1905. Vid. SOREL, Georges, *Matériaux d'une théorie du prolétariat*, Slatkine, Paris, 1981, pp. 55-75, e *Id.*, *El Marxismo de Marx*, ed. y Estudio prel. —«Georges Sorel y el marxismo de Marx»— de José Ignacio Lacasta Zabalza, Talasa Eds., Madrid, 1994. Acerca de ello, contextualizando aquella transformación en la dinámica histórica francesa y teórico-social de Sorel entre los años 1897 y 1906. *vid.* asimismo LACASTA ZABALZA, José Ignacio, *Georges Sorel en su tiempo (1847-1922). El conductor de herejías*, Talasa Eds., Madrid, 1994, pp. 320-327. *Vid.* igualmente la muy cuidada recensión de Teresa Picontó Novales a esta obra en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII, 1995, pp. 816-822, y, más en general DÍAZ GUERRA, Mariano, *El pensamiento social de Georges Sorel*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, pp. 142 ss. Especial mención merece, asimismo, el estudio de Giuseppe Savagnone, *Georges Sorel. Reflexiones sobre la violencia*, trad. de M. Olasagasti, Edit. Magisterio Español, Madrid, 1987.

ficador civil, era sin duda la privada. En su derredor había girado la divulgación doctrinal y acogida, creciente a lo largo del último tercio del siglo XIX y sostenida durante el primero del XX, de autores como, aparte algunos ya citados, Enrico Cimbali (1855-1887)⁴¹, Anton Menger (1841-1906)⁴², Werner Sombart (1863-1941)⁴³, Otto v. Gierke (1841-1921)⁴⁴, Antonio Labriola (1843-1904)⁴⁵ o Francesco Cosentini (1870-1946)⁴⁶. Temprana fue también la preocupación del socialismo español por ubicar la rectificación jurídico-social en el terreno del Derecho civil, que José Verdes Montenegro y Montoro (1865-1940) expresará en la memoria «Socialismo y Derecho civil»⁴⁷.

Escaso fruto rindieron todas aquellas propuestas doctrinales en el seno de las comisiones de codificación. Otro es, sin embargo, el pun-

⁴¹ CIMBALI, Enrico, *La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales* (1884), trad. de F. Esteban García y Pról. de Felipe Sánchez Román, Est. Tip. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1893; *El derecho del más fuerte* (1891), trad. de la 3.ª ed. it. por José Buixó Monserdá, Imp. de Henrich y Cía, Barcelona, 1906 (Biblioteca de Sociología Internacional). Vid. también DI MAJO, Adolfo «Enrico Cimbali e le idee del socialismo giuridico», en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (en adelante *QF*), I/3-4, 1974-1975, pp. 383-429, y MONEREO, José Luis, *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Edit. Trotta, Madrid, 1999, p. 157, n. 76.

⁴² MENGER, Anton, *El derecho civil y los pobres* (1889), trad. de P. Dorado Montero, Pról. de Adolfo González Posada («El Derecho y la cuestión social», pp. 5-67), Lib. General de Victoriano Suárez, Madrid, 1898. Reed. con Estudio prel. de José Luis Monereo Pérez («Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España», pp. 7-112), Edit. Comares, Granada, 1998. Vid. también REICH, Norbert, «Der Juristensozialismus von Anton Menger (1841-1906) im Neunzehnten Jahrhundert und Heute», en *QF*, I/3-4, 1974-1975, pp. 157-182, y Giovanni Orru, «Idealismo e Realismo nel socialismo giuridico di Menger», en *QF*, I/3-4, 1974-1975, pp. 183-271.

⁴³ SOMBART, Werner, *El Socialismo y el movimiento social en el siglo XIX* (1898), trad. de J. M.º Navarro de Palencia, La España Moderna, Madrid, s.a. [1902] (Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia), y *Socialismo y movimiento social* (1905), trad. de la 6.ª ed. alemana por R. Cansinos Assens, Edit. Prometeo, Valencia, S.A. (1909?) (Biblioteca de Estudios Modernos).

⁴⁴ Otto v. Gierke, *La función social del derecho privado* (1889). *La naturaleza de las asociaciones humanas* (1902), trad. de J. M.º Navarro de Palencia y P. Apalategui Ocejo, Sociedad Editorial Española, Madrid, 1904.

⁴⁵ LABRIOLA, Antonio, *Del materialismo histórico* (1896), trad. de J. Prats, F. Sempere y Cía, Valencia, 1908.

⁴⁶ COSENTINI, Francesco, *La reforma de la legislación civil y el proletariado* (1911), ver. de A. Aguilera y Arjona, con Estudio prel. de Gumersindo de Azcárate, Pról. de Edmond Picard e Introducción de Giuseppe Salvioli, Francisco Beltrán Lib. Española y Extranjera, Madrid, 1921. Vid. también ORLANDO, Mario, «Francesco Cosentini. Un contributo alla storia del «socialismo giuridico», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VII, 1977, pp. 37-64.

⁴⁷ Presentada en la Sección de Ciencias Morales y Políticas del Ateneo de Madrid, mencionan su existencia PÉREZ DE LA DEHESA, Rafael, *Política y sociedad en el primer Unamuno*, Eds. Ariel, Barcelona, 1973, p. 52 n. 24, y FERNÁNDEZ, Eusebio, *Marxismo y positivismo en el socialismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, p. 218. MONTENEGRO, Verdes, tradujo, asimismo, *Socialismo y ciencia positiva (Darwin, Spencer, Marx)* (1894), de Enrico Ferri (La España Moderna, Madrid, 1895, w Imp. Such, Serra y Cía, Alicante, 1906).

to que más me importa anotar. En la nómina de traductores y prologuistas que propiciaron esa recepción se incluye, aparte Azcárate, Dorado o Posada, la figura de Felipe Sánchez Román Gallifa (1893-1956), quien protagoniza un claro ejemplo de cómo una casa materialista puede tener ascendiente en Ihering precisamente al inscribir su signo en la nueva órbita del paradigma de *lucha por el Derecho*⁴⁸. Y todavía otro autor y traductor, no mencionados aún: Giuseppe Salvioli (1857-1928) y Ricardo Oyuelos y Pérez (1865-c.1943). La obra que en 1907 les une es *Los defectos sociales de las leyes vigentes en relación al (sic.) proletariado y al Derecho moderno*⁴⁹, y sea en su versión original de 1890 o en la revisada de 1906, utilizada para volcarla en la española, da a ver ya desde su título una esclarecedora prueba de la tendencia a que vengo refiriéndome, que el mismo Oyuelos bien puede, además, reafirmar y completar. Le incumbe, efectivamente, haberla enunciado de manera específica definiéndola a la cabeza de su colaboración jurídica en el número primero de 1901 en la revista socialista *La Nueva Era*: «La importancia social del Derecho»⁵⁰. Su planteamiento absorbe y concilia el evolucionista de Darwin con el organicista del krausismo en el molde de la plural corriente conocida como «socialismo jurídico»⁵¹ formulando, asi-

⁴⁸ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *El materialismo histórico en relación con algunas de las principales instituciones civiles del derecho privado*, Discurso de ingreso en la RACMyP el 21 de mayo de 1905, s.i., Madrid, 1905. Debe consultarse, asimismo, *Id.*, *La codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y consumación*, Est. Tip. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1890.

⁴⁹ SALVIOLI, Giuseppe, *Los defectos sociales de las leyes vigentes en relación al proletariado y al Derecho moderno* (1906), Sociedad Editorial Española, Madrid, 1907 (Col. Biblioteca Scaevola). Reed. como *El Derecho civil y el proletariado*, con Estudio prel. de Bartolomé Clavero (pp. 9-44), Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979. Ninguna de ambas presentaciones titulares corresponde a la inicial versión de 1890, de cuyo título hizo directa trad. Dorado Montero en p. 24, n 8, de su trad. a D'AGUANNO, Giuseppe, *La génesis del derecho civil*, *cit.*: «Los defectos sociales del Código civil en relación con las clases desheredadas y obreras». Acerca de Salvioli vid. también CASTRO, Pietro, «Il "solidarismo giuridico" di Giuseppe Salvioli», en *QF*, I/3-4, 1974-1975, pp. 457-494.

⁵⁰ OYUELOS Y PÉREZ, Ricardo, «La importancia social del derecho», en *La Nueva Era*, 1, 1901, pp. 14-16. Vid. también, Eusebio Fernández, *op. cit.*, 188-189, y MONEREO PÉREZ, José Luis, *Fundamentos...*, *cit.*, pp. 124-125. Sobre su figura y pensamiento, por extenso José Luis Monereo Pérez-José Calvo González, «De cuánto en la memoria durmiente... Ricardo Oyuelos Pérez: del socialismo jurídico a la utopía social corporativa» (18 pp. en prensa, 2004).

⁵¹ De ella, junto a los trabajos ya citados y otros reunidos para «Il "Socialismo giuridico"», en *QF*, I-II/3/4, 1974-1975, *vid.* también POCAR, Valerio, «A proposito di alcuni recenti studi sul socialismo giuridico», en *Sociologia del Diritto*, IV, 1, 1977, pp. 189-196. Asimismo CLAVERO, Bartolomé, «Noticia del Socialismo jurídico en España», en *Sistema*, 28, 1979, pp. 91-106, «Estudio preliminar» a SALVIOLI, Giuseppe, *El Derecho civil y el proletariado*, *cit.*, y «La propiedad considerada como capital: en los orígenes doctrinales del Derecho actual español», en *QF*, 5/6, 1976/1977, pp. 509-548, además, por último, del Estudio prel. de José Luis Monereo Pérez, «Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España», *cit.*

mismo, un programa interpretativo del iussocialismo español. Éste, en lo básico, trataría de comunicar a la sistemática iusprivatista, mediante incorporación de materiales legislativos especiales (sobre jornada de trabajo, accidentes, salario mínimo, trabajo de mujeres y niños, seguro de paro forzoso, previsión, higiene y seguridad, etc.), el reconocimiento jurídico-positivo de derechos y garantías sociales para la protección y mejora de los trabajadores.

En buena sintonía con ese plan se sitúa el también socialista Rafael García Ormaechea (1876-1938), que para la misma publicación y año redactará la colaboración firmada como «Evolución del Derecho»⁵², propugnando una transformación del derecho civil mediante reorganización de algunas de sus instituciones que, como las sustentadas en el hecho social de la propiedad, no le hagan escapar al devenir histórico o permanecer extraño a las transformaciones ya operadas en otros institutos y órdenes jurídicos (v. gr.: el político, penal o procesal) por la ley de la evolución. En este sentido, aunque en el tiempo con progresiva radicalización política⁵³ y proximidad a los presupuestos teóricos del materialismo histórico que tienden a acercarle a tesis marxistas⁵⁴, defenderá el rumbo hacia la colectivización de la propiedad rural y el asociacionismo cooperativo agrario⁵⁵.

⁵² GARCÍA ORMAECHEA, Rafael, «Evolución del derecho», en *La Nueva Era*, 12, 1901, p. 400. Vid. también FERNÁNDEZ, Eusebio, *op. cit.*, 201-202, y MONEREO PÉREZ, José Luis, *Fundamentos...*, *cit.*, p. 126.

⁵³ Así, como traductor de Adolfo Zerboglio, *El socialismo y las objeciones más comunes*, Sociedad Editorial Española, Madrid, 1904. De este penalista también será traducido y anotado por Julio Chabás, de la 2.^a ed. it., su trabajo en colaboración con FIORETTI, Julio, *Sobre la legítima defensa: estudio jurídico*, Reus, Madrid, 1926.

⁵⁴ Vid. MARX-FRIEDRICH ENGELS, Karl, *El Manifiesto Comunista*, trad. por la ver. francesa y comentario (pp. 137-190) de R. García Ormaechea, e introducción de Ch. Andler, Biblioteca Internacional de Ciencias Sociales, Madrid, 1906 (otras eds. 1927 y 1931). Vid. sobre la traducción ANDREÁS, Bert, *Le Manifeste Communiste de Marx et Engels, histoire et bibliographie, 1848-1918*, Feltrinelli, Milano, 1963, pp. 216 y 251. Consúltese, también RIBAS, Pedro, *La introducción del marxismo en España (1869-1939). Ensayo bibliográfico*, Eds. de la Torre, Madrid, 1981, p. 39, y *Aproximación a la historia del marxismo español (1869-1939)*, Eds. Endymion, Madrid, 1990, pp. 211 y 217. García Ormaechea fue traductor también de *¿Qué es la propiedad?*, de Joseph-Pierre Prohudon, la que sólo he podido consultar por la ed. de Tusquets, Barcelona, 1975. Durante la Dictadura de Primo de Rivera aparecerán a su firma obras como *Jurisprudencia del Código civil (1889-1926): recopilada y articulada conforme al mismo*, Julio Cosano, Madrid, 1928. En los años de la II.^a República: *Supervivencias feudales en España. Estudio e legislación y jurisprudencia sobre señoríos*, Reus, Madrid, 1932 (reed. al cuidado de Pedro Ruiz Torres, Eds. Urgoiti, Pamplona, 2002), *Accidentes de trabajo y la enfermedad profesional. Conferencias*, Imp. de los Sobrinos de la Sucesora de los Ríos, Madrid, 1933, *La enfermedad profesional*, Imp. de los Sobrinos de la Sucesora de los Ríos, Madrid, 1933, *Incapacidad permanente por accidente de trabajo*, Imp. de los Sobrinos de la Sucesora de los Ríos, Madrid, 1934 y *Legislación de accidentes de trabajo en la industria y la agricultura*, Imp. de los Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1936.

⁵⁵ GARCÍA ORMAECHEA, Rafael, «El socialismo en los campos», en *La Revista Socialista*, 1, 1903, pp. 204-208, 400-405, 521-526 y 677-682. Vid. también, RIBAS, Pedro, *op. cit.*, pp. 69-70.

La consecuencia que de este final se arrastra creo que para en constatar que el sendero por donde organicismo social y evolucionismo darwinista tal vez podían alcanzar una meta de reconciliación era ya una vía expedita que estaba explorándose. Despejada su posibilidad, no me parece comprometido arriesgar una conclusión. Para llegar a exponerla debo antes, por último, resolver acerca de si en arribando a tal punto, la Antropología jurídica vio alterado su destino. Es claro que en su postrero estadio ya había superado todas las restricciones de crecimiento previstas, vaciando su prospectiva en mira ahora a un límite muy determinado. Su visión de éste, o de aquello que conjeturaba entrever, la convertían en un saber de conocimiento combatiente, una Antropología jurídica –en conclusión– de combate. La comprometida y delicada evolución a un *logos* jurídico beligerante no podía dejar de modificar la índole de su morfología. El extravagante centauro trocó en unicornio

Seducido por la doncella de seno descubierto, por haber acudido a su encuentro hay quienes creen que fue en su regazo donde tuvo su fin. De adverso, tampoco faltan los que estiman que allí estuvo su salvación.

De la soledad del unicornio

La mudanza de centauro a unicornio trajo con pertenecer a esta nueva especie las costumbres propias de estos individuos. Así será desde ahora un ser al que no gusta sentirse arrancado de su soledad, y vive retraído, place estar apartado, gozoso de su aislamiento, y es huido. Cultiva de ese modo su rareza, libre de compañías enojosas, que puedan atraparle y trabar su libertad.

Muy poco más, al cabo, sabemos del unicornio, y es esto: que es celoso a miradas, salvo aquellas furtivas de las que no se percata. Del resto acerca de sus hábitos es mucho cuanto desconocemos, por lo que en ocasiones circulan relatos inverosímiles, y lo uno y lo otro aún aumentan más el atractivo de su leyenda. Las historias que de él se cuentan suelen producir perplejidad al oyente, cuando no estupor.

Para unos es el unicornio producto del imaginario colectivo y sostienen que por fuera del mismo es irreal. Los hay también que afirman que ya ha mucho tiempo que el unicornio se extinguió, mientras otros todavía se mantienen convencidos, e incluso manifiestan poseer alguna evidencia, aunque precaria, de que finalmente y pese a todo aún sobrevive. Entre éstos algunos señalan y muestran ciertas huellas que, en verdad, a menudo acaban comprobándose de ejemplares, también animales muy exóticos, pertenecientes a la Antropología criminal. Pastan éstos en prados separados, y a veces han sido exhibidos en ferias y zoológicos.

El conjunto de esa suerte de pareceres y otras circunstancias curiosas teje y trama la fábula del unicornio solitario.

Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos

Por IGNACIO CAMPOY CERVERA
Universidad Carlos III de Madrid

INTRODUCCIÓN: En este artículo se trata de apuntar las líneas generales que delimitan lo que podemos considerar como el fundamento último de los derechos fundamentales y determinan a qué obliga la aceptación de ese fundamento último de los derechos. En este sentido, se rechaza la idea de dignidad humana como fundamento último de los derechos fundamentales y se acepta como valor esencial el de la libertad, estableciéndose la obligación general de respetar, reconocer y proteger que cada persona diseñe y desarrolle sus propios planes de vida conforme a su «auténtica» voluntad; e igualmente se analiza cómo son necesarias las dimensiones que han de incorporar los valores de igualdad y solidaridad para la delimitación de ese fundamento último de los derechos fundamentales y las obligaciones que se derivan de su aceptación, quedando establecido como objetivo último de la colectividad conseguir que el mayor número de personas posible desarrolle al máximo posible el plan de vida que cada uno de ellos individualmente se haya dado.

1. LA DIGNIDAD HUMANA

La dignidad humana ha sido, y sigue siendo, considerada por muchos autores como el fundamento último de los derechos fundamentales. Sin embargo entiendo que esa consideración sólo sería

aceptable –y si no debería ser, pues, superada– si se comprendiese a través de una determinada vinculación –a la que a continuación me referiré– con el valor libertad. En este sentido, me parece un buen punto de arranque la esclarecedora distinción que realiza Rafael de Asís entre dignidad humana, como el fundamento de los derechos humanos en cuanto sirve de punto de partida para el reconocimiento de los derechos, y vida humana digna, como el desarrollo de la vida conforme a esa dignidad humana, que también sirve, así, como fundamento de los derechos humanos en cuanto se constituye en el objetivo a conseguir con el ejercicio de los derechos¹. No obstante, quisiera hacer aquí una muy importante diferenciación: de esos dos elementos caracterizadores de la fundamentación de los derechos, dignidad humana y vida humana digna, creo que el que realmente ha de ser destacado como fundamento último de los derechos no es la dignidad humana, sino la vida humana digna. Si el fundamento último residiera en lo que es la dignidad humana, nos encontraríamos ante el problema, seguramente irresoluble, de determinar qué es lo que caracteriza a esa dignidad humana. Las respuestas que se han ofrecido históricamente y que se siguen ofreciendo son de lo más variado². Aquí sólo voy a referirme a dos tipos: el primero para demostrar las enormes e irreconciliables diferencias que se pueden dar dependiendo del enfoque desde el que se pretenda iluminar la cuestión; el segundo por su inmediata trascendencia en la teoría de los derechos fundamentales, que es la que a mí más me interesa resaltar en este momento.

El primer tipo hace referencia a las inevitables diferencias que se han de dar en la respuesta a qué es la dignidad humana si la misma la buscamos en el terreno de la religión o en el de las puras ciencias naturales. Creo que es evidente que no tiene nada que ver lo que constituye la dignidad humana para alguien que la busca en los designios de un Dios creador de la naturaleza humana, una naturaleza pecadora o hecha a la imagen y semejanza del Creador o como se quiera entender, que lo que constituye esa dignidad para quien simplemente concibe al hombre como una unión más o menos fortuita de genes, comprendiendo éstos simplemente como materia orgánica viva. Claro que si en estas aproximaciones se prescinde de la idea de derechos fundamentales, los resultados pueden ser igual de nefastos para las vidas de las personas concretas, como bien saben, por ejemplo, las personas con discapacidad, que las han sufrido tanto a causa de concepciones

¹ En ASÍS ROIG, Rafael de, «La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho y poder», en CAMPOY CERVERA, Ignacio (Ed.): *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas. Hacia una Convención internacional para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad*, Dykinson, en prensa.

² Desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, resulta muy esclarecedor el estudio histórico que realiza el profesor Peces-Barba en PECES-BARBA, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, colección Cuadernos «Bartolomé de las Casas», núm. 26, Dykinson, Madrid, 2002.

religiosas como la del medievo que entendía que las personas con discapacidades eran más engendros diabólicos (en cuanto se apartaban de esa imagen y semejanza de Dios) –como bien se explica en una interesante investigación que en este momento está realizando la profesora Agustina Palacios sobre los diferentes modelos que históricamente se han construido en la respuesta que la sociedad ha articulado frente a las personas con discapacidad–, como a causa de concepciones médico-biológicas que fueron ideológicamente utilizadas para señalar a las personas con discapacidades –algunas de ellas, claro está– como deformaciones de la naturaleza biológica estándar que había que eliminar.

El segundo tipo de respuestas entiendo que son más interesantes, en cuanto que realizan una conexión directa entre naturaleza humana, dignidad humana y derechos humanos. Conforme a ellas, se entiende que ciertas características de la naturaleza humana son las que se han de destacar porque son las que nos determinan la dignidad del ser humano, y los derechos humanos son, en este sentido, los que se encuentran esencialmente vinculados a esa dignidad humana, los que encuentran, así, su fundamento directo en esa dignidad. La propia historia de los derechos humanos comienza así, con el iusnaturalismo racionalista –la primera corriente de pensamiento que consigue realizar un esquema completo de justificación para el reconocimiento y protección de derechos naturales-humanos, una doctrina que, como es bien sabido³, venía a considerar que el elemento esencial de la dignidad humana era la naturaleza racional del hombre y que de ella, de esa naturaleza racional, y con el uso de la propia razón, se podían deducir todos los derechos humanos (los derechos naturales en su terminología). Pero también desde las posiciones del positivismo, que niegan la existencia de un Derecho natural, un Derecho por encima de la voluntad de los hombres, y concretamente desde un positivismo corregido, que comprende la necesidad de abrir ese Derecho que se dan voluntariamente los hombres a la Moral, autores como Gregorio Peces-Barba o el ya citado Rafael de Asís (autores de los que me siento intelectualmente más próximo y a cuyo pensamiento, por consiguiente, habré de referirme de forma especial en lo que sigue) vuelven a señalar determinadas características que son propias de la naturaleza humana como las que constituyen su dignidad. Para el primero⁴, serían la libertad de elección (es decir, el libre albedrío, la capacidad para tomar decisiones frente a las doctrinas deterministas de la acción humana), la capacidad de construir conceptos generales y de razonar, la capacidad para comunicarse a través de un lenguaje complejo, la

³ Véase en este sentido, la trascendente aportación que realizase el profesor Elías Díaz en DÍAZ, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, col. «Taurus Humanidades», Taurus, 1989, 1.ª ed. 1971, Madrid, pp. 262-277.

⁴ Véase al respecto en PECES-BARBA, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 65-69.

capacidad para crear arte, la sociabilidad y la libertad moral (es decir, el objetivo utópico del ser humano de la felicidad a través de su realización como ser moral) –libertad, esta última, que me interesa particularmente y que tendré en cuenta al exponer mi propio planteamiento—. Y para Rafael de Asís, siguiendo la concepción de Peces-Barba, se han de destacar⁵, conforme a la teoría de los derechos humanos, la «capacidad» del ser humano para razonar, la «capacidad» para sentir y la «capacidad» para comunicarse.

La importancia de este primer paso ha de ser resaltada, porque de todas las características que podemos predicar que existen en la naturaleza del ser humano se está escogiendo unas determinadas para señalar nada menos que es conforme a ellas que se constituye su dignidad, y que es conforme a ellas que encuentran su fundamentación última los derechos humanos. No hay que pensar que se pretenda, en ningún caso, sustraer la condición de dignidad humana a ninguna persona, la teoría de los derechos humanos impide dar ese paso. Pero, sin embargo, esas aproximaciones nos sitúan, por una parte, en la incómoda posición de tener que argumentar, por ejemplo, cómo, aún definiendo la dignidad humana conforme a la característica de la capacidad para comunicarse a través de un lenguaje complejo, o simplemente la capacidad para comunicarse, de una persona que sufre un autismo profundo, que le impide comunicarse con el exterior, es predicable la dignidad humana en la misma medida que de otra persona que se comunica sin ningún problema con el exterior. Y, por otra parte, nos sitúa en la peligrosa senda, ésta sí profusamente seguida, de negar el ejercicio de derechos fundamentales a aquellas personas de las que no es predicable en una medida satisfactoria las características que conforman la dignidad humana.

Pero es que, además, aunque superásemos ese primer obstáculo aquí apuntado, y consiguiésemos un consenso sobre qué es lo que caracteriza a la dignidad humana, nos quedaría todavía por resolver la –en realidad irresoluble– falacia naturalista, que, conforme la enunciara Hume en su *Tratado de la naturaleza humana*, vendría a decir que de un ser no se puede derivar un deber ser; es decir, en nuestro caso, que de un hecho –como pueden ser las características que determinan la naturaleza humana– no se puede derivar una obligación de actuar –como sería el reconocimiento, respeto y protección de los derechos fundamentales–.

Por todo ello, creo que deberíamos dejar de intentar escoger algunas de las características del ser humano como las constitutivas de su dignidad y entender simplemente, de forma casi tautológica, que *la dignidad humana es la dignidad que todo ser humano tiene simplemente por su condición de ser humano*.

⁵ Véase, al respecto, en Asís ROIG, Rafael de, *La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho y poder*, cit.

2. LA LIBERTAD

En el apartado anterior he expuesto algunas razones para superar la vía de considerar directamente a la dignidad humana como fundamento último de los derechos fundamentales, en éste pretendo explicar por qué la vía adecuada a seguir debe ser la de la libertad, y, en este sentido, considerar que *el fundamento último de los derechos fundamentales reside en la vida humana digna, es decir, en el desarrollo de la vida conforme a lo que cada persona considere que constituye su propia dignidad como ser humano*. Y de aceptar ésta como la fundamentación última de los derechos, habría que entender que el deber ser de reconocer, respetar y proteger los derechos fundamentales se deriva de otro deber ser, el de reconocer, respetar y proteger que cada persona desarrolle conforme a su voluntad su propia concepción de lo que constituye su dignidad; no derivándose la justificación de este deber de ninguno otro superior. Como siempre en el mundo de las obligaciones, la escala de fundamentaciones ha de acabar en una obligación última, que o bien es impuesta por la fuerza o bien es asumida como tal obligación por el sujeto que la acepta, constituyéndose así, para este sujeto, en una obligación moral que no necesita de una ulterior justificación.

De esta manera, *el elemento esencial lo configuro en torno a la idea de que hay que reconocer, respetar y proteger el desarrollo de la vida conforme a lo que la persona considere que es lo más adecuado para la consecución de su idea de dignidad humana, o, dicho de una manera más clara, lo que se trataría es de reconocer, respetar y proteger que la persona pueda desarrollar sus propios planes de vida*. El que sean sus propios planes de vida indica que lo que se ha de reconocer, respetar y proteger es la voluntad de la persona en la toma de decisiones que afectan al desarrollo de su vida. Es decir, que a donde llegamos es también a *respetar, reconocer y proteger la libertad de la persona para diseñar sus propios planes de vida y para actuar para la consecución de su efectiva realización*. Lo que, en realidad, también supone, necesariamente, que la persona pueda participar en la toma de todas aquellas decisiones públicas que le vayan a afectar, que vayan a afectar, precisamente, al desarrollo de sus planes de vida.

Pero, el que se considere que lo fundamental sea reconocer, respetar y proteger la voluntad de la persona en la toma de decisiones que afectan al desarrollo de su vida, abre, en realidad, dos cuestiones, estrechamente vinculadas, de trascendental importancia: el problema de determinar cuál es la voluntad de la persona y el problema de determinar cuándo está legitimado que actuemos paternalistamente con una persona y cuándo no⁶. El muchas veces referido ejemplo que

⁶ Cuestiones a las que aquí –como, en realidad, la mayor parte de las que se tratan en este artículo– sólo puedo referirme brevemente, pero que trato –las que en este punto me refiero– con más amplitud, justificando las conclusiones que apunto en el texto principal, en el libro (que actualmente está en sus últimas fases para la publi-

pusiera John Stuart Mill, en su magnífico libro *Sobre la libertad*, de medida paternalista justificada⁷, nos aclarará bien el sentido de una medida paternalista plenamente respetuosa con la voluntad del individuo; siendo así que precisamente en este libro realizaría Mill una de las más notables defensas que se han hecho sobre la libertad individual, concibiéndose la vida de cada persona configurada conforme a un ámbito de libertad para la toma de decisiones por el propio sujeto en el que nadie está legitimado para interferir cuando sólo a él le afectan. Nos invita Mill a que imaginemos un sujeto que quiere cruzar un puente que hay para salvar un abismo, sin saber que el puente está declarado inseguro y que, por consiguiente, morirá en la caída, apuntando, al respecto, la clara obligación que tenemos, en caso de poder, de impedirle cruzar el puente, a pesar de que el hombre haya manifestado su voluntad en este sentido al empezar a cruzarlo. En una somera aproximación al ejemplo parece que estamos actuando contra la voluntad de la persona, pero es fácil de entender que, en realidad, lo que estamos haciendo es precisamente respetando su voluntad⁸. Actuamos contra su voluntad expresamente manifestada: empezar a cruzar el puente, porque queremos respetar su «auténtica» voluntad: suponemos que prefiere vivir que intentar cruzar el puente, pues su voluntad no es caer en el abismo, como de hecho ocurriría si empezase a cruzar el puente. El ejemplo, pues, creo que es muy ilustrativo de que el respeto por la «auténtica» voluntad del individuo no tiene por qué coincidir siempre con el respeto por la voluntad por él manifestada. Aunque, en todo caso, tomarnos en serio que se ha de respetar siempre la «auténtica» voluntad del individuo significa que cuando actuemos contra la voluntad manifestada por el individuo debemos de poder justificar muy claramente que esa voluntad manifestada no se corresponde con su «auténtica» voluntad. Creo, en este sentido, que siempre hemos de respetar la voluntad manifestada por el individuo —más allá de los supuestos en que con ello se perjudique ilegítimamente a terceros—, salvo en aquellos supuestos en que, por falta de razón, información o experiencia para poder procesar adecuadamente esa información, el individuo no sea realmente consciente de las consecuencias que van a derivar de la acción que expresamente manifiesta realizar y que, además, esas consecuencias sean claramente perjudiciales para el individuo, en este sentido, cuanto menos le afecten al desarrollo presente y futuro de sus probables planes de vida menos

cación) que tiene su origen en mi tesis doctoral: *Dos modelos teóricos sobre el tratamiento jurídico debido a los niños*, Madrid, 2000.

⁷ Puede verse el ejemplo al que aquí se hace referencia en MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, prólogo de Isaiah Berlin, trad. Pablo de Azcárate, col. El Libro de Bolsillo, Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 182.

⁸ O su libertad, en la concepción de Mill, pues como dice: «...la libertad consiste en hacer lo que uno desee, y no desearía caer al río» (en MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, cit., p. 182).

justificada estará la acción paternalista en contra de su voluntad expresamente manifestada⁹.

De lo dicho, se podría deducir que, finalmente, también yo pongo características propias de la naturaleza humana, como es el caso de la razón, para determinar cuándo se puede hablar o no del desarrollo de una vida humana digna. Sin embargo creo que hay una diferencia muy importante, esta característica no constituye el fundamento último de los derechos fundamentales, *el fundamento último está en ese respeto, reconocimiento y protección del diseño por la persona de sus propios planes de vida y de la actuación de ésta conforme a su voluntad para su efectiva consecución*. Aunque también entienda que un medio necesario para que

⁹ Un ejemplo muy interesante en este punto nos lo ofrece la regulación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En la misma existe una clara y explícita intención de respetar la voluntad del paciente en todas aquellas decisiones que se hayan de tomar respecto a su persona en el ámbito sanitario; como dice el artículo 2, en el que se establecen los principios básicos de la Ley, en sus apartados 2 y 3: «2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley. 3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles». Y, sin embargo, la decisión a tomar debe ser tomada más allá de la voluntad que pudiese manifestar el paciente en cuanto éste no tuviese la razón suficiente para procesar adecuadamente la información médica pertinente. Me parece, en este sentido, acertada la regulación del artículo 9.3.a), donde se establece que se otorgará el consentimiento por representación: «Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación». Por lo que igualmente me parece acertada la regulación del artículo 11 sobre las «instrucciones previas», pues de lo que establece en sus puntos 1 y 2 claramente se deduce que ha de primar lo que podríamos considerar como la «auténtica» voluntad de la persona sobre lo que ha de ser su voluntad manifestada. Así, se regula en la Ley que: «1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud (...). 2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito». Y es también con ese criterio con el que entiendo que habría que interpretar la disposición del artículo 5.4: «El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho». Por lo que la aplicación de la necesidad terapéutica hay que entender que estará justificada porque: primero, se respeta la «auténtica» voluntad del paciente (se presupone que éste preferirá no estar informado que sufrir un grave perjuicio en su salud, estableciéndose, además, que posteriormente se informará de esa actuación, con lo que se podrá después valorar en qué medida se respetó o no la «auténtica» voluntad del paciente), y, segundo, porque es proporcional la medida, en tanto que lo que se evita con ella es que se «pueda perjudicar su salud de manera grave».

eso se dé es que el individuo esté usando una razón adecuada para la decisión que se va a tomar, pero igual que la ha de tomar contando con una información y una experiencias adecuadas, y está claro que éstas no forman parte de la naturaleza del hombre, y que también son necesarios otra serie de elementos, como es el respeto por los sentimientos humanos o el desarrollo de la persona en sociedad. Y es que todas esas son características y elementos que se han de valorar para conseguir el pretendido desarrollo de los planes de vida de cada persona, pero por sí solas no suponen el fundamento de ningún derecho fundamental.

Hasta ahora he señalado por qué para mí el fundamento último de los derechos fundamentales es el reconocimiento, respeto y protección de los planes de vida que la persona libremente quiera proponerse y la actuación de ésta para su efectiva consecución; pero no he explicado qué quiere decir para mí la propia idea de fundamento último. La idea de fundamentación no ha de entenderse aquí al estilo del iusnaturalismo racionalista, en el sentido de considerar que de ese respeto por los planes de vida de las personas hayan de derivarse, a través del uso de la razón, una serie de derechos que son propios de la persona. Lo que quiere decir la idea de fundamentación es que habrá que considerar como derechos fundamentales sólo aquellos que se entienda que son los instrumentos político jurídicos idóneos para conseguir la efectiva consecución por las personas del desarrollo de sus planes de vida. En esto vuelvo a coincidir con, por ejemplo, los ya citados Rafael de Asís y Gregorio Peces-Barba; para el primero, los derechos fundamentales serán los instrumentos para el logro de la vida humana digna¹⁰. La posición de Peces-Barba resulta muy ilustrativa, pues si, conforme a lo que antes apunté, establece como rasgos conformadores de la dignidad humana la libertad de elección (el libre albedrío) y la libertad moral (que es la autonomía que la persona alcanzaría de haber conseguido desarrollar adecuadamente sus planes de vida), sitúa, a modo de puente entre las dos, para conseguir que se produzca el dinamismo de la libertad —el paso de la libertad de elección a la libertad moral—, a lo que denomina como libertad social, política y jurídica, que sirve, así, de fundamento de los derechos fundamentales¹¹.

3. LA IGUALDAD

De lo hasta aquí expuesto creo que nos hemos de quedar con una idea esencial: *la obligación básica a la que hay que dar cumplimiento*

¹⁰ Puede verse así en Asís ROIG, Rafael de, *La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho y poder*, cit.

¹¹ Véase el capítulo dedicado a la libertad social, política y jurídica en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, col. R. Asís, C. Fernández Liesa y A. Llamas, Boletín Oficial del Estado-Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pp. 215-243.

es el deber de reconocer, respetar y proteger los planes de vida que la persona libremente se quiera dar y las acciones que la misma realice para lograr su efectiva consecución; siendo para ello los derechos fundamentales los mecanismos político jurídicos idóneos.

Pero dos preguntas esenciales que a continuación cabría plantear son: ¿de qué personas estamos hablando?, y ¿se han de respetar siempre las acciones que las personas realicen para la efectiva consecución de sus planes de vida si se entiende que responden a su «auténtica» voluntad? Las respuestas que creo que hay que dar a estas cuestiones implican la incorporación de un valor más en la escena de discusión: el valor igualdad.

a) *La igualdad ante la Ley y la prohibición de la discriminación directa*

En cuanto a la primera cuestión hay que subrayar que uno de los grandes logros que hay que atribuir a la doctrina antes mencionada del iusnaturalismo racionalista es que con ella se dejó asentado que los derechos se habían de predicar de todos los hombres, ya que todos compartían la misma naturaleza racional. Conforme con ese punto de partida de la idea básica de la universalidad –aunque sin compartir las teorías del iusnaturalismo racionalista y las consecuencias político jurídicas con las que históricamente se conformaron–, entiendo que hay que superar cualquier consideración que predique sólo de un grupo de hombres, cualquiera que éste sea, el objetivo de la consecución del desarrollo de la vida humana digna, nadie puede quedar excluido, y, por consiguiente, hemos de dejar claro que existe una igualdad entre todas las personas para que se les reconozca, respete y proteja el diseño de sus planes de vida y las actividades que quieran realizar para su efectiva consecución. De esta manera, la obligación que impone ese respeto, reconocimiento y protección, significa que *debemos hacer que sea real para el mayor número de personas posible*. Y, conforme a ello, se asume, en primer lugar, el compromiso que implica esa obligación interpretada en un sentido débil: que la Ley tiene que ser igual para todos, que no se pueden realizar discriminaciones hacia algún grupo de persona, que las leyes, la aplicación de las mismas, las políticas públicas en general, no deben ser discriminatorias. Son las dimensiones de la igualdad ante la Ley: el Derecho es el mismo para todos, que obligan tanto al legislador cuando crea Derecho, igualdad en la Ley, como al juez cuando aplica ese Derecho, igualdad en la aplicación de la Ley; la igualdad como generalización, las leyes tienen que tener como destinatario al hombre genérico y, como equiparación, las leyes no pueden establecer consecuencias jurídicas diferentes para las personas pertenecientes a algún colectivo humano por razones irrelevantes.

En cuanto a la segunda pregunta que antes formulaba, la respuesta que cabe dar, desde la incorporación de esta primera dimensión del valor igualdad, es que sí se ha de respetar la realización de las accio-

nes que las personas emprendan, conforme a su «auténtica» voluntad, para la efectiva consecución de sus planes de vida siempre que con las mismas no se esté perjudicando directamente el plan de vida de otras personas. Pero la igualdad ha de implicar que, en principio, todos los planes de vida son igualmente valiosos y que, por consiguiente, un plan de vida no puede realizarse a costa de impedir o dañar la consecución de otro plan de vida. Esta dimensión de la igualdad fue plenamente aceptada y muy bien defendida desde las tradicionales posiciones liberales. Es la libertad de la que nos hablaba Mill en *Sobre la libertad*, pero que ya Kant había sabido resumir magistralmente en su obra *La Metafísica de las costumbres*: «No hay sino un derecho innato. La libertad (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro), en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad»¹². Pero el valor igualdad por sí mismo ya no nos dice nada más, y en esto se quedaron aquellas posiciones liberales y, también en esto, pretenden que nos quedemos las posiciones neoliberales: se ha de respetar el arbitrio del otro siempre que en el ejercicio del mismo no se esté afectando a mi ámbito de libertad¹³. Es decir, trasladado a nuestro esquema: la obligación de reconocer, respetar y proteger el desarrollo de los planes de vida de una persona *nos obliga a no entorpecer ese desarrollo y sólo nos obliga a actuar cuando las acciones emprendidas para ese desarrollo supongan un daño ilegítimo en el desarrollo de planes de vida de terceros*.

Pero la pregunta que cabe realizar ahora sería: ¿es satisfactoria la anterior conclusión? La obligación de reconocer, respetar y proteger los planes de vida que la persona libremente se quiera dar y las acciones que la misma realice para lograr su efectiva consecución, ¿es cierto que se ha de limitar a una obligación de no impedir el desarrollo de los planes de vida de los demás, o exige algo más de nosotros? La respuesta a esta pregunta viene, en realidad, por dos vías diferentes, aunque creo que tienen un punto de conexión fundamental en el elemento común, de raíz psicológico-moral, de la empatía, entendiendo ésta como la capacidad que tiene el hombre de sentir como propio (lo que no quiere decir en la misma medida) el sufrimiento de otra persona.

¹² Cito por KANT, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Estudio preliminar de Adela Cortina Orts, traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, colección «Clásicos del Pensamiento», núm. 59, tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1994, pp. 48-49.

¹³ Resulta significativo de estas posiciones el pensamiento de Nozick, quien ya al principio de su obra *Anarquía, Estado y Utopía*, apuntaba: «Mis conclusiones principales sobre el Estado son que un Estado mínimo, limitado a las estrechas funciones de protección contra la violencia, el robo y el fraude, de cumplimiento de contratos, etcétera, se justifica; que cualquier Estado más extenso violaría el derecho de las personas de no ser obligadas a hacer ciertas cosas y, por tanto, no se justifica» (en NOZICK, R., *Anarquía, Estado y Utopía*, traducción de R. Tamayo, Fondo de Cultura Económica, México, 1990, p. 7).

b) *La igualdad de oportunidades*

La primera vía ha sido la que se ha seguido a través de la incorporación de nuevas dimensiones al valor igualdad. Mientras que para la incorporación de las primeras dimensiones de la igualdad no se necesitaba para nada el sentimiento de la empatía, simplemente podía tener, como de hecho tuvo, su origen en una construcción racional, que entendiéndose que el respeto, reconocimiento y protección del desarrollo de los planes vitales de las personas tenía que pasar por una igualdad de todos ante la Ley, en una construcción basada en una idea del hombre abstracto y genérico, que no tenía en cuenta al hombre concreto y situado en la sociedad, al hombre de carne y hueso¹⁴. Sin embargo, a través del crecimiento de la empatía por las penosas situaciones vividas por las personas reales (y, evidentemente, con la participación de otras causas, como lo fueron en muy buena medida las reivindicaciones más o menos violentas de las propias personas que con ese sistema de igualdad habían quedado apartadas de la participación en los beneficios sociales) se hizo –y se hace– necesario tener en cuenta a ese hombre de carne y hueso, se hizo –y se hace– necesario incorporar medidas que hiciesen –y hagan– posible superar esas situaciones de desventaja social que impedían –e impiden– a muchas personas en la realidad diseñar y desarrollar un plan de vida autónomo. La apreciación paulatina de las situaciones de desigualdad real vividas por personas individuales y por colectivos de personas, tanto por falta de recursos económicos, como por circunstancias personales o sociales, o, más recientemente, como producto de discriminaciones indirectas, hizo necesaria la incorporación de nuevas dimensiones de la igualdad que pretendían hacer posible una igualdad real de oportunidades para todos los ciudadanos.

Así, se entendió que, en realidad, darle contenido a la obligación de hacer que el respeto, reconocimiento y protección del desarrollo de los planes de vida de las personas sea real para el mayor número de personas posible, implicaba que lo que se había de garantizar no era sólo que no se interfiriera en la forma en que cada persona creía conveniente conseguir la realización de sus planes de vida, sino que de lo que también se trataba era de que todos pudieran estar en una situación de igualdad de «oportunidades» para poder satisfacer sus planes de vida. De esta manera, se consideró que había que ayudar con prestaciones adecuadas a aquellas personas que por sí solas no estaban en situación de igualdad con respecto al resto de los miembros de la sociedad para poder desarrollar sus planes de vida con unas razonables garantías de éxito. Con ello no se defiende que se ha de colocar a todos en la misma situación de oportunidades sociales para desarrollar

¹⁴ En palabras de Luis Prieto: «la dignidad que se protege no es la del hombre histórico, necesitado y doliente, sino la de una mónada aislada, la del *homo iuridicus*, la de un sujeto ideal y, por lo mismo, universal» (PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 25).

sus planes de vida, lo que se defiende es que todos han de tener garantizados unos mínimos que les sitúen en disposición de poder desarrollar sus planes de vida. Es decir, no se trata de garantizar que todos tengan, finalmente, las mismas oportunidades de éxito, sino que todos tengan razonables oportunidades de éxito. En nuestro esquema se añade una dimensión nueva muy importante, de lo que ahora se trataría es de que *el mayor número de personas tengan garantizadas la satisfacción de sus necesidades básicas de manera que estén en condiciones de poder desarrollar sus propios planes de vida*. Lo que tiene una traducción clara en la respuesta que se ha de dar a la pregunta que antes hacía: la obligación de reconocer, respetar y proteger los planes de vida de las personas exige de nosotros (fundamentalmente, pero no únicamente, a través de la acción de los poderes públicos) un deber no sólo de no impedir o perjudicar directamente el desarrollo de otros planes de vida, sino también de *actuar para poder satisfacer las necesidades básicas de aquellas personas que no puedan satisfacerlas por sí mismas* (o que sólo puedan hacerlo con un esfuerzo heroico que no se les puede exigir), *a fin de que tengan realmente oportunidades de diseñar y dar cumplimiento a sus propios planes de vida*. Con lo que es claro que se están incorporando nuevas dimensiones de la igualdad.

b.1) *La discriminación indirecta y los ajustes razonables*

Dentro de las nuevas dimensiones que adquiere el valor igualdad, creo que habría que situar, en primer lugar, lo que se conoce como discriminación indirecta. No es que haya sido históricamente la primera en ponerse de manifiesto, pero creo que es la más cercana a las consideraciones propias de las anteriores dimensiones de la igualdad. Una buena definición de lo que significan estas medidas de discriminación indirecta la encontramos en el artículo 6.2 de la actual Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003): «Se entenderá que existe discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios». Es decir, que se produciría una discriminación indirecta cuando una norma jurídica que tratase formalmente igual a todos, que tuviese como destinatario a ese hombre genérico del que antes hablaba, es decir, que no implicase ninguna discriminación directa, sin embargo, con su aplicación, y precisamente por no tener en cuenta las especiales situaciones de desventaja social en que se encuentran determinadas personas, se

produciría una discriminación para esas personas. Por ejemplo, una norma que regule el horario de trabajo de una empresa pero que no tenga en cuenta las situaciones de lactancia femenina o la necesidad para ciertas personas con discapacidad de contar con algunas horas de rehabilitación, sería una norma formalmente respetuosa con el valor igualdad pero que produciría una discriminación en la realidad, al hacer más difícil que las personas afectadas puedan acceder a los puestos de trabajo de esa empresa.

Y es para luchar contra esas discriminaciones indirectas que se ha articulado lo que se conoce como «ajustes razonables», que también se encuentran bien definidos en la misma Ley 51/2003¹⁵ –lo que resulta, en gran medida, lógico, ya que ha sido gracias a las reivindicaciones de los grupos sociales que han sufrido tradicionalmente este tipo de discriminación, como las mujeres o las personas con discapacidad, que se ha hecho patente la existencia de situaciones de discriminación indirecta en nuestras sociedades y la necesidad de combatirlas con la articulación de instrumentos como los ajustes razonables– que establece en su artículo 7: «Ajuste razonable: las medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos. Para determinar si una carga es o no proporcionada se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda».

b.2) *Las medidas de igualdad positiva*

Otra nueva dimensión se incorporó al entender que había de existir toda una serie de políticas públicas para satisfacer las necesidades de aquellas personas que estuviesen en una situación de desventaja social. Estas ayudas, que pueden ser derechos a recibir prestaciones de tipo económico o personal, pueden establecerse teniendo en cuenta a la persona individualmente considerada: es la persona como individuo la que está en situación de desventaja social y a la que hay que

¹⁵ Aunque ya se refirió a ellos explícitamente el Proyecto de Opinión de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior del Parlamento Europeo, de 20 de junio de 2000, dejando claro que su realización: «Tiene por objeto garantizar (a) que las personas puedan participar en igualdad de condiciones en los servicios, programas, actividades, empleos y otras oportunidades mediante la adaptación de las instalaciones, la modificación de los manuales de referencia y de instrucciones, la formación y la modificación de los horarios de trabajo, y (b) que se halle un equilibrio justo entre las legítimas reivindicaciones de las personas discapacitadas y los costes financieros que el empleador puede soportar dentro de unos límites razonables...».

beneficiar con las correspondiente prestaciones sociales. Es a este tipo de medidas a las que el profesor Giménez Gluck ha denominado como medidas de igualación positiva¹⁶.

b.3) *Las acciones positivas moderadas*

También puede ser que la situación de desventaja social que se tenga en cuenta para el establecimiento de las prestaciones sociales correspondientes no se encuentre en un hombre concreto, sino que se predique de un colectivo humano que, por diferentes circunstancias, normalmente por haber sido precisamente objeto de un trato discriminatorio en el pasado o incluso en el presente, se encuentra, en general, en una situación de desventaja social; por lo que se presuponga que las personas que pertenecen a ese colectivo, y sólo por el hecho de pertenecer al mismo, también sufren en alguna medida esa desventaja social que se predica del colectivo en su conjunto. De esta manera, se articularían medidas para solventar esas desventajas sociales de forma que de las mismas se puedan beneficiar todas las personas que pertenezcan a ese grupo social.

Ese tipo de medidas entrarían dentro de lo que Giménez Gluck explica como acciones positivas¹⁷; que se encuadran dentro de lo que está siendo el desarrollo del último de los procesos que se han señalado en cuanto a la evolución de los derechos fundamentales, al que el profesor Bobbio se refirió como el proceso de especificación¹⁸, y, más

¹⁶ Dirá GIMÉNEZ GLUCK: «Las medidas de igualación positiva son los tratos formalmente desiguales que tienen como finalidad constitucionalmente admisible la igualdad entre los ciudadanos individualmente considerados y, por ello, basan la diferencia en el trato en la situación de inferioridad del beneficiado, situación de inferioridad que viene reflejada por rasgos que objetiva e individualmente la determinan» (en GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, colección Tirant monografías, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 58; y puede verse más concretamente el desarrollo respecto a esa idea de las medidas de igualación positiva en pp. 58-61).

¹⁷ Para GIMÉNEZ GLUCK: «son acciones positivas los tratos formalmente desiguales que favorecen a determinados colectivos por poseer un rasgo diferenciador en común caracterizado por ser transparente e inmodificable y constituir cláusulas específicas de no discriminación» (en GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., p. 64; y puede verse más concretamente el desarrollo respecto a esa idea de las acciones positivas en pp. 61-75).

¹⁸ El primero en hablar del proceso de especificación (que se añadiría a los otros tres procesos, positivación, generalización e internacionalización, que el profesor Peces-Barba ha identificado en la evolución histórica de los derechos fundamentales desde el tránsito a la Modernidad) fue Norberto Bobbio —como él mismo lo señala explícitamente en la Introducción a su libro, recopilación de catorce trabajos suyos en donde trata el tema de los derechos humanos, *El tiempo de los derechos*—, desarrollando esa idea en los capítulos: «El tiempo de los derechos» y «Derechos del hombre y sociedad» (se pueden ver estos dos trabajos de Bobbio, en BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, traducción de Rafael de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, pp. 97-112 y 113-127, respectivamente; y sobre los procesos de positivación, generalización e internacionalización en la concepción del profesor Peces-Barba, véase en PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 154-179).

concretamente –teniendo en cuenta que después el profesor Peces-Barba distinguió entre especificación por los titulares de los derechos y especificación por el contenido de los derechos– dentro del proceso de especificación por los titulares de los derechos –que es el que se corresponde con el planteamiento que el profesor Bobbio expuso en su momento al hablar de proceso de especificación–¹⁹. Y es que, efectivamente, se produce una especificación de los derechos fundamentales por los titulares de los mismos, por las situaciones de especial indefensión en las que éstos se encuentran en las relaciones sociales por su edad, sexo, discapacidad, etc., que les colocan en una situación de desventaja respecto al resto de los actores sociales para poder participar en las relaciones sociales y poder conseguir por ellos mismos con razonables posibilidades de éxito la realización de sus planes de vida. Por eso, a las personas pertenecientes a esos colectivos se les reconocen ciertos derechos específicos, y, sobre todo, se les reconocen garantías específicas, o derechos que funcionan como tales garantías, de manera que les permitan ejercitar adecuadamente los derechos fundamentales que comparten con todas las demás personas, que son los que antes hemos señalado como los instrumentos político jurídicos idóneos para que las personas puedan diseñar sus planes de vida y actuar para su efectiva consecución²⁰.

Y, dentro de esas acciones positivas, las que entiendo que casan mejor con las nuevas dimensiones de la igualdad a las que me estoy refiriendo son las que el propio Giménez Gluck denomina como acciones positivas moderadas²¹. Lo relevante de este tipo de acciones

¹⁹ Puede verse, en este sentido, el análisis que hace el profesor Peces-Barba en cuanto al proceso de especificación en relación con los titulares, en PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 180-182.

²⁰ Es muy esclarecedor en esta línea el análisis de Ferrajoli, en el que se puede apreciar la defensa de la igualdad en derechos fundamentales y de la posibilidad de articular derechos específicos siempre que se responda a la consideración básica del igual respeto a la identidad de todas y cada una de las personas (véanse dos significativos pasajes al respecto en FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, colección Estructuras y Procesos, serie Derecho, Trotta, Madrid, 1999, pp. 76 y 91).

²¹ Que él va a definir como «la categoría que comprende a las acciones positivas que, sin constituir cuotas en procesos de selección, benefician a los miembros de los colectivos minusvalorados por su sexo, raza o, en determinados casos, minusvalía. Estas acciones positivas, en vez de influir directamente en el proceso selectivo para favorecer la elección de los miembros de los grupos desaventajados, como hacen las cuotas, tratan de remover los obstáculos que impiden a los miembros de estos grupos llegar al proceso selectivo en igualdad de condiciones. Se adaptan mejor, pues, al concepto tradicional de igualdad de oportunidades: conseguir que todas las personas gocen de una posición similar en el punto de partida. De ahí que sean bautizadas en este libro como acciones positivas moderadas: no provocan el daño a terceros que provocan las cuotas; no tienen la eficacia igualitaria que conlleva la radicalidad de estas últimas» (en GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., pp. 76-77).

positivas es, para mí, que –además de articularse para favorecer a aquellas personas que por sí solas no tienen posibilidades para diseñar sus planes de vida y actuar para su efectiva consecución de manera que puedan tener una real igualdad de oportunidades– la aplicación de esas medidas no supone el perjuicio directo para el desarrollo de ningún otro plan de vida. Esta última consideración creo que hay que subrayarla, y después volveré sobre ella, no obstante, entiendo que antes es más conveniente señalar a qué tipo de medidas nos referimos al hablar de acciones positivas moderadas; y, en este sentido, entiendo que las principales se pueden encuadrar, siguiendo una clasificación del profesor García Añón, como medidas de concienciación, medidas de incentivación, medidas de trato preferencial y medidas de recompensa²². Las primeras, las de concienciación, sirven para concienciar a la población sobre la especial situación que afecta a esos colectivos, como puede ser una campaña de información que dé cuenta de la especial situación de desventaja social en la que se encuentran las personas pertenecientes a uno de esos colectivos. Las segundas, las de incentivación, procurarían impulsar acciones que permitan acabar con esa situación de desventaja en la que se encuentran los individuos de determinados colectivos, como puede ser el establecimiento de becas que incentiven la investigación en ese ámbito. Las medidas de trato preferencial atacarían directamente una situación de desventaja estableciendo para ello un trato artificial de ventaja, como podría ser el apartar para el uso exclusivo de las personas con discapacidad las plazas de *parking* que estén más cercanas a las entradas y salidas de los establecimientos. Finalmente, con las medidas de recompensa se pretende abordar las situaciones de desventaja, otorgando beneficios a los que adopten medidas que vayan contra las mismas, como puede ser el establecer un incentivo económico para los empresarios que empleen a personas pertenecientes a uno de esos colectivos.

²² En realidad, García Añón hace esta clasificación al distinguir «medidas de acción afirmativa» según las funciones que cumplen. Señalando, así, las medidas de concienciación, las medidas de recompensa (a las que también denomina como de retribución o sanción positiva) y las medidas de facilitación (a las que también denomina de impulso o de promoción). Y dentro de estas últimas (a las que define como «medidas previas tendentes a la consecución del fin: la eliminación de la desventaja. Tratarán de promover e impulsar la igualdad para el futuro»), distingue, a su vez, entre medidas de incentivación, medidas de trato preferencial y medidas de discriminación inversa o positiva. Sin embargo, entiendo que mientras todas las demás «medidas de acción afirmativa» caben dentro de lo que en el texto principal señalo como del tipo de las acciones positivas moderadas, las de discriminación inversa o positiva son a las que después me refiere, también en el texto principal, con el nombre de medidas de discriminación inversa (véase, a este respecto, en GARCÍA AÑÓN, José, «El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 2-1999, p. 6).

En todo caso, había dejado antes una cuestión pendiente sobre la afectación de todas estas medidas, de igualación positiva y del tipo de las acciones positivas moderadas, a los planes de vida de terceros, que ha de resolverse. Es cierto que toda medida de igualación positiva y toda medida de acción positiva moderada afecta, en alguna medida, a los planes de vida de los demás miembros de la colectividad, ya que se retraen recursos del colectivo, en aplicación de un sentido de justicia distributiva, para concederles beneficios a las personas que por sí solas no pueden satisfacer sus necesidades básicas y desarrollar, así, sus planes de vida. Es claro, pues, que esto afecta a terceras personas. Pero me parece también claro que eso afecta, en principio, de forma indirecta a sus planes de vida, y que, en todo caso, no afecta de forma que se impida o dificulte gravemente el desarrollo de los planes de vida de esos terceros. Las posiciones neoliberales han subrayado esa afectación a la libertad económica de terceras personas que ellos consideran básica para conseguir el desarrollo de los planes de vida de las personas, por lo que consideran que esas medidas de justicia distributiva son ilegítimas, precisamente porque no respetan la libertad de las personas²³. Sin embargo creo que esta objeción no tiene fuerza si nos tomamos en serio la conclusión a la que antes habíamos llegado de que la obligación de reconocer, respetar y proteger los planes de vida de las personas exige de nosotros un deber de actuar para poder satisfacer las necesidades básicas de aquellas personas que no puedan satisfacerlas por sí mismas a fin de que tengan realmente oportunidades de diseñar y dar cumplimiento a sus propios planes de vida. Ese deber de actuación, ya sea a través de las medidas de igualación positiva o a través del tipo de las medidas de acción positiva moderada, *afecta de forma indirecta a los planes de vida que terceros puedan desarrollar, pero nunca de forma que éstos pierdan la capacidad de diseñar sus propios planes de vida y actuar con razonables oportunidades de éxito para su efectiva consecución.*

²³ Son muy explícitas, en este sentido, las palabras de Hayek y Nozick. Para el primero: «Se dice a menudo que la libertad política carece de significado sin libertad económica. Esto es muy verdad, pero en un sentido casi opuesto al que dan a la frase nuestros planificadores. La libertad económica que es el requisito previo de cualquier otra libertad no puede ser la libertad frente a toda preocupación económica, como nos prometen los socialistas, que sólo podría obtenerse relevando al individuo de la necesidad y, a la vez, de la facultad de elegir; tiene que ser la libertad de nuestra actividad económica, que, con el derecho a elegir, acarrea, inevitablemente, el riesgo y la responsabilidad de este derecho». Y Nozick dirá rotundamente: «Contra la afirmación de que tal Estado [un Estado más extenso que el Estado mínimo que él propugna] se justifica en tanto establece o trae consigo la justicia distributiva entre sus ciudadanos, opongo una teoría de la justicia (la teoría retributiva) la cual no requiere ningún Estado más extenso...» (en HAYEK, Friedrich A., *camino de servidumbre*, traducción de José Vergara, colección «El Libro de Bolsillo», Sección: Humanidades, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 135; y en NOZICK, R., *Anarquía, Estado y Utopía*, cit., p. 9).

4. LA SOLIDARIDAD

Las posibles respuestas a la pregunta sobre las actuaciones comprendidas en la obligación de reconocer, respetar y proteger el desarrollo de los planes de vida de terceros, tiene, como antes apunté, otra vía diferente a la ya señalada de la incorporación de nuevas dimensiones al valor igualdad, y esa segunda vía supone la incorporación del otro gran valor a considerar: el de la solidaridad. Aunque, en realidad, su simple incorporación como tal valor propio no deja de estar debatida entre la doctrina; pues, siendo también importante la doctrina que le reconoce autonomía como valor superior del ordenamiento jurídico, que destaca, en este sentido, dimensiones propias que no son realmente reconducibles a las nuevas dimensiones de la igualdad, lo cierto es que una muy buena parte le sigue negando esa autonomía²⁴. Pero, pese a la evidencia de elementos comunes –como el trascendental de la empatía, al que antes me referí, presente tanto la incorporación de las nuevas dimensiones de la igualdad como la incorporación del valor solidaridad–, hay diferencias importantes entre el camino emprendido con la incorporación de las nuevas dimensiones de la igualdad y el emprendido conforme al valor solidaridad. En este sentido entiendo que la diferencia fundamental entre las nuevas dimensiones de la igualdad y las que podemos encontrar en el valor solidaridad radica en que mientras que el primero sigue anclado en muy buena medida en las reflexiones sobre las personas individualmente consideradas, el valor solidaridad mira más a la colectividad. Aunque, y esto es muy importante subrayarlo conforme a la comprensión que aquí se maneja de la solidaridad, no se ha de olvidar nunca que el objetivo último que tenemos marcado es que las personas individualmente consideradas consigan diseñar sus propios planes de vida y actuar para su efectiva consecución. Se trata, así, de complementar el individualismo, que está en la base de todo el sistema de los derechos fundamentales²⁵,

²⁴ Para una comprensión del valor solidaridad en la línea aquí apuntada puede verse, por ejemplo, en DE LUCAS, Javier, *El concepto de Solidaridad*, colección Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 29, Fontamara, México, 1993; GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, «Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político», en *Sistema*, núm. 101, 1991, pp. 123-133; GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, «Solidaridad y derechos de las minorías», en AA.VV.: *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994, pp. 2-14; PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 261-282; Rodríguez Palop, María Eugenia, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2002 (fundamentalmente pp. 326-353), y Rorty, Richard: *Contingencia, ironía y solidaridad*, Piados, Barcelona, 1991 (fundamentalmente pp. 207-217).

²⁵ No sólo conceptualmente sino también históricamente, como reconoce explícitamente Bobbio al señalar que una de las tesis de las que no se había alejado nunca era que los derechos naturales «[n]acen al inicio de la Edad Moderna, junto con la concepción individualista de la sociedad»; y resultando muy esclarecedor, en este sentido, el análisis que hace el profesor Peces-Barba del trascendental rasgo del indi-

con la trascendencia que ha de tener la propia colectividad precisamente para la consecución de los fines individuales. De esta manera entiendo que el valor solidaridad ha de incorporar tres ideas fundamentales para la consecución y la propia redefinición de ese objetivo.

La primera es que la colectividad adquiere una importancia trascendental para la vida de los individuos: el individuo no tiene existencia real sin la colectividad, la colectividad conforma en muy buena medida la propia personalidad del individuo, sus planes de vida y la forma en que se considera apropiado hacerlos eficaces, y hace posible, a su vez, que esos planes de vida puedan, efectivamente, realizarse. Por consiguiente hay que considerar también que la colectividad es responsable en buena medida –como lo es el propio individuo en otra buena medida– de que los individuos que la componen puedan o no desarrollar sus planes de vida de una forma satisfactoria.

La segunda es que el reconocimiento de esa importancia del colectivo ha de suponer que se acepta la posibilidad de que el respeto, reconocimiento y protección, por el cumplimiento de los planes de vida de terceros pueda, en ocasiones puntuales, exigir un sacrificio directo del cumplimiento de los propios planes de vida. De esta forma, se daría entrada a las que se conocen (aunque no existe unanimidad en la doctrina en cuanto a la terminología más adecuada) como medidas de discriminación inversa, a las que después me referiré, así como a una más adecuada práctica de los ya aludidos ajustes razonables, que entiendo que se justifican mejor desde el valor solidaridad. Así, aunque para la justificación de la articulación de ajustes razonables no es necesario atender a este sacrificio directo en el desarrollo de los planes de vida, no obstante sí es necesario atender –además de a la importancia de la empatía, que necesariamente hay que destacar para la misma percepción de las situaciones de discriminación indirecta que se combaten con esa articulación de ajustes razonables– a la fuerte implicación directa que supone para los que los han de realizar. No es que interfieran directamente en sus planes de vida, pero sí les exigen acciones y «actitudes» personales que encuentran su mejor explicación en el valor solidaridad; de hecho, en el propio texto de la Ley 51/2003, en el artículo 7 antes citado, se decía, expresamente, que los ajustes razonables implicaban medidas, de adecuación a las necesidades específicas de las personas con discapacidad, también del ambiente «actitudinal», y en la disposición adicional tercera de esa Ley, por la que se modifica la Ley 49/1960, de Propiedad Horizontal, se imponen claramente

vidualismo en el tránsito a la Modernidad en su trabajo: «Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales» (véase, en BOBBIO, Norberto, «Introducción», en BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, cit., p. 14, y en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*, en Peces-Barba Martínez, Gregorio y Fernández García, Eusebio (dirs.): *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*, Dykinson-Instituto de derechos humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1998, pp. 185-192).

sacrificios a terceras personas (como desarrollo de la aplicación de los principios de normalización y accesibilidad universal, directamente conectados con la prohibición de discriminación indirecta y con la adopción de ajustes razonables), que entiendo que son también reflejo del valor solidaridad, aunque no signifiquen tampoco ninguna clase de perjuicio directo a los planes de vida de esos terceros.

Y, la tercera, es que los sacrificios que se pueden exigir a los individuos no se han de limitar sólo a los hechos en beneficio de individuos identificables, sino que también se pueden exigir en beneficio de ese «ente» más o menos abstracto que es la colectividad. Por ejemplo, los sacrificios que se exigen para la conservación del medio ambiente se ha de entender que se realizan por su beneficio para la colectividad en su conjunto, no para algunos individuos en concreto; o, igualmente, podemos ver esa idea de sacrificio por la colectividad en la regulación que hace el artículo 9.2.a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002), donde se permite a los facultativos realizar las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley.

De esta manera, con la incorporación de las nuevas dimensiones del valor solidaridad, el objetivo a conseguir se redefine en la que creo que ha de ser su formulación definitiva: hay que conseguir que el mayor número de personas posible desarrolle *al máximo posible* el plan de vida que cada una de ellas individualmente se haya dado. Constituyéndose éste en el objetivo último de toda la colectividad, que justifica la exigencia de mayores obligaciones a los individuos que componen esa colectividad, de manera que *a los individuos se les pueden exigir sacrificios personales siempre que estén justificados para la consecución de ese objetivo común y sea conforme a normas universalizables*, lo que impide que ese sacrificio suponga que se imposibilite o dificulte gravemente la consecución de los planes de vida por parte de quien realice el sacrificio.

Aunque, claramente, la adecuación a la realidad de estas consideraciones –como se verá explícitamente al tratar las medidas de discriminación inversa– ha de suponer una mayor intervención, que se traduce en una limitación, en el desarrollo de los planes de vida que son considerados aceptables por la colectividad, lo que hace más necesaria la participación de todos en las correspondientes tomas de decisiones en todo caso, la determinación inequívoca de cuál es el objetivo último a conseguir impide que por esa vía se llegue al colectivismo, conforme al cual el individuo desaparece en aras de la consecución de un objetivo exclusivo del colectivo. Es lógico tener una fuerte prevención frente a la fuerte incursión de la colectividad por la que aquí se aboga. Sólo hay que recordar que precisamente los derechos funda-

mentales supusieron la superación de los tipos de sociedades que desde la Antigüedad se construyeron sobre la base de que el individuo era plenamente sacrificable en aras de un ideal de colectividad (como fue el caso paradigmático de la sociedad espartana, que durante tantos siglos fue alabada por filósofos y políticos); y que incluso en etapas mucho más recientes las experiencias colectivistas en que se ha hecho desaparecer la importancia básica del individuo, como ha sido el caso de los totalitarismos fascistas y comunistas, han producido las peores consecuencias. Sin embargo, el camino que aquí se propone es radicalmente diferente, la importancia de la colectividad se deriva, precisamente, de la comprensión de que la misma es necesaria para conseguir ese objetivo último de que *el mayor número de personas posible desarrolle al máximo posible el plan de vida que cada uno de ellos individualmente se haya dado*.

Y de esa consideración sobre la importancia que tiene la colectividad derivan también otras consecuencias de gran trascendencia, a las que he de referirme, como son: la decisiva importancia de la participación de los individuos en la toma de decisiones políticas, jurídicas y sociales; una más adecuada justificación de las medidas de discriminación inversa; y la necesidad de prestar atención a lo que pueden aportar a la colectividad los distintos individuos que la componen.

La importancia fundamental de la colectividad hace que adquiera la mayor trascendencia el que los individuos participen en la determinación de los valores, fines y actuaciones que se van a desarrollar en esa colectividad. La participación de los individuos en la determinación de las políticas y las leyes que se adopten ha sido crucial, en realidad, desde el momento en que son las que sirven para determinar cómo se ha de respetar, reconocer y proteger los planes de vida de las personas, por eso la participación política de las personas forma parte esencial de la historia de los derechos fundamentales. Así señalaba antes que la dimensión de la libertad que significa el que cada ciudadano pueda diseñar sus propios planes de vida y actuar para su efectiva consecución, sólo tiene sentido desde el momento en que la misma se compagina con la posibilidad de participar en la toma de todas aquellas decisiones que le afecten, y, extendiendo esta idea, en la construcción del marco político y jurídico en que va a ser posible que se desarrollen esos planes de vida. Ahora lo que pretendo es subrayar dos nuevas razones, esencialmente unidas, que ahondan en la importancia de la participación política, jurídica y social de los individuos, y que implican que la participación ha de ser, en todo caso, mucho más amplia que la realizada sólo en aquellas materias que directamente nos afecten. La primera, porque es en esos ámbitos —político, jurídico y social— donde se va a establecer cómo se ha de llegar a ese objetivo colectivo último antes señalado. La segunda, porque hay que asegurar que realmente se esté siempre actuando para la efectiva consecución de ese objetivo. Es necesario, en este sentido, tener presente que los individuos evolucionan y las colectividades evolucionan con

ellos, por eso hay que asegurarse, a través de la participación política, jurídica y social, de que la evolución de la colectividad se produce en el sentido deseado por los individuos. Hay que estar alerta, porque cualquier intento de mantener inalterable la colectividad, el «espíritu» de la colectividad, sea lo que sea lo que con ello se quiera significar (el espíritu de una raza, de una comunidad, de un imperio, de unas tradiciones milenarias, de unos valores religiosos, etc.), sólo se podrá hacer a costa de impedir el libre desarrollo de los planes de vida de los individuos.

Respecto a las medidas de discriminación inversa estoy aludiendo con este término a aquellas medidas conforme a las cuales se beneficia a una persona que se encuentra en una situación de desventaja social a fin de que pueda desarrollar sus planes de vida, pero implicando con ello el sacrificio directo de otra persona, un perjuicio directo en el desarrollo de otros planes de vida. Un sacrificio que encontraría su justificación al darse el salto del individuo al colectivo, siempre que con dicha medida se esté consiguiendo el que el mayor número posible de personas desarrolle al máximo posible sus planes de vida, lo que también supone que no se esté impidiendo o dificultando gravemente que la persona que realiza el sacrificio pueda desarrollar sus propios planes de vida, aunque haya que tener presente que, como antes señalé, sí supone un límite en el desarrollo de planes de vida que son considerados aceptables por la colectividad.

Hasta ahora las medidas de discriminación inversa se han justificado únicamente, y no sin polémica –todavía abierta–, para beneficiar, a través de lo que se conoce como cuotas o reservas de plazas para el acceso a ciertos bienes escasos, como son puestos de trabajo o plazas de universidad, a las personas que se encuentran en una situación de desventaja social por pertenecer a uno de los colectivos –en nuestro ámbito jurídico hasta ahora de forma casi exclusiva a mujeres o personas con discapacidad– que se encuentra en una situación de desventaja social a causa de haber sido objeto tradicionalmente, y de seguir siéndolo en alguna medida, de políticas y prácticas discriminadoras²⁶. Comparto, como se colige de lo que llevo dicho, la legitimidad de esas medidas de discriminación inversa. Sin embargo, no veo porqué las mismas no han de beneficiar igualmente a personas individualmente consideradas, no por su pertenencia a un determinado colectivo. El elemento relevante para la exigencia de ese sacrificio a terceras personas es que realmente sea necesario para que una persona en desventa-

²⁶ Así, para Giménez Gluck: «Las medidas de discriminación inversa son las acciones positivas que consisten en cuotas reservadas a determinados grupos minusvalorados en los procesos selectivos para acceder a bienes escasos de la sociedad (puestos de trabajo, listas electorales, contratos con la Administración, plazas universitarias, etc..)» (en GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., p. 77; dedicando las siguientes páginas a un estudio más detallado de las mismas).

ja social pueda, efectivamente, desarrollar sus planes de vida, y esa circunstancia ha de observarse en un individuo concreto. El hecho de que se aplique a colectivos (o, más exactamente, a individuos por pertenecer a ciertos colectivos), creo que sólo se justifica si se sigue dando una situación de desventaja social por prácticas discriminatorias hacia ese colectivo y porque, por consiguiente, se presupone que por pertenecer a ese colectivo se parte de una situación de desventaja social. Pero creo que, por las mismas razones, esa presunción debe de ceder cuando se constate fehacientemente que en un caso concreto es manifiesto que otra persona –que no pertenece a ese colectivo beneficiado, en principio, por la medida de discriminación inversa– está más necesitada para el desarrollo de sus planes de vida de esa medida favorecedora que la persona que pertenece a ese colectivo tradicionalmente discriminado.

Por otra parte, si las medidas de discriminación inversa se han reconducido en la práctica a lo que se conoce como cuotas o reservas de plazas para el acceso a ciertos bienes escasos, creo que al respecto sí puedo señalar unas preferencias sobre las distintas formas en que se han articulado²⁷. Me parece adecuado el criterio de fijar un porcentaje para el acceso a puestos en determinados sectores infrarrepresentados siempre que ese porcentaje se establezca como vía para conseguir acabar con una situación de discriminación real vivida por un determinado colectivo y para anular la desventaja social de la que parten los individuos de ese colectivo para acceder a esos puestos y, así, desarrollar sus planes de vida. Sin embargo, el porcentaje no ha de ser entendido como un objetivo rígido de necesario cumplimiento, independientemente de las circunstancias concretas que se den. De esta manera hay que aceptar que para el acceso, por ejemplo, a un puesto concreto de trabajo, la persona que accede debe de tener los conocimientos suficientes para desempeñar satisfactoriamente las funciones que vaya a ejercer; de otra manera se estaría perjudicando –con mayor o menor intensidad, en función del puesto de trabajo de que se trate– a la colectividad (a los planes de vida de los individuos de esa colectividad), lo que, en principio, haría injustificada a esa medida de acción positiva. Tampoco es necesario que se limite la medida de discriminación positiva a los casos de desempate, en los que haya igualdad de méritos entre los concurrentes al puesto que se trate. Habrá, más bien, que observar lo razonable de la medida impuesta y cómo funcionan en su aplicación al caso los criterios del mérito y la capacidad y la ponderación respecto a la necesidad del puesto y las situaciones de desven-

²⁷ Opto en el texto principal por una terminología que me parece que es clara en cuanto al sentido de lo que quiero decir, aunque soy consciente de que a este respecto existe, como bien advierte María Ángeles Martín, una confusión terminológica en la doctrina, de la que también participaré en alguna medida (véase, al respecto, en MARTÍN VIDA, María Ángeles, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, prólogo de Gregorio Cámara Villar, colección monografías, Civitas, Madrid, 2003, cap. 2, pp. 35-53, especialmente en pp. 48-49).

taja social que afectan a los concursantes al mismo. Y, por otra parte, pero directamente relacionado con el punto anterior, creo que hay que rechazar las cuotas rígidas, porque impiden tomar en consideración los casos concretos que puedan darse, y admitir la legitimidad de las cuotas flexibles, las que funcionan con una cláusula de apertura. El establecimiento de cómo se ha de articular el funcionamiento de estas cláusulas ha de ser el producto de un necesario debate público, atendiendo al objetivo último de la consecución por el mayor número posible de personas del máximo desarrollo posible de sus planes de vida.

Por último señalaba antes otra importante perspectiva que entiendo que está directamente ligada a la relevancia propia que ha de adquirir la colectividad, y es que no se puede concebir a las personas pertenecientes a esos colectivos tradicionalmente discriminados solamente como personas que han de beneficiarse de las acciones de la colectividad, sino que se les ha de considerar también como necesaria parte activa de esa colectividad. Esas personas, como cualquier persona de la sociedad, ha de contribuir al objetivo último aquí señalado, su aportación es absolutamente necesaria, y como tal ha de ser valorada y favorecida por todos los otros miembros de la colectividad. Es en este sentido que, respecto de las personas con discapacidad, decían las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, en sus artículos 1 y 10.1, respectivamente: «Los Estados deben adoptar medidas para hacer que la sociedad tome mayor conciencia de las personas con discapacidad, sus derechos, sus necesidades, sus posibilidades y su contribución»; y: «Los Estados velarán porque las personas con discapacidad tengan oportunidad de utilizar su capacidad creadora, artística e intelectual, no solamente para su propio beneficio, sino también para enriquecer a su comunidad...».

Ordenamiento jurídico, competencia normativa y legislación de extranjería

Por ALBERTO CARRIÓ SAMPEDRO *
Universidad de Oviedo

SUMARIO: Introducción.—1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO, UN SISTEMA FORMAL.—2. NORMAS DE COMPETENCIA, PERTENENCIA Y VALIDEZ JURÍDICA.—3. LAS REGLAS EN JUEGO. LEGISLACIÓN Y CONSISTENCIA DEL SISTEMA EN EL ÁMBITO DE EXTRANJERÍA. 3.1 *Normas originarias y tratados internacionales como primer límite.* 3.2 *Autoridades derivadas y límites internos.*—4. NORMAS ORIGINARIAS, NORMAS DERIVADAS Y CONSISTENCIA DEL ORDENAMIENTO. 4.1 *Normas originarias como parámetro de consistencia.* 4.2 *Legislación de extranjeros como inconsistencia sistemática.*

Introducción

Son muchas las construcciones teórico-jurídicas que parten de asumir que el Derecho de una comunidad política se identifica de modo específico con un conjunto o entramado de normas. Junto a ello, suele admitirse también que dicho entramado normativo conforma una cierta unidad, un cierto orden interno complejo. De ahí las nociones de uso común entre los juristas de «sistema» u «ordenamiento jurídico». El Derecho sería un sistema que regula su propia producción (Kelsen)

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación PB-0251, denominado «Seguridad jurídica y técnica legislativa» financiado por la Fundación para el Fomento en Asturias de la Investigación Científica Aplicada y la Tecnología.

o un sistema autopoyético (Luhmann). La asunción de estos presupuestos conlleva, habitualmente, la consecuencia inmediata de que las argumentaciones en torno a la producción jurídica quedan recluidas o cerradas en los términos internos del propio sistema jurídico. Un corolario práctico de esto sería que las decisiones jurídicas serán criticadas (o justificadas) «en relación a un determinado sistema jurídico, esto es, al que concede competencia para adoptar la específica decisión de este tipo» (Caracciolo 2000, 162).

Ahora bien, aceptar esta postura ontológica acerca del Derecho obliga a suponer una cierta racionalidad como característica intrínseca de toda actividad jurídica, no sólo en la vertiente de creación y aplicación de las normas, sino también en su aspecto externo, esto es, en su operatividad o eficacia social, así como en el modo peculiar de «interpretar» o «leer» la realidad social desde los propios esquemas jurídicos. La conjunción adecuada de ambas vertientes es, sin embargo, más difícil de hallar articulada en la mayor parte de construcciones teórico-jurídicas disponibles.

El presente trabajo pretende mantener como perspectiva crítica una necesaria conjugación de teoría y praxis. Tan sólo de este modo podría ofrecerse, tal es nuestra opinión, una visión realista de la actividad jurídica. Se tratará por ello de indagar hasta qué punto la concepción teórica que entiende el ordenamiento jurídico como un complejo sistematizado se deja enfrentar en términos adecuados a la realidad jurídica que parece caracterizarse por desbordar continuamente dicha pretensión de sistematicidad.

Para ello tomaremos aquí como contexto jurídico positivo de referencia la legislación de extranjería. La opción se justifica en que dicha legislación constituye por su carácter transversal a todo el ordenamiento jurídico –y por su importancia práctica en nuestros días– un buen banco de pruebas para comprobar si la realidad jurídico-práctica efectiva se deja describir ajustadamente por los conceptos formales de la teoría del sistema jurídico y sus reglas de autoproducción, o si pasa a ser práctica inconsistente, esto es, no justificada jurídicamente.

1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO, UN SISTEMA FORMAL

Se partirá aquí de considerar las relaciones entre normas como relaciones nodales de todo ordenamiento jurídico. Esto presupone, cuando menos, dos premisas: a) que las normas constituyen los elementos o unidades mínimas del Derecho (asunción que es ampliamente compartida por la teoría jurídica contemporánea de cualquier signo u orientación); y b) que es justamente en las relaciones internormativas donde se genera el «sistema jurídico». A partir de ello se abre una perspectiva que podemos llamar «formal» acerca del Derecho. Por «formal» entenderemos aquí una aproximación «estructural» en

el sentido en que Bobbio (1955, 8 y 35) usa este concepto para referirse a la Teoría General del Derecho. Es decir, interesará una aproximación a las normas no tanto desde un punto de vista material, o en función de las relaciones por ellas reguladas, sino en su aspecto estructural, que refiera las relaciones internas de la regulación normativa misma. Se trata de indagar no tanto en las relaciones de contenido entre las normas y sus objetos de referencia, cuanto en las relaciones estructurales entre las propias normas abstractamente consideradas (como formas o procedimientos). Ello nos conduce a plantear algo así como una «geometría» de la estructura del ordenamiento jurídico.

Una característica sobresaliente del ordenamiento jurídico, bajo esta óptica, es que las normas jurídicas se remiten de hecho unas a otras, y esto determina que la normatividad jurídica tenga, efectivamente, una dimensión «metalingüística» o autorreflexiva, por cuanto que cualquier norma jurídica está necesariamente referida, y se refiere regulativamente, a otras normas jurídicas en un proceso continuado. Éste sería un rasgo que diferencia decisivamente al Derecho de cualesquiera otros sistemas de normas. Es decir, el Derecho constituiría una práctica que regula la producción de normas y una práctica que produce nuevas normas con arreglo a dicha regulación. El ordenamiento jurídico puede ser entendido así como un «sistema correlacional», en el cual sus términos o elementos, las normas, se definen por las posiciones y relaciones recíprocas que mantienen con otros términos y elementos, otras normas. Esto sería lo que se trata de aclarar o explicar bajo la suposición de que las normas que conforman los sistemas jurídicos están relacionadas de forma *sintáctica*, de modo tal que, por decirlo con la terminología semiótica de Umberto Eco (1998, 318), «los antecedentes de la cadena basada en las leyes del sistema remiten a sus consecuentes» y viceversa.

Como cuestión previa será necesario, sin embargo, establecer un criterio que permita identificar las normas que pertenecen al ordenamiento jurídico. Consideraremos, en primer lugar, como normas pertenecientes al sistema jurídico todas las disposiciones contenidas en la Constitución, esto es, las normas soberanas u originarias (N_0). En segundo lugar, tendremos aquellas normas que, siguiendo el procedimiento de producción normativa previsto en la propia Constitución (P_N), hayan sido promulgadas por cualquier autoridad (A_1, A_2, \dots, A_i) a la que las propias normas constitucionales facultan para dictar normas subsiguientes (N_1, N_2, \dots, N_i). Por la misma razón habrá que considerar que han dejado de pertenecer al sistema todas aquellas normas que, siguiendo también el procedimiento derogatorio previsto (P_D), hayan sido eliminadas o modificadas por la autoridad que tenga atribuida competencia para ello.

Según lo anterior, no habría mayor dificultad en la identificación de las normas originarias o supremas N_0 : éstas serán, por definición, todas (y sólo) las contenidas en la Constitución. Tampoco parece demasiado problemática la identificación de aquellas que se encuen-

tren en los escalones normativos ulteriores (N_j). En virtud de los criterios antedichos, y de acuerdo con las cláusulas de competencia mencionadas, pertenecerán al sistema todas aquellas normas que, siguiendo el procedimiento previsto, hayan sido promulgadas y no derogadas por la autoridad (A_j) facultada para ello. Ahora bien, la cuestión se complica a la hora de enjuiciar la adecuación de éstas últimas (las normas producidas N_j) a lo dispuesto en las normas originarias (N_0) –o, en su caso, a lo contemplado en las que se encuentren en un nivel jerárquico superior a las mismas– no sólo desde un punto de vista procedimental o formal, sino también y sobre todo desde un punto de vista material o relativo a los contenidos regulados. Aquí estaría el nudo gordiano del concepto de «validez». Este problema podría ser resuelto acudiendo a la noción de competencia, si por tal se entendiera no sólo la facultad concedida a una autoridad para «realizar actos normativos que modifiquen el estatus deóntico de ciertas acciones» (Alchourrón y Bulygin 1991, 242), sino aquella facultad cuyo ejercicio incluye el dictado de normas que respeten o no contradigan el contenido de las normas superiores reguladoras de su producción.

2. NORMAS DE COMPETENCIA, PERTENENCIA Y VALIDEZ JURÍDICA

Íntimamente ligados a la noción de competencia antes enunciada están los principios constitucionales de legalidad y jerarquía normativa (art. 9.3 de la Constitución española). Tanto es así que la conocida regla *lex posterior derogat priori* tan sólo puede ser aplicada a actos normativos que proceden de autoridades situadas en el mismo escalón jerárquico, pero no entre normas provenientes de autoridades supra y subordinadas entre sí¹. Nos encontramos aquí, por tanto, con un primer criterio de restricción para la acción normativa de ciertas autoridades que viene establecido por las propias normas originarias del ordenamiento. Valdrá decir que tan sólo gozan de competencia ilimitada las normas originarias ya que, por definición, no puede existir para ellas ninguna restricción². El resto de órganos con capacidad normativa –órganos constituidos– sí pueden, por el contrario, ver limitada su competencia para dictar normas.

Para los órganos constituidos se impone, en resolución, un criterio normativo de competencia. Este criterio obliga, además, cuando los

¹ «La regla *lex posterior* –afirman Alchourrón y Bulygin (1991, 242 y 243)– no es, pues, una regla contingente, sino que es conceptualmente necesaria en la medida en que existe una autoridad normativa con competencia para cambiar la calificación deóntica de determinadas conductas».

² Radicalmente en contra de la posibilidad de que exista un sujeto jurídico dotado de una competencia total o ilimitada se muestra Carrió (1973, 48 y 49). Una contundente crítica a la posición de Carrió puede encontrarse en Nino (1980, 339-370).

órganos que gozan de potestad normativa se encuentran estratificados en diferentes niveles jerárquicos, a que prevalezca el acto normativo producido por el órgano superior sobre el realizado por el inferior, aunque este último sea posterior en el tiempo.

En todos los ordenamientos existen, según lo que se acaba de decir, normas de competencia, esto es, normas que atribuyen a determinados sujetos, individuales o colectivos, la capacidad de realizar actos normativos, de crear normas³. La noción de competencia como criterio identificador de las normas pertenecientes a un determinado ordenamiento jurídico entronca directamente con el problema de la validez normativa. Como es sabido, Kelsen, debido a la ambigüedad con la que maneja el término validez, parece identificar este concepto con el de pertenencia. «Con el término validez –afirma Kelsen (2000, 23)– designamos la existencia específica de una norma», la cual no resulta ser otra cosa que la pertenencia de la norma a un orden jurídico determinado (Kelsen 2000, 45). También Hart (1963, 137), aunque no menos ambiguamente, refiere la noción de validez a la de pertenencia.

La cuestión, sin embargo, no resulta pacífica. Partiremos de la hipótesis de que si bien «pertenencia» y «validez» son ambos términos relacional-sintácticos, no por ello deben ser entendidos necesariamente como sinónimos. Es más, desde nuestro punto de vista, «pertenencia» y «validez» no sólo son dos términos disímiles, sino que apuntan a dos problemas diferentes para la teoría del Derecho.

El término «pertenencia» refiere la relación que una cosa tiene con respecto a otra como parte integrante de ella. «Pertenencia» puede entenderse, de este modo, como un concepto formal que refleja la necesidad de que se produzcan ciertas conexiones lógicas o inferencias entre las proposiciones normativas de las que esa relación se predica que deben ser cumplidas necesariamente. El concepto de «validez», sin embargo, parece denotar, además, una cualidad, un valor, una propiedad de la norma jurídica, y esta propiedad en la teoría kel-

³ Esta definición de norma de competencia puede ser identificada, a nuestro entender, con la que opera en las que Hernández Marín (1998, 333) denomina «normas de competencia en sentido amplio». Similar, aunque más comprometida, es la definición de normas de competencia que ofrece Ferrer (2000, 125), ya que en su opinión éstas son «aquellas reglas que atribuyen a determinados individuos la capacidad de crear *normas válidas* (según el sistema de referencia) o de realizar *actos jurídicos válidos* (según ese mismo sistema)» (cursivas nuestras). Si bien es cierto que este tipo de normas atribuye capacidad a determinados sujetos para crear normas, parece sin embargo más aventurado afirmar que tal atribución sea específicamente para crear normas válidas. Más bien habrá que entender que la capacidad se concede para crear normas cuya validez habrá que presumir al haber sido aprobadas siguiendo el procedimiento previsto –como el propio Ferrer (*ibidem*, 154) parece reconocer–. La validez de éstas, empero, puede depender aún de muchas otras cuestiones: por ejemplo, de la no contradicción con el contenido de las normas jerárquicamente superiores. El concepto de validez es complejo y multidimensional y depende en no pocas ocasiones del criterio que se maneje o del punto de vista que se adopte.

seniana del Derecho resulta ser, justamente, su fuerza vinculante, su obligatoriedad⁴.

Por ello, si afirmar la validez de una norma jurídica significa atribuirle un sentido determinado –la obligatoriedad de su observancia–, buscar el fundamento de justificación de esa validez necesariamente pasará por dar respuesta a la pregunta de por qué han de ser obedecidas esas normas jurídicas⁵. La respuesta que Kelsen ofrece a esta pregunta es bien sencilla: las normas jurídicas tienen que ser obedecidas porque debe presuponerse otra norma que ordena acatar las normas «fácticamente promulgadas» por la autoridad que goce de competencia para producirlas. Valdría decir, por tanto, que afirmar la validez de la norma jurídica es lo mismo que aceptar la norma en cuestión como integrante del ordenamiento jurídico basado últimamente en la norma fundamental⁶.

Este concepto de validez puede entenderse de dos modos diferentes, a saber, como una obligación moral que tienen los individuos de obedecer al Derecho⁷, o bien como una obligatoriedad interna al propio siste-

⁴ Esta definición de la validez normativa es reiterada numerosas veces por Kelsen. Así, por ejemplo (Kelsen 1995, 35): «Por validez entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o –lo que es lo mismo– a reconocer que tiene “fuerza obligatoria” frente a aquellos cuya conducta regula». O, cuando en la *Teoría pura*, refiriéndose a los conceptos de validez y dominio de validez de la norma observa que «cuando describimos el sentido, o el significado, de un acto que instituye una norma, decimos que, con el acto en cuestión, cierto comportamiento humano es ordenado, mandado, prescripto, preceptuado, prohibido; o bien, admitido, permitido, autorizado. Cuando nosotros recurrimos a la palabra “deber” con un sentido que comprende todos esos significados, podemos expresar la validez de una norma diciendo que algo debe ser o no; o debe ser hecho o no» (Kelsen 2000, 24).

⁵ En términos parecidos se expresa Celano (2002, 159): «el problema del fundamento de validez de una norma se identifica con el problema de por qué ella debe ser observada; en suma, se identifica con el problema de su justificación. Responder a un interrogativo de la forma ¿Cuál es el fundamento de validez de N? equivale a ofrecer una justificación de N».

⁶ «Fundamento de la validez es la respuesta a la pregunta por qué las normas de ese orden jurídico deben ser acatadas y aplicadas; es la norma fundamente básica presupuesta según la cual debe acatarse y aplicarse la constitución eficaz en términos generales, y, en consecuencia debe actuarse conforme las normas fácticamente promulgadas conforme a esa constitución, que sean en términos generales, eficaces. La instauración y la eficacia son puestas, en la norma fundamente básica, como condiciones de la validez; la eficacia en el sentido de que debe agregarse al hecho de la instauración, para que tanto el orden jurídico como un todo, así como cada norma jurídica aislada no pierda su validez» (Kelsen 2000, 223).

⁷ Esta es, precisamente, la crítica que Ross (1993, 28) dirige contra Kelsen cuando lo tilda de exponente de un pensamiento «cuasipositivista», continuador del iusnaturalismo tradicional: «la idea de un deber de obedecer al derecho (de cumplir con las obligaciones jurídicas) solo tiene sentido –dice Ross– si suponemos que el deber aludido es un verdadero deber moral que corresponde a la “fuerza obligatoria” inherente al derecho». Esta interpretación, prosigue, «se confirma por la manera como Kelsen trata de explicar el significado de la reiterada admonición de comportarse como la norma requiere. El significado, afirma, es que el significado subjetivo de la norma es también objetivo, lo que equivale a decir que la norma expresa una verdadera obligación: a los individuos no solo se les

ma jurídico, intrasistemática, autónoma e inmanente al orden jurídico (es decir, no necesariamente extrajurídica). Este último es el concepto de validez que maneja Kelsen, no sólo porque él así lo manifieste expresamente en diferentes partes de su obra⁸, sino también y, sobre todo, porque ésta parece ser la única manera posible de armonizar su relativismo axiológico con el formalismo jurídico que propugna⁹.

3. LAS REGLAS EN JUEGO. LEGISLACIÓN Y CONSISTENCIA DEL SISTEMA EN EL ÁMBITO DE EXTRANJERÍA

Es sabido, por considerar en primer lugar las normas originarias de nuestro ordenamiento jurídico, que la Constitución Española (en adelante CE) no se ocupa en ningún momento de diseñar las directrices que han de seguirse con respecto a la política inmigratoria (Villaverde 2003, 141), sino que tan sólo remite la regulación de la inmigración y extranjería, como materias reservadas a la exclusiva competencia del Estado (art. 149.1.2 CE), a su posterior desarrollo legal. No es menos cierto, sin embargo, que este posterior desarrollo legislativo queda sujeto, por prescripción de esas mismas normas originarias, a los límites que éstas imponen en lo que a los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas se refiere. Por previsión expresa de la propia norma constitucional se impone, además, como canon interpretativo de dichas normas, la conformidad de éstas con la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, así como con el resto de tratados y acuerdos internacionales que, habiendo sido suscritos por España, se encuentren en vigor (art. 13.1 CE). Contrariamente a lo que en ocasiones parece suponerse, éste es, pues, un primer criterio de desigualdad contemplado por el propio ordenamiento¹⁰. Como el propio Tribunal Constitucional se ha

«ordena» comportarse de cierta manera sino que ellos «realmente», «en verdad», «objetivamente», deben hacer lo requerido por la norma. Pero la idea de una norma verdadera o de un deber objetivo es exactamente la idea con la cual opera la filosofía del derecho natural, una idea que sólo posee significado si se aceptan los principios morales objetivos, apriorísticos, de los cuales se derivan los verdaderos deberes».

⁸ «El concepto de obligación jurídica –afirma Kelsen (2000, 131)– se refiere exclusivamente a un orden jurídico positivo, y no tiene ninguna implicación moral». O, de forma aún más explícita: «el deber jurídico no puede constituir un deber moral frente al Derecho objetivo, cuya infracción es jurídicamente relevante en tanto que tiene como consecuencia un acto jurídico; del mismo modo que, en la facultad, el Derecho objetivo no protege o garantiza un derecho moral, sino que el deber jurídicamente relevante tiene que estar encuadrado (como deber jurídico) en el mismo sistema del Derecho objetivo» (Kelsen 1934, 80).

⁹ Vid. al respecto el excelente análisis realizado por García Amado (1996, 178-185) sobre obligación jurídica y obediencia a las normas en Hans Kelsen.

¹⁰ Lo que, en principio, parece contradecir la tesis sostenida por el art. 1 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* según el cual «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...» (Art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la 183.ª Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948).

encargado de recordar (por todas, SSTC 107/1984 FJ 4 y 95/2000 FJ 3), los principios constitucionales de igualdad y no discriminación (art. 14 CE) quedan reservados únicamente para los españoles, por lo que, como afirma Villaverde (2003, 147), «la nacionalidad puede ser un criterio válido de desigualdad y discriminación en el ordenamiento español tanto para establecer diferencias en el desarrollo y la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales por extranjeros, como para distinguir los estatutos legales ordinarios de unos y otros en función de su nacionalidad». Ahora bien, una vez sentado lo anterior, no cabe deducir de ello que el legislador goce de absoluta libertad para restringir (aunque sí para ampliar) los derechos de los que puedan gozar los extranjeros en España. El ámbito de maniobra en el que puede moverse el legislador, aunque amplio, no es ilimitado, sino que queda circunscrito a las normas que el propio ordenamiento ha puesto en juego. En otras palabras, la discriminación por razón de nacionalidad es perfectamente esgrimible en la configuración de los derechos de los extranjeros hasta el punto en el que las reglas del propio ordenamiento la consientan, pero no allí donde éstas hayan autolimitado tal posibilidad.

3.1 Normas originarias y tratados internacionales como primer límite

Es también de sobra conocido que la política inmigratoria ha dejado de ser, en lo que al ámbito regional europeo se refiere, una cuestión nacional para pasar a convertirse en objetivo común de la Unión, lo que ha propiciado una progresiva armonización de las legislaciones de todos los países integrantes de la misma. La definitiva comunitarización de estas políticas ha sido llevada a cabo mediante la modificación efectuada por el *Tratado de Ámsterdam* en el Título IV del *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea* (TCE, en adelante). Esta comunitarización ha supuesto que el fenómeno de la inmigración haya pasado a ser objetivo de la acción normativa de la propia Unión, con el loable fin de hacer del territorio europeo un espacio común de libertad, seguridad y justicia en el que prime el respeto a la legalidad internacional así como el reconocimiento y protección de los derechos humanos.

Para alcanzar estos fines se propone una gestión armónica de los flujos migratorios procedentes de las fronteras exteriores de la Unión, con el objetivo de luchar contra la inmigración ilegal y conseguir, dentro de ellas, una progresiva equiparación en derechos de los extranjeros con los nacionales de los países miembros¹¹. La insistencia por parte de la Comisión en la necesidad de realizar un planteamiento «holístico» con respecto a la inmigración que sea capaz de analizar y dar respuesta a este fenómeno desde una perspectiva multidisciplinar —econó-

¹¹ Vid. *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal*, COM (2001)672 FINAL.

mica, jurídica, cultural...— que permita emprender un camino sin retorno a la plena integración de los inmigrantes¹², choca, sin embargo, con los intereses nacionales de algunos Estados miembros. Buena muestra de ello es que no han quedado sujetas al plazo general de cinco años fijado para el resto de medidas, aquellas que deban adoptarse en temas tales como las condiciones de entrada o residencia, expedición de visados de larga duración (art. 63.3 TCE), o las que definan los derechos y las condiciones con arreglo a las que los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado de la Unión puedan trasladar su residencia a otro Estado miembro (art. 63.4 TCE).

Ahora bien, no debe olvidarse que toda esta construcción comunitaria se apoya en otra base jurídica previa que difícilmente podría ser obviada. Toda acción normativa —nacional o comunitaria— que se efectúe en materia de inmigración deberá tener presentes los instrumentos jurídicos de carácter general que como el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*¹³ (en adelante CEDH) o la *Carta Social Europea*¹⁴ (en adelante CSE) se constituyen en fundamento y base de la propia Unión (art. 6.1 y 2 TUE; art. 136 TCE).

En el caso de España, amén de lo contemplado en otros textos de carácter internacional, y para lo que ahora interesa, son de obligada observancia y respeto (art. 10.2 CE), los derechos de reunión y asociación (arts. 21.1 y 22.1 CE) incluida la sindical (art. 28.1 CE; art. 11.1 CEDH¹⁵; art. 19.4 b) CSE; art. 28 del *Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante*¹⁶, art. 12 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁷); el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales y autoridades administrativas (art. 13 CEDH; art. 19.7 CSE; art. 26.1 del *Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante*) el cual debe ser completa-

¹² Vid. COM (2000) 757 y COM (2001) 387.

¹³ Vid. *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* de 4 de noviembre de 1950, enmendado por el Protocolo n.º 11 de 11 de mayo de 1994. Entrada en vigor para España: 4 de octubre de 1979. El texto enmendado por el Protocolo núm. 11 (BOE núm. 152, de 26 de junio de 1998; corrección de errores en BOE núm. 223, de 17 de septiembre de 1998) entró en vigor con carácter general y para España el 1 de noviembre de 1998.

¹⁴ Vid. *Carta Social Europea*, de 18 de octubre de 1961. Entrada en vigor para España: 5 de junio de 1980, BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980.

¹⁵ Cfr. art. 11.1 CEDH. Repárese en que la Reserva efectuada por España en virtud de lo dispuesto en el art. 64 del *Convenio* (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979), tan sólo afecta a este artículo en la medida en que el mismo fuera incompatible con la regulación de los derechos de asociación y sindicación con respecto a las Fuerzas Armadas, Jueces, Magistrados y Fiscales (arts. 28.1 y 127.1 CE), sin que pueda restringirse a ninguna otra persona ya que el mismo comienza con un ilustrativo «todos tienen derecho a sindicarse libremente».

¹⁶ Cfr. art. 28 del *Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante*, de 24 de noviembre de 1977, entrada en vigor general y para España: 1 de mayo de 1983 (BOE núm. 145, de 18 de junio de 1983).

¹⁷ Cfr. art. 12 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, de 7 de diciembre de 2000, DO C 364, de 18 de diciembre de 2000.

do con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE y art. 13 por interpretación conjunta con el art. 6 CEDH, y, explícitamente, art. 47 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*).

Todos los derechos y libertades mencionados forman parte del ordenamiento jurídico español. Unos, los más, por ser normas originarias del propio ordenamiento. Otros, como es el caso de los derechos contemplados en los convenios o acuerdos internacionales (CEDH, CSE, *Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante*) por venir así previsto y dispuesto en esas mismas normas originarias (art. 96.1 CE)¹⁸. Los restantes, por provenir de un organismo internacional en favor del cual el Estado ha consentido ceder determinadas competencias normativas derivadas de la propia Constitución¹⁹, en el ejercicio de las cuales se han creado normas obligatorias para España –Derecho derivado (art. 93 CE)–, cuya garantía de cumplimiento corresponderá, según los casos, a las Cortes Generales o al Gobierno de la nación (art. 93 CE *in fine*)²⁰.

3.2 Autoridades derivadas y límites internos

En lo que respecta al ordenamiento jurídico español, son competentes para dictar leyes –tienen atribuida potestad legislativa– las Cortes Generales (art. 66.2 CE), y también, aunque más restringidamente, el Gobierno en virtud de la delegación legislativa (art. 82.1 CE). Del mismo modo que los anteriores, pero en sentido negativo, el Tribunal Constitucional está facultado para declarar la inconstitucionalidad de cualquier norma jurídica con rango de ley [art. 161.1 a) CE, art. 27.1 y 2 LOTC]²¹. Todos estos

¹⁸ Todos estos Tratados y Acuerdos internacionales se incorporan al ordenamiento español sin más requisito que el de su publicación (art. 96 CE), exigido de forma genérica por el art. 9.3 CE.

¹⁹ Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, *BOE* núm. 189, de 8 de agosto.

²⁰ Este derecho derivado, como afirma de Otto (1995, 123), «sigue la suerte de los tratados y queda incorporado por sí mismo al ordenamiento español con su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades, suficiente para cumplir el requisito de publicidad del art. 9.3, pues hay que entender que la cesión de competencias engloba también la publicación».

²¹ Cfr. arts. 27.1 y 2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, *BOE* núm. 239, de 5 de octubre. Este poder ilimitado para examinar la constitucionalidad de las leyes y, en su caso, anularlas por falta de coherencia con los preceptos constitucionales, representa, a decir de Kelsen (1995, 318), una notable restricción al poder del órgano legislativo: «significa que, al lado del positivo, existe un legislador negativo, un órgano que puede integrarse de acuerdo con un principio totalmente diferente del que sirve de base a la elección del parlamento por el pueblo. En esta hipótesis, casi resulta inevitable un conflicto entre los dos legisladores, el positivo y el negativo». Quizá por eso, como advierte Habermas (1998, 353) este legislador negativo que representa el Tribunal Constitucional cuando «se deje guiar por una comprensión procedimentalista de la Constitución no necesita ir más allá del crédito o “cuenta corriente” de legitimación de que dispone, y puede moverse dentro de las competencias de aplicación del derecho –claramente determinadas en términos de lógica de la argumentación– si el proceso democrático, al que ese tribunal tiene el encargo de proteger, no es descrito como un estado de excepción».

órganos tienen, además, atribuida competencia en relación con la celebración de tratados internacionales. Las Cortes Generales, por venir requerida su previa autorización para contraer obligaciones por medio de tratados o convenios de carácter político o militar, que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I de la Constitución; de aquellos que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública; o los que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución (art. 94.1 CE). El Gobierno, en cuanto a la celebración de los restantes tratados, con la obligación de informar inmediatamente al Congreso y al Senado de su conclusión (art. 94.2 CE). Y el Tribunal Constitucional, en definitiva, por ser el órgano encargado de examinar si las estipulaciones contenidas en los tratados y convenios internacionales resultan o no conformes con la Constitución, pudiendo ser requerido para ello por el Gobierno o cualquiera de las Cámaras [art. 95.2 CE, art. 2.1.e) LOTC]. Las disposiciones de todos los tratados que hayan sido válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente, pasarán a formar parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE). Hay, sin embargo, una importante particularidad con respecto a las disposiciones de estos tratados, ya que las mismas gozan de una especial resistencia a los actos normativos con fuerza de ley, dado que aquéllas «tan sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista por los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional» (art. 96.1 CE *in fine*). Esta particular resistencia del tratado frente a la ley, representa, a nuestro entender, una limitación a la posibilidad de que los órganos del Estado que tienen atribuida capacidad normativa dicten disposiciones que supongan la derogación, modificación o suspensión de las estipulaciones contenidas en los tratados o convenios internacionales que, habiendo sido válidamente suscritos por España, se encuentren en vigor. Dicho de otro modo, el apartado final del artículo 96.1 CE supone una prohibición para cualquier autoridad normativa derivada, con arreglo a la cual no se podrán dictar normas que tengan como consecuencia la modificación o derogación tácita de las estipulaciones contenidas en estos acuerdos internacionales²². Es necesario destacar, por último, que la peculiar relación mante-

²² La prohibición establecida en el art. 96.1 CE, podría ser, hasta cierto punto, equiparada a lo que Hernández Marín (1998, 319) denomina una «norma de incompetencia». Creemos, sin embargo, que dada la definición que el mismo ofrece de este tipo de normas —de competencia o de incompetencia— como «enunciados cualificatorios (no prescriptivos)» y puesto que en este caso, al menos, la norma sí conlleva una prescripción, a saber, la imposibilidad para el legislador de modificar o derogar mediante actos normativos internos, siempre que éstos no vengan previamente contemplados en los propios convenios o tratados internacionales, las estipulaciones contenidas en los mismos, resultaría de difícil encaje esta norma en dicha calificación. Más acorde con la prohibición establecida en esta norma constitucional parecen estar las que Guastini (1999, 310) denomina «normas relativas al propio contenido de la regulación futura: en particular, normas que ordenan o prohíben (a veces de forma indirecta) al legislador dictar leyes provistas de un determinado contenido». En un sentido similar, Peña Freire (2003, 151), entiende este tipo de normas, a las que deno-

nida entre tratado y ley —dada la particular resistencia de aquél frente a ésta— no puede ser explicada, como apunta de Otto (1995, 126), en términos de jerarquía normativa, sino tan sólo en atención a las reglas de aplicación y eficacia²³. Ésta es, sin embargo, una tesis de justificación controvertida. Pues si la jerarquía formal entre normas debe ser entendida como un conjunto de reglas acerca de la validez de las mismas, de modo tal que a la «eficacia derogatoria que la norma superior tiene sobre la inferior se la denomina fuerza *activa*, y se denomina fuerza *pasiva* a la resistencia que la norma superior tiene frente a la inferior y que consiste en la nulidad de ésta cuando contradiga a aquélla»²⁴, ¿cómo se explica entonces la resistencia del tratado frente a la ley si ésta tampoco puede realizarse en términos de distribución de materias?

4. NORMAS ORIGINARIAS, NORMAS DERIVADAS Y CONSISTENCIA DEL ORDENAMIENTO

Los preámbulos o exposiciones de motivos de la legislación, esto es, de las normas derivadas (N_i), suelen ser un buen índice de la aspiración de consistencia que anima a todo ordenamiento jurídico. Es habitual que en ellos, tomando como criterio lo dispuesto en las normas originarias —amén de lo contemplado en cualesquiera otras normas $N_1, N_2\dots$ —, se ofrezcan consideraciones concretas tendentes a justificar la acción normativa efectuada. Entre estas razones se encuentra, frecuentemente, alguna que hace referencia a la exigencia de «sistematicidad» o «unidad» del ordenamiento, generalmente aludiendo a la necesidad de adecuar determinada regulación a lo exigido por tal o cual norma, o la de incorporar determinados compromisos internacionales asumidos por el Estado. Los preámbulos constituyen también por ello un buen exponente de cómo la práctica de dictar normas implica no sólo la acción de su promulgación (operación que se encuentra, a su vez, normativamente guiada) sino también la represen-

mina «normas que limitan el contenido de una competencia o *normas de contenido*», como reglas «anankástico-constitutivas»: «*Las normas de contenido* —afirma este autor (ibídem, 152)— *ponen normas que actúan como condiciones necesarias de legalidad de la producción jurídica*: reproducir estas normas en la legislación de desarrollo o, al menos, no dar normas incompatibles con ellas, es condición necesaria de legalidad de las normas producidas» (cursivas del autor).

²³ «La relación entre tratado y las leyes posteriores se articulan sobre la base de reglas de aplicación. Un tratado no puede ser modificado por una ley, ciertamente, pero eso no significa que la ley contraria a un tratado en vigor sea nula, sino tan sólo que el tratado prevalece sobre ella. Por eso la inderogabilidad del tratado por la ley es una peculiar resistencia en cuanto no conlleva, como la fuerza pasiva propiamente dicha, la nulidad de la ley posterior contraria al tratado. Esta combinación de criterios —continúa este autor— da lugar a una relación *sui generis*, no reducible al concepto de jerarquía y perfectamente explicable a partir de la naturaleza misma de los tratados» (de Otto, ibídem).

²⁴ Cfr. de Otto 1995, 89. Las cursivas son del autor.

tación de dicha acción como determinada por las propias normas pre-existentes bajo un esquema de coordinación y totalización (Vega 2000, 507, 551 ss.). En esto consistiría la «racionalidad» de la autoridad normativa jurídica, en producir normas racionalmente, esto es, ejercer de forma reflexiva el poder normativo que le ha sido conferido en forma constructivamente «cerrada» o «autorregulada». Dar normas por parte de una autoridad derivada, significa, en definitiva, practicar otras normas, aquellas que han conferido a la autoridad la facultad normativa (Raz 1991, 121).

4.1 Normas originarias como parámetro de consistencia

¿Cuáles son las normas originarias o soberanas (N_o) que hemos de tomar como parámetro de consistencia del ordenamiento jurídico en materia de extranjería? De lo que antecede resulta que han de considerarse como tales y, por tanto, como normas *pertenecientes a y válidas en* el ordenamiento jurídico español, todas las normas contenidas en la Constitución. De entre ellas, hemos citado como de especial relevancia los principios de legalidad y jerarquía normativa recogidos en el título preliminar (art. 9.3 CE). La dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, como fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE). Se ha puesto de manifiesto, asimismo, la obligación de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades de *todas* las personas de conformidad con la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* y el resto de tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (arts. 10.1 y 10.2 CE). Hemos afirmado también que puesto que la igualdad ante la ley se reserva en principio tan sólo para los españoles (art. 14 CE), los derechos y libertades de los que puedan gozar los extranjeros en España serán algunos (o todos, si el legislador quisiera extender el disfrute a los extranjeros de los reservados para los españoles) de los contemplados en el Título I CE, en los términos que los tratados y la ley establezcan (art. 13.1 CE). Y que, por tanto, las restricciones que el legislador español pretenda imponer al disfrute de estos derechos por parte de los extranjeros quedarán constreñidas, a su vez, por lo que dispongan al respecto los diferentes tratados internacionales sobre la materia, al considerarse éstos (art. 96.1 CE) como «límite de lo que el legislador nacional pueda disponer al respecto» (Villaverde 2003, 146). Se ha hecho referencia, por último, a la competencia que las normas originarias atribuyen al Tribunal Constitucional para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes y del resto de disposiciones normativas con fuerza de ley [art. 161.1 a) CE]²⁵, así como los plenos efectos que, frente a todos, tienen sus sentencias cuando

²⁵ En el mismo sentido, art. 2.1.a) de la Ley Orgánica 2/1979, cit.

declaren la inconstitucionalidad de cualquier norma con fuerza de ley (art. 164.1 CE)²⁶.

Vinculado a la noción de competencia hemos considerado también un criterio de pertenencia normativa. Según el mismo, se consideran normas *pertenecientes* al ordenamiento jurídico todas aquellas que, bajo el procedimiento previsto P_N , hubieran sido promulgadas por cualquier autoridad A_i a la que las propias normas constitucionales facultaban para dictar normas derivadas N_i . Por la misma razón, afirmábamos, habrían *dejado de pertenecer* al ordenamiento jurídico todas aquellas normas que, siguiendo también el procedimiento previsto (P_D), hubieran sido derogadas por la autoridad que tuviese atribuida competencia para ello. Como tales habrá que considerar, entonces, no sólo las que han sido derogadas por el legislador en virtud del criterio de *lex posterior*, sino también todas las que han sido declaradas inconstitucionales y nulas por el Tribunal Constitucional. Asimismo, y dado que según lo dispuesto en las propias normas originarias, las declaraciones de inconstitucionalidad vinculan a todos los poderes públicos, habrá que entender que tanto el legislador como el resto de autoridades derivadas se encuentran vinculadas por la doctrina emanada de este tipo de resoluciones²⁷.

4.2 Legislación de extranjeros como inconsistencia sistemática

Lo que la «lógica del sistema» impone, al menos teóricamente, es que el conjunto restante de normas derivadas N_i promulgadas por cualquier autoridad normativa A_i a la que las normas originarias facultan competencia normativa deberá observar —esto es, ni limitar ni contradecir— el contenido mínimo que aquéllas han impuesto, tal y como haya sido interpretado, en su caso, por el Tribunal Constitucional. Si esta observancia se respetase estaría justificado pensar que nos encontramos ante un ordenamiento jurídico consistente, ya que el mismo no contendría normas incompatibles²⁸. Pues bien, lo acaecido con la legislación de extranjería española nos servirá de ejemplo para ilustrar cómo tal pretensión de consistencia resulta sin embargo, a nuestro juicio, completamente incumplida.

²⁶ «Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*» (art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1979, cit).

²⁷ Quizá no resulte superfluo recordar aquí que la declaración de inconstitucionalidad de cualquier norma con fuerza de ley puede conducir a la revisión de procesos fenecidos, en concreto a los de naturaleza sancionadora, cfr. art. 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, cit.

²⁸ Un ordenamiento en el que la producción de normas se efectuara de este modo sería similar, aunque no idéntico, al que Moreso (1993, 105) denomina «mundo jurídico óptimo».

En efecto, tras las sucesivas reformas a las que la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (en adelante LOEXIS), se ha visto sometida²⁹, cabría pensar que las mismas se han venido reali-

²⁹ No estará de más recordar aquí las sucesivas modificaciones realizadas al calor de una mayoría parlamentaria no siempre respetuosa con los más elementales principios de una técnica legislativa que se pretenda verdaderamente democrática. En efecto, la tramitación parlamentaria de la LO 4/2000, de 11 de enero, se inició con un amplio consenso que permitió su aprobación en el Congreso de los Diputados por 324 votos a favor y tan sólo una abstención. El acuerdo inicial, fue, sin embargo, posteriormente roto al presentar el Grupo Popular 112 enmiendas en el trámite ante el Senado, lo que provocó una airada reacción de los restantes grupos parlamentarios. Todas estas enmiendas fueron rechazadas, a su vez, en el nuevo trámite ante el Congreso. La ley se aprobó finalmente el último día de la legislatura con la oposición del grupo parlamentario en el Gobierno y el acuerdo unánime del resto de los grupos. El cambio de mayoría parlamentaria permitió posteriormente al Grupo Popular abordar la reforma de la recién aprobada Ley 4/2000, para lo cual fue presentado un proyecto de reforma el 22 de septiembre de 2000, que tras ser tramitado por el procedimiento de urgencia fue finalmente aprobado y publicado en el *BOE* el 22 de diciembre de ese mismo año. Un detallado seguimiento y análisis de la tramitación parlamentaria de ambas leyes puede encontrarse en Vidal Fueyo (2001, 180-183). No terminarán aquí, sin embargo, los avatares del anterior ejecutivo con la normativa de extranjería. Efectivamente, en reciente sentencia de 20 de marzo de 2003, la Sala Tercera del Tribunal Supremo anuló íntegra o parcialmente trece artículos del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, al constituir los mismos una clara contravención de la propia Ley para cuya ejecución se había dictado, o suponer una regulación restrictiva de determinados derechos configurados legal o constitucionalmente, cfr. STS, de 20 de marzo de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, Aranzadi, RJ 2003/2422. A raíz de este fallo, se plantea una vez más la necesidad de una nueva reforma, la cual también pretende llevarse a cabo siguiendo el trámite de urgencia. Debido a esta premura el Ministerio de Interior decide no enviar el proyecto de la misma al Consejo General del Poder Judicial ni al Foro para la Inmigración para su examen, ya que, al entender del por entonces Ministro, «las modificaciones recogidas no afectan ni al catálogo de derechos ni a la estructura de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000» (*El País* 7-VII-2003). Este criterio, sin embargo, contrastaba claramente con el mantenido por el Consejo General del Poder Judicial que, el 25 de junio anterior, había reclamado el texto para su examen (sobre la oportunidad y apresurado trámite del nuevo proyecto de reforma, *vid.*, Aguelo Navarro, P., «Comentarios de urgencia acerca del anteproyecto de modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre», el cual puede encontrarse en la excelente página de inmigración y extranjería del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, <http://www.extranjeria.info/inicio/index.htm>, fecha de la consulta 15/12/2003). La reforma se lleva finalmente a cabo con el acuerdo de los dos grupos mayoritarios en el Parlamento, Grupo Socialista y Grupo Popular, a los cuales se suma el apoyo de Coalición Canaria (cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 2 de octubre de 2003). En el correspondiente trámite ante el Senado fueron presentadas 141 enmiendas al proyecto de la nueva Ley Orgánica de reforma (cfr. *B.O.C.G.*, núm. 160 (e), de 20 de octubre de 2003), también rechazadas en su totalidad. La nueva reforma surge finalmente, después de que ya hubiera sido aprobada la Ley Orgánica 11/2003, la cual había introducido, a su vez, modificaciones en los apartados 4 y 7 del art. 57 y en el apartado 1 del art. 62 de la Ley 4/2000, con el objeto de facilitar la expulsión de los extranjeros con residencia irregular en España (cfr. art. 2 de la *Ley Orgánica 11/2003*,

zando no sólo para dar cumplimiento al mandato constitucional contenido en el artículo 13 CE y a la reiterada jurisprudencia constitucional al respecto³⁰, sino también para mejorar y simplificar la gestión de los trámites administrativos que deben realizar los extranjeros en nuestro país, dando así acogida a las recomendaciones emitidas por diferentes organismos internacionales³¹. Esto es, sin embargo, sencillamente falso.

En primer lugar no sólo es incierto que la tramitación de permisos y visados se haya simplificado en las últimas reformas, sino que por el contrario ésta resulta ahora más complicada. Muestra de ello es que la Ley Orgánica 14/2003 incorpora, mediante disposición adicional, nuevas causas de inadmisión de solicitudes y que algunas de ellas se basan en motivos jurídicamente tan poco congruentes con el resto del ordenamiento como «la *insuficiente acreditación de representación*»³², que conste abierto contra el solicitante un procedimiento administrativo en

de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, BOE núm. 234, de 30 de septiembre). Así las cosas, cuando ni siquiera habían transcurrido dos meses desde que fueran efectuadas estas modificaciones, se publica la, hasta ahora, última de las leyes de reforma de la legislación de extranjería. El objeto de la misma, según reza su exposición de motivos, es incorporar a su texto tanto las últimas decisiones adoptadas en el seno de la Unión Europea, como las apreciaciones «técnicas» realizadas por el Tribunal Supremo en la sentencia citada, además de aprovechar la oportunidad para reforzar los controles existentes que permitan evitar la inmigración ilegal (cfr. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de 2000, de la Ley 7/1985, de 2 de abril de 1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero de 1991, de Competencia Desleal, BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003).

³⁰ «Respecto a la modificación del Título I, cuyo contenido es especialmente importante —reza el apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2000, cit.—, se ha perseguido cumplir el mandato constitucional del artículo 13 que establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la misma, en los términos que establezcan los Tratados y la Ley, así como la Jurisprudencia al respecto del Tribunal Constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre; 99/1985, de 30 de septiembre; 115/1987, de 7 de julio, etc.). Se ha conjugado este mandato constitucional con los compromisos internacionales adquiridos por España, especialmente como país miembro de la Unión Europea».

³¹ Tal parece ser, al menos, uno de los objetivos perseguidos con la última reforma, según reza el apartado II de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 14/2003, cit.: «I. La mejora de la gestión, mediante la simplificación de los trámites administrativos, y la del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros en España».

³² Recuérdese que según el art. 32.4 de la Ley 30/1992, entiende la falta o insuficiencia de esta acreditación como un defecto subsanable. Cfr. art. 32.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP y PAC), BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992, corrección de errores en BOE núm. 23, de 27 de enero de 1993.

el que «pueda proponerse la expulsión»³³, o, en fin, que «se trate de solicitudes manifiestamente carentes de fundamento», o que la solicitud no venga «realizada personalmente y dicha circunstancia sea exigida por la ley»³⁴. Es claro que el legislador está autorizado, en principio, para establecer nuevas y más intrincadas causas de inadmisión de solicitudes, pero no a infringir en la regulación de las mismas los contenidos aplicables dispuestos en las normas originarias preexistentes incurriendo en clara incompetencia. Tampoco para establecer que la apreciación y valoración de estas causas quede sometida al solo criterio discrecional de la Administración, porque esto, llanamente, infringe el preceptivo control fiscalizador de la actuación administrativa por parte de los tribunales que la Constitución exige (art. 106.1 CE)³⁵.

Relevante es también, en relación con la actuación administrativa, examinar lo que la legislación de extranjería dice incorporar y, sin embargo, omite. Nos referimos a la doctrina del Tribunal Constitucional que, como más arriba quedó dicho, la propia exposición de motivos de esta ley cita como una de las causas de la reforma. Así, mientras el propio TC, en muy consolidada doctrina, ha venido declarando que la tutela judicial efectiva reconocida por la Constitución incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales y, por extensión de los administrativos, una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, por cuanto dicha motivación constituye una exigencia derivada del artículo 24.1 CE³⁶, el legislador de extranjeros exime sin más de motivación la denegación del visado. Según redacción dada por la última reforma a esta ley, no sólo podrán fijarse por vía reglamentaria «otros criterios» para la denegación del visado³⁷, sino que la denegación de éstos únicamente «deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena»³⁸. Esta novedosa exención, no sólo constituye, en nuestra opinión, una

³³ Se convendrá cuando menos en que la dicción literal de este precepto parece adecuarse mal con la presunción de inocencia que, por imperativo constitucional, ha de suponerse a *toda persona* (art. 24.2 CE *in fine*). Máxime si se repara en el hecho de que se está tomando en consideración el procedimiento administrativo sancionador incoado contra el extranjero como causa de inadmisión, cuando éste no necesariamente tiene por qué terminar con la imposición de la sanción de expulsión que se presume.

³⁴ Cfr. apartados 1, 4, 6 y 8 de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 14/2003, cit. Repárese en que, según lo dicho en la nota 32, lo que en el régimen general supone un mero defecto subsanable representa para los extranjeros que el procedimiento ni siquiera llegue a iniciarse.

³⁵ Vid., por todas, STC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 2.

³⁶ Vid., por todas, SSTC 235/1998, de 14 de diciembre, FJ 2; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 5; 163/2000, de 12 de junio, FJ 3; 187/2000, de 10 de julio, FJ 2; y 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4 y 150/2001, de 2 de julio, FJ 4.

³⁷ «Para supuestos excepcionales podrán fijarse por vía reglamentaria otros criterios a los que haya de someterse el otorgamiento y denegación de visados» (art. 27.5 de la Ley Orgánica 14/2003, cit.).

³⁸ Cfr. art. 27.6 de la Ley Orgánica 14/2003, cit.

excepción injustificada al régimen general³⁹, sino que contribuye a fomentar la arbitrariedad administrativa cuya interdicción se propone la propia Constitución (art. 9.3 CE, art. 106.1 CE)⁴⁰.

Lo mismo cabe decir, por último, de lo concerniente a la regulación de los derechos de reunión y asociación en relación con la doctrina emanada de la STC 115/87 (tenida en cuenta, según reza la exposición de motivos de la Ley 8/2000, para la propia reforma⁴¹). Hay que advertir, en primer lugar, que estos derechos, cuyo ejercicio somete la legislación de extranjería a la previa autorización administrativa de estancia o residencia⁴², son derechos fundamentales de *todas* las personas, dado que nuestra Constitución no reserva su disfrute únicamente para los españoles (arts. 21.1, 22.1 CE)⁴³. Como consecuencia de ello, difícilmente podrá considerarse conforme con nuestra Constitución, y menos aún con la lectura que el Tribunal Constitucional hace de ella en la sentencia citada, el sometimiento de los mencionados derechos a la previa obtención de una autorización administrativa. Tanto el derecho de reunión como el de asociación vienen reconocidos de forma plena en la norma fundamental y, por ello, supeditar su ejercicio a la obtención de una previa autorización administrativa supone tanto como habilitar al legislador para que pueda modificar a su antojo el contenido, hasta ahora preceptivo e imperativo para todos los Poderes Públicos, de estos derechos fundamentales⁴⁴.

De todo lo expuesto resulta difícil, por no decir imposible, concluir una imagen de consistencia o unidad del ordenamiento jurídico español al menos en lo que respecta a la materia considerada. Ello podría llevar a pensar que la descripción del Derecho en términos de relaciones formales de deber-ser internormativo tan sólo resulta viable si de ella se segregan las operaciones materiales práctico-jurídicas efectiva-

³⁹ El visado es un acto discrecional de la administración y como tal, según exige el art. 54.1 f) de la LRJAP y PAC, debe ser motivado.

⁴⁰ Vid., por todas, STC 111/2002, de 6 de mayo, FJ 4.

⁴¹ Vid. apartado IV de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2000, cit.

⁴² Los arts. 7.1 y 8 de esta ley reconocen, respectivamente, la libertad de reunión y de asociación, las cuales podrán ser ejercidas por los extranjeros «cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España» (arts. 7.1 y 8 de la Ley Orgánica 4/2000, cit.)

⁴³ En palabras del TC: «El art. 21.1 de la Constitución afirma genéricamente que “se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas”, sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho, a diferencia de otros artículos contenidos en el Título I, donde se menciona expresamente a los “españoles”, y a diferencia también de otras Constituciones comparadas donde este derecho expresamente se reserva a los ciudadanos». En parecidos términos se expresa el alto Tribunal con respecto al derecho de asociación: «Debe admitirse que, de acuerdo a sus propios términos, el art. 22 de la Constitución, en contraste con otras Constituciones comparadas, reconoce también directamente a los extranjeros el derecho de asociación» (cfr. STC 115/87, de 7 de julio de 1987, FJ 2 y FJ 3).

⁴⁴ Vid., al respecto, la dura crítica que el Tribunal Constitucional realiza de la suspensión del derecho de asociación en el fundamento jurídico tercero de esta misma sentencia.

mente realizadas por los operadores jurídicos que actúan en el seno del sistema jurídico. En otras palabras, la descripción normativa de este último en términos de validez intrasistemática es plausible siempre que se asuma que ésta no pretende dar cuenta de las prácticas jurídicas reales, sino que queda circunscrita al ámbito puramente abstracto o «doctrinal» de las relaciones y significaciones previamente introducido por las propias normas. El contacto con la verdadera realidad jurídica práctica parece conducirnos a un dilema que en realidad no es tal: o bien poner en entredicho las categorías teóricas con que solemos describir el ordenamiento jurídico o bien declarar hegelianamente que «si la realidad no se ajusta a la teoría, peor para la realidad». Lo primero nos exigiría revisar dichas categorías en una dirección menos formalista y más pragmática. Lo segundo, nos lleva a la crítica implacable de la práctica jurídica real. En todo caso, las apreciaciones críticas aquí realizadas con respecto a la legislación de extranjería –en lo que ellas conlleven de posibles tachas de inadecuación o inconsistencia frente a lo contemplado en otras normas jerárquicamente superiores– no nos autorizan a afirmar la no pertenencia, invalidez, o inaplicabilidad jurídica de las mismas. Éstas son, de hecho, las normas aplicadas en la actualidad para tomar decisiones jurídicas en este ámbito, al menos hasta que nuevas operaciones de la autoridad competente decidan lo contrario.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C./BULYGIN, E., (1991): «Libertad y autoridad normativa» [1985] en *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 239-248.
- BOBBIO, N. (1955): *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giapichelli, Torino.
- CARACCILO, R. (2000): «Sistema Jurídico», en GARZÓN VALDÉS, E./LAPORTA F. J. (eds.), *El Derecho y la Justicia*, 2.^a ed., Trotta, Madrid, pp. 162-176.
- CARRIÓ, G. R. (1973): *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Astrea, Buenos Aires.
- CELANO, B. (2002): «Cuatro temas kelsenianos» en NAVARRO, P. E./REDONDO, M. C. (comp.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, pp. 153-179.
- ECO, U. (1998): *Semiótica y Filosofía del lenguaje*, 3.^a ed., Lumen, Barcelona.
- FERRER, J. (2000): *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*. Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- GARCÍA AMADO, J. A. (1996): *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid.
- GUASTINI, R. (1999): *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. esp. a cargo de J. Ferrer, Gedisa, Barcelona.

- HABERMAS, J. (1998): *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. esp. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid.
- HART, H. L. A. (1963): *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1998): *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid.
- KELSEN, H. (1934): *Teoría General del Estado*, trad. de L. Legaz Lacambra, Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires.
- (1995): *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2.ª ed., trad. de E. García Máynez, E., UNAM, México.
- (2000): *Teoría pura del Derecho*, trad. de la segunda edición alemana de 1960 a cargo de R. Vernengo, Porrúa, México.
- MORESO, J. J. (1993): «Sobre normas inconstitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, pp. 81-115.
- NINO, C. S. (1980): «El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica», en BULYGIN, E. et al. (comps.), *El lenguaje del Derecho. En homenaje a Genaro R. Carrió*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- OTTO, I. DE, (1995): *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2.ª ed, Ariel, Barcelona.
- PEÑA FREIRE, A. M. (2003): «Las normas sobre la producción jurídica», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 6, pp. 119-154.
- RAZ, J. (1991): *Razón práctica y normas*, trad. de la segunda edición de 1990 a cargo de J. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ROSS, A. (1993): *El concepto de validez y otros ensayos*, 2.ª ed., trad. esp. de G. Carrió, G. y O. Paschero, Centro Editor de América Latina, S. A./Fontamara, Buenos Aires.
- VEGA, J. (2000): «Praxis y normatividad como criterio de cientificidad de la "ciencia jurídica"», *DOXA*, núm. 23, pp. 503-560.
- VIDAL FUEYO, C. (2001): «La nueva ley de extranjería a la luz del texto constitucional», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 62, mayo-agosto, pp. 179-218.
- VILLAVERDE, I. (2003): «El reagrupamiento familiar y la política de contingentes», en POMED, L./VELASCO, F. (eds.), «Ciudadanía e inmigración», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, pp. 141-176.

Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana

Por ÍÑIGO DE MIGUEL BERIAIN
UNED

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS RAÍCES DEL TÉRMINO. 3. EL SENTIDO DEL VALOR DE LA PERSONA HUMANA. 4. ¿DIGNIDAD O DIGNIDADES? 5. LA DIGNIDAD ONTOLÓGICA. 6. LA DIGNIDAD FENOMENOLÓGICA. 7. VARIABILIDAD DE LA DIGNIDAD FENOMENOLÓGICA

1. INTRODUCCIÓN

Pocos conceptos hay en la Historia de la filosofía que hayan alcanzado un éxito tan fulgurante como el de dignidad¹. Pocos son, asimis-

¹ En lo que a ello respecta, DE CASTRO ha escrito que «la afirmación de la suprema *dignidad* de la persona y la convicción de que esa dignidad es raíz y fundamento de los derechos humanos ha llegado a ser ya un tópico de la época actual, con independencia de adscripciones y credos filosóficos o políticos» (cfr. DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, León: Universidad de León, 1993, p. 123). PÉREZ LUÑO, por su parte, ha dicho que «la dignidad humana supone el valor básico (Grundwert) fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral. De ahí que represente el principio legitimador de los denominados «derechos de la personalidad» (cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derechos y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 318-319). Véase también, en este sentido, FERNÁNDEZ, E., «Dignidad Humana y Ciudadanía Cosmopolita», *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, núm. 26, 2002, p. 18; MARCOS, A. M., *La eutanasia: estudio filosófico-jurídico*, Marcial Pons-UNED, Madrid, 1999, pp. 107 y ss.; VIDAL, M., *Moral de la persona y Bioética Teológica (Moral de actitudes-II)*, tomo II, Primera parte, PS, Madrid, 1991, p. 107;

mo, los términos que han logrado un ascendente tan marcado en nuestra forma de concebimos como personas. A la par, pocos argumentos resultan hoy en día más decisivos que los que apelan a la dignidad humana. Y, sin embargo, pocas, verdaderamente pocas, son las ocasiones en las que hallamos tantas dificultades a la hora de definir un término como, precisamente, en este caso.

Nos encontramos, por tanto, con una desconcertante certeza: el concepto de dignidad es, al mismo tiempo, uno de los grandes referentes del pensamiento filosófico-jurídico actual y uno de sus grandes desconocidos. El resultado de esta contradicción está a la vista: la idea de dignidad se emplea a menudo de una forma poco apropiada, cuando no como un argumento de último recurso, bajo cuya aura se pretenden refugiar quienes no son capaces de encontrar otro acomodo. Tanto es así que, a veces, nos encontramos con la inquietante evidencia de que, en algunas discusiones, las diferentes corrientes llegan a conclusiones contradictorias invocando todas ellas como criterio de autoridad la idea de que lo insinuado por la postura opuesta vulnera la dignidad humana². Termina por producirse así la deprimente paradoja de obtener resultados opuestos a través de la apelación a un mismo objetivo, la defensa de la dignidad humana³.

Detrás de estas notables disfunciones se encuentra, sin lugar a dudas, la innegable realidad de que el concepto de dignidad es, en sí mismo, muy difícil de concretar. Pero esta dificultad intrínseca no debería ser óbice, sino más bien estímulo, para que tratáramos de profundizar en su estudio, intentando clarificarlo en cuanto fuera posible. Sin embargo, y por desgracia, brillan por su ausencia los trabajos destinados a este objetivo, siendo así que, como muy bien dice la profesora Feito, en pocas ocasiones se procede a definir la idea de dignidad, ni mucho menos a analizarla detenidamente⁴, lo que nos hace correr el riesgo de vaciar de contenido esta hermosa noción. En segundo lugar, y como tendremos ocasión de ver a continuación, siempre hallaremos el considerable obstáculo de que, aun cuando consigamos

ANDORNO, R., «La dignidad humana como noción clave en la declaración de la UNESCO sobre el genoma humano», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 14, 2001, p. 45; SERNA, P., «La dignidad de la persona como principio de Derecho Público», *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 4, 1995, pp. 287-306.

² Véase en este sentido la interesantísima reflexión efectuada en el caso de la eutanasia por la doctora MARCOS en: MARCOS, A. M., «La utilització de la dignitat humana en el debat sobre l'eutanasia», en Casado, M., y Sarribe, G. (Eds.), *La mort en les ciències socials*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1995, pp. 150 y ss.

³ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 19 y 20; DE CASTRO CID, B., «Biotecnología: La nueva frontera de los Derechos Humanos», en AA. VV., *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, tomo I, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2002, pp. 565-566.

⁴ Cfr. FEITO, L., «Los Derechos Humanos y la ingeniería genética: la dignidad como clave», *ISEGORIA*, núm. 27, 2002, p. 151.

definir adecuadamente cuál es la idea de dignidad humana, será imposible determinar exactamente qué actos concretos atentan contra ella o, si se prefiere, hacen que se vea disminuida, y cuáles no, porque ésta será, como mostraremos, una función de la Ética y, como es de sobra conocido, no existe un único modelo ético indiscutible, sino que son varios los que todavía rivalizan por imponerse, en una lucha que probablemente⁵ se extenderá en el tiempo.

La finalidad del presente trabajo será, precisamente, intentar, antes que nada, solventar, aunque sea de una forma mínima, algunas de estas graves carencias, poniendo de manifiesto cuáles son las dificultades que encierra una definición de dignidad y proponiendo, a cambio, algunas soluciones. Con tal fin, procederemos, en primer lugar, a estudiar cuáles son los orígenes del concepto, para luego exponer las matizaciones que se han introducido en épocas más modernas. En segundo lugar, analizaremos los dos diferentes aspectos del término, intentando siempre llegar a una concepción que permita explicar cuál es la relación entre ambos. Posteriormente, introduciremos un análisis acerca de cómo el concepto de Ética procede del de dignidad y por qué es tan complicado encontrar un modelo ético previo al propio ser humano y, finalmente, de por qué tal vez no sea necesario ni, a nuestro juicio, aconsejable, empeñarnos demasiado en ello. A tales funciones dedicaremos los siguientes párrafos.

2. LAS RAÍCES DEL TÉRMINO

De acuerdo con los datos con los que ahora mismo contamos, parece ser que la palabra dignidad tiene su origen en el sánscrito, concretamente en la raíz *dec*, que querría decir *ser conveniente, conforme, adecuado* a algo o alguien. Posteriormente, fue adoptada por la lengua latina, que le añadió el sufijo *-mus*, formando el vocablo *decmus*, que acabó derivando en *dignus*, que en castellano se convirtió en *digno*, de donde, a su vez, surgió la palabra dignidad.

En cuanto a su significado histórico⁶, se puede hablar de dos formas diversas de aplicación del vocablo. Así, de acuerdo con una pri-

⁵ Y afortunadamente, como también mostraremos.

⁶ Para la redacción de estas líneas dedicadas a la evolución histórica del concepto de dignidad humana nos hemos basado principalmente en los siguientes trabajos: PECES-BARBA, G., «La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho», *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, núm. 26, 2002, pp. 21-61; LOBATO, A., *Dignidad y aventura humana*, San Esteban-Edibesa, Salamanca, 1997, pp. 56 y ss.; PORRAS DEL CORRAL, M., «Sobre la dignidad humana y los derechos humanos», en *Estudios jurídicos. Conmemoración del X aniversario de la facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba*, tomo II, 1991, pp. 351-384; SPAEMANN, R., «Sobre el concepto de dignidad humana», *Persona y Derecho*, núm. 19, 1988, pp. 13-33; SIMON, J., «La dignidad del hombre como principio regulador en Bioética», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 13, 2000, pp. 25-39; VIDAL, M., «La dignidad del hombre en

mera rama, la dignidad reflejaba un concepto plenamente social y político, íntimamente ligado con la *maiestas*. De este modo, en Roma venía a referirse a la nobleza, a la función que se desempeñaba o a los méritos realizados a favor de los asuntos públicos⁷. Se trataba, por tanto, de un reconocimiento que otorgaba la comunidad en atención a los méritos de los individuos y que permitía, en consecuencia, establecer diferencias entre unas personas y otras por sus comportamientos⁸ y que se reflejaba en una superior *auctoritas* y en unos signos externos que demostraban que ésta existía. Posteriormente, y ya en la Edad Media, se mantuvo esta distinción, diciéndose, por ejemplo, que los nobles, a diferencia de todos aquellos que no podían permitirse poseer un caballo, poseían la *dignidad de caballero*. El propio sistema feudal utilizaría más tarde este concepto para manifestar el poder de los reyes y grandes señores, que eran quienes podían acompañar su autoridad con signos de dignidad⁹. La Iglesia, por su parte, adoptó este mismo modelo, asociando la máxima dignidad al Papa, al que seguían cardenales y obispos. Más modernamente nos encontramos con que todavía hablamos de la palabra dignidad para referirnos a las prebendas o distinciones propias de un cargo público¹⁰. En todos estos casos, por tanto, nos encontramos con que la idea de dignidad viene directamente asociada a algo externo a la esencia de la persona. Es una noción directamente asociada a las circunstancias, a lo que una persona hace o le sucede, al campo de los hechos, y no del ser. Se trata, en resumidas cuentas, de una concepción de la dignidad basada en el mero reconocimiento de unas circunstancias por parte de los miembros de la sociedad o de la atribución de una valoración concreta a unas personas determinadas por motivos socialmente determinados.

Junto a este primer concepto de dignidad, se abre camino, especialmente a partir de la filosofía estoica romana y de la aparición del cristianismo, una segunda concepción que, a diferencia de la que acabamos de comentar, se refiere directamente al campo del ser. Consiste, en concreto, en una visión que sitúa al hombre en el centro del

cuanto "lugar" de apelación ética», *Moralia*, vol. 2, núm. 8, 1980, pp. 365 y ss.; Martínez Morán, N., «Persona, dignidad humana e investigaciones biomédicas», en MARTÍNEZ MORÁN, N. (Coord.), *Biología, Derecho y dignidad humana*, Comares, Granada, 2003, pp. 20 y 21; y JUNQUERA DE ESTÉFANI, R., «Dignidad Humana y Genética», *10 palabras clave en la nueva genética*, en prensa.

⁷ Véase, BULLÓN HERNÁNDEZ, J., «Liberación cristiana y dignidad humana», *Moralia*, vol. XXVI, 2003/2-3, p. 477.

⁸ Así, por ejemplo, la dignidad más elevada corresponderá al emperador. Después vendrán los nobles y las clases altas.

⁹ Como dice PECES-BARBA, «Desde ese punto de vista estructural, la dignidad vinculada al mérito social o político, al rango o a la jerarquía, es también muy propia de la sociedad medieval y deriva igualmente de un foco externo. Son las relaciones feudales las que crean dignidades, vínculos de superioridad entre el señor y el vasallo...» (cfr. PECES-BARBA, G., «La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho», cit., p. 27).

¹⁰ Como cuando hablamos de que alguien accede «a la dignidad de...».

Cosmos, que lo define como el ser de rango superior en el universo, según la concepción estoica, o como una criatura privilegiada, creada por Dios a su imagen y semejanza, para el cristianismo emergente. Se puede hablar, por tanto, de que el pensamiento estoico y cristiano van a elaborar un concepto de dignidad directamente asociado a la esencia humana: el hombre es digno por su propia naturaleza, lo cual implica la unión indisoluble entre dos conceptos, persona y dignidad.

A esta primera concepción de la dignidad, propia de la antigüedad clásica le sucederá, después de la caída de Roma y del advenimiento de la Edad Media, un período de imposición absoluta de la concepción heterónoma de la dignidad humana. Sin embargo, este período será pasajero. Gracias al resurgimiento de la filosofía clásica propiciada por el Humanismo Renacentista, el concepto de dignidad en el sentido de «lo propio del hombre», pasará a ocupar un lugar destacado en el pensamiento humano. Así, son frecuentes las alusiones a este concepto en autores tan diversos y de ideologías tan dispares como Buonaccorso de Montemagno, Gianozzo Mannetti, Pico della Mirandola, Angelo Poliziano, Giordano Bruno, Francisco Recio, Juan Luis Vives o Fernán Pérez de la Oliva¹¹. Aun así, todavía en esta época, se seguirá atribuyendo dicha cualidad a un don divino: la dignidad en el pensamiento renacentista procederá de Dios. Sin embargo, se puede afirmar ya que «en los autores del Renacimiento se cantará la dignidad del hombre, ya con esa denominación y haciendo hincapié en dimensiones puramente humanas y mundanales para identificar sus rasgos»¹². En el siglo XVII, por el contrario, se produce un terrible retroceso en la idea que ahora nos ocupa, o, al menos en la concepción autónoma de la misma. El Barroco introduce un pesimismo acerca de lo humano que chocará frontalmente con el antropocentrismo alegre del Renacimiento. Ello no obstante, el concepto de dignidad humana marcará la obra de autores de la talla de Puffendorf.

Será, sin embargo, el siglo XVIII el que vislumbrará la definitiva ascensión de la dignidad humana al olimpo de los conceptos más utilizados en el mundo filosófico. Así, ya en fragmentos de Thomasius o Wolff se incluyen muchos de los caracteres propios de la idea de dignidad humana. Será, no obstante, el genio de Kant el que dotará al concepto de una nueva dimensión, moldeando sus antiguos rasgos con otros incorporados por él e impulsándolo de esta manera hacia la posición de privilegio que ahora ocupa. A Kant se deben, entre otras, la idea de que lo digno es aquello que no tiene precio, o que la humanidad es en sí misma una dignidad¹³, pensamientos que vienen a conver-

¹¹ Véase, PÉREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 223 ss.

¹² Cfr. PECES-BARBA, G., «La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho», cit., p. 30.

¹³ Cfr. KANT, I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

tir a la dignidad en una idea clave dentro de su sistema moral. Posteriormente, la noción de dignidad influirá sobremanera en los trabajos de, entre otros, Jean Jacques Rousseau o Fichte, para luego, ya a finales del siglo, entrar a formar parte de las recopilaciones de los enciclopedistas franceses y de las declaraciones de derechos propias del período histórico en cuestión. Más adelante, la influencia del concepto de dignidad se dejará sentir, incluso, dentro de las filas del movimiento marxista, ya sea a través de la idea compartida por la línea habitual de pensamiento de dicha corriente, que considera la alienación laboral como el reverso de la dignidad humana, o por medio de la variante escenificada en la obra de Bloch, quien defiende la tesis de que el derecho natural, reducido, eso sí, casi exclusivamente al postulado de la defensa de la dignidad humana, ha sido durante siglos el auténtico referente de la defensa de los derechos humanos¹⁴.

Resumiendo ya todo el proceso histórico que hemos mostrado, aunque sea de forma breve, en las anteriores líneas, diremos que históricamente existen dos acepciones diversas de la palabra dignidad, concepciones que han sido fielmente recogidas por la doctrina contemporánea. Se puede hablar así, en primer lugar, de una corriente de autores que considera que una definición de dignidad debe hacer referencia al «valor intrínseco de la persona, derivado de una serie de rasgos que la hacen única e irrepetible, que es el centro del mundo y que está centrada en el mundo»¹⁵. Podríamos, por tanto, señalar que la dignidad es «el valor de cada persona, el respeto mínimo a su condición de ser humano, respeto que impide que su vida o su integridad sea sustituida por otro valor social»¹⁶. Desde otro punto de vista, no obstante, hay quienes hablan de la dignidad en un sentido relacional, esto es, de una cualidad que varía en función de los acontecimientos. De esta forma, la dignidad humana se convertiría en una cualidad variable, diferente en cada hombre.

Sea cual sea la que de entre estas dos acepciones nos parezca más ajustada a la realidad, sea si decidimos que hemos de elegir entre ambas o si, por el contrario, las vemos como dos caras de una misma moneda, lo que parece indudable es que el concepto de dignidad, a pesar de su evidente evanescencia, contiene, como mínimo, una cualidad en que todos los autores inciden, y que tiene mucho que ver con el valor con el que, suponemos, contamos los seres humanos, ya sea por lo que somos o por lo que hacemos o nos hacen. Tenemos, en consecuencia, un punto de partida desde el que construir nuestro discurso: la dignidad es, sin lugar a dudas, un concepto que se refiere a lo valioso o, si se prefiere, decir que el hombre es digno es tanto como afirmar

¹⁴ Véase, al respecto: BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*, Aguilar, Madrid, 1980.

¹⁵ Cfr. PECES-BARBA, G., «La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho», *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, núm. 26, 2002, p. 65.

¹⁶ Cfr. FERNÁNDEZ, E., «Dignidad Humana y Ciudadanía Cosmopolita», *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, núm. 26, 2002, p. 20.

que es valioso. Pero esta primera gran conclusión nos lleva a una nueva cuestión: ¿qué significa que el hombre es valioso?

3. EL SENTIDO DEL VALOR DE LA PERSONA HUMANA

Acabamos de afirmar que un concepto directamente unido al de dignidad humana es, sin lugar a dudas, el de *valor*. Hay muy pocas definiciones, descripciones o críticas al concepto de dignidad humana que no mencionen la palabra *valor*. En consecuencia, nos resulta necesario aclarar qué queremos decir cuando afirmamos que una persona posee valor porque es digna. Ahora bien, ¿en qué consiste ese valor de la persona humana?

Para responder a esta cuestión comenzaremos por aclarar, aunque sea tal vez algo evidente, que normalmente asociamos la palabra valor a todo aquello que, cuando menos, merece ser conservado. Pero lo que merece ser conservado es, fuera de toda duda, lo que nos proporciona algún tipo de felicidad, lo que nos satisface de alguna forma. Por eso, consideramos en general que las cosas valiosas merecen ser conservadas y, por tanto, a nadie se le ocurre destruirlas. Y si lo hace es, precisamente, porque no la considera valiosa o porque destrozarla le proporciona un placer superior al de mantenerla íntegra¹⁷. En lo que a ello respecta, parece obvio que todo lo que nos rodea tiene valor, todo es evaluable¹⁸. Quien afirme lo contrario estará yendo inequívocamente contra la lógica¹⁹. Ahora bien, ¿cómo decidimos si una cosa es más o menos valiosa? Y más aún, ¿cómo decidir qué objetos son los más valiosos?

Estas preguntas son más difíciles de contestar. Entre otros motivos, porque los objetos, en sí mismos, no tienen otro valor que el que les asignan los seres vivos. Y, como es de sobra conocido, la utilidad, el grado de satisfacción que proporciona una cosa puede ser muy

¹⁷ En este punto, alguien podría objetar que hay ocasiones en las que un hombre puede destruir algo valioso, aun cuando esa acción no le produzca ninguna satisfacción. Es el caso, por ejemplo, de quienes en un estado de enajenación causan daño a las cosas que más quieren. Sin embargo, consideraremos que si lo hacen es, precisamente, porque su estado les impide apreciar el valor de aquello que devastan en el preciso momento en el que realizan su desmán, lo cual implica que nuestro argumento sigue en pie: nadie que ve algo como valioso desea destruirlo si no es para obtener una satisfacción mayor.

¹⁸ Y decir que algo no tiene valor no es no evaluarlo. Es evaluarlo y darle un valor equivalente a cero.

¹⁹ Imaginemos la situación. Pensemos que alguien sostiene que esto no es así. Que nada tiene valor, o que no se pueden valorar las cosas. Desde un punto de vista lógico, estaría contradiciéndose a sí mismo. Porque si nada es valioso, ni siquiera tendría sentido hablar, y debería permanecer callado. Podría decir, por supuesto, que si hablar o callar tiene el mismo valor, o no tiene ningún valor, prefiere hablar, pero con ello estaría actuando de forma irracional. Porque comunicarse sólo tiene sentido si se espeta algún tipo de respuesta. Lo demás es ilógico.

diverso en función del ser que ha de aprehenderla. Así, por ejemplo, la miel es un bien mucho más valioso para las abejas que para los tigres, dado que la utilidad que reporta a estos últimos es mucho menor que la que proporciona a las primeras. Esto, por supuesto, complica mucho la cuestión de cómo determinar el valor de las cosas. De hecho, y aun cuando delimitáramos la capacidad de adjudicar a las personas la capacidad de otorgar valor a las cosas, la diferencia entre el valor que unos seres humanos y otros adjudican a los objetos puede ser abismal²⁰. Sin embargo, las personas tienen al menos una gran ventaja sobre los animales, que es que ellas pueden llegar a consensos acerca de qué objetos tienen un valor para la mayoría de los seres humanos. Y una vez hecho esto, pueden consensuar mecanismos para mantenerlos e, incluso, mejorarlos. Nos encontramos, por tanto, con que las personas gozan, en última instancia de la posibilidad de otorgar un valor a las cosas desde una perspectiva externa al objeto de valoración. Esto incluye de forma inherente una cierta capacidad de objetividad, en cuanto que las personas no son cosas, esto es, no forman parte del objeto de valoración, por lo que sus juicios se verán sólo parcialmente influidos por consideraciones emotivas. Ahora bien, ¿puede afirmarse esto mismo de las propias personas? ¿Cómo apreciar el valor de unas personas u otras?²¹

Este siguiente interrogante merece una pequeña explicación histórica. Durante generaciones, los seres humanos se han considerado valiosos en dos sentidos diversos. En primer lugar, se consideraba que una persona era valiosa en un sentido subjetivo, esto es, yo tengo valor porque yo creo que tengo un valor, porque me siento valioso. De hecho, en algunos momentos de nuestra historia²² éste era un aforismo tan dogmático que quien se quitaba la vida porque, al menos en un momento dado, pensaba que no tenía valor, era considerado un enajenado²³, cuando menos, si no un ser despreciable, que desobedecía el deseo de la divinidad²⁴. Ahora bien, en este primer sentido es

²⁰ El paradigma más claro de esto puede encontrarse en el arte. El valor de un cuadro, o de una ópera, o de una película de cine varía drásticamente en función de los gustos de unos y otros, dado que ello influye directamente en la satisfacción que les produce esa obra. Así, por ejemplo, no son pocas las veces en que un artista denostado en una época ha sido venerado en otras, y viceversa, dependiendo del gusto imperante en cada momento.

²¹ En torno a este tema, es más que conveniente consultar la obra de Dworkin, cuya exposición hemos seguido fielmente, en una de sus obras más populares: DWOR-KIN, R., *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 94 ss.

²² Aunque no en todos, por supuesto. Algunos modelos sociales, como el de la antigua Roma, por ejemplo, no incluían este tipo de preceptos morales. Más bien al contrario, algunos de sus movimientos filosóficos más importantes, como el estoicismo, recomendaban el suicidio en algunos casos.

²³ En cuanto que se pensaba que sólo quien había perdido la recta razón podía no apreciar valor en su existencia.

²⁴ Recuérdese, en este sentido, que durante muchísimo tiempo persistió la negativa a enterrar en tierra sagrada a los suicidas.

obvio que el grado de valor que nos adjudicamos a nosotros mismos puede variar dependiendo de las circunstancias. Uno, por ejemplo, no se siente igualmente valioso cuando acaba de salvar a un hombre de morir ahogado, que cuando contribuye a que se ahogue²⁵. Ni tampoco lo hace cuando siente que es útil a la sociedad que cuando se ve a sí mismo como una carga para quienes le rodean. Los hay, incluso, que se valoran más o menos en función de su situación económica, lo cual, por supuesto, hace que se sientan más o menos satisfechos de sí mismos en función del volumen de su patrimonio. Cabe, por último, señalar que se puede diferenciar entre aquello que tiene un valor absoluto y aquello que tiene un valor relativo. Así, tendrá un valor absoluto todo aquello que sea en todo caso incrementalmente valioso, mientras que tendrá un valor relativo aquello que pierda valor a partir de un momento o unas circunstancias determinadas²⁶. Lo común a todo este pequeño galimatías es que, en todo caso, dependerá del hombre, como ser individual, decidir cómo valora. Será él, en el caso de esta primera forma de valoración, quien decida qué valor tienen las cosas.

En segundo lugar, parece también evidente que hay otra forma de apreciar el valor de una persona, y ésta estriba no ya en su propia opinión, sino en la de aquellos que le rodean, ya sean una sola persona o todo el colectivo social del que forma parte aquel que es objeto de valoración. Es también un valor absolutamente variable, no ya sólo porque cada uno de nosotros apreciamos de diversas formas a cada ser humano que nos rodea sino, también, porque, de la misma forma que uno se quiere más o menos a sí mismo por lo que hace, también sucede lo mismo con los que están a su lado. Yo no aprecio lo mismo a mi vecino mientras me deja dormir que cuando comienza a montar fiestas en su casa todas las noches.

Este segundo valor puede estar, por supuesto, en perfecta disonancia con el primero, y esto crea, en algunos casos, gravísimos problemas de integración social, en cuanto que el grupo no acepta al individuo y el individuo se niega a integrarse en el grupo, a aceptar su forma de valoración, porque contradice su propia forma de otorgar valor a los actos, de manera que puede actuar de una forma socialmente disfuncional sin experimentar por ello una sensación negativa. Cabe, también, que sea un grupo concreto dentro de otro más amplio quien difiera en su sistema de valoración. En este caso, tendríamos dos formas de consideración social distintas, que pueden resolverse mediante

²⁵ O, al menos, no debería sentirse igualmente valioso. Y, si no es así, nuestro hombre sí que tiene algún problema con lo que solemos reconocer como la razón.

²⁶ Así, por ejemplo, y como veremos a continuación, la libertad es algo absolutamente valioso, de tal forma que siempre que se incremente nuestra libertad, nos consideraremos más valiosos. La justicia, en cambio, puede ser objeto de valoración relativa, ya que, llegado el caso, un hombre no desee la justicia. Y si no que se lo pregunten al que ha cometido un delito y espera una pena. En tal caso, muy probablemente preferirá que el juez no sea justo, sino caritativo.

el conflicto²⁷ o la tolerancia. Lo que es obvio es que siempre existirá la posibilidad de graduar este tipo de disfunciones a través de los actos que cada uno realice en la sociedad en la que vive, incrementando o disminuyendo el descontento que los demás sienten hacia la persona evaluada.

Debemos, por tanto, concluir que lo que une a estas dos primeras formas de expresión del valor es que ambas encuentran su fundamento en la misma base: los hechos. Un hombre es valioso en un sentido subjetivo o social en función de las circunstancias, esto es, de lo que hace, lo que dice, o de lo que le sucede. En este sentido, se puede decir, sin ningún tipo de duda, que todos los hombres gozan de un valor distinto en función de sus circunstancias. Ahora bien, existe una tercera forma de valor en el ser humano que tiene un origen absolutamente distinto. Así, podemos decir, que todo hombre posee un valor intrínseco, un valor que proviene del hecho de ser un ser humano, esto es, que la mera pertenencia a la humanidad nos confiere un valor que, por tanto, nos diferencia de los animales, en cuanto que éstos, por la misma definición, no pueden tenerlo²⁸. En el terreno de la teoría, se trata, por consiguiente, de un valor de distinta naturaleza que los dos anteriores, en cuanto que no encuentra su fundamento en lo que el hombre hace, dice o le sucede, sino en lo que el hombre *es*. Tanto es así que, contrariamente a lo que sucedía anteriormente, nada de lo que el hombre haga, diga o le suceda afectará a su valor intrínseco²⁹.

Se debe concluir por tanto, repitiendo el celeberrimo aforismo de Ortega que yo soy yo y mis circunstancias. Mis circunstancias determinan mi valor subjetivo y social, y mi esencia, lo que yo soy, determina mi valor intrínseco, o, dicho con otras palabras, mi valor esencial. La diferencia está en que, si los primeros tipos de valor son variables, este último, en cambio, es inmutable, al menos en comparación con otros hombres. Nadie puede ser más valioso esencialmente que otro hombre por la sencilla razón de que su valor como ser se basa, precisamente, en el hecho de ser persona, y nadie puede ser más o menos persona que otros³⁰. O se es o no se es, y punto. No hay tér-

²⁷ Un ejemplo muy claro de esto puede serlo la persecución religiosa. En estos casos, los miembros del grupo perseguido se ven a sí mismos de una forma muy diferente a como son apreciados por parte del resto del grupo social. Y cuando los que no comparten su fe deciden que ésta supone una amenaza de algún tipo, disminuye su grado de aceptación de los miembros del grupo, todo lo cual puede terminar, como ha sucedido a menudo, en una agresión contra la minoría.

²⁸ Y esto es, obviamente, una tautología: si un ser humano posee valor por ser humano, un animal no posee valor por no ser un ser humano. Obviamente, esta afirmación requerirá una justificación posterior.

²⁹ Esta afirmación puede ser, por supuesto, objeto de gran controversia. Nos limitaremos, por tanto, a enunciarla de momento, para justificarla posteriormente.

³⁰ Victoria CAMPS ha dicho al respecto que «toda vida humana posee objetivamente el mismo valor, pero no todo ser humano siente o percibe por igual y en todo momento el valor de su vida» (cfr. CAMPS, V., *La vida buena*, Ares y Mares, Barcelona, 2001, p. 74).

minos medios. Nadie puede ser media persona, ni nadie es más persona que otro³¹.

4. ¿DIGNIDAD O DIGNIDADES?

En el epígrafe anterior hemos mostrado que el hombre es valioso al menos en tres sentidos diversos. Cada uno de ellos, no obstante, parte de presupuestos diferentes y, sobre todo, se debe enmarcar en terrenos diversos. Así, el valor subjetivo y el valor social del hombre pueden enmarcarse dentro del terreno de los hechos, de las circunstancias. Un hombre puede incrementar su valor subjetivo o social en función de aquello que acontece en su vida, de lo que hace o piensa, de cualquier acto en el que media algún tipo de acción u omisión más o menos consciente. Sin embargo, el tercero, esto es, su valor esencial, no puede incrementarse o disminuir, porque parte de un hecho que no conoce variabilidad: o se tiene un valor esencial o no se tiene, como ya hemos dicho.

Ahora bien, a cada una de estas tres formas de valor se les puede dar denominaciones diversas de las que aquí hemos apuntado. Así, por ejemplo, el valor subjetivo podría denominarse, por ejemplo, autoestima, o el valor social podría denominarse aceptación social, o grado de integración, o utilidad social, o incluso majestad. Sin embargo, la forma más clásica de hablar de lo que hemos llamado valor social y valor esencial tiene mucho que ver con la palabra dignidad. En consecuencia, creemos que tiene perfecto sentido utilizar, precisamente, este concepto para referirnos a todo lo que anteriormente hemos descrito como valor del ser humano, con las inevitables matizaciones que impone la existencia de diversos tipos de valor.

Así, lo que aquí hemos denominado valor social guarda estrecha relación con la definición tradicional de dignidad como algo relacionado directamente con el obrar, con las circunstancias. De acuerdo con esta mentalidad, existe un tipo de dignidad que aumenta o disminuye con los hechos: un hombre se hace más o menos digno en función de lo que hace³². En consecuencia, y teniendo en cuenta este tipo de dignidad, al que podríamos denominar derivada, social o *fenomenológica* está claro que todo hombre es diferente a los demás, dado

³¹ Lo cual no significa que no se pueda decir, como veremos, que no existan personas potenciales, pero esto, precisamente, refuerza esta distinción, porque las personas potenciales son, precisamente eso, personas potenciales, esto es, no-personas que llegarán a ser personas. Lo cual, por supuesto, puede tener consecuencias de cara a su estatuto antropológico o ético pero, por el momento, significa que no son personas y, no tienen, por consiguiente, este tipo de valor, al menos en su plenitud.

³² Más adelante tendremos ocasión de discutir si lo que dignifica al hombre son sólo sus actos o si también debemos tener en cuenta lo que le acontece, independientemente de su voluntad.

que cada uno de nosotros toma decisiones morales diversas a lo largo de su existencia. Y no sólo eso, sino que también puede decirse que nuestra valoración cambia constantemente, ya que aumenta o disminuye con cada una de nuestras actuaciones. Por otra parte, hemos hablado de un valor esencial del hombre, esto es, el valor que posee meramente por ser persona. Este segundo valor es, a nuestro juicio, lo que habitualmente denominamos dignidad *ontológica*. Podemos decir, por tanto, que dignidad y valor esencial son conceptos equivalentes, cuando utilizamos el término digno en un sentido ontológico, ya que en esos casos se refiere directamente a la esfera del ser, y no a la del obrar. El hombre es digno porque es hombre, con independencia de sus circunstancias. Por eso, la dignidad *ontológica* puede definirse como el valor de la persona *por el mero hecho de ser persona*.

Intentando recapitular todo lo que ya hemos mostrado antes, podemos hablar de dos sentidos diferentes de la palabra dignidad: dignidad relacionada con los hechos o dignidad *fenomenológica* y dignidad relacionada con el ser o dignidad *ontológica*³³. Ambos conceptos, como ya hemos precisado, son herederos de una extensa tradición histórica que los ha consagrado durante siglos. Ahora bien, cabría, por supuesto, entrelazar ambos conceptos en uno solo, que denominaríamos dignidad *total*, y que constaría, por tanto, de un elemento independiente de las circunstancias, la dignidad ontológica, y de otro que varía constantemente, la dignidad fenomenológica. Sin embargo, y desde nuestra perspectiva, ambos conceptos son tan sumamente diversos, que merece la pena estudiarlos por separado, para luego establecer una conciliación entre ellos.

5. LA DIGNIDAD ONTOLÓGICA

La dignidad esencial u ontológica debe caracterizarse, como hemos mostrado ya, como el valor que corresponde a la persona por el mero hecho de ser persona. Ahora bien, ¿por qué decimos que el hombre es digno, esto es, que tiene un valor especial, superior al de otros seres, simplemente por ser persona³⁴? Las respuestas a esta pregunta

³³ Hay autores, como Roberto ANDORNO que prefieren hablar de dignidad *ontológica* y dignidad *ética* (véase en lo que a ello se refiere su excelente obra *Bioética y dignidad de la persona*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 57). Otros, por su parte, utilizan los términos dignidad *ad intra* y *ad extra* (cfr. ROBLES, G., *Los derechos fundamentales y la Ética en la sociedad actual*, Cuadernos de Civitas, Madrid, 1992, pp. 187-189. Aquí, sin embargo, hemos elegido, con salvedades, la terminología utilizada por el profesor MARTÍNEZ MORÁN en su excelente artículo sobre la persona humana ya citado (cfr. MARTÍNEZ MORÁN, N., «Persona, dignidad humana e investigaciones biomédicas», en Martínez Morán, N. (Coord.), *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*, cit., p. 22.

³⁴ De momento, y a salvo de lo que diremos en otros apartados, utilizaremos las palabras «persona», «ser humano» u «hombre» indistintamente.

han sido múltiples y variadas a lo largo de la Historia, aun cuando su predicado esencial, esto es, la superioridad de lo humano frente a todo lo demás no ha sido cuestionada por casi ninguna de las grandes doctrinas morales que hemos conocido a través de ella. Así, la escuela estoica utilizó caracteres como la comprensión de las representaciones para establecer una distinción esencial entre personas y animales³⁵. Posteriormente, el pensamiento cristiano fundamentó esta superioridad en argumentos claramente heterónomos, esto es, externos y anteriores al hombre, como el hecho de haber sido creados por un Ser Superior a su imagen y semejanza.

Actualmente, la mayor parte de los autores consideran que la dignidad esencial del hombre se basa en tres hechos: su capacidad de emitir juicios morales, su libertad para decidir acerca de sus acciones y su intelectualidad, esto es, la posibilidad que tiene de generar conceptos abstractos³⁶. De acuerdo con la primera de estas características, es capaz de discernir entre unos actos y otros en función de su adecuación o no a unos valores. El hombre, al menos hasta que se nos demuestre lo contrario, es el único ser capaz de distinguir entre el bien y el mal en un sentido moral del término³⁷. En atención al segundo factor, dispone de la capacidad de elegir cómo comportarse, esto es, puede libremente optar por el bien o el

³⁵ Cfr. GIL BERA, E., *Pensamiento Estoico*, Edhasa, Barcelona, 2002, pp. 73 y ss.

³⁶ La mención de estos tres caracteres que parecen sustentar el valor intrínseco de las personas se corresponde con lo manifestado por algunos de los grandes filósofos de la historia. Así, por ejemplo, Kant, al hablar de este asunto, citaba nociones como las de racionalidad, autonomía e igualdad (los estudios acerca de este tema son múltiples, pero aquí nos permitiremos citar, por su especial relevancia, los siguientes: PÉREZ LUÑO, A. E., «El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos», en PECES-BARBA, G.; FERNÁNDEZ, E.; DE ASÍS, R. *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 462 y ss.; PÉREZ TRIVIÑO, J. L., «Kant y la dignidad humana», en CASTRO, A.; CONTRERAS, F. J.; LLANO, F., y PEREA, J. M. *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos del Bicentenario de su muerte*, cit., pp. 293 y ss.; MARCOS, A. M., «La utilización de la dignidad humana en el debate sobre l'eutanasia», en Casado, M. y Sarribe, G. (Eds.), *La mort en les ciènces socials*, cit., pp. 149-161). Schopenhauer, por su parte, solía sostener que lo propio del hombre era la trascendencia, llegando incluso a afirmar que el ser humano era el único animal metafísico (véase, en este sentido: ARAMAYO, R. R., *Para leer a Schopenhauer*, Alianza Editorial, Madrid, 2001, pp. 39 y 40).

³⁷ Lo cual no significa que no haya animales que no puedan pensar que se han comportado bien o mal. La diferencia está en que, en el caso de estos seres, el concepto de bondad o maldad responderá siempre a lo que los seres humanos les hayan enseñado. Un chimpancé puede manifestar que ha hecho algo malo, pero sólo si un humano le ha transmitido la idea de que ese acto es malo. Todavía, que sepamos, no hay ningún animal capaz de generar su propio sistema de valores, un animal capaz de decidir por sí mismo qué es bueno o malo.

Por otra parte, también es cierto que en ocasiones decimos que hay seres humanos incapaces de distinguir el bien y el mal, esto es, a los que solemos clasificar como enfermos mentales. Sin embargo, creemos que esta afirmación es un tanto inexacta, ya que todas las personas son capaces de entender las nociones de bien y mal. Otra cosa, por supuesto, será que su concepto coincida con el que socialmente se acepta como tal.

mal³⁸. Por último, su propio sentido de la intelectualidad le capacita para dar razones por las que decantarse hacia un extremo u otro, y a enlazar unas con otras, e, incluso, para concebir ideas que van más allá de lo que conoce³⁹.

Nos encontramos, por tanto, con que el concepto de dignidad esencial resume una serie de caracteres que hacen que la humanidad posea un valor incomparable al de cualquier otra clase de seres⁴⁰. El hombre es digno porque posee trascendencia, hecho directamente ligado a su libertad, pero también a su capacidad intelectual, que implica la abstracción. Por el hecho de su discernimiento, el hombre es el único ser capaz de actuar libremente por un motivo o de no hacerlo por otros diferentes. Por su abstracción, puede darle a su existencia un sentido que vaya más allá de sí mismo, es el único que es capaz de concebir algo superior a él e, incluso, de llegar a sacrificar su propia existencia con el fin de facilitar su existencia.

En consecuencia, podemos concluir, llegados a este punto, que el hombre posee una dignidad ontológica en función de su propia esencia, de lo que es, de su capacidad para trascender, de ir más allá de los hechos para concebir juicios morales, actuar o no en consecuencia, y elaborar concepciones abstractas más allá de lo que encuentra en la experiencia. Ahora bien, si son éstos los fundamentos de la dignidad ontológica, nos encontramos con un primer interrogante: ¿tienen todos los seres humanos la misma dignidad? ¿O varía ésta en función del grado en que *cada* ser humano concreto muestra las características que *in genere* conceden dignidad a la especie humana?

Responder a esta interrogante no es sencillo. De hecho, es obvio que muchos de los seres que consideramos personas, incluso desde un punto de vista jurídico o filosófico, como los bebés, los ancianos afectados de graves enfermedades mentales o los que sufren de alguna otra patología que les hace incapaces de discernir claramente no muestran las características anteriormente citadas de la misma forma que la mayoría de nosotros. Y, sin embargo, generalmente considera-

³⁸ Ambos caracteres podrían, en realidad, sintetizarse en uno, ya que ambos se presuponen. Así, la libertad moral sólo puede existir desde el mismo momento en que el hombre es capaz de distinguir entre el bien y el mal, de tal modo que elija entre uno y otro siendo consciente de lo que hace. Lo contrario no sería libertad, al menos en el sentido ahora descrito. En cuanto a lo contrario, parece cierto que la capacidad de diferenciar entre el bien y el mal sólo tiene un sentido valioso desde el mismo momento en que el hombre tiene capacidad para actuar, esto es, elegir uno u otro. Un hombre consciente de que lo que hace es malo pero privado de la posibilidad de actuar en dicho sentido sería un hombre sometido a una tortura permanente, un ser privado de su propio valor como ser.

³⁹ Y lo que es muy importante, gracias a su racionalidad el hombre es capaz de comunicarse con otros hombres, y hacerlo a través de argumentos que los otros puedan llegar a entender. El lenguaje, en este sentido, es una cualidad única del hombre que nos posibilita a hablar de humanidad como un conjunto de sujetos interrelacionados.

⁴⁰ Este es el concepto de dignidad que utilizaban, entre otros, el propio Kant, tal y como hemos tenido ocasión de mostrar en apartados anteriores.

mos que dichos seres poseen la misma dignidad de un ser humano adulto sano, a pesar de que es obvio que la manifestación de las cualidades expuestas no es la misma. Si esto es así es porque pensamos que las potencialidades de cada uno de ellos o las cualidades que en otros momentos ostentaron les confieren un valor intrínseco, y un valor que es el mismo que el de cualquier otra persona⁴¹. Por eso, las personas somos seres equivalentes, esto es, seres con la misma dignidad ontológica, lo cual implica que, mientras no se altere nuestra dignidad fenomenológica todos somos igualmente dignos⁴².

Este criterio puede, con todo, ser discutido. De hecho, ha habido quienes a lo largo de la historia han preferido pensar que no todos los seres humanos poseen la misma dignidad esencial, sino que se puede distinguir entre unos y otros por hechos tan banales como la raza a la que un hombre pertenecía o el color de su piel. Surgieron así realidades que, desde una perspectiva actual, nos parecen abominables, como la esclavitud, la discriminación racial o los fenómenos de genocidio todavía tan frescos en nuestra memoria. Lo inquietante de estas conductas es que, a pesar de lo que ahora podamos pensar, en su día fueron aceptadas como naturales no ya sólo por algunos de los grandes pensadores de la historia, sino por millones de personas, dotadas todas ellas del don de la racionalidad.

En conclusión, podríamos decir que esta primera discusión no tiene, frente a lo que cabría esperar, una fácil solución, porque su respuesta no puede ser una respuesta científica, una regla deducida de la forma en la que lo hacen las matemáticas, sino una contestación ética, con toda la carga de incertidumbre que ello conlleva, lo cual, por supuesto, no significa que toda respuesta sea igualmente válida. Sin embargo, antes de analizar en profundidad este aspecto es preciso que exponamos algunas ideas acerca de la dignidad fenomenológica, por lo que dejaremos aquí la discusión acerca de si todos los hombres deben tener o no la

⁴¹ En lo que a ello respecta, la doctora MARCOS ha manifestado que «la dignidad, en este sentido, radicaría en la potencialidad de las cualidades espirituales que definen al ser humano, potencialidad que se encuentra en todo ser biológicamente humano, incluso si por cualquier razón se halla privado de las habilidades correspondientes a un desarrollo psicológico normal» (cfr. MARCOS, A. M., *La eutanasia: estudio filosófico-jurídico*, cit., p. 115). Véase también: MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., «La universalidad de los derechos humanos y la noción constitucional de persona», en AA. VV., *Justicia, solidaridad, paz*, vol. I, Universidad de Valencia, Valencia, 1995, pp. 263-279.

⁴² Lo cual explica perfectamente todo lo manifestado por la doctrina de las Naciones Unidas a este respecto. Así, el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros». Obviamente, nacemos con la misma dignidad, y esta igualdad se mantendrá durante todo el tiempo en que no llevemos a cabo actos en los que interviene nuestra voluntad, como mostraremos más adelante. Véase, en torno al tema de la igualdad, por ejemplo». DURÁN Y LALAGUNA, P., «Notas sobre la igualdad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1994, pp. 229-241; ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial del Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, pp. 44 ss.

misma dignidad, para centrarnos en una segunda problemática directamente ligada a la primera, pero conceptualmente diferente.

En lo que a este segundo punto atañe, tenemos que tener en cuenta que, si concluimos que una persona goza de una dignidad esencial equivalente a la de todas las demás con independencia de sus características, esto no nos exonera de tener que responder a la vieja polémica de qué es una persona humana o, si se prefiere, la pugna entre quienes creen que la persona es conceptualmente anterior a sus caracteres y quienes creen que son los caracteres que un ser demuestra los que hacen que otros le reconozcan o no como persona. Sin ánimo de entrar aquí en un debate a fondo de esta cuestión, para lo que nos remitimos a otros trabajos, nos permitiremos señalar, simplemente, que los datos con los que ahora mismo contamos muestran, ineludiblemente, que la idea, tan querida por unos y ansiada por otros, de que existen circunstancias objetivas por las que defender que la persona se origina en la concepción y que, al mismo tiempo, toda concepción da origen a una persona, es sencillamente insostenible, por la aplastante inconsistencia de la segunda proposición. Una concepción puede, por desgracia, dar origen a células cigóticas terriblemente deformes o, incluso, a formas de vida cancerígenas, lo cual resta de toda posibilidad de aceptar como correcta la afirmación de que toda concepción origina una persona. Pero si debemos realizar una criba entre los cigotos para saber cuáles de ellos tienen, cuando menos, la posibilidad de desarrollarse adecuadamente, estamos admitiendo, queramos o no, que son los criterios que hayamos fijado, cualidades en cualquier caso, quienes definen al ser humano como persona, y no al revés, por mucho que nos pese. Y decidir cuáles han de ser estos criterios es una cuestión a la que no puede responder la ciencia, porque no es una pregunta científica sino filosófica.

Debemos concluir este apartado, en consecuencia, afirmando rotundamente que toda persona posee una dignidad esencial, pero que, dado que el hecho mismo de ser persona no puede circunscribirse a un acontecimiento objetivo, sino al cumplimiento de unas cualidades prefijadas por el resto de los seres humanos, la dignidad, en último término debe ser *reconocida* para ser efectiva⁴³. El valor de una perso-

⁴³ Esta construcción del concepto de dignidad implica, inevitablemente, que nadie es dueño de su propia dignidad. Así, aun cuando alguno de nosotros insistiera en privarse de su dignidad, intentando, por ejemplo, constituirse en el esclavo de otra persona, seguiría conservándola, siempre que el resto de los seres humanos lo contempláramos todavía como un ser libre. En ese sentido, se debe concluir que ningún hombre es dueño absoluto de su propia dignidad, sino que ésta es propiedad de la humanidad concreta en la que éste puede identificarse. El drama de este aserto residirá, sin duda, en que también posibilita lo contrario, esto es, que un hombre pueda ser privado de su dignidad esencial por la falta de reconocimiento de los restantes miembros de la especie humana. De esta forma se han producido excesos tan notorios como los fenómenos de esclavitud que azotaron el mundo durante tantos siglos. Por fortuna, parece ya obvio que el definitivo reconocimiento de la igual dignidad de todo ser humano implica que cualquier intento de reinstaurar este tipo de situaciones supondría un retroceso absoluto en el desarrollo humano.

na *no es*, por consiguiente, un dato previo e inexcusable, sino, por el contrario, una cualidad que dependerá de lo que otros seres humanos decidan, lo cual, como es obvio, no significa que toda decisión sea moralmente equivalente. De hecho, y aun cuando ahora estemos anticipándonos a lo que corresponderá revisar con mayor profundidad en otros apartados, no será igualmente digna una humanidad que sea capaz de extender algún tipo de valoración esencial a los embriones o, incluso, a según qué animales, que otra que se limite a abandonar a su suerte a los niños nacidos con defectos⁴⁴. Inevitablemente, las decisiones que adoptemos, en lo que a estos puntos se refiere, tendrán una incidencia decisiva en la dignidad de nuestra especie como colectivo.

6. LA DIGNIDAD FENOMENOLÓGICA

Una de las consecuencias inevitables del hecho mismo de que el hombre sea digno, en el sentido ontológico de la palabra, es que está obligado a actuar moralmente⁴⁵, esto es, que debe aceptar una serie de responsabilidades que otros seres no tienen. Así, la posesión de cualidades como la conciencia moral, unida a la libertad y a la intelectualidad, esto es, la posesión de dignidad, implica tanto como que el hombre debe decidir, y debe decidir sobre la base de su razón, esto es, ha de dar razón de su comportamiento. Nace así, necesariamente la Ética. Porque la Ética, precisamente, surge desde el mismo instante en el que el hombre se da cuenta de que sus actos no son neutrales, sino que, dependiendo del carácter de sus acciones, variará su propio valor. La Ética surge, por consiguiente, como una respuesta a una demanda

⁴⁴ Y es que, como dice de una forma muy hermosa Javier DE LUCAS, «si la identidad humana se cifra en la capacidad de extender la humanidad, en el sentimiento de piedad que nos obliga a extender el respeto a la vida y lo que hemos llamado derechos, es esa disposición y sobre todo el comportamiento acorde con esa disposición lo que nos granjean la condición de humanos [...] Y eso alcanza a todos los seres, incluso más allá de la propia especie. Ese es el sentido, a mi juicio, como ha sabido ver Peter Singer, de la polémica acerca de los derechos de los animales...» (cfr. DE LUCAS, J., *Blade runner. El Derecho, guardián de la diferencia*, Tirant lo Blanch. Colección Derecho y Cine, Valencia, 2003, pp. 42 y 43). Acerca de las polémicas ideas de Peter Singer puede consultarse: SINGER, P., *Ética Práctica*, Cambridge University Press, Cambridge, 2.ª edición en español, 1993, pp. 69 ss. El concepto de piedad que utiliza Javier DE LUCAS y su recomendación de hacerlo extensivo a otros órdenes de seres vivos guarda relación, desde nuestra perspectiva, con la idea tan querida a Schopenhauer de la *compasión* (véase: PANEA, J. M., «¿Más allá del deber? Kant y Schopenhauer», en CASTRO, A.; CONTRERAS, F. J.; LLANO, F., y PEREA, J. M. *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos del Bicentenario de su muerte*, cit., pp. 269-292).

⁴⁵ A este respecto, nos permitiremos citar a COTTA, quien decía que «estimulado por lo infinito, por lo eterno, por lo absoluto que hay en él, el hombre tiende sin cesar al movimiento, a la acción, a superar su propia imperfección y realizar su naturaleza íntegra también del lado de lo infinito, de lo eterno, de lo absoluto» (cfr. COTTA, S., *¿Qué es el Derecho?*, RIALP, 3.ª ed., Madrid, 2000, p. 40).

esencial del hombre. Así, a la pregunta de qué es lo que debemos hacer, la Ética no puede responder sino una cosa: lo que incremente el valor del ser humano, esto es, lo que haga que aumente su dignidad *fenomenológica*, tal y como la hemos definido⁴⁶. Por eso mismo, no son pocos los autores que afirman, de una forma extraordinariamente acertada, que la dignidad es el punto de destino de la Ética. No se entiende la Ética sin la dignidad, ya que el fin de la Ética es justamente incrementar la dignidad *fenomenológica*. A esta primera consideración podríamos añadir que tampoco se puede entender el origen de la Ética, su fundamento, su razón última de ser, es la dignidad, entendida ahora en un sentido *ontológico*, dado que es precisamente esa capacidad de trascendencia la que hace que surja la necesidad de decidir por qué hemos de realizar unas acciones y por qué abstenemos de otras. La dignidad es, en consecuencia, tanto como el principio y el fin de la Ética, su alfa y su omega, lo que explica de dónde surge y a dónde va, cuáles son sus principios y sus fines.

Nos encontramos, por tanto, con que si la Ética es, en realidad, una respuesta a la eterna pregunta que tanto obsesionaba a Kant, esto es, qué debemos hacer, la única respuesta posible a esta cuestión es la siguiente: lo que hará incrementarse a la dignidad humana⁴⁷. Ello no obstante, esta primera apreciación es un tanto hueca si no goza de una concreción palpable. De ahí que surjan las normas morales que pretenden ser la materialización de la Ética. De esta forma, si la Ética nos señala que el fin de nuestros actos debe ser incrementar la dignidad humana, las normas morales nos mostrarán qué actos contribuyen a lograr este objetivo y cuáles nos alejan de él. Lo cual, por supuesto, no significa que estas normas morales sean leyes ciertas e inmutables. Más bien al contrario, existen múltiples códigos morales, diferentes sistemas normativos que rivalizan entre ellos, aun compartiendo el objetivo común. Por eso, el hombre, en el uso de su libertad, ha de escoger entre unas normas morales y otras, que pueden ser, desde luego, las que él mismo se imponga.

En consecuencia, nos encontramos con que el hombre ha de enfrentarse a la vida diaria, a sus decisiones cotidianas, a través de un código moral, cosa que, por otro lado, se deduce de la propia esencia humana. Si el hombre es un ser libre, obviamente debe cons-

⁴⁶ Podría haber quien pusiera en duda esta afirmación diciendo, por ejemplo, que hay quienes no tienen ningún interés en incrementar su valor. Sin embargo, este tipo de objeciones padecen, a nuestro juicio, de un error de concepto, dado que, no sería racional que nadie quisiera ver cómo su propio valor disminuía. Otra cosa, por supuesto, será que esté dispuesto a esforzarse con ese fin, pero lo que es seguro es que, con independencia de lo que él mismo haga, preferirá que ese valor aumente a que disminuya.

⁴⁷ Pero nótese que ésta no es sólo una respuesta de corte kantiano, sino también de corte más hedonista, en el sentido de que el incremento de la dignidad supone, a la par, un aumento de la felicidad humana, ya que aumentar nuestro valor es, sin lugar a dudas, un motivo de felicidad o, si se prefiere verlo desde la perspectiva opuesta, perder valor debería hacernos sentir tristeza.

truir un criterio, una serie de normas que le permitan ejercer su libertad. Se da así la curiosa paradoja de que la dignidad, en último término, debe su existencia a la libertad, pero implica, a su vez, una limitación de ésta, en cuanto que nos obliga a realizar aquellos actos que hacen que se incremente el valor de lo humano⁴⁸, los actos que nos prescriben nuestras normas morales, y a evitar los que implican lo contrario.

Ello no obstante, no hay nada que obligue al hombre realmente a seguir unas reglas morales, ni siquiera aunque éste crea que dichas normas son las adecuadas a la dignidad humana. De hecho, son múltiples las ocasiones en las que actuamos de una forma que no consideramos moralmente correcta en aras a lograr algún fin que no podríamos obtener de otra forma. Otras, en cambio, iremos incluso más allá de lo que prescriben nuestras normas morales, alcanzando la esfera de lo que a menudo llamamos héroes. Lo que ocurre es que, por supuesto, dichas actuaciones harán que incrementemos o disminuyamos nuestra propia dignidad. Ahora bien, si decimos que la dignidad fenomenológica oscila a lo largo de nuestra existencia, tendremos que aclarar algunos puntos esenciales, sin los cuales no podría entenderse cuál es la auténtica naturaleza de esta segunda forma de dignidad ni cómo se produce esa variación. Así, una pregunta a la que no podemos dejar de dar respuesta es la siguiente: ¿qué es lo que hace variar nuestra dignidad? ¿Nuestros actos libres y voluntarios o también la incidencia que los actos de otros o, más en general todavía, las circunstancias que nos acontecen en nuestro desarrollo vital? ¿Y qué es más importante en este sentido? ¿Nuestros actos o nuestras intenciones?

7. VARIABILIDAD DE LA DIGNIDAD FENOMENOLÓGICA

Entrando ya a responder a las cuestiones que nos planteábamos en el epígrafe anterior, comenzaremos diciendo que algunas de ellas, por desgracia, no tienen respuesta o, por lo menos, no tienen una única respuesta, sino que existen diferentes propuestas racionalmente admisibles. Así, si bien es un criterio generalmente aceptado que las intenciones, pensamientos, criterios, y cualquier otro tipo de muestras de la voluntad pueden afectar a nuestra dignidad, en cuanto que son susceptibles de ser juzgadas moralmente, la ponderación entre resultados e intenciones a la hora de catalogar nuestros actos dependerá de la pos-

⁴⁸ O, al menos, a hacer lo que creemos que incrementa nuestra dignidad. No olvidemos que según la opinión de Kant el motivo de la acción es más importante que su resultado. Si un hombre cree que está haciendo lo moralmente correcto, su acto es moralmente adecuado. Así, por ejemplo, no está nada claro que un hombre que poseía esclavos en la antigua Roma se comportara de una forma moralmente incorrecta, desde la perspectiva de su época, aun cuando hoy en día consideremos lo contrario.

tura ética de la que se parta. Por eso mismo, no se puede⁴⁹ dar una respuesta general y permanentemente válida a este tipo de cuestiones porque buena parte de nuestras conclusiones dependerán de las premisas de las que se parta.

Otra problemática, como la de si son sólo nuestros actos conscientes o también todas aquellas circunstancias que nos acontecen a lo largo de nuestra vida las que influyen sobre nuestra dignidad fenomenológica tiene, desde nuestra perspectiva, más fácil respuesta. Pensamos, en este caso, que no debe haber dudas racionales: tal y como hemos definido la dignidad, está claro que sólo puede afectarle todo aquello sobre lo que se proyecta nuestra libertad⁵⁰. Y el ámbito de nuestra libertad puede incluir toda reacción consciente del ser humano, ya sean sus pensamientos, intenciones, o acciones, pero no aquellos acontecimientos que no dependen de nuestra voluntad⁵¹. En consecuencia, debemos afirmar con toda rotundidad que son los actos libres y no los hechos, las circunstancias, los que nos definen como seres dignos, por mucho que algunos autores, corrientes e instituciones parezcan obstinarse en sostener lo contrario⁵². Lo cual,

⁴⁹ Ni, como tendremos ocasión de mostrar más adelante, probablemente se deba.

⁵⁰ Y es que, como ya hemos mencionado antes, la dignidad ontológica no varía, con lo que no cabe incluirla en este debate, mientras que la dignidad fenomenológica halla su

⁵¹ Y es que, como dice NINO, la dignidad «prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control (cfr. NINO, C. S., *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984, p. 45. En torno al pensamiento de NINO, véase el interesante estudio de GARCÍA AÑÓN, J., «C. S. Nino y los derechos morales», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1994, pp. 209-228).

⁵² Expresemos unos prototipos palmarios de esta clase de afirmaciones: en algunas sociedades (y en las nuestras hace no demasiado tiempo) se establecía una nítida distinción entre los niños nacidos como fruto del matrimonio y los que lo hacían fuera de él. De este modo, los últimos se consideraban seres de mermada dignidad por la forma en que habían sido creados y se actuaba en consecuencia. Por fortuna, hoy en día esto ya no es así, al menos en las sociedades más evolucionadas. Sin embargo, y como reminiscencia de esto, hay muchos autores que todavía hoy afirman que la fecundación in vitro atenta contra la dignidad de los embriones [así, por ejemplo, la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe dice de la maternidad subrogada que «ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por sus propios padres» (cfr. SAGRADA CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *El respeto a la vida naciente y la dignidad de la procreación*, PPC, Madrid, 1987, p. 43). Véase también, en este mismo sentido, GARCÍA-MAURIÑO, J. M., *Nuevas formas de reproducción humana*, San Pablo, Madrid, 1998, p. 68; BLÁZQUEZ, N., *Bioética. La nueva ciencia de la vida*, BAC, Madrid, 2000, p. 115; LAWLER, R. D., «Moral reflections on the new technologies: a catholic analysis», en AA. VV., *Embryos, ethics and women's rights*, cit., p. 169]. La extraña paradoja de esta afirmación es que, si aceptamos que el embrión humano es persona, tal y como hacen ellos, parece evidente que lo que estamos haciendo es decir, de nuevo, que unas personas y otras poseen diferente dignidad dependiendo de la forma en que han sido engendradas (¿?). Si a ello añadimos que, curiosamente, los mismos que dicen que los embriones pueden tener distinta dignidad, aceptan, en principio, la idea básica de que todos los seres humanos nacidos poseen la misma dignidad, con independencia de la forma en que fueron engendrados, se nos plantean

por supuesto, no significa que los autores de los hechos sobre los que no tenemos capacidad de elección no estén, por su parte, actuando de una forma más o menos digna, ya que, desde su perspectiva, sucesos que para nosotros tendrían el carácter de meras circunstancias, serían auténticos actos, en cuanto que manifestaciones de su voluntad⁵³.

La conclusión más inmediata de todo lo que hemos expuesto en el presente apartado es que todos los hombres, como tales, poseen una dignidad equivalente por lo que *son*, pero otra completamente dife-

algunos terribles dilemas: ¿en qué momento se iguala su dignidad? ¿En qué momento el embrión concebido naturalmente la gana, o el artificialmente originado la pierde? ¿Y por qué la ganan o la pierden? Obviamente, detrás de todas estas turbadoras incógnitas se esconde una forma a nuestro juicio radicalmente errada de entender el concepto de dignidad. Así, en el caso ahora expuesto, en caso de que hubiera alguna dignidad afectada ésta sería, sin lugar a dudas, el de los progenitores que recurren a dicha forma de procreación, de los facultativos que la desarrollan y, en último término, de todos aquellos que con sus votos o actitudes favorecen la permisividad hacia este tipo de actos, pero nunca la de los propios embriones, que nunca tienen oportunidad de elegir la forma en que son concebidos. Y, sin libertad, difícilmente se entiende un aumento o disminución de la dignidad fenomenológica de un ser humano (lo cual, por supuesto, no significa afirmar que los embriones posean dignidad. Sólo significa decir que, en caso de que la tuvieran, no se vería afectada por la forma en que fueron concebidos). Cabe, por el contrario, reseñar que todos aquellos que piensan que la fecundación *in vitro* es algo moralmente incorrecto, a partir de unas creencias éticas determinadas, deberían enfrentarse a ese hecho con todas sus fuerzas, en un ejercicio libre de su voluntad, so pena de, en este caso sí, ver disminuida su propia dignidad, precisamente por no ejercer su libertad de una forma coherente con sus valores morales.

⁵³ Así, por ejemplo, pensemos en el caso del *apartheid*. En tales circunstancias, la mayor parte del pensamiento ético mundial sostenía la idea de que un régimen discriminatorio con respecto a las personas de color atentaba contra la dignidad humana. Esta afirmación, no obstante su obvio contenido de veracidad, debe ser matizada en consonancia con todo lo que aquí estamos exponiendo. Así, de un lado es obvio que un sistema de este tipo choca frontalmente, desde un punto de vista teórico, con la idea básica de que la dignidad es idéntica en todos los seres humanos. Ahora bien, esta primera certidumbre muestra que se están desarrollando una serie de acontecimientos que no muestran el respeto debido a la naturaleza humana, pero no sirve para responder directamente quiénes van a ver su dignidad disminuida. Para aclarar esta segunda cuestión debemos preguntarnos acerca de por qué se produce este atentado, esto es, quiénes son sus responsables, ya sea por acción u omisión, o, lo que es lo mismo, quiénes contribuyen a sostener este sistema a través de actos u omisiones libremente escogidos. Y si nos centramos en este punto de vista, está claro que la respuesta no debe ser otra que la de que eran los gobernantes del desaparecido régimen, los votantes que facilitaban su permanencia en el poder, y los miembros de la comunidad internacional que lo apoyaban o no hacían nada por minar dicho régimen quienes mermaban su dignidad a través de sus actuaciones. La comunidad oprimida, en cambio, no experimentaba, desde nuestra opinión, ninguna merma en su dignidad, dado que se limitaba a ser víctima de una situación injusta contra la que luchaba, tal y como lo exigía su dignidad (en lo que a este punto se refiere, debemos tener en cuenta que la única forma de que la víctima de una situación injusta pueda compartir la merma de dignidad que ésta produce sería que decidiera someterse a su infortunio, en lugar de oponerse, aunque fuese exclusivamente en su línea de pensamiento, a esa coyuntura. Es el caso del esclavo que se muestra feliz de serlo).

rente en función de lo que *hacen*. Las circunstancias, en cambio, serían, en todo caso, completamente indiferentes en lo que respecta a la esfera de la dignidad fenomenológica⁵⁴. Se debe decir, en consecuencia, que el aforismo que afirma que todos los seres humanos poseen la misma dignidad es sólo cierto en lo que se refiere a la dignidad ontológica, pero radicalmente falso en lo que atañe a la dignidad fenomenológica. Y esta notoria evidencia debe tener unas consecuencias éticas incuestionables, en cuanto que se derivan racionalmente de una realidad indiscutible: que ningún hombre debe ser discriminado con respecto a otros en función de lo que es⁵⁵, pero que puede ser tratado de una forma completamente diferente de los demás teniendo en cuenta lo que *hace*. Así lo exige la noción de justicia que nos compele a tratar por igual a los iguales y de forma desigual a los desiguales.

8. LA DIGNIDAD COLECTIVA

Hasta ahora hemos centrado toda nuestra discusión acerca de la dignidad de la especie humana desde una vertiente puramente individual, como si la dignidad del ser humano fuera una realidad exclusivamente asociada a la persona como ente aislado. Sin embargo, la idea de dignidad no puede entenderse si no es desde una perspectiva social⁵⁶. En este sentido, es obvio que la dignidad ontológica, tal y como la hemos entendido, es, por su propia naturaleza, un fenómeno colectivo, en cuanto que el hombre es digno por pertenecer a la especie humana, y dicha condición se adquiere, inevitablemente, gracias al reconocimiento de las otras personas. Puede, en consecuencia, afirmarse que la humanidad, como conjunto de seres humanos es, en realidad, el auténtico poseedor de esa dignidad ontológica, que conserva en su seno el testigo de la dignidad humana generación tras

⁵⁴ Sería, en cambio, discutible la idea de si las circunstancias pueden o no tener una influencia en lo que atañe a la dignidad ontológica, en el sentido de que nuestras líneas de acción, nuestra capacidad de actuar y, por tanto, de decidir en libertad, no son indiferentes a las circunstancias que nos rodean. Así, no disponía de la misma libertad un hombre de la prehistoria que uno nacido en el siglo XX, en cuanto que el desarrollo de la ciencia nos ha permitido, entre otras cosas, incrementar constantemente la esfera de decisión humana. Dejaremos, no obstante, este tema abierto a posteriores discusiones.

⁵⁵ Y en este punto debe basarse toda caracterización axiológica de la igualdad humana como cualidad propia del hombre.

⁵⁶ La idea de la dignidad como fenómeno social no es, desde luego, una aportación de este trabajo, sino una constante de las teorías filosóficas más recientes. Como ha escrito PÉREZ LUÑO, «la doctrina actual tiende a concebir la dignidad a partir de la situación básica de relación del hombre con los otros hombres, en lugar de hacerlo en función del hombre singular encerrado en su esfera individual» (cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, cit., p. 225).

generación⁵⁷. De esta forma, las personas cambian, pero la dignidad se mantiene⁵⁸.

Pero junto a esta primera realidad, nos encontramos con que también se puede hablar de un concepto de dignidad *fenomenológica* referido a la especie humana como colectivo, ya que las personas obramos individualmente, pero, como miembros de un grupo humano, al que nos hallamos insoslayablemente unidos por el vínculo de la dignidad esencial, también tenemos una responsabilidad en torno a los comportamientos que rebasan la esfera personal para enmarcarse, en último término, en el ámbito de lo supraindividual. Así, creemos que es perfectamente posible considerar que la dignidad fenomenológica de la especie humana se altera en función de los acontecimientos que se desarrollan a lo largo de la Historia. Y la mejor demostración de todo ello es que, generalmente, las personas tenemos una opinión del hombre como especie o, si lo preferimos, de la humanidad, y esta opinión cambia de acuerdo con los acontecimientos que nos haya tocado vivir. Por eso, consideramos, no cabe sino aceptar que el valor subjetivo que la humanidad se otorga a sí misma varía constantemente conforme transcurre la Historia. No juzgamos de la misma manera a nuestras civilizadas sociedades del siglo XX que a las que poblaban el mundo en el siglo VII, ni otorgamos el mismo valor a realizaciones tan hermosas como la Declaración de Derechos Humanos que a las Guerras Mundiales que la precedieron. Y a esto tendríamos que añadir que, en caso de que existieran sujetos racionales que no pertenecieran a nuestra propia especie, posibilidad que, por supuesto, es hasta ahora ciencia-ficción, muy probablemente la valoración que hicieran de la humanidad en su conjunto oscilaría considerablemente en función de los hechos llevados a cabo por el conjunto de sus miembros.

Por todo eso, nos atrevemos a decir que todo acto humano tiene, por encima de su dimensión individual, otra claramente social que, en último término, afecta a la dignidad de la especie humana. Y por eso mismo, debe ser la propia humanidad quien tome conciencia de sí misma para darse una serie de normas morales a partir de unos criterios éticos

⁵⁷ Citando a COTTA señalaremos que «el individuo es así el producto, digamos, de una infinita red de relaciones, producto original sin duda [...] pero al mismo tiempo compartiendo cosas con cualquier otro hombre. Por eso se habla de género humano, unido por una misma naturaleza a pesar de las diferencias individuales y por un mismo destino más allá de los avatares personales» (cfr. COTTA, S., *¿Qué es el Derecho?*, cit., p. 43).

⁵⁸ Y así, como recalca Victoria CAMPS, llegaremos a entender que «valoramos la vida desde el punto de vista de la humanidad, es decir, procurando trascender las contingencias de los individuos singulares» (cfr. CAMPS, V., *La vida buena*, cit., p. 61). En sentido parecido, PECES-BARBA ha escrito que «la dignidad de la persona y la dignidad de la humanidad son dos aspectos de una misma mentalidad, la del antropocentrismo y la laicidad, dos coordenadas que encuadran todo el proceso [...] otro rasgo de nuestra dignidad es la sociabilidad que algunos iusnaturalistas habían colocado como norma básica material de su sistema. Supone el reconocimiento del otro como tal otro y de la imposibilidad de alcanzar en solitario el desarrollo de la dignidad» (cfr. PECES-BARBA, G., «La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho», p. 63). En lo que a ello se refiere, todos estos autores perpetúan una línea ya presente en la obra de Kant, quien escribió que la humanidad, en sí misma, es una dignidad.

mínimamente compartidos. Porque un colectivo que comparte un valor esencial idéntico y cuyo valor subjetivo o, incluso, social, puede incrementarse o disminuir por los actos que los seres humanos realizan, tiene, desde nuestra perspectiva, la obligación de llegar a acuerdos éticos que determinen la proyección que la especie humana quiere darse a sí misma. Y, por supuesto, tales acuerdos sólo podrán adoptarse a través de la utilización de unos modelos éticos que, ante la imposibilidad de obtener un código moral absoluto, se limitarán a esbozar un proyecto colectivo que recoja unos mínimos compartidos por todos⁵⁹. Y esto no será de ninguna forma un drama, sino que, muy por el contrario, resultará la manifestación más excelsa de nuestra libertad⁶⁰, ya que sólo una especie capaz de elegir libremente es capaz de fijarse un punto de destino, siempre inalcanzable, en su desarrollo moral y, sobre todo, de decidir acerca de cuáles

⁵⁹ Dentro de esta línea de acción se pueden situar los modelos de Éticas dialógicas de HABERMAS o APEL, o documentos tan sugerentes como el *Proyecto de una Ética Mundial*, de Hans KÜNG (véase: FRANCÉS, P., «Sobre la única vía posible para el universalismo ético y jurídico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1994, pp. 41-60; CORTINA, A., «Ética comunicativa», en CAMPS, V., et als., *Concepciones de la ética*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 177-200. Ahora bien, este tipo de intentos no podrán nunca ir más allá de estudiar las condiciones óptimas para el establecimiento de éticas materiales. Cualquier otro propósito, como el de extraer una ética material exclusivamente a partir de un procedimiento, es absurdo, tal y como ha puesto de relieve KAUFMAN, por ejemplo, cuando dice que «También la teoría del discurso o del consenso muestra, si se utiliza la lupa, que los contenidos vienen de la experiencia, en lo fundamental en todo caso. Quien crea que los ha inferido sólo de la forma, del procedimiento, sucumbe a un autoengaño. Los contenidos provienen —cuando menos— de la experiencia, pero no tienen valor absoluto. Los esfuerzos de Habermas, Apel, Höffe y muchos otros por suministrar una fundamentación final, a los enunciados morales y jurídicos (y ciertamente de contenido), significan un exceso intelectual, que nadie puede alcanzar» (cfr. KAUFMANN, A., *La filosofía del Derecho en la posmodernidad*, Colección monografías jurídicas, núm. 77, Temis, 2.ª ed., Santa Fe de Bogotá, 1998, p. 51).

⁶⁰ Nótese que si existieran unas normas morales universalmente válidas e indiscutibles, la libertad moral del hombre se limitaría a seguir o no esas normas. En cambio, si, como ahora mismo ocurre, contáramos con diferentes modelos éticos, todos ellos racionales, que en algunos casos resultasen contradictorios, la libertad del hombre resultaría mucho más amplia, ya que debería elegir no ya si actuar moralmente o no, sino qué modelo sería el que en cada caso respondiera más acertadamente a nuestro impulso de actuar correctamente. Y, en último término, esto significaría el uso más excelso de la trascendencia humana, en el sentido de que, a través de la elección de un modelo ético u otro, el hombre, como tal, estaría definiendo qué tipo de futuro es el que verdaderamente desea construir. Así, resulta inevitable concluir que si tuviéramos la certeza de que existe un Dios como el de las religiones monoteístas, por ejemplo, y los hombres conocieran las leyes que ese Dios hubiera dictado para la raza humana, sin ningún resquicio para su interpretación, la libertad del hombre se limitaría a seguir o no esos preceptos, pero no a crear unas normas rivales, porque no tendría sentido racional oponerse a una Ética que, siendo de origen divino, y siendo ese Dios un Ser perfecto, con todo lo que ello supone, resultaría, sin ningún género de dudas, superior a todas las demás. Por eso, curiosamente, tendríamos que concluir que un Dios que se manifestase como tal reduciría, en último término, de una forma inevitable, la libertad del ser humano. Curiosamente, y analizado desde este prisma, el propósito kantiano de encontrar un principio moral que funcionase como un imperativo para todos y cada uno de los hombres podría considerarse, en realidad, como un intento de limitar la libertad humana mediante el hallazgo de un *decálogo* laico, de unas leyes universales de obligado cumplimiento, que priva-

serán los medios de los que podrá valerse para alcanzar ese fin. Y es que, en el fondo, la inevitable elección de un modelo ético a la que estamos abocados marcará la propia dignidad que alcanzaremos gracias a él. Porque ser fieles a un modelo es algo que, normalmente, merece una consideración moral positiva, pero la valoración final de nuestros logros no puede olvidar la propia consistencia del modelo construido⁶¹.

rían al hombre de su libertad para decantarse por unos códigos morales u otros, en función de la Ética que profesase, para dejarle sólo con la libertad de cumplir o no dichos preceptos. Por el contrario, una Ética no imperativa, lejana a la idea de un conjunto de normas, como la que proponen entre otros CORTINA (cfr. CORTINA, A., *Ética mínima*, Tecnos, Madrid, 5.^a ed., 1996, p. 32) o SAVATER (cfr. SAVATER, E., *Ética para Amador*, Ariel, Barcelona, 42.^a ed., 2002, pp. 54 y 55), no restringe nuestra libertad sino que, por el contrario, trata de mostrarnos cómo incrementarla.

⁶¹ En ese sentido, se puede decir, desde un cierto punto de vista, que el imperativo kantiano que nos recomienda obrar «sólo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en una ley universal» (cfr. KANT, I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, cit., p. 152, A 52) es, en realidad una fórmula que sólo resuelve una parte del problema ético (y de una forma que puede resultar muy poco satisfactoria), ya que sólo nos recomienda ser fieles a la Ética que hayamos elegido (lo cual tendría en algunos casos consecuencias devastadoras, porque no todas las diversas Éticas son igualmente valiosas), y en cambio no nos da ninguna pista acerca de cuál es el modelo más adecuado. Consigue, desde luego, cumplir en parte con el objetivo que se había trazado al crear un precepto moral exclusivamente formal, pero su problema es que no resuelve nada en lo que se refiere a la pregunta central de la Ética (¿qué debemos hacer?) que él precisamente se había propuesto resolver. En torno a todos estos conceptos merece la pena repasar un poco la crítica ya formulada por Schopenhauer, espléndidamente expuesta por PANEA MÁRQUEZ (cfr. PANEA, J. M., «¿Más allá del deber? Kant y Schopenhauer», en CASTRO, A.; CONTRERAS, F. J.; LLANO, F., y PEREA, J. M. *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos del Bicentenario de su muerte*, cit., pp. 269-292). Sin embargo, y desde la perspectiva que ahora estamos manejando, se puede interpretar también de una forma mucho más positiva, esto es, concediendo al imperativo kantiano, en cuanto que formal, el considerable logro de ser el uno de los pocos que verdaderamente respeta la dignidad humana, en cuanto que, a diferencia de otros, respeta al máximo la libertad humana. De esta forma, el imperativo categórico nos anima, en realidad, a definir un modelo de mundo, esto es, un fin para la Ética, ya que quien define una ley universal determina a un mismo tiempo qué modelo de mundo desea crear. Y, a su vez, una vez fijado este punto de llegada, nos anima a hacer lo único que cabe al ser humano para actuar correctamente desde un punto de vista ético: actuar conforme a las normas morales que nos conducirán a ese fin. Porque si no tenemos posibilidad de conocer si el fin de nuestra búsqueda es el correcto, siempre tendremos la obligación de seguir el procedimiento para lograr llegar al punto que consideremos óptimo de entre los que conocemos. Se da así la inevitable consecuencia de que sólo un imperativo formal como el kantiano puede ser asumido, porque todos los demás pretenden un imposible: escribir sobre la Ética, no describir modelos éticos (en lo que a ello respecta, nos permitiremos recordar las críticas de Wittgenstein, muy pertinentes en este punto). Ello no obstante, siempre tendrá, como espada de Damocles pendiente sobre su cabeza, la más que fundada crítica de KELSEN, quien, en uno de sus espléndidos clásicos escribió que «todo precepto de cualquier orden social es compatible con este principio, ya que éste no dice otra cosa sino que el hombre ha de conducirse de acuerdo con las normas generales. De aquí que el imperativo categórico, lo mismo que el principio «a cada uno lo suyo» o la regla áurea, pueda servir de justificación a cualquier orden social en general y a cualquier disposición general en particular. Y en este sentido es como han sido utilizados. Esta posibilidad explica por qué estas fórmulas a pesar de —o mejor dicho, por ser absolutamente vacías— son y serán también en el futuro aceptadas como solución satisfactoria al problema de la justicia» (cfr. KELSEN, H., *¿Qué es la justicia?*, Biblioteca de Ética, Derecho y Política, 7.^a ed., México, 1997, p. 61).

9. CONCLUSIONES

El concepto de dignidad humana es probablemente una de las nociones más complejas de todas las que ahora mismo pueblan el campo de la filosofía y, por inevitable extensión, el de la Filosofía del Derecho. Tanto es así que son múltiples las confusiones a las que llega a dar lugar, y múltiples también los casos en los que se utiliza de una forma tal que parece una idea vaga, ausente de todo contenido. Sin embargo, un análisis pormenorizado, como el que hemos realizado en el presente artículo debe, cuando menos, presentar algunos datos que nos permitan concluir que muchas de las dificultades que encontramos en el uso del concepto objeto del presente análisis se deben a una mala comprensión del mismo. O, si se prefiere, que el concepto de dignidad es sumamente útil para la construcción de una concepción filosófica, siempre que sea bien entendido.

En lo que a ello respecta, debemos resaltar que buena parte de la complejidad que ha acompañado a esta noción radica en la mezcla que se ha producido entre las dos concepciones diferentes de dignidad que pueden resumirse en una única idea unificadora: la dignidad ontológica, o el valor propio del ser, y la dignidad fenomenológica, o el valor asociado a nuestros hechos. Así, si bien la primera de ambas consagra la igualdad intrínseca de todos los hombres que forman parte de un mismo grupo humano, la segunda nos permite, e incluso nos obliga, a discriminar entre unas personas u otras en función de sus hechos, de lo que hacen. Ello no obstante, si debemos crear distinciones entre los actos de unos y otros en aras a la justicia, no cabe duda de que necesitamos un patrón, un modelo que nos permita trazar tales diferencias. Surge de ese modo la *Ética*, que desde un punto de vista individual debe responder a la pregunta que todo hombre se plantea ante cada decisión (qué debo hacer), pero que desde un punto de vista social responde a otro interrogante, relacionado con el primero pero conceptualmente distinto: cómo podemos discriminar.

Sin embargo, la creación de una *Ética* siempre debe ser una labor consensuada, como corresponde a su carácter eternamente provisional. Porque la propia raíz esencial de la dignidad humana, la libertad, sólo puede ser respetada cuando el hombre debe decidir no ya sólo cuáles han de ser sus actitudes, sino también cuáles son los fines que desea hallar en su vida y cuáles son las normas que le ayudarán a alcanzarlos. La lucha por una única *Ética*, universalmente aplicable e inmutable, que vaya más allá de lo meramente formal, se convierte así en un sinsentido, en un proyecto que desafía, ineludiblemente el propio objetivo de la misma: el incremento de la dignidad humana. Por eso, y como decía el joven Wittgenstein, resulta imposible escribir un libro de *Ética* con aspiraciones de inmutabilidad, no ya sólo porque pueda resultar lógicamente imposible, sino porque es racionalmente contradictorio con la idea de la libertad humana.

Teoría jurídica y tesis desregulativas contemporáneas. El caso de la identidad colectiva*

Por J. ALBERTO DEL REAL ALCALÁ
Universidad de Jaén

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA DESREGULACIÓN: OTRA FORMA DE GESTIÓN DE LA IDENTIDAD COLECTIVA.—II. TESIS DESREGULATIVAS CONTEMPORÁNEAS SOBRE LA IDENTIDAD COLECTIVA. (1) *La tesis del patriotismo en la Constitución (Dolf Sternberger & Jürgen Habermas)*. (2) *La tesis de la desnacionalización de la Democracia: el laicismo identitario (Hans Kohn & John Keane)*. III. CONCLUSIONES: BALANCE DE LA DESREGULARIZACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA IDENTIDAD COLECTIVA.

RESUMEN

Este artículo analiza una forma diferente de *gestionar* la identidad colectiva de carácter *nacional*, que se utiliza como caso paradigmático de la *administración* de otra clase de identidades colectivas (sea la religiosa, étnica, cultural, ideológico-social u otras). Se examina la relevancia que tienen en el campo del Derecho las propuestas/tesis intelectuales contemporáneas que, en mi opinión, recogen lo que denomino una forma (o modelo) *desregulativa/o* de gestionar las identidades colectivas desde el *Ordenamiento jurídico*. Desde estas tesis desregulativas, abogo en la conclusión por *secularizar* el ámbito de *lo público* de toda identidad nacional, especialmente el más impor-

* Este artículo se inserta en el ámbito del Grupo de investigación «Democracia y derechos» (SEJ 331), de la *Junta de Andalucía-Universidad de Jaén*.

tante del Ordenamiento jurídico, en cuya sede «secularizar» significa en el momento actual «desregularizar». Posición que, sin embargo, es, hoy por hoy, muy minoritaria en la mentalidad jurídica y política europea, en razón de que supone romper con una fortísima tradición del Derecho en Europa, que se remonta a 1789, consistente en reconocer, proteger y amparar *lo nacional* (estatal o local) por medio de las normas jurídicas, y que a pesar de su gran arraigo ha devenido en muy conflictiva en nuestro tiempo.

I. INTRODUCCIÓN. LA DESREGULACIÓN: OTRA FORMA DE GESTIÓN DE LA IDENTIDAD COLECTIVA

La «desregulación» jurídica, al igual que la «normación» (*juridificación*), son opciones alternativas que tiene el legislador a la hora de la gestión pública. Ambas formas de gestión tienen en común la referencia al Ordenamiento jurídico, al Derecho. La alternativa entre una y otra consiste en gestionar una determinada cuestión expresamente desde las normas jurídicas (gestión *normativa*) o conscientemente desde la opción de la *ausencia* de las mismas (gestión *desregulativa*). Las propuestas *desregulativas*¹ que son objeto de este artículo son propuestas *contemporáneas* que afectan expresa o implícitamente a la cuestión de la identidad colectiva, en concreto, a la identidad colectiva *nacional*. Son asimismo propuestas dirigidas al ámbito del Derecho —aun cuando a veces su procedencia es distinta y diversa—, y cuyo fundamento además participa en gran medida de la filosofía *cosmopolita* kantiana.

En el caso de la identidad colectiva *nacional* hay una tradición *continuada* —desde 1789— en la cultura jurídica y política europea por *normar*, por *juridificar*, en definitiva, *positivizar*, la *idea nacional* en el Derecho, buscando su protección y amparo². Con ello se persiguen los siguientes fines: (1) Integrar a la idea nacional en el ámbito de *lo público*, otorgándole carácter de «valor público», a modo de un criterio *rector* a tener en cuenta por los poderes del Estado. (2) «Incorporar» sus contenidos a los de las normas del Derecho³, habitualmente

¹ Lógicamente hablar de propuestas de *des-regulación* supone contemplar una situación previa de materias que se encuentran *reguladas* de una manera *específica* —a través de normas jurídicas— en el sistema jurídico; como es el caso de la *idea nacional* en la tradición europea. Utilizo *des-regular* con la significación de *des-ligar* del Derecho su contenido material en este sentido específico.

² La protección a conseguir es la del Derecho por sí mismo, y en tanto su relación con el Poder y los derechos. Véase la relación entre Derecho, Poder y derechos en ANSUÁTEGUI ROIG, F. Javier: *Poder, Ordenamiento Jurídico, derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Dykinson, Madrid, 1997.

³ Según PECES-BARBA, Gregorio: *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1995, p. 75: «Lo que diferencia a la ética pública [...] de la ética privada es que la primera es for-

en forma de *valores, principios o derechos*. (3) Declarar habitualmente la idea nacional –desde el Derecho– «fundamento» de la comunidad y, como tal, «protegerla» *normativamente* con todos los instrumentos y favor del Ordenamiento jurídico (incluida la fuerza *coactiva y sanción penal*⁴), y con los medios de respaldo y defensa propios de las instituciones y el Estado. (4) Desde su concepción como «valor» de *lo público* y «bien (público) jurídicamente protegido», «difundir» la idea nacional entre los ciudadanos a modo de *creencia*, a través del sistema *público* educativo, las prácticas institucionales y los medios de comunicación pública –de existir–.

Denomino *modelo normativo* a esta forma tradicional –que utilizamos mayoritariamente los europeos desde hace más de doscientos quince años⁵– de *gestionar o administrar* la idea nacional, la nación y los nacionalismos. De modo que desde esa época hasta la actualidad las poblaciones europeas nos hemos identificado colectivamente en la *nación*. De hecho, el que la idea nacional mantenga el carácter de «*idea pública jurídicamente protegida*» forma hoy parte de la mentalidad *normal* de las sociedades europeas. Pero las consecuencias de utilizar el modelo *normativo* es que el Derecho, y las normas jurídicas, se impregnan (a veces, se inundan) de contenidos *nacionalistas* y, a través de él y de ellas, inevitablemente (en ocasiones *obligatoriamente*) también la vida de los ciudadanos.

Dicho modelo o forma de gestión ha sido en gran medida exitoso durante grandes periodos de tiempo a través del Estado-nación, pero especialmente desde el último tercio del siglo XX ha devenido en muy conflictivo, dando lugar a numerosos conflictos y catástrofes humanitarias⁶; surgidos en muchas ocasiones, por una parte, a

mal y procedimental y la segunda es material y de contenidos. La primera trata de configurar la organización política y jurídica, donde cada uno puede establecer claramente sus planes de vida». En este sentido, si la idea nacional se plantea como un *valor de lo público*, formando parte de la *moral legalizada*, difícilmente es susceptible de integrar el concepto «procedimental» de ética pública cuando, por el contrario, la idea nacional tiene carácter sustancial.

⁴ La protección de la idea nacional se lleva a cabo, en ocasiones, a través del Código Penal, en forma de *delitos*. En este sentido sobre la configuración de los delitos, vid. MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, Tirant lo Blach, 2.ª ed., Valencia, 1991.

⁵ Seguramente la razón de este tratamiento especial tiene que ver con la importancia que la idea nacional adquirió en Europa a partir de 1789. Con la extensión de las revoluciones liberales, los procesos de identificación colectiva de la población se desplazaron desde la persona del monarca (identidad *dinástica*) hacia la *multitud* considerada desde entonces como *pueblo o nación* (identidad *nacional*).

⁶ Vid., en este sentido, FAGEN, Patricia: «Conflict Reconstruction and Reintegration: The Long-Term Challenges: Case Studies of Haiti and Bosnia and Herzegovina», in Newman, T. & Vanselm, J. (eds.), *Refugees and Human Displacement in Contemporary International Relations*, United Nations University Press, 2003; y, asimismo, FAGEN, P. (con SØRBØ, Gunnar-SUHRKE, Astri, and LUNDEN, Henrik): «After War: Reconciliation and Democratization in Divided Societies-Lessons Learned», The Bergen Seminar on Development 2000, Chr. Michelsen Institute, Bergen, Norway, 2000.

raíz de las reivindicaciones de todo tipo por parte de minorías culturales y nacionales y, por otra, por la relevancia creciente que alcanza el fenómeno de la inmigración en las poblaciones europeas. Estas circunstancias invitan a plantear la siguiente cuestión: ¿Hay que revisar el *paradigma tradicional* que estamos utilizando desde 1789 a la hora de gestionar la nación y los nacionalismos? ¿Es la *normación* en el Derecho y la búsqueda de su protección y de la del Estado y, en definitiva, la elevación de los contenidos nacionalistas al ámbito de *lo público*, la mejor forma de gestionar la nación y los nacionalismos en las sociedades que son cultural y nacionalmente *plurales*? Mi respuesta es negativa. Hoy en día mantener la *gestión normativa* de la idea nacional acarrea más problemas que ventajas. Constituye una fuente permanente de división más que de unión entre los ciudadanos⁷. En mi opinión, es necesario operar un «cambio de paradigma»: transitar desde la gestión normativa descrita hacia la *desregulación* jurídica e institucional de la idea nacional. Desregular *todas* las ideas nacionales reduciéndolas al ámbito de *lo privado* aminoraría en buena medida los conflictos nacionalistas de nuestro tiempo.

La intención de este artículo es la de detectar cuáles son las propuestas/tesis intelectuales que recogen lo que he denominado una forma (o modelo) *desregulativa/o* de gestionar la nación y los nacionalismos. Examinaré tres propuestas contemporáneas, cada una con sus particularidades, que he considerado que, en mayor medida, aunque algunas más que otras, contienen expresa o tácitamente una tesis *desregulativa* sobre la *identidad colectiva nacional*: (1) La tesis del «*patriotismo en la Constitución*», acuñada por Dolf Sternberger y desarrollada por Jürgen Habermas. Es la más relevante y en la que más me detengo por ello, aunque presenta el inconveniente de estar especialmente condicionada al difícilísimo y particular contexto identitario alemán. Y (2) la tesis de la «*desnacionalización de la Democracia*», que aboga por el «*laicismo identitario*» de nuestros sistemas jurídico-políticos, sugerida por Hans Kohn y retomada por John Keane y otros. Finalmente, en el epígrafe de *Conclusiones* observaré cuáles son las ventajas e inconvenientes y las consecuencias que plantea este «cambio de paradigma» hacia la *desregulación* jurídica e institucional de la idea nacional.

⁷ La tradicional normación de la *idea religiosa* en Europa devino en muy conflictiva a raíz de la ruptura de la *unidad religiosa* entre católicos y protestantes. Los conflictos sangrientos que se generaron tuvieron su fin cuando el legislador cambió de «*modelo de gestión*», y pasó a *desregular la idea religiosa*, desligándola del Derecho y del Estado, reduciéndola al ámbito de *lo privado* y de la sociedad civil (procesos de *secularización*). En buena medida fue el tránsito de *idea pública* a *idea privada* de los ciudadanos lo que eliminó la *fuente* potencial de conflictos. De hecho la forma de gestión *desregulativa* en materia religiosa es hoy una característica definitoria de las sociedades europeas occidentales.

II. TESIS DESREGULATIVAS CONTEMPORÁNEAS SOBRE LA IDENTIDAD COLECTIVA

(1) *La tesis del patriotismo en la constitución (Dolf Sternberger & Jürgen Habermas)*

(i) *El origen intelectual*

En el ámbito de la identidad colectiva nacional, una de las propuestas con pretensiones *desregulativas* más difundidas es el «*patriotismo en la Constitución*» (también denominado *patriotismo constitucional*), consistente en identificar el *patriotismo* con el «el valor de la Constitución» y del Estado de Derecho y la Democracia, con el fin de desvincularlo de las ideas *nacionalistas*. La expresión «*Verfassungspatriotismus*» fue acuñada por el jurista y politólogo Dolf Sternberger en un editorial del FAZ (*Frankfurter Allgemeine Zeitung*), de fecha 23 de mayo de 1979, escrito con motivo del trigésimo aniversario de la Constitución alemana. Con esta expresión pretendía poner de manifiesto que en el período 1949-1979 había tenido lugar en Alemania un proceso de identificación colectiva del orgullo de ser alemán totalmente nuevo en la historia alemana, cuyo referente ya no era el pasado ni el nacionalismo –en el que inevitablemente se contemplaba el nazismo y sus crímenes– sino la Constitución actual democrática⁸.

En 1988, Jürgen Habermas rescata este concepto a raíz de la entrevista que mantiene con Jean-Marc Ferry para la revista parisina *Globe*⁹, aunque es a partir de noviembre de 1989 cuando lo articula de forma más completa¹⁰. Desarrollándolo y difundiéndolo a lo largo de

⁸ Vid. STERNBERGER, Dolf, «Verfassungspatriotismus», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Frankfurt, 23 de mayo de 1979, 1; STERNBERGER, D., «Verfassungspatriotismus», *Schriftenreihe der Niedersächsischen Landeszentrale für Politische Bildung-Grundfragen der Demokratie Folge*, 3, 1982; y en la edición póstuma, STERNBERGER, D., «Verfassungspatriotismus», *Insel-Verlag*, Frankfurt, 1990.

⁹ Entrevista que se reproduce en HABERMAS, Jürgen: *Identidad nacional e identidad postnacional. Entrevista con J. M. FERRY*, ídem, *Identidades nacionales y postnacionales*, trad. esp. de Manuel Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 111-121.

¹⁰ Desarrollo que se produce, entre otros escritos, asimismo, en HABERMAS, J., *Patriotismo de la Constitución en general y en particular*, ídem, *La necesidad de revisión de la izquierda*, introd. y trad. esp. de Manuel Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 1991 y 1996, pp. 211-222; HABERMAS, J., *La hora de las emociones nacionales: ¿mentalidad republicana o conciencia nacional?*, ídem, *La necesidad de revisión de la izquierda*, op. cit., pp. 225-226; HABERMAS, J., *Ciudadanía política i identitat nacional*, Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 1993; HABERMAS, J., *Ciudadanía e identidad nacional*, ídem, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, introd. y trad. esp. de la 4.ª ed. rev. de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp. 619-643; HABERMAS, J., *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. esp. de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Paidós,

la década de los noventa, a modo de una de las conclusiones que estima más importantes sobre el debate intelectual conocido como *Historikerstreit* («La disputa de los historiadores»), que había tenido lugar en Alemania anteriormente (década de los años ochenta), más concretamente desde 1986, a partir de la polémica creada por la obra del historiador Erns Nolte¹¹, en torno a la cuestión de la reconstrucción de la memoria colectiva de los alemanes y la posibilidad o no de superar alguna vez el período histórico de los crímenes del III Reich¹². En el debate se enfrentaron implícitamente dos concepciones de la identidad nacional alemana: la tradicional y mayoritaria *Kulturnation* (la nación étnica y cultural)¹³, que defendía *relativizar* los trágicos hechos históricos, desdramatizando en cierto modo los crímenes cometidos por los nazis, e integrarlos como unos hechos trágicos más en la historia de Alemania; *versus* la *Verfassungsnation* (la nación basada en el sistema político), que abogaba por considerarlos sucesos históricos de magnitudes *incomparables* difícilmente superables desde las posiciones del nacionalismo tradicional alemán¹⁴.

En este contexto intelectual, la tesis del *patriotismo en la Constitución* es la respuesta de Jürgen Habermas a la interpretación más

Barcelona, 1999, y HABERMAS, J., *Más allá del Estado nacional*, introd. y trad. esp. de Manuel Jiménez Redondo, 3.ª ed., Trotta, Madrid, 2001.

¹¹ La *Disputa de los historiadores* se originó a raíz de la obra del historiador alemán Ernst Nolte, que ofreció una interpretación más relativista de la trascendencia del genocidio judío a la hora de reconstruir la memoria colectiva de los alemanes. Vid. NOLTE, Ernst, *El fascismo en su época*, Península, Barcelona, 1968; ídem, *La crisis del sistema liberal y los movimientos fascistas*, Península, Barcelona, 1971; ídem, *La guerra civil europea, 1917-1945. Nacionalsocialismo y bolchevismo*, FCE, México DF, 1994, y ídem, *Después del comunismo. Aportaciones a la interpretación de la historia del siglo XX*, Ariel, Barcelona, 1995. Esta controversia se abrió de nuevo en el año 2000 cuando la *Fundación Alemania* otorgó a este historiador el Premio Konrad Adenauer. El eco en Francia de esta polémica tuvo su reflejo en la aparición de un libro sobre las *adhesiones* nacional-socialistas del maestro de Nolte, M. Heidegger, escrito por otro alumno del mismo, el autor chileno FARÍAS, Víctor, *Heidegger y el nazismo*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1998.

¹² Junto a los crímenes del III Reich, otro acontecimiento difícil de integrar en la identidad histórica colectiva alemana tiene que ver con que la causa más directa que permitió a Adolf Hitler llegar al poder es el hecho objetivo de que obtuvo en las elecciones democráticas el 44 por ciento de los votos de los alemanes. Vid. FUSI, Juan Pablo: *La patria lejana. El nacionalismo en el siglo XX*, Taurus, Madrid, 2003, pp. 141-149.

¹³ En relación a la controversia sobre *etnicidad y nacionalismo* vid. SMITH, Anthony D., *The Nation in History. Historiographical. Debates about Ethnicity and Nationalism*, Polity Press & Blackwell Publishers Ltd., Cambridge, 2000.

¹⁴ En esta posición se mantuvieron, entre otros, ELEY, Geoff, «Nazism, politics and the image of the past: thoughts on the Wets German *Historikerstreit*, 1986-1987», *Past and Present*, núm. 121, 1988, pp. 171-208. Asimismo, KERSAW, Ian, *The Nazi Dictatorship. Problems and Perspectives of Interpretation*. Edward Arnold, Londres, 1985; MEES, Ludger, «La "catástrofe alemana" y sus historiadores. El fin del régimen nacionalsocialista 50 años después», *Historia Contemporánea*, núms 13-14, 1996, pp. 465-484; y KERSHAW, Ian, *The Hitler Myth: Image and Reality in the Third Reich*, Clarendon Press, Oxford, 1987; e ídem, *Hitler 1889-1936: Hubris*, W.W. Norton and Company, New York, 1998.

relativista de Ernst Nolte a la hora de integrar el Holocausto en la reconstrucción de la memoria colectiva de los alemanes. Pero el *Verfassungspatriotismus* que desarrolla Habermas va más allá de la *Verfassungsnation*, para aportar la única salida *posible* que sea capaz de superar la situación de *bloqueo*¹⁵ de la memoria moral e identificación colectiva de los alemanes tras el genocidio judío, y que constituye el contexto intelectual en el que se genera la tesis del patriotismo constitucional.

(ii) *El debate sobre el pasado: la difícilísima integración del holocausto en la reconstrucción de la memoria colectiva de los alemanes.*

Las dimensiones de ese bloqueo colectivo que tiene lugar desde 1945 se capta perfectamente en la descripción del período nazi que realiza el Profesor de Harvard, Daniel Jonah Goldhagen¹⁶. Argumenta que

¹⁵ Una situación de olvido colectivo voluntario se aprecia, a consideración de José Ignacio Lacasta, en la memoria colectiva de los españoles; vid. LACASTA ZABALZA, José Ignacio, «La idea de responsabilidad en la actual cultura constitucional española», *Derechos y Libertades*, núm. 10, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, Madrid, enero-diciembre, 2001, p. 146: «Los españoles prefieren refugiarse todavía en la interpretación de la “guerra-como-tragedia”». Vid., asimismo, FAGEN, Patricia, *Exiles and Citizens: Spanish Republicans in México*, University of Texas Press, Austin, 1973. Según LACASTA ZABALZA, J.I., «Tiempos difíciles para el patriotismo constitucional español», en DE LUCAS, Javier et. al., *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 93: «Ha desaparecido [en España] —y más en la memoria social que en la historiografía especializada que ahora asoma con fuerza— a todo el período que va desde el 1 de abril de 1939 a 1977. Desde que terminó la guerra civil hasta las primeras elecciones generales. La desmemoria española, porque no se le puede llamar de otro modo, prefiere ubicarse en zonas tan remotas como la República y la guerra civil (que una gran mayoría no pudimos experimentar) o tan próximas como la “transición” de 1975 a 1978. Todo lo demás, nada menos que el franquismo y sus responsabilidades en el ejercicio del poder y todo el antifranquismo desaparecen, se licúan en la conciencia colectiva.»

¹⁶ GOLDHAGEN, Daniel Jonah, *Hitler's Willing Executioners, Ordinary Germans and the Holocaust*, Alfred A. Knopf, Inc., 1997; hay trad. esp. de FIBLA, Jordi: *Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes corrientes y el holocausto*, Taurus, Madrid, 4.ª ed., 1997, 2003. Desde una tesis profundamente revisionista, el Profesor norteamericano rechaza los estudios convencionales actuales (p. 564): «La idea de que aquella sociedad [alemana] durante el período nazi fue una sociedad “ordinaria”, “normal”, que tuvo la desgracia de haber sido gobernada por unos dirigentes malignos e implacables que, utilizando las instituciones de las sociedades modernas, impulsaban a la gente a acometer actos de los que abominaban es, en esencia falsa». El autor se pregunta (p. 35): «¿quién duda de que los asesinos argentinos o chilenos de personas que se opusieron a los recientes regímenes autoritarios pensaban que sus víctimas merecían morir? ¿Quién duda que los tutsis que mataban a los hutus en Burundi o los hutus que mataban a los tutsis en Ruanda [...], que los serbios que han matado croatas o musulmanes bosnios, lo hicieron convencidos de la justicia de sus acciones? ¿Por qué no creer lo mismo con respecto a los alemanes ejecutores del Holocausto?». Sobre el debate generado en Alemania por el enfoque GOLDHAGEN, cuya obra recibió en este país el prestigioso *Premio Democracia*, otorgado por la *Fundación Alemania*, véase FINCHELSTEIN, Federico (comp): *Los alemanes, el holo-*

centenares de millares de alemanes corrientes actuaron como verdugos «tras haber examinado sus convicciones y su moralidad, [y que] tras llegar a la certeza de que la aniquilación en masa de los judíos era correcta [...] no quisieron negarse a cometer el genocidio»¹⁷. Ellos «mataban a hombres, mujeres y niños indefensos, personas que con toda evidencia no constituían ninguna amenaza militar [...], a menudo extenuadas y débiles, con una inequívoca angustia física y emocional, y que a veces suplicaban por sus vidas o las de sus hijos»¹⁸. El autor trata de «comprender las acciones y la mentalidad de decenas de millares de alemanes corrientes que [...] se convirtieron en asesinos genocidas»; y conocer «los motivos por los que tantos [alemanes corrientes] colaboraron» en la realización del Holocausto. «Este acontecimiento —afirma— señaló una desviación [de Alemania] de la comunidad de “pueblos civilizados” [...] que es preciso explicar»¹⁹.

Las interesantes conclusiones de Goldhagen vienen a afirmar que hubo una íntima relación —generalmente no declarada por los historiadores alemanes— entre el poder político nazi y el antisemitismo que profesaba la gran mayoría del pueblo alemán, como factores ambos necesarios para que el Holocausto se produjese. El examen de la conducta individual de los ejecutores le lleva a la conclusión de que una gran mayoría de ellos «no eran miembros de las SS sino alemanes corrientes», «que actuaban por convicción, de acuerdo a sus creencias más profundas», como «verdugos voluntarios», «con autonomía moral» en sus acciones, que realizaron matanzas «de forma entusiasta» de millares de hombres, mujeres y niños judíos»²⁰. Por tanto, «la evidencia de que tantas personas corrientes tuvieron en el centro de su visión del mundo unas creencias claramente absurdas sobre los judíos, como las que Hitler expresó en *Mein Kampf*, es abrumadora. Y las pruebas han estado disponibles durante años [...] para cualquier observador de Alemania». El Profesor norteamericano llega al convencimiento de que «durante el período nazi, Alemania estuvo habitada por personas con creencias sobre los judíos que las predisponían a convertirse en verdugos de masas voluntarios»; el hecho de «que la cultura política alemana produjese unos asesinos tan voluntariosos sugiere que tal vez se trataba de una sociedad que había sufrido otros cambios importantes, sobre todo cambios de las ideas y morales». Pero como [estas] creencias —dice— nos han parecido tan ridículas, realmente dignas de los delirios de unos dementes, la verdad [real] de

causto y la culpa colectiva. El Debate Goldhagen, Eudeba, Buenos Aires, 1999; particularmente el artículo de HABERMAS, J., *Goldhagen y el uso público de la historia: ¿Por qué el Premio Democracia para Daniel Goldhagen?*, pp. 209 ss., acerca de la cuestión de la re-significación generacional —desde el presente— sobre el pasado histórico reciente y la actitud del historiador como «observador analítico».

¹⁷ GOLDHAGEN, D. J., *Los verdugos voluntarios de Hitler*, op. cit., p. 34.

¹⁸ *Ibídem*, p. 43.

¹⁹ *Ibídem*, pp. 22-23.

²⁰ *Ibídem*, pp. 21-22.

que eran propiedad común del pueblo alemán ha sido y probablemente seguirá siendo difícil de aceptar por muchos que comparten nuestra visión del mundo [democrático] basada en el sentido común, o a quienes inquietan demasiado las implicaciones de esta verdad»²¹. Aun hoy en día, aunque existe constancia y conciencia moral del Holocausto, todavía en el inicio del siglo XXI no se encuentran del todo erradicadas en Alemania las creencias y prácticas antisemitas²².

En la misma dirección se encuentra el análisis que realiza Eric Fromm sobre el nazismo, para quien «el fascismo es un problema económico y político, pero su aceptación por parte de todo un pueblo ha de ser entendida sobre una base psicológica»²³. En este sentido, a la hora de «considerar la base psicológica del éxito del nazismo es menester formular desde el principio esta distinción: una parte de la población se inició en el régimen nazi sin presentar mucha resistencia, pero también sin transformarse en admiradores de la ideología y la práctica política nazis. En cambio, otra parte del pueblo se sintió hondamente atraída por esta nueva ideología, vinculándose de una manera fanática a sus apóstoles»²⁴. Además, «después que Hitler llegó al poder surgió otro incentivo para el mantenimiento de la lealtad de la mayoría de la población al régimen nazi. Para millones de personas el gobierno de Hitler se identificó con “Alemania”»²⁵. Michael Burleigh también se ha posicionado recientemente de una forma similar a E. Fromm y a E. D. Holdhagen, aunque no es tan determinante como éste último. Su investigación asume la perspectiva de considerar «el nazismo como una forma de religión política»²⁶, por lo que dicha investigación también se posiciona a favor de la perspectiva de las creencias, y analiza qué tipo de creencias movieron a una sociedad a deslizarse hacia la brutalidad y el horror, centrándose en «lo que sucedió en Ale-

²¹ GOLDHAGEN, D. J., *Los verdugos voluntarios de Hitler*, op. cit., pp. 559-560.

²² Vid. *Diario ABC*, 3 de marzo de 2001. Los delitos de la extrema derecha registrados en Alemania durante el año 2000 aumentaron casi un 60 por 100. Según el Informe del entonces Ministro del Interior alemán, Otto Schily, aunque hay un aumento a la predisposición de la violencia por parte de la extrema derecha, hasta ahora no son apreciables estructuras terroristas. De los 15.951 actos punibles con orientación de extrema derecha, el 85 por 100 corresponden a delitos de propaganda, como el reparto de material de difusión o el uso de insignias nazis. Del total de delitos, 998 son actos de violencia, como asesinato, homicidio, agresiones corporales, incendios y explosiones, que constituyen un incremento del 34 por 100 respecto a 1999. El mayor aumento porcentual en el Informe presentado por Schily corresponde a los delitos antisemitas, que crecieron un 68,7 por ciento. Con esta motivación en Alemania se cometieron en el año 2000 un total de 1.378 delitos y 3.594 corresponden a actos de xenofobia. Vid. asimismo, GOLDHAGEN, D. J., «El nuevo antisemitismo», trad. de José Luis Vidal, *El Mundo*, 12 de mayo de 2003.

²³ FROMM, Eric, *El miedo a la libertad*, pról. de Gino Germani, Paidós, Barcelona, 2003, p. 203.

²⁴ FROMM, E., *El miedo a la libertad*, op. cit., p. 203.

²⁵ *Ibidem*, p. 204.

²⁶ BURLEIGH, Michael, *The Third Reich. A New History*, Macmillan, London, 2000; hay trad. esp., ídem, *El Tercer Reich. Una nueva Historia*, trad. de José Manuel Álvarez Florez, Taurus, Madrid, 2002, p. 31 ss.

mania cuando sectores de las élites y las masas de gente normal y corriente decidieron [...] a favor de una política basada en [...] el odio y una autoestima sentimental colectiva de su propia raza y nación [...] [con el consiguiente] colapso moral progresivo y casi total de una sociedad industrial avanzada del corazón de Europa»²⁷.

(iii) *El contenido de la tesis: el patriotismo en la Constitución como única solución posible al problema de la identidad colectiva de los alemanes.*

El objeto de aceptar un pasado tan criminal, para poder superarlo, es la razón principal que motiva a Habermas a desarrollar y proponer a la sociedad alemana la tesis del *patriotismo en la Constitución* como forma de identidad colectiva *no nacionalista*. Este fin es asimismo la razón por la que dicha tesis pretende romper de forma *radical* con la *tradición* que se inicia en Herder²⁸ y en los *Discursos a la nación alemana* de Fichte²⁹, fuertemente vinculada al *organicismo e historicismo* filosófico y jurídico³⁰, que ha acompañado (en sus diversas concepciones) la construcción del *Estado nacional* en Alemania hasta 1945. Tradición que el régimen nazi particulariza en la idea de que la fuente del poder «en la doctrina nazi –como sintetiza G. Tarello– [es] el [...] “cuerpo” político y jurídico [...] constituido por la nación alemana y por su jefe (*Volk y Führer*)»³¹. Desde el punto de vista del Derecho y del tipo de relación que se establece entre el Ordenamiento jurídico y la idea nacional, el resultado de dicha tradición venía a afirmar que la *idea nacional* alemana tiene su ubicación *natural*, en primer lugar, en el ámbito de *lo público*, expresión de cualquier manifestación del *volk*; y en segundo lugar, en el amparo, intensa protección y difusión desde el ámbito del Derecho y desde los aparatos de

²⁷ BURLEIGH, M., *El Tercer Reich. Una nueva Historia*, op. cit., p. 29.

²⁸ LÓPEZ CALERA, Nicolás, *El nacionalismo, ¿culpable o inocente?*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 29: «Históricamente hay una profunda razón que legitimó al nacionalismo y era su pretensión de romper con un universalismo organizativo de la vida colectiva, que resultó falso, alienante y, en términos más duros, era simplemente burdo imperialismo. [...] el nacionalismo se expresaba como un rechazo del universalismo francés. [En este sentido,] La primera doctrina coherente nacionalista puede situarse en el último tercio del siglo XVIII en los escritos de HERDER».

²⁹ FICHTE, Johann Gottlieb, *Discursos a la nación alemana* [1807-1808], est. prel. y trad. esp. de M.^a Jesús Varela y Luis A. Acosta, Tecnos, Madrid, 1988, p. 144: «el amor a la patria tiene que ser quien gobierne al Estado».

³⁰ Vid. SAVIGNY, Friedrich Carl von, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho* (1814), THIBAUT & SAVIGNY, *La codificación*, introd. y sel. de textos de Jaques Stern, trad. esp. de José Díaz García, Aguilar, Madrid, 1970, p. 58. Vid., asimismo, GÓMEZ GARCÍA, Juan A., *El historicismo filosófico-jurídico de F.K. von Savigny*, UNED Ediciones, Madrid, 2001.

³¹ TARELLO, Giovanni, *Corporativismo*, ídem, *Cultura jurídica y política del Derecho*, Comares, Granada, 2002, pp. 419-420. Sobre el corporativismo de los nacionalistas y el corporativismo fascista y fascista europeo, vid., especialmente, pp. 413-420 de este texto.

defensa del Estado, a modo de un «bien jurídico a proteger» incluso coactiva y penalmente.

De modo que independientemente de sus implicaciones en otros ámbitos del saber, la tesis del *patriotismo en la Constitución* tiene una fuerte vinculación con el mundo de *lo jurídico*, entre otros, en los dos siguientes sentidos:

(a) El *patriotismo en la Constitución* es una propuesta que se realiza en mayor medida en el ámbito del *Derecho* y del *constitucionalismo*.

Habermas es muy sincero al reconocer que detrás de la tesis del patriotismo constitucional se encuentra el deseo de superar las grandes dificultades que las ideas democráticas y constitucionalistas han tenido en el pueblo alemán: «nuestro patriotismo no puede negar el hecho de que en Alemania la democracia, sólo tras Auschwitz (y en cierto modo sólo tras el *shock* de esta catástrofe moral), pudo echar raíces en los motivos y en los corazones de los ciudadanos o, por lo menos, de las jóvenes generaciones»³².

Lo que la tesis del patriotismo constitucional persigue, pues, es el «anclaje de los principios constitucionales en la conciencia jurídica de los ciudadanos democráticos»³³. Esta mentalidad jurídica y constitucional se ha encontrado tradicionalmente en Alemania con obstáculos como los que describe A. Hauriou: «los alemanes han admitido, afirmado y enseñado hasta 1945 que existe una jerarquía entre las diversas razas humanas. [...] En la cima de esta jerarquía se encuentra la raza aria pura, [...] la raza alemana, es decir, la Nación alemana. Esta concepción de la Nación-Raza no fue inventada por Hitler, pero éste la convirtió en una de las bases del nacional-socialismo [...]. El *Volk* (pueblo, nación) aparece, en la ideología nazi, como una comunidad tribal fundada sobre la sangre, el suelo y la lengua, y ampliada a las dimensiones de una nación moderna [...] de todo el conjunto humano que, sin tener en cuenta fronteras, puede proclamar un cierto parentesco de lengua o de sangre con esta comunidad. Es así como el *Volk* alemán [la nación] debe contener todo el conjunto germánico [...] hasta las dimensiones de un Imperio»³⁴. Asimismo, D. J. Goldhagen nos explica que «Alemania durante el período nazi fue una sociedad que, en importantes aspectos, se diferenciaba fundamentalmente de la nuestra actual, que se regía por una ontología y una cosmología distintas [...] Por ejemplo, la idea de que las características definitorias de un individuo derivaban de su raza y que el mundo está dividido en diversas razas, cuyas capacidades respectivas y cuyo valor moral están

³² HABERMAS, J., *Identidades nacionales y postnacionales*, op. cit., pp. 115 y 116.

³³ HABERMAS, J., *Patriotismo de la Constitución en general y en particular*, op. cit., p. 211.

³⁴ HAURIOU, A.; GICQUEL, J., y GÉLARD, P., *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*, Ouvrage couronné par l'Institut (Prix Demolombe, 1966), Sixième édition; trad. esp. de J. A. GONZÁLEZ CASANOVA, *Derecho Constitucional e Instituciones políticas*, Ariel, Barcelona, 2.ª edic. ampliada, 1980, p. 20.

determinados biológicamente y son muy variables, si no llegaba a ser un axioma de la sociedad alemana durante el período nazi, por lo menos era una creencia muy extendida. Que el mundo debería estar organizado o reorganizado según este concepto de una jerarquía inmutable de razas era una norma aceptada³⁵.»

La propuesta habermasiana, que ancla sus bases en el universalismo kantiano es, por tanto, una «tesis-solución» que se dirige primigeniamente al difícilísimo y particular contexto identitario alemán, como la única identidad colectiva *posible* desde la que poder proclamar el orgullo de ser alemán identificable con el orgullo de haber superado el fascismo tras la catástrofe moral de Auschwitz: «Para nosotros [los alemanes] –dice Habermas– no es nada nuevo el que la unidad de nuestra vida cultural, lingüística e histórica no coincida con la forma de organización que representa el Estado. Nunca fuimos uno de los Estados nacionales clásicos. Sobre el trasfondo de una historia de casi un milenio, los setenta y cinco años del Reich de Bismarck son un período bien corto. E incluso después, y aún prescindiendo de los alemanes suizos y de minorías alemanas de otros Estados, hasta 1938 el Reich alemán hubo de coexistir con Austria. En esta situación considero que para nosotros, los ciudadanos de la República Federal, un patriotismo en la Constitución es la única forma posible de patriotismo»³⁶. La equiparación que hace Habermas del *patriotismo en la Constitución* con el *valor (formal)* del Derecho, particularizado en el valor de la Ley Constitucional, es un intento de «vincular» las *creencias* de identidad colectiva de la sociedad alemana al Estado de Derecho y a la Ley Constitucional, y hacerlo de una forma completamente novedosa en la historia de Alemania: diluyendo la identidad nacional en una nueva identidad colectiva basada en el *sentimiento* de lealtad al valor de la Constitución y de «los postulados de universalización de la democracia y de los derechos del hombre»³⁷.

(b) Desde el punto de vista del sistema jurídico, el *patriotismo en la Constitución* contiene una propuesta «desregulativa» sobre la *idea nacional*.

En el ámbito de la teoría jurídica, una de las propuestas de fondo de la tesis del patriotismo constitucional es la «desregulación jurídica» (en el ámbito particular del Derecho alemán) de la idea nacional, y su «secularización» respecto de las instituciones alemanas. Desde las trágicas experiencias del nacionalismo en Alemania, Habermas aboga por aminorar, e incluso yo diría *eliminar*, la relevancia –inmensa– que ha ejercido la idea nacional en la vida pública e institucional alemana hasta 1945, y que sea el valor del Derecho el que retome esa *función*. *Desidentificar* colectivamente la nación para *identificar* colectivamente ahora la Ley Constitucional es la intención

³⁵ GOLDHAGEN, D. J., *Los verdugos voluntarios de Hitler*, op. cit., pp. 564-565.

³⁶ HABERMAS, J., *Identidades nacionales y postnacionales*, op. cit., p. 114.

³⁷ *Ibíd.*, p. 114.

del *patriotismo constitucional* como forma de «sujetar» la irracionalidad en la que frecuentemente ha derivado el nacionalismo en Alemania. Ahora bien, que los alemanes dejen de identificarse colectivamente en *lo nacional* y pasen a identificarse en la *Constitución* supone que el orden jurídico y político tendrá que dejar de fundamentarse en la *nación*. Esto significa *separar* nación y Derecho, nación y Estado, nación e instituciones, en definitiva, *nación* y ámbito de *lo público*. Ocurre, paradójicamente, que aun cuando la perspectiva *desregulativa* sobre lo nacional que supone la tesis del *patriotismo constitucional* no es una idea excesivamente aceptada por los alemanes, sí se corresponde, sin embargo, con la ausencia *absoluta* de referencias nacionales y nacionalistas de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Rompiendo con toda las doctrinas anteriores —sobre esta cuestión— desde la fundación del Estado nacional alemán en 1870 (primera unificación), no contiene la Constitución alemana ni una sola alusión a la identidad nacional, a la nación alemana, al pueblo alemán, ni al idioma alemán, cuando por el contrario estas ideas se encuentran muy arraigadas en el corazón de los alemanes. En su lugar, la Ley Fundamental de Bonn se articula *estrictamente* sobre el concepto «intangible» de la *dignidad humana*³⁸. En ningún caso se hace descansar la Constitución en la *nación alemana*, a la cual, en consecuencia, dicha desregulación la *desconstitucionaliza*. En este sentido, en la medida en que la idea de nación tenga un fuerte arraigo en las *creencias* profundas de la sociedad civil alemana, su desregulación, que es su *desconstitucionalización*, puede representar únicamente *invisibilizarla* en sede constitucional, si no se hace acompañar de otras propuestas correlativas educativas, sociales y culturales.

Por tanto, no es un error afirmar que la tesis del patriotismo constitucional ya se encuentra implícita en la propia Constitución de la República Federal Alemana, y lo está desde 1949, mucho antes que Sternberger y Habermas la formularan, en razón de que dicha Constitución adopta un modelo abiertamente *desregulativo* y *desidentitario*, *secularizado* y privatizador de *lo nacional*, como forma de gestión de la nación y del nacionalismo. Se puede decir que en relación a la idea nacional la Ley Fundamental de Bonn de 1949 es la primera Constitución desregulativa de Europa³⁹, aunque —repito— su distanciamiento de lo nacional no ha sido paralelo al de la mentalidad social de los alemanes. Por eso, en mi opinión, lo que la tesis del patriotismo constitucional busca es la congruencia entre Derecho (alemán) y sociedad

³⁸ Artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn: «La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público».

³⁹ La Constitución alemana, como «Constitución desregulativa» respecto a la idea nacional, es hoy una excepción en Europa, y en el Derecho Constitucional comparado europeo. Desafortunadamente, la mayoría de las nuevas Constituciones de Europa del Este —por no decir todas— han optado por la forma tradicional europea de gestionar «normativamente» la idea nacional en el ámbito de lo público, esto es, por un modelo *normativo* frente a la alternativa de la desregulación.

civil (alemana), planteando a los alemanes que el «cambio desregulativo» que ya ha operado en el Derecho Constitucional (con la Constitución de 1949) sea también efectivo –en tanto que aún no lo es– en la ciudadanía. A este respecto, el patriotismo constitucional es una propuesta que Habermas realizada en el ámbito del Derecho pero que está dirigida principalmente a las *creencias* de la sociedad civil alemana, a efectos de sustituir la *creencia nacionalista* por la *creencia en el Derecho* como forma de identidad colectiva.

Por las razones dichas, la tesis del patriotismo en la Constitución: (b.1) No es una nueva *teoría de la «nación»* sino una *teoría de la no nación*. No pretende ser una nueva teoría democrática o contractualista sobre la nación ni es tampoco una reformulación del concepto francés de nación. Ni es una nueva concepción actualizada al contexto democrático del concepto *Verfassungsnation* sino que lo que plantea es la «no nación»; en el sentido de proponer que el ámbito de *lo público* se desvincule de cualquier concepto de *nación*, y que ésta sea reducida a la *privacidad* de cada ciudadano. Lo cual es algo bien distinto y de mucho más alcance que el concepto de *Verfassungsnation*, cuyo punto de partida sigue siendo la idea de nación. Esta explicación permite entender por qué la tesis habermasiana, como tesis *superadora* del estadio histórico que ha estado –y sigue estando– dominado por la *nación*, colisiona tan abiertamente con la intensa tradición y mentalidad nacionalista que han mostrado los alemanes en su historia⁴⁰. (b.2) Asimismo la tesis de Habermas no aboga por una nueva identidad *nacional* de los alemanes sino por una *nueva* forma de identidad *colectiva* que *no* sea nacional y que Habermas denomina identidad *postnacional*. Cuya función consistiría en sustituir la *identidad colectiva* de base nacionalista por otra *identidad colectiva no nacionalista* –superadora del período del nacionalismo fascista–, en razón de que «el nacionalismo quedó extremado entre nosotros [los alemanes] en términos de darwinismo social y culminó en un delirio racial que sirvió de justificación a la aniquilación masiva de los judíos. De ahí que el nacionalismo quedara drásticamente devaluado entre nosotros como fundamento de la identidad colectiva. Y de ahí también que la superación del fascismo constituya la particular perspectiva histórica desde la que entre nosotros se entiende a sí misma una identidad postnacional, cristalizada en torno a los principios universalistas del Estado de Derecho y de la democracia»⁴¹. Aunque según el autor alemán, su tesis no aboga por una identidad meramente «práctico-formal»

⁴⁰ Por ejemplo, paradójicamente el *modelo desregulativo* de gestión de la idea nacional adoptado en sede constitucional (Ley Fundamental de Bonn de 1949) es contradictorio con el carácter tradicionalmente «restrictivo» que tiene el acceso a la *nacionalidad* alemana para los inmigrantes, según los más que exigentes requisitos de las distintas *Leyes de Extranjería* de este país. Lo cual es un indicador de que la tesis del *patriotismo en la Constitución* es, hoy por hoy, y a excepción de su presencia en la Constitución alemana y en círculos intelectuales, una tesis minoritaria entre los alemanes.

⁴¹ HABERMAS, J., *Identidades nacionales y postnacionales*, op. cit., pp. 116-118.

vacía de tradición histórica en el sentido que signifique «la renuncia a una identidad que nunca puede consistir sólo en orientaciones y características universales, morales, por así decirlo, compartidas por todos»⁴². Para los ciudadanos de la República Federal Alemana el patriotismo en la Constitución significa: «entre otras cosas, el orgullo de haber logrado superar duraderamente el fascismo, establecer un Estado de Derecho y anclar éste en una cultura política que, pese a todo, es más o menos liberal»⁴³.

A través del patriotismo constitucional Habermas también aspira a romper lo que considera como una falsa dicotomía, que afirma que hay una oposición inevitable entre libertad republicana⁴⁴ y nacionalidad. Estima que la identidad postnacional resultante del patriotismo constitucional, vincula la conciencia *nacional* y la mentalidad *republicana* de una Democracia radical; valores ambos que se aunaron en la Revolución francesa: «La revolución francesa se nutrió de ambos motivos por igual. En Alemania, empero, fue en 1848 cuando por última vez la conciencia nacional y la mentalidad republicana se completaron de forma similar a como lo han venido haciendo hasta hoy en los Estados nacionales clásicos de Occidente. Desde entonces el nacionalismo –hasta sus más extremas consecuencias racistas– ha venido medrando entre nosotros más bien a costa del republicanismo»⁴⁵.

Sin embargo, un intelectual como Günter Grass aprecia que ese deseo de Habermas no se corresponde con la realidad y se mantiene en la idea de que el nacionalismo alemán instrumentalizará una vez más la (segunda) reunificación alemana: «no quiero saber nada de esa patria [alemana] indecentemente arrogante, amplificada mediante la rapiña, por más que, aparte de unas cuantas ideas no tenga en mis manos arma alguna para impedir ese parto monstruoso [de la segunda reunificación]»⁴⁶ del que resultará que «al final del proceso [reunificador] habrá unos ochenta millones de alemanes bajo un mismo estado. Volveremos a estar unidos, a ser fuertes e –incluso aunque intentemos

⁴² HABERMAS, J., *Identidades nacionales y postnacionales*, op. cit., p. 115.

⁴³ HABERMAS, J., *Identidades nacionales y postnacionales*, op. cit., p. 116.; vid. LÓPEZ CALERA, N., «Derechos humanos y nacionalismo», en LÓPEZ GARCÍA, JOSÉ ANTONIO, & DEL REAL ALCALÁ, J. ALBERTO (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 83-88; vid., asimismo, PÉREZ-LUÑO, ANTONIO ENRIQUE: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 2003.

⁴⁴ Sobre la «libertad republicana», vid. PETTIT, Philip, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 35-149.

⁴⁵ HABERMAS, J., *La hora de las emociones nacionales: ¿mentalidad republicana o conciencia nacional?*, op. cit., pp. 225-226. El autor alemán se plantea el sentido de esta falsa dicotomía con motivo de la segunda reunificación alemana. Cuestión sobre la que vuelve a reflexionar a través del relieve moral que adquiere la conservación de una conciencia crítica del pasado, vid. HABERMAS, J., *Más allá del Estado nacional*, op. cit., especialmente pp. 51 ss.

⁴⁶ GRASS, Günter, *Breve discurso de un sin patria*, ídem, *Artículos y opiniones*, selec. y pról. de Luis Meana, trad. esp. de Joan Parra, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 1999, p. 120.

hablar en voz baja— a hacer oír poderosamente nuestra voz. Finalmente —no hay dos sin tres— conseguiremos, gracias a la estabilidad a prueba de bomba del marco —y tras reconocer la frontera occidental de Polonia— someter económicamente buena parte de Silesia y un buen pedazo de Pomerania, y a ser una vez más —como parece que Alemania está condenada a ser— esa nación aislada a la que todos temen»⁴⁷. «Sí, me declaro ahora mismo traidor a esa patria; yo sólo podría ser leal a una patria más heterogénea, más variopinta, que se llevase bien con los vecinos, aprendiera de las lecciones de la historia y estuviera decidida a integrarse en Europa»⁴⁸. A pesar de la opinión de Grass a la hora de repensar la República Federal Alemana, Habermas sí ve la posibilidad de que, en el contexto del Estado democrático de Derecho, los alemanes sean capaces de prescindir del nacionalismo. Y aunque en las mismas «categorías conceptuales del Estado nacional se encuentra incrustada la tensión entre el universalismo de una comunidad jurídica igualitaria y el particularismo de una comunidad con un destino histórico», incluso el papel *catalizador* que el nacionalismo tuvo en determinados momentos para la realización de los derechos y libertades republicanas, el nacionalismo —en palabras de Habermas— «no es [hoy] ningún presupuesto necesario para un proceso democrático»⁴⁹. Idea que retomará John Keane para proponer otra tesis desregulativa sobre la idea nacional, consistente en «desnacionalizar» la Democracia y sus instituciones⁵⁰.

Precisamente por su carácter desregulativo, al desvincular categorías jurídicas, Derecho y Constitución de lo que son las ideas nacionalistas, el patriotismo constitucional posibilita una nueva idea de *ciudadanía*. La propuesta desregulativa de Habermas sobre la identidad colectiva tiene que ver con su idea de una «ciudadanía democrática que no se cierre en términos particularistas» de formas de vida *étnico-culturales*, y que pueda «preparar el camino para un *status de ciudadano del mundo* o una *cosmocidadanía*, que hoy empieza a cobrar ya forma en comunicaciones políticas que tienen un alcance mundial»⁵¹. Ciudadanía en una comunidad abierta para todos, construida desde la *inclusión del otro*, del que se presenta como un extraño según el *ideal de la homogeneidad* que ha perseguido clásicamente la idea nacional. Habermas señala la relevancia del Derecho a este respecto, en razón

⁴⁷ GRASS, G., *Breve discurso de un sin patria*, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 121.

⁴⁹ HABERMAS, J., *Inclusión: ¿Incorporación o integración? Sobre la relación entre nación, Estado de Derecho y Democracia*, *ídem*, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, *op. cit.*, p. 111. Sobre la tensión entre *nacionalismo* y *republicanismo*, *vid.* HABERMAS, J., *El Estado nacional europeo. Sobre el pasado y el futuro de la soberanía y de la ciudadanía*, *ídem*, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, *op. cit.*, pp. 91-94.

⁵⁰ *Vid.*, en este artículo, el epígrafe «(2). La tesis de la *desnacionalización* de la Democracia: el *laicismo identitario* (Hans Kohn & John Keane)».

⁵¹ HABERMAS, J., «Ciudadanía e identidad nacional», *op. cit.*, p. 643. Asimismo, HABERMAS, J., *Ciudadanía política i identitat nacional*, *op. cit.*

de que «la progresiva inclusión de la población en el *status* de ciudadano abre para el Estado no sólo una nueva fuente secular de legitimación, [sino que] genera a un tiempo el nuevo plano de la integración social abstracta mediada por el derecho»⁵². Dicha concepción de la ciudadanía descansa en el ideal del *Estado cosmopolita* de Kant⁵³, en el que Habermas deposita sus esperanzas, «aun cuando nos encontramos todavía bien lejos de él», para poder compatibilizar «el ser ciudadanos de un Estado y el ser ciudadanos del mundo [pues ambos *status*] constituyen un *continuum* cuyos perfiles empiezan ya a dibujarse»⁵⁴. La vinculación de Kant a la tesis de patriotismo en la Constitución es tan estrecha que, según Fernando Llano, dicha tesis puede observarse en Kant antes que en sus formuladores contemporáneos como Sternberger y Habermas: «en la medida en que quienes hoy defienden –afirma– la tesis del patriotismo constitucional (*Verfassungspatriotismus*) también exigen fidelidad al Estado de Derecho y a su marco constitucional, creo que Kant fue un patriota republicano o un patriota constitucional *avant la lettre*, al menos inicialmente, aunque luego desarrollase ese patriotismo en una dirección inequívocamente cosmopolita»⁵⁵.

(2) La tesis de la desnacionalización de la democracia: el laicismo identitario (Hans Kohn & John Keane)

La tesis de la *desnacionalización* de la Democracia fue sugerida en 1944 por uno de los primeros padres del estudio del nacionalismo,

⁵² HABERMAS, J., *Inclusión: ¿Incorporación o integración? Sobre la relación entre nación, Estado de Derecho y Democracia*, op. cit., p. 111.

⁵³ KANT, Immanuel: *La paz perpetua* [1795], pres. de Antonio Truyol y Serra, trad. de Joaquín Abellán, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 27-30: «El tercer artículo definitivo para la paz perpetua es que “el derecho *cosmopolita*” debe limitarse a las condiciones de la *hospitalidad universal*». «Se trata [...] de *derecho* y no de *filantropía*, y *hospitalidad* (*Wirthbarkeit*) significa aquí el derecho de un extranjero a no ser tratado hostilmente por el hecho de haber llegado al territorio de otro. [Así] [...] mientras el extranjero se comporte amistosamente [...] no puede el otro combatirlo hostilmente. [...] [es] un *derecho de visita*, derecho a presentarse a la sociedad, que tienen todos los hombres en virtud del derecho de propiedad en común de la superficie de la tierra [...] no teniendo nadie originariamente más derecho que otro a estar en un determinado lugar de la tierra». En todo caso, «la idea de un derecho cosmopolita no resulta una representación fantástica ni extravagante, sino que completa el código no escrito del [i] derecho político [estatal] y del [ii] derecho de gentes [internacional] en un [iii] derecho público de la humanidad, siendo un complemento de la paz perpetua, al constituirse en condición para una continua aproximación a ella».

⁵⁴ HABERMAS, J., *Ciudadanía e identidad nacional*, op. cit., p. 643, vid. asimismo, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «Kant, Rawls y la moralidad del orden internacional», en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, núm. 47, 2002, pp. 593 ss.

⁵⁵ LLANO ALONSO, Fernando H., *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, núm. 25, Dykinson, Madrid, 2002, p. 149. Este libro reúne un estudio muy interesante acerca del pensamiento de KANT sobre las ideas de nación, patria y cosmópolis; vid., especialmente, pp. 143 ss. en referencia al *patriotismo cosmopolita* de Kant.

Hans Kohn, y contemporáneamente ha sido desarrollada por el Director del *Centre for the Study of Democracy* de Londres, John Keane. La propuesta comparte, junto a las demás tesis desregulativas aquí estudiadas, la concepción de *creencia* que presenta la idea nacional y el nacionalismo. Y la idea de que precisamente porque es una *creencia* que impregna la Democracia y sus instituciones es posible desprenderse de ella procediendo desde la *secularización nacionalitaria* de la misma.

Hay dos presupuestos implícitos en esta tesis desregulativa sobre la idea nacional. Estos presupuestos, que ya fueron señalados por los estudiosos de la *teoría general del nacionalismo* entre las décadas de los cuarenta a la de los sesenta del siglo XX, están referidos a la similitud entre la idea nacional y la idea religiosa:

(i) En primer lugar, la *idea nacional* tienen naturaleza de «creencia». Según H. Kohn puso ya de manifiesto en 1944, en la formación de la idea nacional intervienen dos factores distintos. Por una parte, un «factor interno»: la *idea o creencia nacionalista*, que es de naturaleza *psicológica*, y cuya «función» es la de proporcionar al individuo «seguridad psicológica»⁵⁶. Y por otra, un «factor externo»: la *forma política* que alcaza dicha creencia⁵⁷. De modo que la institucionalización política y jurídica de la idea nacional vendría a coincidir con la expresión «externa» de la creencia. (ii) En segundo lugar, la estructura de la idea nacional como creencia es similar a la de una «creencia religiosa». En este sentido H. Kohn se hizo eco en la década de los cuarenta del hecho de que «los sociólogos [ya han] constatado [allá por 1923]⁵⁸ la íntima relación que existe entre los movimientos nacionales y los religiosos»⁵⁹. Es, sin embargo, Carlton J. H. Hayes quien estudia —de una forma completa sobre 1960— la intensidad de esta

⁵⁶ KOHN, Hans, *The Idea of Nationalism. A Study in its Origins and Background*, The Macmillan Company, New York, 1944; trad. esp., ídem, *Historia del nacionalismo*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1.ª ed. en esp., 1949, 1.ª reimpr. en esp., 1984, p. 29, y añade: Desde esta perspectiva el nacionalismo «es una idea, una idea-fuerza que inunda el cerebro y el corazón del hombre con nuevos pensamientos y sentimientos, llevándolo a traducir su conciencia en hechos de acción organizada».

⁵⁷ KOHN, H., *Historia del nacionalismo*, op. cit., p. 29. Elie Kedourie rescató en los años sesenta esta interpretación del nacionalismo como *creencia* frente a la interpretación *estructuralista* que —como reacción— desarrolló Ernest GELLNER. Vid. KEDOURIE, E., *Nationalism*, Hutchinson University Library, 1960; trad. esp., ídem, *Nacionalismo*, trad. de Juan José Solozábal, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988; vid., asimismo, GELLNER, E., *Nacionalismo*, trad. esp. de Ferran Meler, Destino, Barcelona, 1998.

⁵⁸ Concretamente se refiere a PARK, Robert E., & BURGESS, Ernest W., *Introduction to the Science of Sociology*, University of Chicago Press, Chicago, 1923, p. 931.

⁵⁹ HAYES, Carlton J. H., *Nationalism, a religion*, The Macmillan Company, New York, 1960; de la que hay trad. esp., ídem, *El nacionalismo, una religión*, trad. de M. Luisa de Del Real, Uteha, México D. F., 1966, p. 9, y añade: «Ambos [movimientos, nacionales y religiosos] tienen carácter de inspiración y de prédica. Ambos son, fundamentalmente, movimientos culturales, con consecuencias políticas [...] que no son accidentales»; y así, al igual que ahora el nacionalismo «en una época dada de la historia, la religión [...] modeló y dominó a la política y a la sociedad».

similitud y «cómo el nacionalismo llegó a ser una religión en la Francia revolucionaria». Utiliza concretamente la terminología «la religión del nacionalismo», y nos describe su culto, mitologías, intolerancia y sacrificio⁶⁰. En su opinión, «desde que el nacionalismo moderno hizo su aparición en Europa occidental, ha participado de la naturaleza propia de una religión»⁶¹. En este sentido, «el nacionalismo moderno y contemporáneo [...] hacen un llamamiento al “sentido religioso” del hombre. Ofrece un sustitutivo para la religión sobrenatural histórica o la complementa. [...] [E]s decir: en lo que viene a ser, en esencia, una religión del secularismo moderno»⁶².

H. Kohn, que como hemos referido fue uno de los primeros en constatar dicha relación, ya pensó entonces en una solución similar a la que se había aplicado a la idea religiosa cuando ésta —como a menudo ocurre con el nacionalismo en nuestra época— se tornó en fuente de conflictos en el ámbito de la vida pública: «Cuando las interminables y feroces guerras religiosas amenazaban destruir la felicidad humana y la civilización, la ola de racionalismo, que empezó hacia 1680 y que dominó el siglo XVIII, condujo a la “despolitización” de la religión. En este proceso, la religión no perdió su verdadera dignidad [...] Pero perdió el elemento de coerción que le había sido tan “natural” durante muchos siglos; sus relaciones con el Estado, con las autoridades políticas, fueron deshechas; la religión volvió a tener la intimidad y la espontaneidad de la conciencia individual. Este proceso de despolitización fue lento. Dos siglos tuvieron que pasar [...] para que sus ideas triunfaran, cuando menos en el oeste de Europa»⁶³. Ya en los años cuarenta, Kohn sugirió aplicar la experiencia de la secularización religiosa a la idea nacional, a modo de una *despolitización del nacionalismo*: «se puede concebir una despolitización semejante [a la de la religión] del nacionalismo. Tal vez —nos dice— pierda su relación con las organizaciones políticas, pudiendo [sin embargo] permanecer en calidad de

⁶⁰ Vid. HAYES, C. J. H., *El nacionalismo, una religión*, op. cit., especialmente pp. 56-76 y 217-241; asimismo, pp. 217-218: «el nacionalismo, como cualquier otra religión, nos pide, no únicamente la voluntad, sino también el intelecto, la imaginación y las emociones. El intelecto construye una teología o una mitología especulativa del nacionalismo. La imaginación construye un mundo nunca visto, en torno al pasado eterno y al futuro infinito de la propia nacionalidad. Las emociones despiertan en nosotros la alegría y éxtasis al contemplar al dios nacional, que es infinitamente bueno y nos protege; deseamos obtener sus favores, agradecer sus beneficios, tememos ofenderle, sentimos respeto y reverencia al considerar la inmensidad de su saber y su poderío; y brota naturalmente el culto, tanto privado como público, como expresión de esos sentimientos. El nacionalismo, como todas las demás religiones, es social, y sus ritos más importantes son los ritos públicos, que se llevan a cabo en nombre de una comunidad y que tienen por fin lograr su salvación».

⁶¹ HAYES, C. J. H., *El nacionalismo, una religión*, op. cit., p. 217. Sobre la identificación entre religión y nacionalismo, vid., asimismo, ELZO, J., «Nacionalismo, nacionalidad y religión en Euskadi», en DÍEZ NICOLÁS, J., & Inglehart, R. (eds.): *Tendencias mundiales de cambio en los valores sociales y políticos*, Fundesco, Madrid, 1994.

⁶² HAYES, C. J. H., *El nacionalismo, una religión*, op. cit., pp. 233-234.

⁶³ KOHN, H., *Historia del nacionalismo*, op. cit., p. 33.

sentimiento íntimo y consolador. Cuando llegue ese día habrá pasado la época del nacionalismo»⁶⁴.

El autor británico John Keane retoma en los noventa estas ideas secularizadoras de lo nacional, y desarrolla la idea de «desnacionalizar» la Democracia⁶⁵ y sus instituciones (jurídico-políticas). La tesis desregulativa del Profesor de la Universidad de Westminster se basa en dos ideas principales:

(a) Rechazar la tesis de la «unión entre *nación* y *sistema político*»⁶⁶ en razón de que facilita la transformación de la identidad nacional en *intolerancia*⁶⁷. Según J. Keane, las identidades nacionales suelen utilizar los instrumentos y recursos de *lo público* (del Derecho, Estado, instituciones, ...) para imponerse, y hacerlo, además, de forma excluyente sobre las demás identidades de la sociedad: «los mecanismos democráticos facilitan la transformación de la identidad nacional en nacionalismo» (intolerante), en la medida que se posibilita usar los instrumentos de la Democracia para imponer uniformidad a la sociedad civil plural»⁶⁸. El autor propone romper con la tesis clásica que une *nación* y *gobierno representativo*, cuyo origen sitúa en *Los Derechos del hombre*, de Thomas PAINE⁶⁹. Y aun cuando primigeniamente esta tesis fue «el intento más influyente —afirma— para “democratizar” la teoría de la identidad nacional»⁷⁰, el principio del *gobierno representativo* devino posteriormente⁷¹ a principio de

⁶⁴ KOHN, H., *Historia del nacionalismo*, op. cit., p. 33.

⁶⁵ KEANE, John, *Democracia y sociedad civil*, vers. esp. de A. Escotado, Alianza Editorial, Madrid, 1992, pp. 12-13., entiende la Democracia a modo de «un sistema de poder pluralista» que «contenga una pluralidad auténtica de formas de vida, temporales o permanentes, formales o informales, locales o centrales».

⁶⁶ La tesis de «la unión indivisible *nación* e *instituciones*» se corresponde con lo que he denominado «modelo normativo» de gestión de la nación y del nacionalismo; vid. epígrafe *Introducción* en este artículo.

⁶⁷ KEANE, J., «Nations, Nationalism and Citizens in Europe», *International Social Science Journal*, 46 (2), 1994, pp. 169-184; vers. esp., ídem, «Naciones, nacionalismos y ciudadanía europea», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, núm. 31, 1994, p. 88: «el nacionalismo es hijo del pluralismo democrático en un doble sentido»: uno, «en el sentido de la existencia de instituciones abiertas del Estado y de un mínimo de libertades civiles que permiten a los nacionalistas organizar y propagar sus nacionalismos»; dos, «en el sentido menos obvio de que la democracia crea inseguridad acerca del poder y a veces miedo y pánico y, por tanto, el ansia de algunos ciudadanos de refugiarse en herméticas formas de vida [...] [y] en el ámbito europeo, [precisamente] el nacionalismo es uno de los sistemas cerrados de vida [...] más fuertes y atractivos.»

⁶⁸ KEANE, J., *Naciones, nacionalismos y ciudadanía europea*, op. cit., p. 92.

⁶⁹ Vid. PAINE, Thomas, *Los derechos del hombre*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1986.

⁷⁰ KEANE, J., *Naciones, nacionalismos y ciudadanía europea*, op. cit., pp. 81-82, y añade: «la tesis de PAINE [que afirma que] la nación y el gobierno democrático constituyen una unidad indivisible disfrutó posteriormente de una vida larga y saludable».

⁷¹ No es pacífica la afirmación de que la idea de nación de la Revolución francesa tiene por base únicamente la idea democrática de la *soberanía popular*. Acerca de los elementos uniformadores sobre la lengua que desarrolló la idea francesa de

autodeterminación de las naciones⁷². Keane se posiciona junto a Habermas a la hora de defender la tesis (que lleva a la desregulación jurídica e institucional de la idea nacional) de separar *nación* e *instituciones democráticas*, en la idea de que el nacionalismo «no es [ya] ningún presupuesto necesario para un proceso democrático»⁷³.

(b) *Secularizar* las instituciones democráticas de *esencias nacionalistas*. Por dos razones: (b.1) La secularización jurídica e institucional evita el nacionalismo intolerante. Según Keane, «ya que los mecanismos democráticos facilitan la transformación de la identidad nacional en nacionalismo, la Democracia es mejor servida abandonando la doctrina de la autodeterminación nacional»⁷⁴. La identidad nacional «es preservada mejor restringiendo su ámbito a favor de identidades *no nacionales* que reducen la probabilidad de su transformación en nacionalismo antidemocrático»⁷⁵. O sea, situando la sede óptima de la identidad nacional en la *sociedad civil*, y no en el Estado o en sus instituciones políticas o jurídicas. En este sentido, el autor inglés hace suya la propuesta –en la misma dirección– del «Informe Badinter» de la Unión Europea sobre la estatalidad de las *ex repúblicas yugoslavas* de Eslovenia, Croacia y Macedonia, cuando dicho Informe concluye que la mejor opción es «despolitizar y desterritorializar la identidad nacional», pues «la nacionalidad queda mejor comprendida [...] como una identidad perteneciente a la sociedad civil y no al Estado», es decir, si es considerada «como una titularidad civil de los ciudadanos». La consecuencia es que «se limitará el probable *rol* de la identidad nacional en el funcionamiento global del Estado, de las instituciones civiles y partidos políticos, medios de comunicación y otros elementos de mediación»⁷⁶. (b.2) Además, la secularización promueve la convivencia *identitaria* en las sociedades plurales. Conclusión que obtiene Keane cuando constata que la cuestión de la *tolerancia nacionalista* «guarda un sorprendente paralelismo con la cuestión de la tolerancia religiosa». Establece por ello un paralelismo entre la *secularización religiosa* del Estado y del Derecho, que fue el hecho que posibilitó la *tolerancia religiosa*, y la *secularización nacionalista* de las instituciones de la Democracia, que es lo que puede posibilitar la tolerancia entre todas las opciones de identidad nacional que son relevantes en la sociedad civil auto-organizada⁷⁷.

nación, vid. BALIBAR, Renée, & LAPORTE, Dominique: *Burguesía y lengua nacional*, trad. de Lluís Maria Todó, Editorial Avance, Barcelona, 1976.

⁷² KEANE, J., *Naciones, nacionalismos y ciudadanía europea*, op. cit., p. 82, y añade: «el principio de que los ciudadanos deberían gobernarse a sí mismos fue identificado con el principio de que las naciones deberían determinar su propio destino, y esto a su vez produjo una convergencia del significado de los términos “Estado” y “nación”».

⁷³ HABERMAS, J., *Inclusión: ¿Incorporación o integración? Sobre la relación entre nación, Estado de Derecho y Democracia*, op. cit., p. 111.

⁷⁴ KEANE, J., *Naciones, nacionalismos y ciudadanía europea*, op. cit., p. 92.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 93.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 95-96.

⁷⁷ *Ibidem*, op. cit., pp. 95-96.

Según el principio de *tolerancia religiosa*, «la práctica de una religión particular en una sociedad multi-religiosa requiere –si se pretende evitar el fanatismo o el derramamiento de sangre– el principio de libertad de culto religioso, que en la práctica supone el reconocimiento de la legitimidad de otras religiones y, de ahí, la necesidad de la secularización que al mismo tiempo garantiza la libertad de *no tener ninguna religión*». Solución que ve factible aplicar a la idea nacional: «la misma máxima debería aplicarse a las cuestiones de identidad nacional, pues está claro que, tanto para el modelo institucional de Estado como para la sociedad civil, únicamente en lo tocante al principio de identidad nacional significa privilegiar aspectos de la vida de unos ciudadanos devaluando la de otros y contradiciendo el pluralismo tan decisivo para una sociedad civil democrática»⁷⁸.

En síntesis, se puede decir que esta tesis desregulativa que opera a través de la desnacionalización de la Democracia contiene una propuesta de «*laicismo identitario*» o «laicidad nacionalitaria» para el Derecho y para las instituciones de la Democracia, según denominación que muy acertadamente ha establecido el autor vasco Javier Otaola⁷⁹. La *laicidad* es –afirma– la única concepción de la identidad capaz de evitar cualquier pretensión de «ingeniería identitaria» por parte del poder. Como bien concluye, «si la separación del Estado y de las iglesias fue el gran debate del siglo XIX, el siglo XXI nos debe llevar a la separación de los poderes públicos de las esencias nacionalitarias, siempre proclives a la exclusión»⁸⁰.

III. CONCLUSIONES: BALANCE DE LA DESREGULACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA IDENTIDAD COLECTIVA

La desregulación en el ámbito de la identidad colectiva *nacional* es, hoy por hoy, una opción contra-corriente⁸¹. No forma parte de las

⁷⁸ KEANE, J., *Naciones, nacionalismos y ciudadanía europea*, op. cit., p. 96.

⁷⁹ OTAOLA BAJENETA, Javier, *Laicidad: una estrategia para la libertad*, Ediciones Bellatera, Barcelona, 1999, pp. 11 y 89.

⁸⁰ OTAOLA BAJENETA, J., *Laicidad: una estrategia para la libertad*, op. cit., p. 115. Vid., asimismo, SAVATER, Fernando, *Contra las patrias*, Tusquets, Barcelona, 2000; y, asimismo, SAVATER, F., *El mito nacionalista*, Alianza, Madrid, 1996. En dirección similar, el filósofo vasco defiende la preeminencia de las libertades individuales frente a los derechos colectivos y a conceptos del tipo como «pueblo», «nación» o «patria», a los que considera fuente permanente de intolerancia.

⁸¹ Tanto las nuevas Constituciones (democráticas) de la Europa del Este como los procesos de descentralización política en Europa Occidental desde el último tercio del siglo XX, se han desarrollado en base a la idea de «asegurar» en la fuerza del Derecho (en la *Constitución* o en el *Estatuto*) una determinada identidad nacional territorial (modelo normativo). Y ha sido así no únicamente en Europa continental sino incluso en los «procesos de devolución» ocurridos en el Reino Unido –habitualmente con más reticencias a una gestión *normativa* de los asuntos públicos–. Vid., en este sentido, BOGDANOR, Vernon: *Devolution In the United Kingdom*, Oxford University

creencias más extendidas de los europeos en general ni de los españoles en particular⁸². Eso sí, de aceptarla, nos encontraríamos con dos consecuencias de increíble trascendencia:

(i) La primera consecuencia es que la comunidad deja de *fundamentarse* en la nación. Las tesis desregulativas aquí analizadas abandonan –en uno u otros aspectos, o en todos– a la *idea nacional* y al ámbito de *lo nacional* como referente de unión de los ciudadanos. Y apuestan por identidades post-nacionales. La causa: la idea nacional ha dejado de ser el referente de unión, ciudadanía y derechos que pudo ser en otros tiempos. Sin embargo, en mi opinión, las *creencias* actuales de los europeos sobre la idea nacional (arraigadamente «normativas» desde 1789) no asumen estas consecuencias fácilmente⁸³. Por ejemplo, la Constitución española, relativamente reciente respecto a otras de Europa Occidental, adoptó –siguiendo la tradición propia y europea– un modelo claramente *normativo*, desde el que normar la *idea nacional española* (normación *determinada*) y las *ideas nacionales periféricas* (normación *indeterminada*)⁸⁴.

(ii) La segunda consecuencia es que hay que proceder a *reformular* la identidad colectiva actual –que es *identidad en la nación* (identidad nacional)–, y desarrollar un nuevo proceso de identificación que sea *distinto* al que hoy seguimos manejando. Consecuentemente dicha reformulación se extendería al concepto de *ciudadanía* (nacional). La propuesta más desarrollada en este sentido es la de Habermas desde el *patriotismo en la Constitución*. Pero el éxito de la propuesta de Habermas depende en mayor medida de que se cumplan dos condiciones: (1.^a) Que la Consti-

Press, Oxford, 2001. Únicamente la Constitución de la Unión Europea sí que parece seguir una vía *desregulativa* respecto a la idea nacional, que «reduce» al ámbito de los Estados. Vid. *Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, Convención Europea, 18 de julio de 2003, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2003.

⁸² Sobre la presencia continuada de idea nacional en España, vid. DE BLAS GUERRERO, Andrés, *Tradición republicana y nacionalismo español (1876-1930)*, Tecnos, Madrid, 1991; DE BLAS GUERRERO, A., «El debate doctrinal sobre las autonomías de las constituyentes de la II República», *Lección de la Sesión inaugural del Curso de la UNED 1991/1992*, Madrid, octubre-1991; DE BLAS GUERRERO, A., «El problema nacional-regional español en la transición», en TEZANOS, J. F.; COTARELO, R., & DE BLAS, A. (eds.), *La Transición española*, Sistema, Madrid, 1989, pp. 587-609.

⁸³ Por ejemplo, en el caso de España, el sentimiento de identidad nacional *española* mantiene unos porcentajes altísimos a finales del siglo XX, vid. *Opiniones y Actitudes. La identidad nacional de los jóvenes y el Estado de las Autonomías*, Félix MORAL y Araceli MATEOS, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1999, p. 31, a finales del siglo XX, «casi la mita de los españoles (47 por 100) se siente muy orgulloso de serlo y otro 38 por 100 se siente bastante orgulloso. [...] son el 85 por 100 de los españoles [...] quienes se sienten un alto grado de orgullo nacional».

⁸⁴ Sobre cómo se ha producido en España, en sede constitucional actual, el proceso de «normar» la idea nacional española y las ideas nacionales periféricas, véase DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto, «Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley Constitucional. El caso del término “nacionalidades” como concepto jurídico indeterminado», *Derechos y Libertades*, núm. 11, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, enero-diciembre, 2002, pp. 223-250.

tución se haya decantado por adoptar un modelo desregulativo de gestión de la nación y de los nacionalismos. (2.^a) Que la sociedad civil, los ciudadanos, acepten y adopten privadamente, al menos una mayoría significativa, la idea de desvincular su identidad colectiva de lo que vienen considerando su nación⁸⁵. Trasladar la tesis del patriotismo constitucional a otros contextos distintos del alemán exige que se dé, al menos, la condición «(1.^a)», pero ocurre que la inmensa mayoría de las Constituciones de Europa⁸⁶ (y también, por ejemplo, los Estatutos de Autonomía en España) han *normativizado* y *publicado* la idea nacional (*modelo normativo*) en sus textos, de modo que el *valor* de la Constitución (*patriotismo en la Constitución*) puede acabar confundándose con el de su *contenido* particular⁸⁷. Y no es ésta la tesis del *patriotismo en la Constitución* según la argumentación de Habermas. Lo que el autor alemán nos propone, como consecuencia de la desregulación que conlleva, es en mayor medida reemplazar la *idea nacional* por el *valor formal* del Derecho, representado por el de la Ley constitucional, pero no por los contenidos materiales ni de aquél ni de ésta.

La cuestión que puede plantearse es si la identidad nacional puede ser realmente *privatizada*. Habría que tener en cuenta si la *neutralidad* normativa –consecuencia de la *desregulación*– puede ser válida, a través de la solución de la *tolerancia*⁸⁸, en otros contextos distintos de los conflictos entre opciones morales o religiosas. Ocurre, sin embargo, que, por lo general la *desregulación* no es habitualmente la opción que reivindican las minorías culturales⁸⁹ en la actualidad⁹⁰, ni es la

⁸⁵ Se puede observar un *desajuste* entre el modelo *desregulativo* alemán en sede constitucional y, sin embargo, las fuertes creencias identitarias-nacionales presentes en la *sociedad civil alemana*, que mayoritariamente sigue decantándose por la *Kultur-nation* frente al *Verfassungspatriotismus*.

⁸⁶ Para una perspectiva comparada en sede constitucional, vid. GAMBINO, Silvio: *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Edizioni Periferia, Cosenza, 2002; desde una perspectiva doctrinal, vid. DE BLAS GUERRERO, A., *Nacionalismos y naciones en Europa*, Alianza Editorial, Madrid, 1.^a reimpr. de la 1.^a ed., 1995.

⁸⁷ Si esos contenidos particulares son además de carácter *nacionalista*, dicha confusión da lugar a un resultado paradójico: el patriotismo constitucional termina siendo la reivindicación de nacionalismo. Esta *paradoja* sobre el patriotismo constitucional es en ocasiones frecuente.

⁸⁸ Vid., En este sentido, PRIETO SANCHÍS, Luis, «Igualdad y minorías», ídem. (coord.): *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, pp. 27-66. Vid., asimismo, MARTÍNEZ de PISÓN, José, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001.

⁸⁹ Vid. KYMLICKA, Will, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1996; especialmente cap. 6.º: «Justice and Minority Rights», pp. 107-130.

⁹⁰ JÁUREGUI BERECIARTU, Gurutz, *Contra el Estado-nación. En torno al hecho y la cuestión nacional*, Siglo XXI, Madrid, 1986, p. 198: «el acuerdo casi unánime en cuanto al diagnóstico de la crisis de los estados nacionales y de las causas que la han originado se convierte, sin embargo, en franca discrepancia cuando se trata de establecer el alcance de tal crisis, así como, sobre todo, cuando se plantean las correspondientes alternativas a la misma».

tendencia de los movimientos identitarios en el contexto de la globalización⁹¹; al contrario⁹², pues en tanto que no comparten una identidad común con la mayoría de los ciudadanos, lo que aspiran las minorías es a conquistar «normativamente» su propio ámbito de *lo público*⁹³; sobre todo si tenemos en cuenta que un estado de desregulación absoluta será probablemente su situación de partida⁹⁴. Estas minorías buscan la «sede jurídica» –para articularla preferentemente en forma de *derechos*– como sede de su «seguridad cultural e identitaria». Por lo que habrá que tener en cuenta que desregular la nación y los nacionalismos no puede equipararse con un universalismo que exija la renuncia a la propia identidad cultural⁹⁵ o «que coloque [...] a los seres humanos ante la humillante condición de tener que renunciar a sus raíces»⁹⁶ con la excusa de unificar al sujeto titular de derechos⁹⁷, sino sólo su *despublificación*. Ahora bien, la despublificación de la idea colectiva nacional significa, además, que la desregulación que se aplica a aquélla conlleva también la de los *derechos colectivos* que se

⁹¹ Vid. GUIBERNAU, Montserrat, «Globalization and Nation-state», en GUIBERNAU, Montserrat, & HUTCHINSON, John, *Understanding Nationalism*, Polity Press, Cambridge, 2001, pp. 242-268.

⁹² Para otras soluciones dentro de la tradición europea de la *gestión normativa* de los nacionalismos, vid. G. JÁUREGUI BERECIARTU, G., *La nación y el estado nacional en el umbral del nuevo siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 87: «Frente al exclusivismo del estado nacional basado en el principio de la unidad indivisible y sagrada resulta preciso recuperar una vieja concepción filosófica-política reguladora de la organización de las colectividades humanas que nunca han dejado de mantener vigencia, pero que en el momento actual aparece como indispensable, cual es el federalismo».

⁹³ Para ser una opción real, la desregulación identitaria no puede restringirse a las opciones de las minorías culturales/nacionales sino que debe incluir, asimismo, la secularización de la identidad colectiva nacional mayoritaria en la comunidad.

⁹⁴ Vid. DE LUCAS, J., «La tolerancia como respuesta a las demandas de las minorías culturales», *Derechos y Libertades*, núm. 5, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas & Boletín Oficial del Estado, julio-diciembre 1995, pp. 155-172. Vid., asimismo, DE LUCAS, J., *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999. Respecto a la cuestión de la respuesta de la *interculturalidad* y del *multiculturalismo*, vid. SOLANES CORELLA, Ángeles, «Una respuesta al rechazo racista de la inmigración: la interculturalidad», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 15, Madrid, 1998, pp. 123-140.

⁹⁵ Un serio inconveniente que se plantea a la *teoría desregulativa* de la idea nacional es la estrecha vinculación entre cultura y nacionalismo. Vid., a este respecto, SMITH, A. D., *La identidad nacional*, trad. esp. de Adela Despujol Ruiz-Jiménez, Trama Editorial, Madrid, 1997, pp. 77-28, sobre «la matriz cultural del nacionalismo»; vid., asimismo, HUTCHINSON, J., «Nations and Cultura», en GUIBERNAU, M., & HUTCHINSON, J., *Understanding Nationalism*, *op. cit.*, pp. 74-96

⁹⁶ LÓPEZ CALERA, N., *El nacionalismo, ¿culpable o inocente?*, *op. cit.*, p. 119, y añade: «porque ello sí que engendrará sin duda esa irracionalidad que conduce a la violencia nacionalista».

⁹⁷ DE LUCAS, J., «La globalización no significa universalidad de los derechos humanos (en el 50 aniversario de la Declaración del 48)», *Jueces para la Democracia*, núm. 32, julio, 1998, p. 4; vid., asimismo, DE LUCAS, J., «Multiculturalismo y derechos», en LÓPEZ GARCÍA, José A., & DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto (eds.): *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, *op. cit.*, pp. 69-81.

encuentran articulándola⁹⁸, por lo que habrá que reconducir esas materias hacia su concepción como derechos individuales. Asimismo, si ubicamos la identidad colectiva en el ámbito de lo nacional y gestionamos la idea nacional desde su normación en el Ordenamiento jurídico, otra cuestión a tener en cuenta es que la idea nacional como *Derecho* y como *derechos* no escapa a lo que Rafael de Asís denomina «las paradojas de los derechos»⁹⁹.

Si es verdad que en mayor medida las tesis desregulativas observadas refieren la filosofía de *La paz perpetua* de I. Kant, en torno a la posibilidad de un *ius cosmopolitanum* (*weltbürgerrecht*) y un Estado mundial cosmopolita (*weltbürgerlich*)¹⁰⁰. Eusebio Fernández estima que «conviene no olvidar que la ciudadanía cosmopolita, a secas, corre el riesgo de convertirse en una estructura artificial y fría y, lo que es peor, de impulsar la creación de múltiples asociaciones de individuos o culturas excluyentes (sectas, fundamentalismos, nacionalismos exacerbados), con lo cual habríamos conseguido el efecto radicalmente contrario»¹⁰¹. En su opinión, «para que sea posible una sociedad cosmopolita es necesario que sus componentes compartan valores cosmopolitas, si no la integración es ficticia»¹⁰².

En general, la tesis de la desregulación en el ámbito de la identidad colectiva muestra la importancia que tienen las *creencias* en los conflictos identitarios. En ocasiones devienen a fanatismo y proporcionan a los individuos «razones para la acción» de asesinar a otros seres humanos¹⁰³. Lo que se trata con la desregulación es que esas «razones» para privar a otras personas de los derechos humanos –incluso del derecho a la vida– no tengan el respaldo de las normas jurídicas ni de las instituciones (en cualquier ámbito, incluido el espacio *público* educativo), ya sean instituciones estatales o locales. Por eso, la desregulación puede tener más eco en contextos en las que de una u otra

⁹⁸ Sobre los problemas que se plantean en torno a los derechos colectivos, vid. LÓPEZ CALERA, N., *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel, Barcelona, 2000, y, asimismo, vid., ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.), *Una discusión sobre los derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001.

⁹⁹ Vid. ASÍS ROIG, R. de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2000, especialmente pp. 52-57 (la *paradoja de la positivización* de los derechos –si tenemos en cuenta, por ejemplo, los derechos de las minorías nacionales–); y pp. 75-78 (la *paradoja de la especificación* de los derechos –si consideramos, por ejemplo, la configuración general de derechos nacionales para *todos* y su aplicación particular a colectivos y situaciones–).

¹⁰⁰ Vid. KANT, I., *La paz perpetua*, *op. cit.*, pp. 14-30, sobre las condiciones de la paz perpetua.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ, E., *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, *op. cit.*, p. 115.

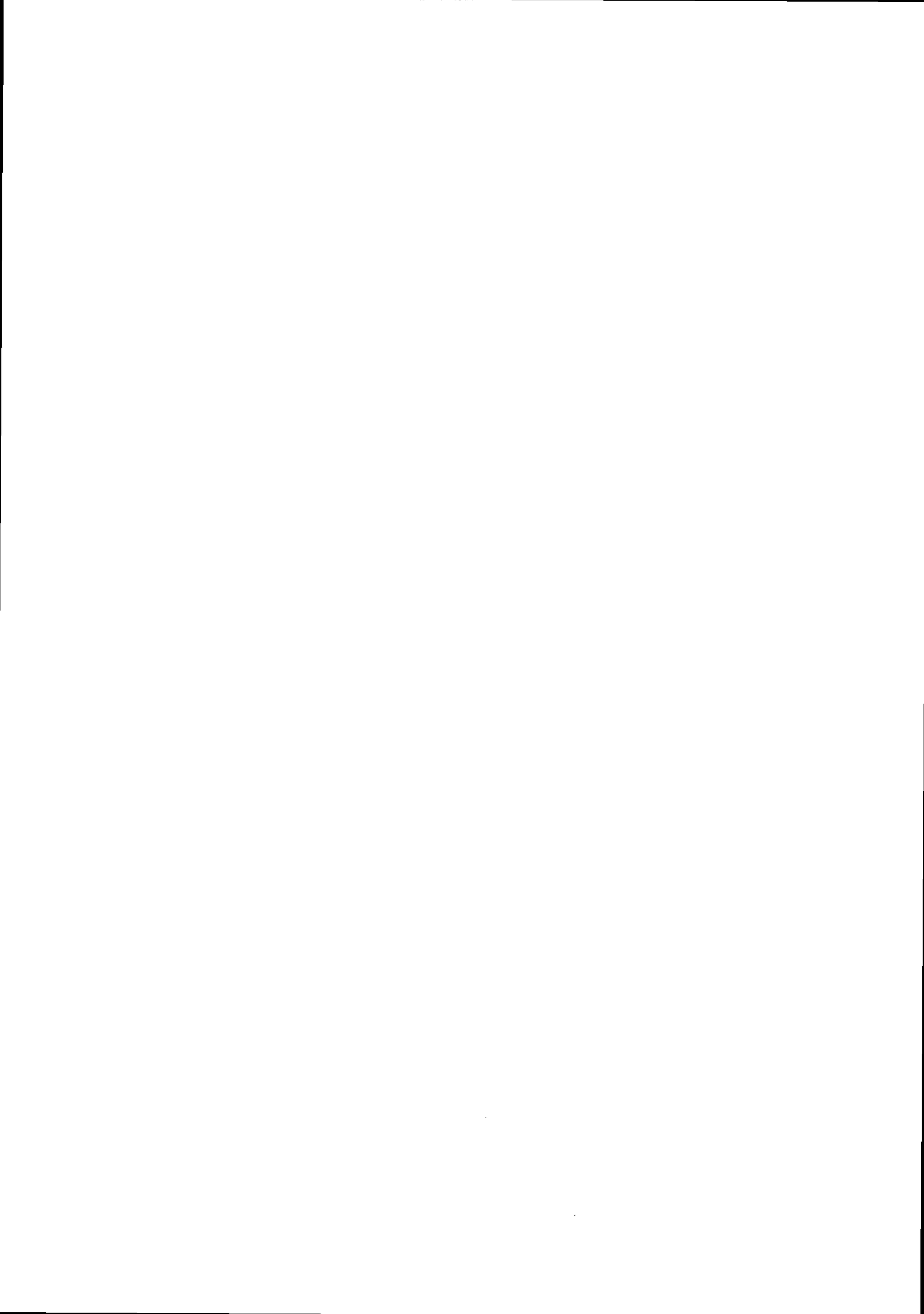
¹⁰² *Ibidem*, p. 116.

¹⁰³ Sobre la violencia en el conflicto nacionalista, vid. KEANE, J., *Reflexiones sobre la violencia*, ver. esp. de Pepa Linares, Alianza, Madrid, 2000, especialmente pp. 103-108. Vid., asimismo, GOLDHAGEN, D. J., «Alemania ayer; Serbia hoy», *El Mundo*, 2 de mayo de 1999.

manera pervive el conflicto nacionalista¹⁰⁴; al igual que la oposición a este tipo de fórmulas desregulativas y desidentitarias va a provenir de nacionalismos generalmente sustancialistas –estatales o locales– y, sin duda, sus mayores enemigos, de los nacionalismos de extrema izquierda y de los que Xavier Casals denomina «extrema derecha postindustrial»¹⁰⁵.

¹⁰⁴ LÓPEZ CALERA, N., *El nacionalismo, ¿culpable o inocente?*, op. cit., p. 119: «El derecho a las propias raíces (*the right to roots*) debe ser respetado, pues [...] el ser hombre es un “individuo contextual”. Pero matar y morir por ser un Estado en razón de “ser una nación” es una grotesca y trágica pretensión [...] cualquier nacionalismo que quiera morir y matar por constituir un Estado debe ser declarado culpable de “lesa humanidad”».

¹⁰⁵ Vid. CASALS MESEGUER, Xavier, *Ultrapatriotas. Extrema derecha y nacionalismo de la guerra fría a la era de la globalización*, Crítica, Barcelona, 2003, especialmente pp. 258 ss., sobre la eclosión de la ultraderecha postindustrial.



La teoría de la representación como aleph de la filosofía jurídica de F. C. Savigny *

Por FEDERICO FERNÁNDEZ-CREUHET
Universidad de Almería

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ALGUNAS INTERPRETACIONES POCO ADECUADAS.—III. EL PUNTO DE PARTIDA DE LA TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN: RELACIONES E INSTITUTOS JURÍDICOS.—IV. EVOLUCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN JURÍDICA. V. LA IMPORTANCIA DE LA REPRESENTACIÓN EN LA PERSONA JURÍDICA. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Se ha afirmado autorizadamente que el ámbito propio de la representación es el de la Teoría General del Derecho¹. Sin embargo, en las siguientes líneas no se trata de esbozar una teoría sistemática sobre la representación jurídica, sino de utilizarla para desentrañar algunas de las complejidades del pensamiento jurídico de Savigny. La representación se presta a esta estrategia por dos razones: en primer lugar, es uno de los lugares centrales de la obra de Savigny que, con el paso de los años, se reconstruye, de diferente modo, plasmando la evolución

* En el semestre de invierno 2003-4 realicé una estancia de investigación en el Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte de Frankfurt; este artículo es uno de sus resultados. Quisiera agradecer a la Pr. Dr. Marie Theres Fögen la amabilidad que tuvo al brindarme una excelente atmósfera intelectual, así como todos los medios necesarios para desarrollar mi trabajo.

¹ «La representación es una figura que, en línea de principio, comprende toda clase de actos jurídicos, incluidos los que no tienen carácter negocial. Por ello trasciende al Derecho Privado y se sitúa como un supraconcepto en la teoría general del Derecho» (DIEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 1979, p. 33).

jurídica de su pensamiento. Y, en segundo lugar, la representación incide sobre conceptos jurídicos fundamentales –como, por ejemplo, la capacidad de obrar, la persona jurídica, etc.– que, por el papel central que ocupan en su pensamiento, constituyen un síntoma de cómo se construye –bajo qué presupuestos y cosmovisiones– un sistema jurídico.

En este trabajo tratamos de hacernos eco tanto de la nueva bibliografía como de otra, ya más clásica; ambas dibujan, conjuntamente, un nuevo perfil de la figura del insigne jurista y, de este modo, ofrecen algunas claves para comprender más adecuadamente el pensamiento jurídico de Savigny y la Ciencia Jurídica alemana en el siglo XIX².

II. ALGUNAS INTERPRETACIONES POCO ADECUADAS

Es necesario despejar el campo de la literatura secundaria de algunos tópicos. El paradigma que, a veces, se ha empleado para reflexionar sobre el pensamiento de Savigny y de la Escuela Histórica, se establece –primer *Leit Motiv* erróneo– sobre la base de un tratamiento histórico-anticuario del material histórico. A menudo, la Escuela Histórica ha sido criticada por adoptar una postura hierática frente al acontecer histórico-jurídico: defiende un punto de vista estático que ordena, clasifica y mitifica los diferentes institutos jurídicos, sin tener en cuenta la realidad presente. El estado jurídico mitificado –segundo lugar común–, desde el que se interpreta y se crean conceptos jurídicos poco aplicables, sería el Derecho Romano. Estas dos afirmaciones

² La recuperación y el nuevo impulso del estudio de la obra de Savigny comienzan con la ya clásica monografía de RÜCKERT, J., *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, Rolf Gremer, 1984. Joachim Rückert ha estimulado la recuperación de las lecciones de Savigny. Entre estos nuevos textos se encuentran: SAVIGNY, F. C., *Vorlesungen über juristische Methodologie, 1802-1842*, editada por Mazzacane, Frankfurt am Main, Klostermann, 1993. SAVIGNY, F. C., *Materialien zum «Geist der Gesetzgebung»*, editados por Hidetake Akamatsu und Joachim Rückert, Frankfurt am Main, Klostermann, 2000. SAVIGNY, F. C., *Landrechtsvorlesung*, editado por Wohlschläger, Frankfurt am Main, Klostermann, 1993, y segundo volumen, 1998. SAVIGNY, F. C., *Pandektenvorlesung, 1824/25*, editado por Horst Hammen, Frankfurt am Main, Klostermann, 1993. Sobre la teoría de la representación en la obra de Savigny, HÖLZL, F. J., *Friedrich Carl von Savignys Lehre von der Stellvertretung. Ein Blick in seine Juristische Werkstatt*, Göttingen, Wallstein Verlag, 2002. Sobre el concepto de persona jurídica, en concreto: HENKEL, W., *Zur Theorie der Juristischen Person im 19. Jahrhundert. Geschichte und Kritik der Fiktionstheorie*, Universität Göttingen, Göttingen, 1972, p. 29. Sobre la idea de organismo, COING, H., *Bemerkungen zur Verwendung des Organismusbegriffs in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts in Deutschland*, 1973, pp. 147 ss. Otros textos, que afrontan la obra de Savigny, y son clásicos: LARENZ, K., *Methodenlehre*, Berlín, Springer, 1983, p. 11 ss. y WILHELM, W., *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Laband aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1958, pp. 46 ss.

se pueden encontrar en diversos pasajes de la literatura filosófico-jurídica moderna. Uno de sus principales y más insignes defensores fue —al menos, en un primer momento— Hermann Kantorowicz en su trabajo *Was ist uns Savigny?* (1912)³.

La perspectiva desde la que, a mi juicio, se puede abordar con mayor coherencia y éxito el estudio de la totalidad de la obra de Savigny —y de este modo, se aleja de estos y otros lugares comunes— es, precisamente, expuesta por Savigny en su *Metodología Jurídica* y repetida, de un modo u otro, en toda su obra: la Ciencia del Derecho está unida tanto a la Historia como a la Filosofía; entendiendo esta última como el análisis sistemático del Derecho⁴. La idea de que el Derecho es, al mismo tiempo, Historia y Sistema, es uno de los sillares fundamentales sobre el que Savigny construye su sistema jurídico⁵.

La teoría de la representación, desarrollada por Savigny a lo largo de su obra, es la plasmación de este principio. La representación es un instituto jurídico que refleja las diferentes relaciones jurídicas existentes en la realidad y, por tanto, cuando la realidad social se transforma, las instituciones jurídicas también se modifican. Será necesario, aunque sea brevemente, analizar estos dos conceptos —relaciones jurídicas e institutos jurídicos—, pues muestran, de modo general, el funcionamiento y la relación entre Historia y Sistema (Filosofía).

Aclarando cuál es el significado de estos conceptos —relación jurídica e instituto jurídico—, no sólo se aclaran dos lugares centrales de la

³ KANTOROWICZ, H. U., *Was ist uns Savigny?* Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1912. En un trabajo posterior, titulado *Schriften*, de 1930, Kantorowicz reconoce sus errores, causados por el desconocimiento de la Metodología Jurídica de Savigny. KANTOROWICZ, H. U., «Rechtshistorische Schriften», en *Freiburger Rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen* (Hrsg. v. Helmut Coing u. Gerhard Immel), Karlsruhe, C. F. Müller, Bd. 30, 1970, pp. 465 ss.

⁴ SAVIGNY, F. C., *Vorlesungen*, cit., pp. 88 y 87. Este aspecto ha sido subrayado claramente por Mazzacane en su estudio introductorio a la metodología. MAZZACANE, A., «Jurisprudenz als Wissenschaft», en *Vorlesungen*, cit., p. 30.

⁵ Precisamente en sus dos principales obras Savigny recoge ambos aspectos. En *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, se trata de mostrar la continuidad del Derecho Romano en la Edad Media. Allí se presenta una ligera filosofía de la historia, cuyos principales tópicos son la evolución y el desarrollo del Derecho por medio algunos sujetos colectivos (Universidad, Nación, Glosadores, etc.). En *System des heutigen Römischen Rechts* el punto de partida es el sistemático; así se afronta la persona jurídica, los derechos reales y, por último, los derechos de obligaciones en su *Obligationenrecht*, que, como es sabido, aunque separado de *System*, es un elemento fundamental de éste. Pero, además, en *Geschichte* se presentan algunos elementos que, años más tarde, se desarrollarán en *System*; «estructura jurídica», «instituto» y «relación jurídica» —por citar algunos ejemplos—. También en *System* se nos ofrece una comparación entre dos momentos históricos: la codificación justiniana, de un lado; el derecho agrario prusiano, de otro. No se trata de un sistema de Derecho Romano en reposo, sino en evolución. Historia y Sistema —Filosofía— se complementa, no se excluyen. SAVIGNY, F. C., *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg, Mohr, 1834-1851 (hoy en la edición fotomecanizada de Scientia Verlag). SAVIGNY, F. C., *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Veit und Comp, 1840-48. SAVIGNY, F. C., *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Veit und Comp, 1851-53.

obra de Savigny, sino que, además, se establecen las bases para comprender adecuadamente otras importantes figuras jurídicas como la representación.

III. EL PUNTO DE PARTIDA DE LA TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN: RELACIONES E INSTITUTOS JURÍDICOS

En la obra de Savigny, el Derecho no se escinde de la vida, sino que «el Derecho es la vida misma contemplada desde un punto de vista concreto»⁶. Savigny subraya, por medio de la teoría de la representación, el lugar preferente que corresponde a la vida en sus obras, así como su importancia para modular el Derecho.

Sobre este doble principio vital, enunciado en *Beruf*⁷, según el cual el Derecho se escinde en una parte histórica y en otra técnica, se profundiza en *System*, en concreto en los §§ 4 y 5⁸. Allí se aborda la diferencia entre relaciones jurídicas (*Rechtsverhältnisse*) e institutos jurídicos (*Rechtsinstitute*). Estos conceptos presentan una enorme complejidad⁹. Por ahora, baste con subrayar que las relaciones jurídicas miran al lado de la vida; los institutos, en cambio, están orientados hacia los conceptos jurídicos, tratados éstos desde el punto de vista sistemático del Derecho¹⁰. La representación jurídica es un instituto

⁶ SAVIGNY, F. C., *Beruf*, cit, p. 30 (*Materialien*, cit, p. 230).

⁷ SAVIGNY, F. C., *Beruf*, cit., *ibid.*

⁸ SAVIGNY, F. C., *System I*, cit., pp. 6 ss.

⁹ Utilizo la expresión institutos jurídicos, y no instituciones jurídicas, para evitar el carácter, *a priori*, de realidades ya constituidas que posee el término institución jurídica. Sobre el concepto de relación jurídica y su genealogía debe traerse a colación el excelente trabajo de HANS KIEFNER, «Zu Savignys System des heutigen Römischen Rechts: Die Entstehungsgeschichte des §52 über das "Wesen der Rechtsverhältnisse"», en KIEFNER, H., *Ideal wird, was Natur war. Abhandlungen zur Privatgeschichte des späten 18. und 19. Jahrhunderts*, Goldbach, Keip, 1997, p. 154. Allí ofrece una interpretación auténtica de la génesis de este texto. Para ello utiliza algunas cartas de Savigny dirigidas a distintos amigos —Rudorff, Puchta, Bentahm-Hollweg— donde muestra cómo Savigny une la esencia del Derecho a Dios. Sin embargo, sus colegas, sobre todo Rudorff, haciendo gala de un sentido jurídico ayuno de espíritu iusnaturalista, le convence para que excluya sus reflexiones teológicas en el marco de un estudio sistemático del Derecho Romano. La redacción final del § 52 no queda libre, no obstante, de cierto carácter críptico.

¹⁰ Se ha tratado, incluso, de establecer una relación entre el institucionalismo de Hariou y el concepto de relación jurídica e instituto jurídico expuesto por Savigny y Stahl. FORSTHOFF, E., *Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band 1*, München, C. H. Beck, 1966, p. 159, nota 1. Una crítica acertada para diferenciar entre los conceptos de institución jurídica e instituto jurídico en KIEFNER, H., «Lex Fratre a fratre Institution und Rechtsinstitut bei Savigny», en: KIEFNER, H., *Ideal wird, was Natur war. Abhandlungen zur Privatgeschichte des späten 18. und 19. Jahrhunderts*, Goldbach, Keip, 1997, p. 130. Tal y como Kiefner argumenta, Savigny confiere al contrato matrimonial un carácter especial; sólo en este sentido emplea el término institución. No he encontrado ningún lugar de la obra de Savigny donde utilice el término institución; en cambio sí emplea, frecuentemente, la palabra *Institut*.

jurídico, que regula una serie de relaciones jurídicas, las cuales se transforman a lo largo de la historia. En orden a la claridad expositiva es conveniente tener presentes las siguientes consideraciones:

1. La diferencia entre relaciones jurídicas e institutos jurídicos —queremos enfatizar sobre este aspecto— puede ser mal comprendida si no se acentúa su estrecha vinculación con la Historia en la que, según Savigny, está anclado el Derecho. En ninguno de los dos casos se trata de estructuras meramente formales¹¹. A mi juicio, si entendemos de este modo el sistema jurídico de Savigny, lo distorsionamos.

Con este enfoque, que imbrica las relaciones jurídicas y los institutos jurídicos en la realidad vital, Savigny quiso distanciarse de una Ciencia del Derecho extraña a la vida, peligro que no exorcizaron algunas construcciones del Derecho Romano y, también, coordinar el aspecto técnico jurídico con el político. No creo que sea adecuado afirmar, como lo hace Walter Wilhelm, que «la institución jurídica es un cómodo expediente expositivo, más que una figura exactamente delineada»¹². Los contornos de ambas figuras, relaciones jurídicas e institutos jurídicos, recortan sus siluetas sobre el fondo del otro, de modo que una teoría como la expuesta por Savigny en *Beruf y System*, nos debe hacer dudar del aserto de Wilhelm¹³.

2. Las relaciones jurídicas se pueden clasificar a juicio de Savigny en tres esferas distintas. Se emplea en *System* el símil de los tres círculos concéntricos: el primero de ellos recoge el yo, el yo original (*ursprüngliches Selbst*). En el segundo ámbito, se incluye la familia que amplía el propio yo y que, por tanto, ineludiblemente, también algunas de sus actuaciones deben permanecer al margen de la regulación jurídica. Por último, el mundo exterior en el que se desarrolla el derecho patrimonial, en su doble vertiente: derechos de obligaciones y derechos reales¹⁴. Las relaciones jurídicas, que acotan el instituto jurídico de la representación, se insertan, como expondremos a continuación, en el segundo y tercer ámbito, por eso nuestras consideraciones se circunscribirán a ellos.

¹¹ En su *Metodología Jurídica*, Karl Larenz ha interpretado la teoría jurídica de Savigny, creando una pirámide de conceptos que, con la ayuda de la teoría del dominio de la voluntad, forman un sistema jurídico cerrado y demasiado formal. Así, escribe: «respecto a esto, es característico el modo como el propio Savigny construye su sistema de Derecho privado. Forma un concepto abstracto de relación jurídica como una “soberanía de la voluntad” y, a partir de él, efectúa una división lógico formal de las relaciones jurídicas-privadas según los objetos principales de “soberanía de la voluntad”» (LARENZ, K., *op. cit.*, p. 15).

¹² WILHELM, W., *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Laband aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1958, p. 47.

¹³ El propio Savigny pone de manifiesto la importancia de la vida en el Derecho: «el Derecho no tiene existencia por sí mismo, su esencia reside, más bien, en la propia vida de los hombres, vista desde un punto de vista determinado» (SAVIGNY, F. C., *Beruf, cit.*, p. 30).

¹⁴ SAVIGNY, F. C., *System, I, cit.*, pp. 344 ss.

IV. EVOLUCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN JURÍDICA

La teoría de la representación defendida por Savigny mantiene una estrecha conexión con su teoría de las relaciones e institutos jurídicos. Pero aquélla, además, debe ser interpretada teniendo presente los distintos períodos, que jalónaron su vida académica. Tres ciudades, Marburg, Landshut y Berlín son importantes puntos de referencia para delimitar sus construcciones teórico-jurídicas.

a) La época de Marburg

Durante estos años son varios los lugares de sus obras en que Savigny trata la representación jurídica¹⁵. Un espectro tan amplio de materiales, como era de esperar, ofrece una riqueza de consideraciones que no puede ser resumidas con justeza en las breves líneas que les dedico a continuación.

La primera referencia que se encuentra en la obra de Savigny sobre la teoría de la representación está recogida en las notas sobre las pandectas de Böhmer. Según Savigny, en los albores del Imperio Romano, la representación estaba restringida al ámbito del *ius civile* y limitada a casos muy concretos como, por ejemplo, la adquisición de la posesión y de la propiedad. Esta interpretación, que circunscribe la representación al ámbito del derecho de familia, es decir, al segundo de los círculos concéntricos al que hacíamos referencia anteriormente, subraya el carácter orgánico que para Savigny define el Derecho: las personas no son seres aislados, sino que su realidad jurídica, sus relaciones jurídicas deben ser contextualizadas en relación con el lugar que ocupan en la sociedad, en este caso, en la familia. Sólo será posible la representación –aplicando de modo estricto el lugar del digesto D 41.I. 53¹⁶– cuando ésta sea realizada por el esclavo o por el hijo, esto es, por aquellos que están bajo nuestro poder o en los casos anteriormente mencionados –adquisición de la propiedad o de la posesión–.

¹⁵ En concreto, los materiales son los siguientes: las anotaciones realizadas por Savigny de los *principia iuris civilis* de Hofacker (semestre de invierno de 1798/1799); las notas sobre las pandectas de Böhmer (semestre de verano de 1801); las glosas de las lecciones de Historia de Hugo (semestre de invierno de 1801/1802); los materiales que Savigny emplea para la redacción de *Besitz*, así como el propio manuscrito de esta obra y, por último, las notas manuscritas de los Grimm, tomadas en las lecciones de Metodología dictadas por Savigny (semestre de invierno de 1803/1804). HÖLZL, F. J., *Lehre, cit.*, pp. 70 ss.

¹⁶ El texto completo del Digesto es: «Adquirimos para nosotros lo que adquirimos por Derecho Civil mediante los que se hallan bajo nuestra potestad; por ejemplo, por estipulación; lo que se adquiere naturalmente [y no por Derecho Civil], como la posesión, lo adquirimos para nosotros, mediante cualquier persona, si queremos poseerlo» (AA. VV., *El Digesto de Justiniano*, Pamplona, Madrid, 1975, D, 41, I, 53).

Quizá la obra más señera del período de juventud de Savigny sea *Das Recht des Besitzes*¹⁷. Una comprensión de la representación jurídica –en el seno de este trabajo– se obtendrá analizando no sólo el texto finalmente publicado, sino los materiales empleados para su redacción¹⁸. Además, las tesis sobre la teoría de la representación defendidas en ambos lugares presentan algunas diferencias. Efectivamente, en los notas para la redacción de *Besitz* –escribe Hölzl– no hay una teoría sistemática sobre la representación aplicable a las obligaciones jurídicas sino, tan sólo, algunas reflexiones sobre la adquisición de la posesión por medio de tercero¹⁹. Savigny diferencia, como había hecho en otros trabajos anteriores, entre la adquisición de la posesión por aquellos que dependen del *pater familias* y la realizada por el extraño. A este último lo designa como representante que, en este contexto concreto, significa: «persona que interviene como intermediario voluntariamente»²⁰. Y a él hace corresponder la segunda parte del D. 41. I. 53, esto es, el pasaje que comienza en *quod naturaliter* y concluye en *adquiritur*. La conclusión: Savigny, en los materiales utilizados para la redacción de *Besitz*, admite la representación por medio de persona extraña, pero requiere la voluntad del representado. Curioso es que, poco tiempo después, en el texto definitivo de *Besitz*, sostenga que la posesión puede ser adquirida por un extraño que no esté bajo la potestad del *pater familias* e, incluso, también se pueda adquirir la propiedad cuando ésta se produzca a través de la posesión, esto es, por la *traditio* o por la *occupatio*²¹.

Las relaciones jurídicas, que se articulan por medio del instituto jurídico de la representación, ya no quedan tan sólo en el seno del derecho de familia, es decir, no son sólo relaciones que regulan las actuaciones del padre con respecto al hijo o al esclavo, sino que, en determinados casos, se extienden más allá: a los espacios patrimoniales que regulan las relaciones con terceras personas ajenas al espacio doméstico. Este aspecto es de especial importancia, pues supone un

¹⁷ SAVIGNY, F. C., *Das Recht des Besitzes*, Giessen, Heyer, 1803.

¹⁸ La importancia de estos materiales es de primer orden, ya que Savigny tarda tan sólo seis semanas en escribir esta obra, mientras que trabaja sobre los materiales –que se recogen en 368 cuartillas– durante cinco meses.

¹⁹ HÖLZL, F. J., *Lehre*, cit., p. 79, en concreto nota 378. Estos materiales son consideraciones sobre las fuentes y citas de ellas.

²⁰ HÖLZL, F. J., *ibidem*.

²¹ SAVIGNY, F. C., *Besitz*, § 26, S. 249. «Así, la posesión puede ser adquirida también por medio de los representantes que no están bajo nuestro poder, e incluso la propiedad debe ser adquirida a través de la posesión, esto es, por medio de la *Traditio* o de la *Occupatio*...». Caso distinto es la adquisición de obligaciones por medio de representante que, construida de modo paralelo a la adquisición de la posesión, requiere: 1. El actuar del representante debe contener *factum apprehensionis* y ser realizado con *animus possidendi*. 2. Es necesario que el poseedor adquiriera esa posesión para él. 3. Entre representante y poseedor es necesario que exista una relación jurídica (*juristisches Verhältniss*). SAVIGNY, F. C., *Besitz*, cit., § 26, pp. 242 ss. Sin embargo, hay que insistir en que, en estos primeros trabajos, aún no se aplica la teoría de la representación ni al nacimiento ni a la pérdida de obligaciones.

desplazamiento del instituto de la representación hacia el espacio más exterior de los círculos concéntricos, aquel que contenía las relaciones patrimoniales y los derechos reales.

Otra de las fuentes importantes –y raramente traída a colación, para analizar el período de Marburg– son los manuscritos de Jacob y Wilhelm Grimm²². Pues bien, en estos escritos, se nos presenta una interpretación de carácter casuístico de este lugar fundamental del Digesto (D. 41.I.53)²³. La representación, por medio de representante voluntario, sólo es admitida en el caso de la posesión y de la adquisición de la propiedad y respecto a las obligaciones solo en las llamadas *adiectitiae actiones*²⁴.

b) La época de Baviera del Sur

De nuevo para analizar las lecciones de la época de Savigny en Landhut, se deben tener presentes las notas anónimas redactadas por uno de sus estudiantes sobre las lecciones de Instituciones e Historia del Derecho, dictadas en el semestre de invierno de 1808/1809²⁵. En ellas no hay un desarrollo ni una profundización en la teoría de la representación. Aparece, no obstante, la dicotomía *ius civile/ius gentium*²⁶, y a partir de ella se realiza una importante modificación de la teoría de la representación. En el ámbito del *ius civile*, la representación sólo será posible entre el padre y aquellos que estén bajo su potestad. Con la ampliación de las fronteras romanas y la aparición de nuevos negocios jurídicos más complejos, que relacionaban al ciudadano romano con el «bárbaro», es necesario ampliar el concepto de representación –al menos así lo creía Savigny– al *ius gentium*²⁷. La ruptura con la teoría clásica de la representación,

²² Como es sabido, los hermanos Grimm fueron alumnos de Savigny y estaban profundamente impresionados con sus clases y su talante intelectual.

²³ Se trata de las notas tomadas de las lecciones de Instituciones (07.02.1803-03.03.1804) y Obligaciones (08.11.1803-14.02.1803), dictadas por Savigny.

²⁴ Entre ellas se incluyen la *actio in rem verso* (enriquecimiento injusto), *actio institoria* (que faculta al esclavo para actuar frente una industria o comercio terrestre), *actio de peculio* (con la que el esclavo era capaz de administrar su patrimonio), *actio quo iussu* (por la que el amo otorga al esclavo poder para realizar las gestiones pertinentes para dirigir un negocio marítimo), etc.

²⁵ HÖLZL, F. J., *Lehre, cit.*, pp. 91 ss.

²⁶ Ya en los primeros períodos se podía hablar de un *jus gentium*. Éste tuvo que ser cada vez más generalizado a medida que se ensanchaban las fronteras de Roma. En estos períodos encontramos que el *jus gentium* y el *jus civile* se forman completamente el uno junto al otro. El *jus civile* se administra por el *praetor urbanus*, el *jus gentium* por el *praetor peregrinus*. ANÓNIMO, *Rechtsgeschichte 1808/9*, Bl. 97. *apud* HÖLZL, F. J., *Lehre, cit.*, p. 94.

²⁷ Kunkel ha encontrado en la aparición del pretor peregrino el nacimiento del *ius gentium*: «[...] hacia la mitad del siglo III a. C. crecieron las relaciones comerciales de Roma tan deprisa que hubo que crear un magistrado especial para procesos entre extranjeros y ciudadanos romanos, el pretor peregrino, *praetor inter peregrinos* o *peregrinus*, como se le llamó para contraponerlo al pretor urbano (*praetor urbanus*), es decir, al antiguo magistrado para procesos entre ciudadanos». KUNKEL, W., *Historia del Derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 84

que limitaba ésta a los casos ya citados –representación del esclavo o del hijo respecto al padre– en el ámbito del *ius civile*, se produce en el estudio de las Pandectas y en las anotaciones que Savigny realiza sobre ellas²⁸. De tal modo que, al final de su época en el sur de Baviera, Savigny admite, de modo general, la teoría de la representación directa por medio de representante voluntario.

La metamorfosis está casi concluida: el instituto jurídico de la representación, que empezó regulando las relaciones jurídicas sitas en el ámbito del derecho de familia, se extiende ahora a las que se producen en el campo del derecho patrimonial. Tan sólo en sus años en la capital prusiana, en Berlín, se desarrollará, hasta sus últimas consecuencias, la teoría de la representación.

c) Bajo los tilos²⁹

Desde 1810 hasta 1842, años centrales de la tarea académica de Savigny, se matiza y precisa, a través de la dicotomía *ius civile/ius gentium*, la teoría de la representación: la representación civil es aquella que realizan las personas sujetas a nuestra potestad (el hijo o el esclavo, por ejemplo). En el ámbito del *ius gentium* se admite la representación, pero sólo en sentido activo, es decir, como representante del acreedor no del deudor. Esta explicación casuística del D. 41.1.53, se encuentra enunciada en las primeras lecciones del semestre de invierno de 1810/1811³⁰. Habrá que esperar al tercer volumen *System* (1840) para encontrar una teoría más desarrollada de la representación. Allí, en nueve condensadas páginas, Savigny admite la teoría de la representación directa, introduciendo importantes reflexiones sobre el carácter histórico de la representación, aceptándola incluso en las épocas más antiguas³¹.

Las últimas reflexiones, que muestran la evolución de la teoría de la representación, las encontramos en el segundo volumen de *Obligationenrecht*. Más de diez años después de la publicación de *System*, Savigny trabaja y publica (1851-1853) dos volúmenes sobre derecho de obligaciones, donde culmina su teoría sobre la representación directa. Desde un punto de vista sistemático, esta obra pertenece al plan de trabajo elaborado años antes para desarrollar *System*³². Pero

²⁸ Cfr. SAVIGNY, F. C., *Pandektenmanuskript*, Bl. 74 y 75 apud HÖLZL, F. J., *Lehre*, cit., pp. 99 ss.

²⁹ Bajo los tilos (*Unter den Linden*) es la famosa calle berlinesa donde está ubicada la Facultad de Derecho.

³⁰ REINERT, *Institutionen*, 1811, apud HÖLZL, F. J., *Lehre*, cit., pp. 91 ss.

³¹ «¿Qué queda de este sistema justiniano de representación en nuestro Derecho actual? No tenemos estipulaciones ni esclavos. Por ello, para nosotros sólo permanece: la admisibilidad ilimitada de la representación voluntaria, ya que en nuestro Derecho todas las acciones son naturales y porque la representación necesaria por medio de los esclavos no existe ya» (SAVIGNY, F. C., *System*, III, cit., § 113, p. 98).

³² En el prólogo de esta obra Savigny advierte de la relación que enlaza estos dos últimos volúmenes con su sistema de Derecho Romano. SAVIGNY, F. C., *Das*

será en el texto definitivo del segundo volumen del Derecho de Obligaciones, cuando se concluya la estructura de la teoría de la representación. Savigny asegura que éste es el lugar principal de su obra sobre la teoría de la representación³³. La relación entre el representado y el representante no es una relación familiar, basada en el poder, sino una relación jurídica³⁴.

Parece conveniente realizar algunas puntualizaciones que nos permitan recapitular, con cierto orden, los argumentos centrales de nuestra exposición.

1. Desde sus primeros escritos, Savigny no admite la representación directa ni en el Derecho Romano ni en el Derecho actual. Sin embargo, tras el análisis realizado de la teoría de la representación, se percibe una evolución en el pensamiento de Savigny. Estas etapas corresponden, desde luego no casualmente, a la metáfora de los círculos concéntricos, propuesta por el propio Savigny en el § 53 *System*.

1.1 En un primer momento, en los años de joven docente en Marburg y Landhut, la representación se incluye en el ámbito de las relaciones jurídicas que regula el derecho de familia. Así, respecto a las relaciones existentes entre hijos y padres, el Derecho constituye «ciertas limitaciones de la fuerza del padre [*väterliche Gewalt*] sobre los hijos», pero, al mismo tiempo, estos límites han de compaginarse «con la educación de los hijos»³⁵. El punto de vista empírico es patente, pues se trata de regular la relación de una persona concreta con otra; Savigny no alude –al menos, por ahora– a la idea de la voluntad. Además, las relaciones jurídicas (*Rechtsverhältnisse*) pertenecientes

Obligationenrecht, I, cit, p. III, IV. En las notas empleadas para su elaboración se recoge, siguiendo el consejo de Rudorff, la idea de la *bona fides*. Por medio de ésta divide el ámbito del *ius gentium* entre *stricti iuris iudicia* y los *bonae fidei iudicia*, aceptando la representación directa tan sólo en estos últimos. Incluso hay testimonios escritos de las recomendaciones de Rudorff a Savigny. Rudorff es el director de tesis de Jhering. HÖLZL, F. J., *Lehre*, cit., pp. 140 ss.

³³ SAVIGNY, F. C., *op. cit.*, volumen II, pp. 22 ss.

³⁴ SAVIGNY, F. C., *op. cit.*, volumen II, pp. 40 ss. Será, también, en el segundo volumen de *Obligationenrecht*, cuando se trate de diferenciar la representación jurídica directa de los contratos realizados por tercero. No obstante, Savigny no concede mucha importancia a una delimitación clara de estos dos institutos jurídicos. SAVIGNY, F. C., *op. cit.*, volumen II, pp. 83 ss. Esta relación jurídica –entre representante y representado– es una mera relación contractual. En *Obligationenrecht* se recoge una construcción histórico evolutiva de la teoría de la representación. Savigny diferencia entre una representación de primera clase, articulada por medio de las *adiectitae actiones*, con carácter excepcional, típica del antiguo Derecho Romano, ejercitada por el propio pretor para tutelar un interés que no estaba protegido en el *ius civile* de modo directo, y otra clase de representación que aparece posteriormente, en el período justiniano, y, consecuente, es considerada por Savigny como desarrollo del primer tipo. El motivo de la transformación de una acción en otra lo encuentra Savigny en la esencia vital y poliédrica del tráfico jurídico. Así, por medio de la acción adjetiva, Savigny no sólo argumenta a favor de la representación en los casos de pérdida y adquisición de la propiedad sino también en la adquisición de obligaciones.

³⁵ SAVIGNY, F. C., *System*, I, cit., p. 340.

al campo del derecho familiar se conectan entre ellas de un modo completamente distinto al empleado en el derecho patrimonial. Si éstas –las referidas al derecho patrimonial– se basan, bien en la no lesión, bien en el resarcimiento del daño causado³⁶, aquéllas, las relaciones jurídicas de carácter familiar, no se dirigen al resarcimiento del daño causado, sino que «son una relación de una persona con todos los hombres»³⁷. Esto es, no se trata de voluntades, sino de relaciones determinadas entre personas concretas³⁸.

1.2 En el periodo berlinés, Savigny se encamina, cada vez más, a encuadrar la teoría de la representación en el marco del derecho patrimonial, proceso que culmina, como ya hemos mostrado, en su obra *Obligationenrecht*. El punto de partida de la teoría de Savigny sobre las relaciones jurídicas, y especialmente en las relaciones patrimoniales, es la «autonomía de la voluntad» de cualquier persona con capacidad jurídica³⁹.

2. La teoría de la representación no es una construcción teórica creada *a priori*, sino que los argumentos esgrimidos proceden –como hemos tratado de poner de manifiesto– de un análisis, de enorme hondura científica, del Derecho Romano. Después, se construye el concepto jurídico. A pesar de que este modo de proceder adolece de algunos errores –principalmente abstracción– representa un hito en la forma de entender la teoría del Derecho. Savigny tal vez sea el primer teórico del derecho con una auténtica formación jurídica que no crea los conceptos *ex ante* –al modo filosófico iusnaturalista– y luego los aplica a la realidad jurídica; el procedimiento es, justamente, el inverso: se estudian las fuentes, el material jurídico y luego se crea el concepto⁴⁰.

³⁶ SAVIGNY, F. C., *System*, I, *cit.*, p. 337.

³⁷ *Ibidem*, p. 335.

³⁸ En sentido contrario, De Castro presenta la teoría de la representación de Savigny fuertemente unida a una teoría de la voluntad de carácter abstracto: «la explicación ofrecida por Savigny es bien acogida por los partidarios de la teoría de la voluntad en el negocio jurídico. No era aceptable, por el contrario, para los seguidores de la *teoría de la declaración*. Por el hecho mismo de haber centrado el negocio jurídico en la declaración de voluntad, quedaba en segundo término el representado». DE CASTRO, F., *Temas de Derecho Civil*, Madrid, Marisal, 1972, p. 107. Esta interpretación es, a mi juicio, poco adecuada. La teoría de la declaración de la voluntad es un lugar central de la obra de Savigny y, de modo concreto, de su teoría del negocio jurídico. Interpretar a Savigny desde el punto de vista de la voluntad es confundirlo con las teorías de Puchta, de las que el mismo se distancia. SAVIGNY, F. C., *System*, I, *cit.*, p. 337.

³⁹ El reconocimiento de la autonomía privada consagrado en la obra de Savigny [*System*, I, *cit.* p. 12, nota b)], se opone a la idea que se sostiene en la carta enviada a J. Grimm, en la que apoyaba sin titubeos a los señores: «Cuando deseo las clases, no es para limitar el poder de los monarcas, sino para fortalecerlo». STOLL, A., *Friedrich Karl von Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlug seiner Briefe*, 3 Bände, Berlín, 1927, II, 261. Cualquier lector atento percibirá que en las cartas personales de Savigny se respira una atmósfera elitista, que no pretendo ocultar. Sin embargo, en sus obras científicas sus afirmaciones son mucho más cuidadosas y matizadas.

⁴⁰ En este caso concreto, Bobbio tiene razón cuando sostiene que la Filosofía del Derecho que permanece en el tiempo es realizada por juristas con preocupaciones

V. LA IMPORTANCIA DE LA REPRESENTACIÓN EN LA PERSONA JURÍDICA

Como hemos tratado de poner de manifiesto, los romanistas, que se han ocupado de la teoría de la representación jurídica, siguen de modo excesivamente descriptivo los distintos jalones en que Savigny presenta su teoría de la representación. Hay algunos aspectos que arrojan realmente serias dudas sobre la coherencia de esta teoría y que no han sido resaltados con la intensidad debida⁴¹. Estas aproximaciones eluden el importante papel que juega la representación en la persona jurídica y, al mismo tiempo, eluden reflexionar sobre ella. Creo que una de las preguntas centrales de todo el pensamiento de Savigny —pues desvela una forma muy concreta de argumentar— es la siguiente: ¿Por qué la persona jurídica se ciñe exclusivamente a los contornos del Derecho Privado? ¿Por qué, del mismo modo que se acepta la representación como un instrumento fundamental de la persona jurídica, no se emplea para definir la naturaleza del Estado? Será necesario detenerse en la primera cuestión —la naturaleza, funciones y el papel de la representación en la persona jurídica— para luego tratar de analizar el segundo aspecto —por qué no se hace extensible esta construcción a la teoría del Estado—. De estos dos aspectos se desprenden, a mi juicio, importantes consecuencias de carácter filosófico-jurídico.

La construcción jurídica que Savigny erige en torno a la idea de la persona jurídica posee dos facetas que es preciso diferenciar claramente, pero que, al mismo tiempo, guardan una estrecha relación: de un lado, la naturaleza de la persona jurídica; de otro, sus funciones. Advirtamos desde el principio que, en comparación con otros autores que anteriormente habían abordado este tema —por ejemplo aquellos que defendía el *Vernunftrecht*, en concreto Nettelbladt⁴²—, Savigny otorga muy poca importancia a la naturaleza y mucha a cuáles son sus funciones. La esencia se diluye en la función jurídica⁴³. Sin

filosóficas. Esta afirmación no creo que deba ser generalizada, más bien, me parece que es predicable a partir de un momento histórico determinado en que el Derecho y la Filosofía se hacen tan complejos que se dificulta la interdisciplinariedad. Savigny es un magnífico ejemplo —tal vez el primero— de jurista que afronta la Filosofía del Derecho desde una formación jurídica y no desde la filosofía, en sentido estricto. BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, Fernando Torres (ed), 1980, p. 93.

⁴¹ La obra de Holz, que es una excelente monografía sobre la representación jurídica, está enfocada desde un punto de vista demasiado romanista. El trabajo de Rückert, que es una obra de envergadura monumental —y al que no queremos hurtar un ápice de su reconocido mérito— se centra en aspectos de naturaleza filosófica que, a mi juicio, distorsionan la obra de Savigny que, salvo algunas alusiones, en aspectos muy concretos, a la Metafísica de las Costumbres de Kant y de la Filosofía del Derecho de Hegel, permanece ajeno a las cuestiones filosóficas. Ambas perspectivas, que afrontan la obra de Savigny desde diferentes puntos de vista, deben ser interpretadas de modo complementario, ya que, en los dos casos, hay aspectos tratados adecuadamente.

⁴² HENKEL, W., *op. cit.*, pp. 30 ss.

⁴³ KIESOW, R., *Das Naturgesetz des Rechts*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997, p. 48. El mundo no debe ser justificado sino explicado. La obra de Kiesow ana-

embargo, este «giro» —que podía ser denominado funcionalista-sistemático, ya que estudia el papel que desempeña la persona jurídica en todo el sistema jurídico— no es radical: en la construcción jurídica, esbozada por Savigny, se advierten aún ciertos elementos, materiales, enfoques y planteamientos propios de la visión de antaño.

La naturaleza de la persona jurídica posee unos contornos nítidos en el pensamiento de Savigny: persona jurídica es, exclusivamente, un patrimonio unido «artificialmente» a la idea de persona. El concepto de persona jurídica no es, por tanto, predicable de todos los sujetos colectivos. En principio, las relaciones jurídicas requieren del hombre, de la persona física, de un espacio «dominado por una voluntad individual», que dependa directamente de una persona física. Ahora bien, por medio de una «mera ficción»⁴⁴, es posible crear un sujeto «artificial» que, de este modo, pueda ser portador de relaciones jurídicas —sólo relaciones jurídicas de carácter patrimonial—. Como es bien sabido, el derecho patrimonial está constituido por el conjunto formado por los derechos de obligaciones y derechos reales que puede ser abstraído a unidad cuantitativa por medio del valor de cambio del dinero⁴⁵. La persona jurídica queda enclaustrada en los estrechos márgenes del derecho privado patrimonial. No se puede —ni, a juicio de Savigny, se debe— ir más lejos.

Por tanto, uno de los rasgos esenciales de la persona jurídica es su artificialidad. Ésta es el resultado de una ficción: el hombre individual y físico es el punto de partida para construir ese «algo artificial». Su finalidad, ser portador de relaciones jurídicas patrimoniales. Lo «artificial» se enfrenta a lo «natural»: la persona física es natural, pues tiene un contacto directo con la propia naturaleza que la crea y la des-

liza el pensamiento de Albert Hermann Post, un jurista que, impulsado, entre otros motivos, por la obra de Kirchmann, trata de aplicar a la Ciencia Jurídica los métodos de la Ciencia de la Naturaleza. La Escuela Histórica se enfrenta a esta corriente. De todos modos, a mi juicio, en el pensamiento de Savigny hay un germen de empirismo.

⁴⁴ «La persona jurídica es un sujeto patrimonial supuesto artificialmente». SAVIGNY, F. C., *System*, II, *cit.*, p. 239.

⁴⁵ SAVIGNY, F. C., *System*, I, *cit.*, p. 376. Savigny es uno de los primeros autores que, desde el plano del Derecho, perfila una teoría del dinero. Una de sus funciones es, sin lugar a dudas, la construcción de un orden jurídico civil que, por medio de los conceptos jurídicos, proteja y aliente el incipiente orden burgués-liberal. Savigny asienta en su derecho de obligaciones su teoría, ya expuesta en las páginas de *System*, que una de las principales funciones del dinero es ser «una mera herramienta para medir el valor de los distintos componentes del patrimonio» (p. 405). Diferencia entre el valor de nominal (p. 423), valor metálico (p. 426) y el valor de curso (p. 432), que es el valor que le concede la opinión pública. Y, advierte, que este último no está limitado a las fronteras de los países, aunque el Estado puede, dentro de su territorio, influir sobre él (p. 433). SAVIGNY, F. C., *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Veit und Comp, 1851, Volumen I, pp. 403 ss. Sobre la teoría del dinero en la obra de Savigny KIEFNER, H., «Geld und Geldschuld in der Privatrechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts», en: *Wissenschaft und Kodifikation des Privatsrechts im 19. Jahrhundert. Band V, Geld und Banken* (Hrsg.), COING, H., y WILHELM, W., Frankfurt an Main, Vittorio Klostermann, 1980, pp. 27-42.

truye, que provoca su nacimiento y su muerte⁴⁶. La persona jurídica, en cambio, es un «sujeto ideal»⁴⁷; su nacimiento y su muerte se producen en el terreno jurídico, por medio de «una regla jurídica de carácter positivo»⁴⁸.

Esta construcción artificial no puede ser realizada por cualquier «operador jurídico», requiere un procedimiento especial. De este modo, al igual que Heise, Savigny requiere para la constitución de la persona jurídica la autorización estatal⁴⁹; las razones de este reconocimiento pueden ser clasificadas en torno a dos criterios: jurídicos y políticos.

Las primeras se fundamentan en lo que se podría denominar «tesis fuerte del sujeto individual»; según la cual «sólo el hombre individual puede ser portador de relaciones jurídicas», ya que sólo él posee voluntad y, por medio de ella, es capaz de constituir un poder sobre un espacio determinado que otros sujetos individuales han de respetar. Ahora bien, inevitablemente, por razones económicas y sociales el individuo no es suficiente para construir un sistema jurídico; la persona jurídica es una necesidad. Esto impulsa al jurista a crear «construcciones jurídicas» que fingen la personalidad jurídica. Esta ficción que, en realidad, es una «extensión», una «expansión», una «traslación»⁵⁰ de las características de la persona física a un «sujeto ideal», sólo puede ser llevada a cabo por el poder que ejerce «la más elevada coacción»; si, por el contrario, se permitiera que el arbitrio individual creara tales ficciones se produciría una elevada «incertidumbre». De este modo, Savigny se adhiere al requisito de la *aprobatio* por parte de la *publica auctoritas*. Ella será, por tanto, también competente, para disolver las personas jurídicas si «fueran en contra del bien común»⁵¹. Sobre la naturaleza de esta ficción volveremos posteriormente.

La segunda razón complementa la primera. Es posible que aparezcan corporaciones que sean peligrosas o inmorales, que publiquen libros peligrosos o, lo que para Savigny es aún más grave, que traten, desde el ámbito privado, de inmiscuirse en cuestiones de carácter público. Las fundaciones cuyo fin es el bienestar o el dar limosna a los

⁴⁶ «El principio de la capacidad jurídica *natural* está determinado por el nacimiento...». SAVIGNY, F. C., *System*, II, cit., p. 4. «La muerte, como frontera de la capacidad jurídica *natural*, es un acontecimiento natural tan nudo que no requiere, a diferencia del nacimiento, una determinación precisa de sus elementos». SAVIGNY, F. C., *op. cit.*, p. 17. Adviértase que, aunque se otorga a la muerte un carácter más «natural» y palmario —como no podía, por otra parte, ser de otro modo—, en ambos casos habla de realidades naturales.

⁴⁷ SAVIGNY, F. C., *op. cit.*, p. 278.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 275.

⁴⁹ HEISE, *Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*, Heidelberg, Mohr und Winter, 1814, pp. 98 ss. SAVIGNY, F. C., *System*, II, cit., pp. 277 ss.

⁵⁰ SAVIGNY, F. C., *System*, II, cit., p. 236.

⁵¹ *Ibidem*, p. 279.

más necesitados quedan proscritas para Savigny, pues superan el ámbito de lo privado⁵².

Aunque hayamos prestado cierta atención a la naturaleza de la persona jurídica, ésta se nos presenta reducida a unas pocas páginas en *Sistema de Derecho Romano*; en cambio, a las peculiaridades que presenta en el ejercicio de sus derechos patrimoniales se dedica una generosa centena. Desde luego, éste no es un argumento definitivo, pero —eso sí— ilustrativo de cuáles son las preocupaciones de Savigny.

De modo esquemático se pueden hacer al respecto las siguientes consideraciones. La persona jurídica puede disfrutar de la propiedad y de los derechos reales de todo tipo. «Esta propiedad se refiere, como todos los demás derechos, de modo indivisible a la persona jurídica como unidad, y los miembros individuales no pueden tener participación en ella»⁵³. Las personas jurídicas pueden ser también *consideradas como* acreedores o deudores, debido a los contratos que hubieran llevado a cabo sus representantes⁵⁴. Asimismo, pueden ser demandadas y demandantes en un proceso. Esto último es consecuencia del disfrute de sus derechos, así, ante la lesión de éstos pueden defenderlos ante un tribunal, para ello requieren de un «procurador» o de un «síndico», si lo fuera, de modo estable, para todos los casos judiciales.

Es sorprendente la argumentación sobre la posesión en referencia a las personas jurídicas⁵⁵. «En el caso de la posesión, se duda de su aplicación a las personas jurídicas debido a su carácter fáctico, que no parece compatible con una mera ficción (como, ciertamente, lo es la persona jurídica)»⁵⁶. Savigny mantiene que la posesión se puede adquirir por

⁵² En este sentido es curiosa la alusión a Saint Simon: «Hay gente rica entre los Saint-Simonistas, y ¿por qué no se les podría ocurrir a alguno de ellos establecer una gran fundación para llevar a cabo su teoría». SAVIGNY, F. C., *System*, II, *cit.*, p. 278, nota e).

⁵³ SAVIGNY, F. C., *System*, II, *cit.*, p. 285. La forma principal de la propiedad es el fundo. Éste puede ser utilizado de tres modos distintos: a) por la propia corporación; b) para finalidades de los miembros individuales o, por último, c) se puede hacer un uso mixto, es decir, que beneficie tanto a la corporación como todo y a los miembros individuales. Consecuentemente, como una expansión de su derecho de la propiedad, las personas jurídicas pueden gozar de servidumbres prediales y también del usufructo. No así el mero *usus*, pues éste requiere un elemento personal, de carácter físico, del que carece la persona jurídica, SAVIGNY, F. C., *System*, II, *cit.*, p. 289.

⁵⁴ De estas obligaciones y de los delitos que hubieran nacido de ellas es responsable la persona jurídica como totalidad, de modo que los miembros individuales no pueden ser imputados por ellos. SAVIGNY, F. C., *System*, II, *cit.*, pp. 294 ss. De este aserto se desprenden unas consecuencias —muy actuales— en el campo del Derecho Penal: del mismo modo que al niño o al representante no les hacemos responsables por las decisiones tomadas por el tutor, a las personas jurídicas no se les puede trasladar la responsabilidad de las actuaciones de sus representantes.

⁵⁵ En *Besitz*, es decir, casi cuarenta años antes de la elaboración de *System*, se mantiene una postura parecida. Esto subraya la coherencia del pensamiento jurídico de Savigny, que tiene una tendencia al sistema desde sus primeros escritos. La solución proporcionada compagina dos elementos que, aparentemente, parecían incompatibles: la facticidad prístina de la posesión y la ficción de la persona jurídica. SAVIGNY, F. C., *Besitz*, *cit.*, p. 248.

⁵⁶ SAVIGNY, F. C., *System*, II, *cit.*, p. 291.

medio de los representantes, de igual modo que en determinadas personas físicas –loco o tutelado–⁵⁷. Esto quiere decir que, desde el punto de vista del funcionamiento de la persona jurídica se la equipara a los casos de representación –hoy denominada representación legal– para una persona que carece o tiene alguna merma en su capacidad de obrar. Del mismo modo que se representa al demente o al menor, se debe representar a la persona jurídica para que ésta pueda disfrutar de sus derechos.

El funcionamiento de la persona jurídica a la hora de disfrutar y ejercer sus derechos –debe ponerse precisamente en primer plano este argumento– está basado en el modelo de la tutela del demente o del niño. Este argumento es predicable no sólo de la posesión sino respecto al goce, disfrute y administración de todos los demás derechos. Esto es, la representación como ha sido comprendida y explicada por Savigny respecto a la persona individual –en el sentido expuesto en los apartados III y IV– se aplica a la persona jurídica.

Resumiendo los dos aspectos expuestos: a la pregunta por la naturaleza de la persona jurídica se responde con la idea de «ficción jurídica». A la pregunta que inquiere por el funcionamiento jurídico de la persona jurídica se responde con la teoría de la representación.

Si es así, ¿qué impide trasladar esta construcción jurídica al campo del derecho público?, es decir, ¿por qué Savigny está en contra de la teorías contractualistas del Estado, en las que éste se constituye, precisamente, por los mecanismo de la representación y de la ficción? ¿Por qué no se acepta el contrato social como una ficción si maneja estos mismos términos respecto de la persona jurídica? En estas preguntas se deja notar el peso filosófico-jurídico que, tras las ideas de representación y ficción, se oculta. Para contestarlas adecuadamente quisiera volver, brevemente, sobre la teoría de la ficción.

Hans Vaihinger ha defendido en *Die Philosophie des als ob* –un libro que se ha convertido en un clásico– que las ficciones –incluidas también las de carácter jurídico– son «desvíos del pensamiento», donde se contraponen «lo ficticio a lo real»⁵⁸, donde se trata «algo que no ha sucedido como si hubiera sucedido», de modo que la ficción es «una analogía que contradice severamente la realidad». Es mérito de Josef Esser haber puesto al descubierto esta forma ingenua de entender las ficciones jurídicas. Las ficciones jurídicas no se deben tratar con el mismo método interpretativo que las ficciones que se producen en las matemáticas, la teología, etc. –tal como hace Vaihinger⁵⁹–, pues aquéllas tienen un carácter normativo del que éstas últimas carecen⁶⁰.

⁵⁷ SAVIGNY, F. C., *System*, II, cit., p. 292.

⁵⁸ VAIHINGER, H., *Die Philosophie des als ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit. Auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche*, Leipzig, Scientia Verlag, 1927, p. 175.

⁵⁹ VAIHINGER, H., *op. cit.*, p. 48.

⁶⁰ ESSER, J., *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen. Kritisches zur Technik der Gesetzgebung und zur bisherigen Dogmatik der Privatsrechts*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1969, p. 22.

La ficción jurídica es una «expansión analógica» que, en ningún caso, puede contradecir la realidad, pues pertenecen a un plano normativo y no empírico; por expresarlo con terminología kelseniana: pertenece al *Sollenbereich* y no al *Seinbereich*. No es posible, pues, hablar de «errores» de conocimiento, ni de comparaciones con otras ciencias cuando las ficciones no son normativas.

Este breve excursus nos facilita advertir qué carácter se otorga a las ficciones jurídicas en el pensamiento de Savigny. Así, en el volumen primero de su *Sistema de Derecho Romano* las ubica –desde luego, no de modo casual– en el epígrafe que dedica a la analogía. Allí, Savigny advierte que el derecho no se construye sólo por una lógica basada en «causa y consecuencia» –al modo de las Ciencias de la Naturaleza, se debe advertir–, sino que, además, posee una lógica de carácter «orgánico», que tiene en cuenta «la visión total de la naturaleza práctica de la relación jurídica»⁶¹. Como ejemplo de este tipo de construcción se cita la *bonorum possessio* que «en toda su formación se debe pensar como una ficción sobre la *hereditas*»⁶². Cuando, tiempo después, en el segundo volumen de *System* afronta la ficción de la persona jurídica, escribe: «del mismo modo que el *bonorum posesor* es un *heres*, la persona jurídica es una persona»⁶³.

No quisiera llegar a exagerar las consecuencias que se pueden desprender de esta argumentación, pero parece claro que la ficción jurídica, en el pensamiento de Savigny, se hace eco de un enfoque positivista sobre el fenómeno jurídico: el Derecho posee una lógica propia –de la que es buen ejemplo la analogía– que no se reduce a la que articula las Ciencias de la Naturaleza. He aquí un rasgo del positivismo jurídico que se muestra de modo germinal en la obra del jurista alemán⁶⁴.

Estas aclaraciones pueden ser útiles para advertir por qué Savigny se niega conceder al Estado el *status* de ficción contractual y las consecuencias que, lógicamente se desprenden de ello. Savigny escribe: «en el caso del Estado no puede funcionar la voluntad como una causa de nacimiento, es sólo una ficción»⁶⁵. Esta vez el término ficción es utilizado en un sentido despectivo, como un engaño; se niega la posi-

⁶¹ SAVIGNY, F. C., *System*, I, *cit.*, p. 292. Esto significa que el sistema jurídico es una totalidad de carácter orgánico. No es éste el lugar adecuado para abundar en argumentos que nos permitan entender qué significa «orgánico». Baste, sin embargo, apuntar dos aspectos: a) orgánico se enfrenta a mecánico, a algo que se produce sin libertad y teniendo sólo en cuenta determinadas partes; lo orgánico, en cambio, requiere la totalidad de los miembros para su funcionamiento vital. b) Lo orgánico evoluciona paulatinamente, pero no por medio de mutaciones o revoluciones.

⁶² SAVIGNY, F. C., *op. cit.*, p. 295.

⁶³ SAVIGNY, F. C., *System*, II, *cit.*, p. 241, nota h.

⁶⁴ Creo que este argumento no se puede hacer extensible a todas las instituciones jurídicas en la obra de Savigny, pues hay parcelas –como, por ejemplo, el derecho de familia, en general– que quedan al margen del positivismo y donde se pueden develar elementos y reflexiones de carácter iusnaturalista.

⁶⁵ SAVIGNY, F., *System*, III, *cit.*, p. 321.

bilidad de hacer una analogía respecto a la persona jurídica. La razón es sencilla: el Estado para Savigny es un producto de la Historia, del espíritu común del pueblo —si se quiere utilizar la expresión de Puchta—, en ningún caso de «la voluntad individual»⁶⁶, ni de las normas jurídicas⁶⁷. El Estado es «la forma corporeizada de la unión espiritual del pueblo»⁶⁸, es una «necesidad» producida por la historia, pero no por la voluntad individual de los hombres; no se puede comprender si se lo reduce a mera representación, a un mero contrato; no pertenece al campo del «deber ser» sino al del «ser».

El origen del Estado es completamente distinto que al del Derecho Privado; uno nace de la necesidad histórica, el otro de la autoría individual. Por tanto, no se trata de que el Estado no exista —para Savigny nunca pudo existir un estado de naturaleza, pues todo pueblo nace junto a un Estado⁶⁹—, sino que su misión es garantizar, de modo adecuado, las bases del Derecho Privado de la autonomía de la voluntad, ofreciendo los mecanismos necesarios para ello —jueces y medidas represoras, en su caso—.

En orden a precisar más nuestra argumentación se debe discriminar dos tipos de problemas, que relacionan el Estado con el Derecho Privado —en concreto con la representación y con el contrato—: *a)* si el Estado puede realizar contratos, y *b)* si el Estado es producto de algún tipo de contrato. El Estado no puede ser producido por medio de un «contrato». Ahora bien, sí que puede realizar contratos con otros pueblos tras las guerras o revoluciones por medio de los que se reconoce la independencia de un país⁷⁰. Quién realiza esos contratos o si se hace por medio de algún tipo de representación del pueblo es silenciado. *b)* El Estado no es producto de ningún contrato original. Esta idea es una crítica directa a la teoría del contrato social de Rousseau. Según Savigny, el Estado depende —como ya hemos mencionado— de

⁶⁶ SAVIGNY, F., *op. cit.*, p. 319.

⁶⁷ Savigny no niega que el Estado deba respetar las normas jurídicas; pero no cree que sea producto de ellas.

⁶⁸ SAVIGNY, F. C., *System*, I, p. 22.

⁶⁹ Desde luego, el Savigny, de *Geschichte*, otorga mucha menos importancia al Estado que el de *System*. En el tercer volumen de *Geschichte* se narra el nacimiento de la Universidad de Bolonia como algo que sucede completamente al margen del Gobierno. Su apertura es, sin lugar a dudas, el punto culminante de la recepción del Derecho Romano en la Edad Media; los glosadores —como colectividad— se convierten en el centro del mundo científico, y la Universidad es —del mismo modo, una comunidad— una realidad que permanece al margen de las nacionalidades: es el sueño convertido en realidad: la unión de Europa impulsada por el celo de la Ciencia Jurídica. SAVIGNY, F. C., *Geschichte*, III, *cit.*, p. 84.

⁷⁰ Los ejemplos que Savigny nos ofrecen hacen precisamente referencia a la independencia de Holanda respecto a España; la independencia de las colonias portuguesas y españolas y, por último, la independencia de americana. Savigny evita hablar de representación del pueblo en estos casos y sostiene que son Estados soberanos a los que, debido a las guerras o la revolución, se le reconoce su soberanía. SAVIGNY, F. C., *System*, III *cit.*, p. 310, nota a.

la necesidad histórica, de la conciencia común de un pueblo que se corporiza en Estado.

El contrato social es contemplado por Savigny no como hipótesis —tal como debe ser, en puridad, interpretado— sino como realidad histórica. Si se comprende de este modo, el contrato social es fácilmente descalificable por medio de argumentos histórico empíricos.

Las razones de esta crítica son de carácter político como jurídico: políticas, pues suponen la defensa de un Estado fuerte que, por medio de una serie instrumentos jurídicos —Derecho Procesal Civil⁷¹—, garantice el Derecho Privado, basado, principalmente, en la autonomía del sujeto individual. Jurídico, pues el Estado no se construye por medio de un contrato o de la representación, ya que estas figuras tienen como rasgo fundamental su pertenencia exclusiva al campo del Derecho Privado.

De este modo —desde luego realmente lúcido—, el jurista alemán hace compatible las reformas de carácter económico-social que se introducen paulatinamente en Prusia, con la idea de un Estado fuerte que permanece al margen del Derecho Privado. Esto, desde un punto de vista histórico, posee una doble lectura: *a)* paralización de las fuerzas revolucionarias, o *b)* bien —como sostiene Koselleck— se puede mantener que las reformas de Prusia durante el XIX fueron más revolucionarias que la propia Revolución francesa⁷². En cualquier caso, los instrumentos teórico-jurídicos ofrecidos por Savigny ofrecen —entre otros muchísimos factores— las bases para que un capitalismo incipiente derroque al absolutismo, ya jaqueado por los movimientos revolucionarios. Otra cosa distinta es que él fuera consciente de ello.

VI. CONCLUSIONES

Parece aconsejable —debido a la complejidad del tema expuesto— ofrecer algunas conclusiones que se desprenden de las reflexiones expuestas:

1. Savigny inaugura una nueva forma de hacer Filosofía del Derecho. El ejemplo de la representación jurídica ofrece una solución sobre un tema que es recurrente en la literatura secundaria sobre Savigny y en las reflexiones generales sobre la Filosofía del Derecho: ¿Quién es competente para hacer filosofía del Derecho: el filósofo o el jurista? Savigny ejemplifica un nuevo modo de hacer filosofía jurídica: es el jurista el que, partiendo de un conocimiento exhaustivo del material jurídico, afronta temas de naturaleza iusfilosófica.

2. La representación es un instituto jurídico que muestra la evolución del Derecho y, de otro lado, es abordado en todas las épocas de

⁷¹ SAVIGNY, F.C., *System*, I, *cit.*, pp. 25 y 26.

⁷² KOSELLECK, R., *Preussen zwischen Reformation und Revolution*, Stuttgart, Klett, 1967, p. 2.

su vida científica. La evolución histórica del instituto se muestra en cómo se extienden su campo —desde el Derecho de Familia al Patrimonial— en el Derecho Romano. En el caso de Savigny sucede algo similar. Los conceptos jurídicos se modifican con el devenir del tiempo: Historia y Derecho están imbricados.

3. La representación jurídica se produce en el campo del Derecho Privado y no es trasladable al Derecho Público. Usualmente se presenta una imagen de Savigny preocupado por temas tales como las fuentes del Derecho, la interpretación de las leyes, el nacimiento del Estado o la costumbre jurídica. Esto es, a mi juicio, una distorsión. La mirada y las reflexiones del jurista alemán se dirigen, principalmente, al Derecho Privado, a sus instituciones —de las que la teoría de la representación es un buen ejemplo—. Esto debe ser subrayado: Savigny es, sobre todo, un iusprivatista. Sin embargo, sus argumentos sobre el Derecho Privado conllevan una visión muy concreta sobre algunos problemas del Derecho público; éste es el orden de la argumentación, no el inverso.

4. Por último, se debe subrayar un argumento fundamental: muchos de los lugares centrales de la obra de Savigny no ofrecen sólo soluciones de carácter teórico, sino que están impregnados de carga política. En el caso de la representación jurídica, su afianzamiento en el Derecho Patrimonial y su negación en relación con el Estado se puede traducir en el plano «político» en una apuesta por una sociedad incipientemente capitalista con un Estado monárquico, es decir, la Prusia de mediados del XIX. Si esto es política en sentido estricto o la oferta de un conjunto de teorías jurídicas que, posteriormente, deberían ser llevadas a la práctica, es un tema que queda fuera del objeto de nuestro trabajo⁷³.

⁷³ Afrontar este tema es responder a la pregunta ¿fue Savigny un jurista o un político? Algunas claves se ofrecen en mi trabajo: *Savigny: ¿político o jurista práctico?*, que será publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de Granada, en su volumen séptimo.

Radbruch y el valor de la seguridad jurídica

Por RICARDO GARCÍA MANRIQUE
Universidad de Barcelona

SUMARIO: Radbruch ha sido el último gran teórico de la seguridad jurídica y el análisis de su obra permite comprender mejor el sentido en el que cabe afirmar que la seguridad jurídica es un valor. En este artículo se defienden cuatro ideas principales: (1) la seguridad jurídica no es un valor autónomo, sino la expresión de la garantía jurídica de ciertos valores materiales; (2) estos valores materiales se resumen en el respeto de la naturaleza moral de los seres humanos y, por tanto, de la libertad individual; (3) decir que la obligatoriedad del Derecho se basa en la seguridad jurídica es lo mismo que decir que la obligatoriedad del Derecho se basa en el hecho de que éste constituye una garantía de la libertad individual, y (4) la defensa del valor de la seguridad jurídica, en el caso de Radbruch, no está asociada con la defensa del positivismo jurídico. Por último, se argumenta que Radbruch no cambió su concepción de la seguridad jurídica en sus conocidos textos de posguerra.

Para todos aquellos que se interesan por la consideración axiológica de la seguridad jurídica, la obra de Gustav Radbruch, su «último gran teórico», es una referencia ineludible¹. Sin embargo, su lectura suscita una cierta perplejidad, que se traduce en preguntas cuya respuesta no es fácil de encontrar: ¿en qué sentido puede considerarse a

¹ GONZÁLEZ VICÉN, F., «La obediencia al derecho» (incluido en ídem, *Estudios de filosofía del derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979, pp. 365-398), p. 381. La inspiración principal de las ideas que desarrollo aquí proviene de la lectura de este texto; el previo interés por la seguridad jurídica y por la obra de Radbruch me fue suscitado por las muy estimulantes clases del profesor Norberto Álvarez, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. Debo, también, agradecer la colaboración de Isabel Köpcke en la traducción e interpretación de algunos textos alemanes.

la seguridad jurídica como un «valor»? ¿Lo es en el mismo sentido en el que lo son la justicia o la libertad, por ejemplo? ¿Con qué otros valores está conectada? En particular, ¿cuál es su relación con la justicia? Además, ¿cómo se vio afectado todo ello por el supuesto giro iusnaturalista de Radbruch tras la experiencia del nazismo? ¿Cabe hablar de dos etapas en su concepción de la seguridad jurídica? ¿Está asociada su defensa del valor de la seguridad jurídica con el positivismo jurídico? De éstas y otras cuestiones cercanas me ocuparé en las páginas que siguen. No es Radbruch un autor muy celebrado en las últimas décadas, pero en los últimos años parece que el interés por su obra ha despertado a raíz de la consideración que le dispensa Robert Alexy, cuya influyente concepción del Derecho se halla, a su vez, influida por la del que fue profesor de la universidad de Heidelberg². Por lo tanto, el estudio de la obra de éste posee el aliciente adicional de ayudar a comprender mejor las ideas de aquél. He utilizado básicamente dos libros: la *Filosofía del derecho* y la *Introducción a la filosofía del derecho*, en adelante citados como *Filosofía e Introducción*³; entre uno y otro media el nazismo y la guerra mundial; sin embargo, los utilizaré indistintamente porque creo que contienen un tratamiento similar de la seguridad jurídica, con lo cual anticipo algo que trataré de mostrar con algún detalle más adelante: hasta donde puedo alcanzar, no veo que Radbruch modificase sustancialmente sus planteamientos iusfilosóficos durante los últimos años de su vida o, en todo caso, no veo que los cambios que sí es posible detectar en su obra afectasen de manera significativa a su concepción de la seguridad jurídica⁴.

Las ideas básicas que sostendré acerca de la concepción de Radbruch de la seguridad jurídica son: (1) la seguridad jurídica no es un valor autónomo, sino la expresión de la garantía jurídica de ciertos valores materiales; (2) estos valores materiales se resumen en el respeto de la naturaleza moral de los seres humanos y, por tanto, de la libertad individual; (3) decir que la obligatoriedad del Derecho se

² Véase ATIENZA, M., «Entrevista a Robert Alexy» (*Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 671-687), p. 680, sobre la importancia que Alexy atribuye a la obra de Radbruch.

³ RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho* (trad. J. Medina Echavarría, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933; hay reimpresión en Granada, Comares, 1999). Es la traducción de la 3.ª y definitiva edición de la *Rechtsphilosophie*, de 1932; y RADBRUCH, G., *Introducción a la filosofía del Derecho* (trad. W. Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1974). Es la traducción de *Vorschule der Rechtsphilosophie*, de 1948.

⁴ Sobre la relación entre los dos libros, véase WOLF, E., «Revolution or Evolution in Gustav Radbruch's Legal Philosophy» (*Natural Law Forum*, vol. 3/1, 1958, pp. 1-23), p. 3: «La *Vorschule* no es más que una introducción complementaria que ofrece una mejor comprensión del desarrollo de sus ideas filosóficas y los postulados de política jurídica derivados de ellas». La opinión del propio Radbruch era la siguiente: «Este libro (...) pienso que debe reflejar (...) el desarrollo de mi *Filosofía del Derecho* (3.ª ed., 1932). Algunas contradicciones aparentes que puedan encontrarse aquí [en la *Vorschule*] encontrarán allí su solución» (RADBRUCH, G., *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Gotinga, Vandenhoeck & Ruprecht, 3.ª ed., 1965, «Vorwort», p. 3; este prólogo no figura en la edición en castellano).

basa en la seguridad jurídica es lo mismo que decir que la obligatoriedad del Derecho se basa en el hecho de que éste constituye una garantía de la libertad individual, y (4) la defensa del valor de la seguridad jurídica, en el caso de Radbruch, no está asociada con la defensa del positivismo jurídico. La secuencia del trabajo es la siguiente: en primer lugar (secciones 1 y 2) exploraré el tratamiento de la seguridad jurídica en la obra de Radbruch, sin evitar posibles oscuridades y contradicciones; en segundo lugar (sección 3) trataré de reconstruir coherentemente su concepción de la seguridad jurídica, ahora sí destacando las oscuridades y las contradicciones e intentando, en lo posible, ilustrar las primeras y disolver las segundas; por último (sección 4), me ocuparé de dos cuestiones puntuales vinculadas con la última fase de la obra de Radbruch: el sentido de su giro iusnaturalista y el sentido de su crítica al positivismo. En cuanto a la intención del artículo, no es la de enjuiciar en todo o en parte la obra de Radbruch, sino esclarecer, a través del análisis de la misma, el sentido que tiene considerar la seguridad jurídica como un valor.

1. IDEA DEL DERECHO Y RELATIVISMO

González Vicén sintetiza el itinerario recorrido por Radbruch para afirmar el valor de la seguridad jurídica con estas palabras: «Partiendo de un relativismo axiológico de principio, elevará (...) la seguridad jurídica a valor supremo del Derecho»⁵; cómo es posible ese tránsito, y qué sentido tiene, es lo que corresponde averiguar. Para ello hemos de buscar el momento y las condiciones en las que la seguridad jurídica aparece en la construcción de su filosofía jurídica; dado que lo hace como tercer componente de la *idea* del Derecho, tras la justicia y la adecuación a fin, previamente tendremos que ocuparnos de la elaboración de la idea del Derecho y de la función que desempeña el relativismo axiológico en ella, cuestiones a las que se dedica esta primera sección.

En el principio se encuentra la justicia.—La idea del Derecho es lo que el Derecho *debe ser*, por contraposición con el concepto del Derecho, que es lo que el Derecho *es* o, con palabras de Radbruch, «el concepto del derecho es a la idea del Derecho lo que el ser al deber ser» (*Introducción*, 46). El concepto de Derecho no puede extraerse inductiva, sino deductivamente, a partir de la precedente idea del derecho, en la medida en que «el Derecho es obra humana, y como toda obra humana, sólo puede ser comprendida a través de su idea (...). El Derecho sólo puede comprenderse en el círculo de la conducta impregnada de valor. El Derecho es un hecho cultural, es decir, un hecho relacionado con un valor. El concepto del Derecho sólo puede

⁵ GONZÁLEZ VICÉN, F., *La obediencia al derecho*, cit., p. 381.

determinarse como conjunto de datos cuyo sentido estriba en la realización de la idea del Derecho» (*Filosofía*, 10-11), o «el Derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea del derecho» (*Filosofía*, 44). En consecuencia, la idea del Derecho debe estar constituida por un valor, que, dice, no puede ser otro que el de la justicia, de manera que «Derecho es la realidad cuyo sentido estriba en servir a la justicia» (*Filosofía*, 47). La justicia es considerada como un valor absoluto, como la verdad, el bien o la belleza, esto es, un valor que no descansa en uno superior o que no puede derivarse de ningún otro (*Introducción*, 31; *Filosofía*, 44), y caracterizada como la propiedad de aquellas relaciones humanas basadas en la igualdad, bien sea absoluta, dando lugar a la justicia conmutativa, bien sea proporcional, originando la justicia distributiva. Radbruch asume una concepción formal de la justicia, lo que significa que «la justicia nos indica, ciertamente, tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales; nada nos dice, empero [por tratarse de una idea formal], respecto del punto de vista desde el cual primeramente se califiquen a unos como iguales y a otros como desiguales; determina, además, sólo la relación, pero no el modo de tratamiento. Ambas cuestiones sólo pueden responderse con relación a los fines del Derecho» (*Filosofía*, 95); o, con otras palabras, «[la justicia] presupone que la igualdad y desigualdad ha sido ya fijada desde una perspectiva que no puede lograrse desde ella misma» (*Filosofía*, 46)⁶.

La adecuación a fin.—El carácter formal de la justicia hace necesaria, pues, la introducción de un segundo elemento en la idea del Derecho: su «adecuación a fin» (*Zweckmäßigkeit*), también llamado, según pasajes, «finalidad», «utilidad» o «bien común», y que hoy podríamos traducir libremente como «justicia material» (de hecho, en muchos pasajes de su obra Radbruch se refiere a la justicia como englobando los dos elementos, el de la justicia formal y el de la adecuación a fin). Este segundo elemento alude a los fines sustantivos que el Derecho debe realizar, y que, una vez determinados, permitirían dotar de contenido a la forma de la justicia. Es, en este momento, donde aparece el relativismo axiológico al que se refería González Vicén como punto de partida de Radbruch, un relativismo cuyo sentido conviene precisar porque resultará del todo necesario tenerlo en cuenta más adelante, a la hora de aclarar el modo en que justifica el valor de la seguridad jurídica.

El relativismo.—Al comienzo de su obra principal, Radbruch señala explícitamente los dos rasgos de su filosofía jurídica, entendida como «consideración valorativa del Derecho»: el dualismo metódico y el relativismo. El dualismo metódico, de reconocida inspiración kantiana, consiste en la separación tajante entre los dominios del ser y del deber

⁶ El hecho de que la justicia sea concebida como una idea formal no significa que de ella no se deriven concretas exigencias para el Derecho, si bien sólo en relación con su estructura y funcionamiento, tales como la igualdad ante la Ley, la prohibición de tribunales extraordinarios, la independencia del poder judicial, etc. No nos detendremos en este punto, pero véanse *Filosofía*, 100, e *Introducción*, 35.

ser, entendida aquí como «la imposibilidad de deducir de lo que *es*, lo *valioso*, lo *justo*, lo que *debe ser*» (*Filosofía*, 13); por tanto, «los preceptos del deber se pueden sólo fundar y ser demostrados por medio de otros preceptos del deber ser. Precisamente por esto, los supremos preceptos del deber son indemostrables, axiomáticos, no susceptibles de conocimiento, sino tan sólo de creencia. Allí donde se enfrentan, combatiéndose, preceptos contrapuestos y supremos del deber ser, concepciones contrapuestas del valor, el mundo y la vida, no cabe entre ellas una decisión científica de carácter unívoco» (*Filosofía*, 17). He aquí la raíz y el sentido del relativismo axiológico, o moral, cuyo resultado es una filosofía del Derecho «incapaz de determinar al individuo la elección entre concepciones jurídicas sistemáticamente desenvueltas de supuestos últimos y contrarios» (*Filosofía*, 19), y relativista en tanto que «su tarea es precisar la justeza de cada juicio sólo en relación con otro juicio de valor determinado y superior, es decir, sólo en los límites de una concepción determinada del valor y del mundo, pero no se hace problema de la fijación misma de esa concepción» (*ibidem*).

El limitado alcance del relativismo.—Sentados la raíz y el sentido del relativismo, queda por establecer su alcance, que va a resultar mucho más corto de lo que podría imaginarse o de lo que suele creerse. Radbruch señala los límites de su relativismo en varios lugares, pero donde quizá lo hace con mayor claridad es en un texto breve de 1934, titulado *El relativismo en la filosofía del derecho*⁷; sin embargo conviene aclarar primero cuál es su fundamento común. Éste aparece enunciado a la hora de establecer las relaciones entre el Derecho y la Moral, donde, de nuevo, se nota la influencia kantiana. Las relaciones entre Derecho y Moral son dos: por una parte, la moral es el fundamento de validez del Derecho (volveremos sobre esto); por otra parte, y es lo que ahora interesa, la Moral es el *fin* del derecho, en el sentido de que el fin del Derecho es permitir a los individuos la realización de sus deberes morales, mediante la garantía de la necesaria libertad individual: «el Derecho sirve a la Moral no por los deberes jurídicos que ordena, sino por los derechos que garantiza (...). Garantiza derechos a los individuos para que puedan cumplir mejor sus deberes morales» (*Filosofía*, 63) o, con otras palabras, «el derecho es (...) la medida de la libertad exterior sin la que no podría existir la libertad interior necesaria para las decisiones éticas» (*Introducción*, 38)⁸. Pues bien, si el Derecho tiene el sentido

⁷ RADBRUCH, G., «El relativismo en la filosofía del Derecho» (incluido en RADBRUCH, G., *Relativismo y Derecho*, trad. L. Villar Borda, Bogotá, Temis, 1992, pp. 1-10; publicado originalmente en francés en *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, vol. 1/2, 1934).

⁸ Recuérdese la definición kantiana del Derecho como «conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una Ley universal de la libertad» (KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, trad. cast. A. Cortina y J. Conill, Madrid, Tecnos, 1989, p. 39); y aclara Adela Cortina que «no existe, pues, contradicción entre Moral y Derecho, en el sentido de que la coacción externa que acompaña al Derecho se oponga a la libertad trascendental, porque

de permitir el libre cumplimiento de los deberes morales individuales, entonces debe reunir ciertas características necesarias, entre las que Radbruch consigna, en 1934, el liberalismo, un Derecho Penal especial para los delincuentes por convicción, el estado de Derecho (incluyendo el imperio de la Ley y la división de poderes), la tolerancia, la democracia e incluso el socialismo en tanto extensión de la democracia a las relaciones económicas⁹. Más tarde añadirá expresamente los derechos humanos, que tienen un «carácter absoluto», dado que «son necesarios para dar paso al cumplimiento de los deberes morales» (*Introducción*, 38-39)¹⁰. Una vez conocidos los límites o exigencias del relativismo, podemos entender por qué, en la Alemania de 1934, Radbruch recalca que el relativismo «expresa una fuerte y aún agresiva convicción»¹¹. Quizá no esté de más recordar aquí que Radbruch fue desposeído de su cátedra por el gobierno alemán en 1933, seguramente no tanto por causa de su relativismo como por su firme defensa de los que hemos denominado «sus límites»¹².

2. IDEA DEL DERECHO Y SEGURIDAD JURÍDICA

La seguridad jurídica entra en escena.—Si el principio de adecuación a fin figura en la idea del Derecho como complemento necesario

tal coacción está al servicio de la realización de la autonomía personal, en cuanto defiende la libertad externa (p. XLII del volumen citado).

⁹ RADBRUCH, G., *El relativismo en la filosofía del Derecho*, cit., pp. 4-9.

¹⁰ Estas exigencias se encuentran también en su *Filosofía* por ejemplo, en las pp. 4-5 (democracia y tolerancia), 87 (socialismo) o 244 (estado de Derecho). No discutiré aquí la supuesta conexión lógica entre el relativismo y las consecuencias que Radbruch deriva de él, pero véase, respecto del similar caso de Kelsen, RUIZ MANERO, J., «Teoría de la democracia y crítica del marxismo en Kelsen», incluido en KELSEN, H., *Escritos sobre la democracia y el socialismo* (Madrid, Debate, 1988, varios traductores), pp. 14-25. La tesis kelseniana de la conexión entre relativismo y democracia aparece en muchos lugares de su obra; por ejemplo, en «Los fundamentos de la democracia» (de 1955; incluido en el volumen citado; en particular, las secciones «Absolutismo y relativismo filosóficos», pp. 225-230, y «La democracia como relativismo político», pp. 258-259); en *Forma de Estado y filosofía* (de 1933; incluido en ídem, *Esencia y valor de la democracia*, Madrid, Guadarrama, 1977, trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra, pp. 131-159; en especial, su sección VIII, «La oposición de criterios filosóficos») y en «Absolutismo y relativismo en filosofía y en política» (de 1948; incluido en ídem, *¿Qué es justicia?*, Barcelona, Ariel, trad. A. Calsamiglia, 1991, pp. 113-125). Kelsen es, junto con Jellinek y Weber, uno de los autores a los que Radbruch atribuye su misma posición relativista (*Filosofía*, 19).

¹¹ RADBRUCH, G., *El relativismo en la filosofía del Derecho*, cit., p. 1. Véase, también, con el mismo sentido, el prólogo de 1932 a la *Rechtsphilosophie* (*Filosofía*, 3-5).

¹² Sobre ésta y otras vicisitudes, véase MARTÍNEZ BRETONES, M. V., *Gustav Radbruch: vida y obra* (México, UNAM, 2.ª ed., 2003), cap. tercero. Para combatir la imagen de un Radbruch escéptico (como la que ofrece; por ejemplo, FRIEDRICH, C. J., *La filosofía del Derecho*, trad. M. Álvarez Franco, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, pp. 238 ss.) es muy saludable la lectura de WOLF, E., *Revolution or Evolution in Gustav Radbruch's Legal Philosophy*, citado.

de una justicia definida en términos formales, resulta que el relativismo impide determinar su contenido, vale decir, impide determinar la justicia sustantiva, porque es imposible determinar si una concepción axiológica es superior o preferible objetivamente a otra¹³. No obstante, ahora ya sabemos que eso no significa que el Derecho pueda tener cualquier contenido, porque la democracia, el estado de Derecho o incluso los derechos individuales básicos no son discutibles. Pues bien, es la imposibilidad de determinar el contenido del principio de adecuación a fin más allá de ahí la que exige la introducción de un tercer elemento en la idea del Derecho: la seguridad jurídica. El análisis de las razones de esta entrada merece epígrafe aparte, pero antes recordemos cómo define Radbruch la seguridad jurídica y cuáles son sus exigencias: la seguridad jurídica es definida, breve pero inequívocamente, como «la *seguridad del Derecho mismo*», que no debe confundirse con la «*seguridad por medio del Derecho*, la seguridad que el Derecho nos confiere al garantizar nuestra vida o nuestros bienes contra el asesinato, el robo, etc. —pues ésta va ya implícita en el concepto de la adecuación a fin» (*Introducción*, 40; cursiva del autor). En esta formulación, la seguridad jurídica encuentra su concepto más depurado: en apariencia, se trata de un tipo especial de seguridad, relativa al propio Derecho, e independiente de su contenido concreto; diferente, por tanto, de la seguridad que el Derecho pueda, a su vez, garantizar a las personas respecto de ciertos estados de cosas que no sean el conocimiento y la aplicación de las normas jurídicas.

Exigencias de la seguridad jurídica.—La seguridad jurídica, así definida, implica determinadas exigencias, que conforman (junto con otros caracteres que ahora no son relevantes) el concepto de Derecho, a saber: el Derecho debe ser «positivo», lo que para Radbruch equivale a que «se halle estatuido en leyes»; en segundo lugar, el Derecho debe ser «preciso», es decir, tiene que estar «basado en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto, mediante criterios generales como el de la «buena fe» o el de las «buenas costumbres»»; en tercer lugar, los hechos en que debe basarse el Derecho deben ser «practicables»; en cuarto lugar, por último, el Derecho debe ser «estable», esto es, «no debe hallarse expuesto a cambios demasiado frecuentes» (*Introducción*, 40). Conviene observar que todas las exigencias de la seguridad jurídica se traducen en cualidades formales del derecho, de manera que la seguridad jurídica es aparentemente compatible con cualquier contenido que las normas jurídicas puedan tener, a salvo de las que, precisamente, establecen la forma del propio Derecho mediante la regulación de sus procesos de creación, interpretación y aplicación. Sin duda, esta enunciación de las cualidades que el Derecho debe reunir para garantizar la seguridad

¹³ Radbruch se refiere a tres grandes concepciones axiológicas: individualista, supraindividualista y transpersonalista, de las que no procede ocuparse aquí, a salvo de alguna observación posterior; están expuestas en *Filosofía*, § 7, e *Introducción*, § 8.

jurídica causa una cierta insatisfacción, si la comparamos con la que en su día propuso Bentham o con la que más adelante propondrá Fuller, por poner sólo un par de ejemplos conocidos¹⁴. Pérez Luño, quizá con excesivo rigor, ha acusado a Radbruch de basar la seguridad jurídica exclusivamente en la positividad del Derecho¹⁵; Norberto Álvarez hace notar la ausencia de referencias a los principios de jerarquía normativa, no retroactividad o fuerza de cosa juzgada, aunque más benévolamente opina que «Radbruch no elude estos requisitos. Ocurre, simplemente, que no se refiere a ellos de forma explícita. Lo hace, sin embargo, implícitamente»¹⁶. Ambos, en todo caso, consideran insuficiente el tratamiento de la cuestión que ofrece Radbruch; siendo cierto habrá que pensar que no estaba interesado tanto en listar exhaustivamente los elementos del Derecho que favorecen la seguridad jurídica (tarea harto difícil, por cierto), cuanto en afirmar su cualidad de valor del Derecho. También puede ser que Radbruch se halle limitado por la forma en que entiende el *concepto* de Derecho. Recuérdese que el concepto de Derecho identifica «lo que el Derecho es», de manera que un sistema normativo que no reúna los elementos del concepto de Derecho no puede ser calificado como jurídico; quizá por esta razón Radbruch renuncie a extender demasiado esa lista de elementos.

El carácter axiológico de la seguridad jurídica.—Volvamos ahora a las razones que justifican la entrada de la seguridad jurídica en la idea del Derecho o, lo que es lo mismo, a las razones que justifican su consideración como valor jurídico. Que es un valor del Derecho se colige del hecho mismo de su incorporación a la idea del Derecho que, como sabemos, expresa «lo que el derecho debe ser». En cuanto a la razón aducida por Radbruch en favor de esta incorporación y consiguiente consideración axiológica, es precisamente el relativismo axiológico, que impide determinar fines jurídico-materiales o elegir entre ellos; sin embargo, la conexión entre causa (relativismo axiológico) y efecto (incorporación de la seguridad jurídica a la idea del Derecho) no es fácil de ver. Radbruch la expresa así en 1932: «El Derecho, como ordenación de la vida común, no puede ser abandonado a las diversidades de opinión de los individuos, pues por encima de todo tiene que ser una ordenación, un *Orden*», y también: «Si nadie es capaz de fijar lo que es justo, alguien tiene que establecer lo que debe ser Derecho» (*Filosofía*, 96 y 109); después, en 1948: «En la imposibilidad de *definir* el Derecho justo, por esa razón, hay que conformarse, por lo menos, con *estatuirlo*, por medio de un poder que tenga, además, la fuerza necesaria para *imponer* lo estatuido. No es otra la justificación

¹⁴ BENTHAM, J., *Principios del Código civil* (en *Tratados de legislación civil y penal*, trad. R. Salas, Madrid, Editora Nacional, 1981), cap. XVII; y FULLER, L. L., *The Morality of Law* (New Haven, Yale University Press, 1969), cap. II.

¹⁵ PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica* (Madrid, Tecnos, 1991; 2.ª ed., 1994), p. 22.

¹⁶ ÁLVAREZ, N., *Jalones para una teoría crítica de la seguridad jurídica* (Madrid, 1995), p. 12.

del Derecho positivo, pues la exigencia de la seguridad jurídica sólo puede ser cumplida mediante la positividad del Derecho» (*Introducción*, 39-40). La inclusión de la seguridad jurídica en la idea del Derecho viene a significar la afirmación de la necesidad del Derecho positivo, una necesidad que deriva de la imposibilidad de determinar objetivamente los fines del Derecho (*lo justo* en un sentido material); pues la positividad del Derecho, explica Radbruch, no sería necesaria si fuese posible identificar sin dudas el contenido sustantivo del Derecho natural. Dado el relativismo, esta identificación no es posible, luego el Derecho positivo se torna necesario y la seguridad jurídica pasa a formar parte de los valores del Derecho expresados en su idea. Ahora bien: si no estamos en condiciones de determinar lo materialmente justo, ¿qué beneficio podemos obtener del Derecho positivo? O, en otros términos, ¿qué beneficio podemos obtener de un Derecho del que sabemos que es seguro pero del que no sabemos si es materialmente justo? Ésta es la pregunta clave.

Las razones de la seguridad jurídica.—Procede, por tanto, indagar qué beneficios pueden obtenerse a través de la garantía de la seguridad jurídica o, lo que es lo mismo, a través de la vigencia de cualquier Derecho positivo. Vaya por delante que no parece posible abordar la cuestión del valor de la seguridad jurídica en los mismos términos en que lo es la cuestión del valor de la justicia; recordemos que, para Radbruch, la justicia es un valor absoluto, que no descansa en otro superior y que, por tanto, no permite justificación ulterior, sino que ha de asumirse axiomáticamente o, *a priori*, como primer elemento de la idea del Derecho; por el contrario, la seguridad jurídica aparece, *a posteriori*, como un derivado de la imposibilidad de precisar el contenido del principio de adecuación a fin. Es cierto que algunos pasajes en los que Radbruch trata de los conflictos o antinomias entre los distintos elementos de la idea del Derecho oscurecen esta distinta posición de la justicia y la seguridad; por ejemplo, al establecer que «de estos tres elementos de la idea del Derecho, sólo para el segundo [la adecuación a fin o finalidad] vale la autolimitación del relativismo, los otros dos, justicia y seguridad, están sobre la oposición de las concepciones en torno al Derecho y al Estado, por encima de la lucha de partidos (...). Elementos de validez universal en la idea del Derecho son la justicia y la seguridad; de validez relativa, empero, no sólo la finalidad misma, sino también la relación jerárquica de los tres elementos entre sí» (*Filosofía*, 97). Más adelante, al tratar de la validez del Derecho, precisamente al negar el valor absoluto de la seguridad jurídica en un sentido (en el sentido de que esté por encima de cualquier otro valor, tal la justicia o la finalidad), lo afirma implícitamente en otro (en el sentido de que tampoco está por debajo): «Se ha demostrado, tan sólo, que la seguridad jurídica es un valor y que la seguridad garantizada por el Derecho positivo puede justificar hasta el Derecho injusto o que sea inadecuado a un fin. Pero no se ha demostrado la primacía absoluta de esta exigencia que todo Derecho cumple de la seguridad ante las exi-

gencias quizá incumplidas o abandonadas de la justicia y la finalidad. Los tres aspectos de la idea del Derecho son todos de igual valor» (*Filosofía*, 111). Volveremos sobre estos conflictos, pero ahora es suficiente observar lo siguiente: una cosa es que tales conflictos existan y que sea difícil resolverlos y otra cosa es afirmar que la seguridad jurídica tiene *el mismo valor* que la justicia, al menos sin antes haber aclarado para qué sirve la seguridad jurídica. A este respecto son ilustrativos algunos pasajes dispersos en los que Radbruch sí da cuenta explícita de los beneficios que ésta reporta. Son, por lo menos, éstos: la justicia, los derechos humanos y el orden o paz sociales.

La seguridad jurídica como forma de la justicia.—También a la hora de abordar los conflictos entre justicia y seguridad, Radbruch se refiere a la segunda como una forma de la primera, y a tales conflictos como «conflictos de la justicia consigo misma», añadiendo que «la aplicación uniforme de un Derecho injusto, su aplicación igual lo mismo hoy que mañana, su aplicación a unos y a otros, sin distinciones, corresponde precisamente a aquella igualdad que forma la esencia de la justicia» (*Introducción*, 44). Antes, en su *Filosofía del Derecho*, aparece un texto que, indirectamente, refleja también esta conexión entre justicia y seguridad jurídica: «Despreciamos nosotros al sacerdote que predica contra su convicción, pero honramos al juez que no se deja perturbar en su fidelidad a la Ley por la pugna de su propio sentimiento jurídico; pues el dogma tiene únicamente valor como expresión de la fe, mas la Ley no lo tiene sólo como precipitado de la justicia, sino como garantía de la seguridad jurídica»; pero Radbruch apostilla: «No solemos hablar de un juez «legalista», sino de un juez justo, puesto que todo juez atenido a la Ley, es por eso, y sólo por eso, también al mismo tiempo un juez justo» (*Filosofía*, 112-113); lo cual quiere decir, me parece, que la seguridad jurídica garantizada por el juez vinculado a la Ley es una forma de hacer realidad la justicia. A mayor abundamiento, el mismo argumento se encuentra a la hora de analizar la «psicología del hombre de Derecho», para quien «la justicia (...) es decisiva (...) en un doble sentido: como justicia ideal y como positiva, es decir, en este último caso como seguridad jurídica» (*Filosofía*, 130); y también en el momento de defender el valor de la legalidad incluso en situaciones sociales de enfrentamiento o desigualdad: «Precisamente, por causa de esta propia legalidad, es por lo que la clase sometida puede tener interés en la realización del Derecho establecido por la clase dominante. Por eso, muchas veces en las luchas por el Derecho la clase oprimida se convierte en defensora del orden jurídico con el que se ha cubierto la clase dominante, y esto porque este Derecho, aunque es un Derecho *de clase* es, a su pesar, un *Derecho* de clase, porque con él no surge con plena desnudez el interés de la clase dominante sino cubierto con el ropaje del Derecho, y porque la forma del Derecho [esto es, la forma justa, si no lo entiendo mal], cualquiera que sea su contenido, favorece cabalmente siempre a los oprimidos» (*Filosofía*, 245). Lo que Radbruch parece ponderar

aquí es el valor que cabe atribuir a los principios del imperio de la Ley, el *rule of law* o la fulleriana moral interna del Derecho; no sé si lleva razón en este punto pero, en todo caso, de acuerdo con estas citas, la seguridad jurídica sería una forma de justicia y, por tanto, obtendría su valor de la propia justicia; no se trataría, estrictamente, de *otro* valor, sino de la misma justicia¹⁷.

Seguridad jurídica y derechos humanos.—Un segundo beneficio que se obtiene mediante la seguridad jurídica es la vigencia de los derechos humanos. Ya tuvimos ocasión de comprobar que uno de los límites del relativismo axiológico es el respeto de los «derechos del hombre», que constituyen una «exigencia absoluta» para el derecho (como la democracia o el estado de derecho, pero basta referirse a los derechos para desarrollar el argumento que ahora importa), de manera que «sería un derecho absolutamente injusto la total negación de los derechos del hombre» (*Introducción*, 39). Que los derechos del hombre constituyen una exigencia absoluta para el derecho significa que un sistema normativo no puede ser calificado como derecho si no los reconoce o garantiza. Así lo sostiene Radbruch en particular cuando se refiere al sistema normativo de la Alemania nacionalsocialista: «El carácter de derecho está ausente además en todas las leyes que trataban a los seres humanos como bestias y les negaban los derechos humanos»¹⁸. Siendo así, resultaría que la seguridad jurídica lo sería siempre de un derecho *no absolutamente* injusto (pues en este caso no procedería hablar de derecho ni tampoco, claro, de seguridad jurídica) sino, cuando menos, *parcialmente* justo (como mínimo en la medida en que incorpora los derechos humanos, y la democracia, y los principios del estado de derecho) y, por tanto, podría sostenerse que la seguridad jurídica recibe su valor moral del que, en su caso, quepa atribuir a los derechos humanos, pues cualquier grado de realización de la seguridad jurídica supondría algún grado de garantía de los mismos.

¹⁷ Hernández Marín sostiene que la concepción de la seguridad jurídica como una «especie de justicia» es una novedad en las últimas obras de Radbruch y supone una modificación de tesis anteriores (R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Historia de la filosofía del Derecho contemporánea*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 212-213). Sin duda, en este punto Radbruch se expresa con mayor claridad en la *Introducción* que en la *Filosofía*, pero creo que la tesis de que la seguridad jurídica es una forma de la justicia puede deducirse de las citas de la *Filosofía* que he transcrito.

¹⁸ G. RADBRUCH, «Arbitrariedad legal y Derecho suprallegal» (en ídem, *Relativismo y Derecho*, cit., pp. 25-42), p. 37. La misma idea se avanza en sus «Cinco minutos de filosofía del Derecho» (incluido en el mismo volumen, pp. 71-74). El primer trabajo ha sido traducido también por M. I. Azareto de Vásquez (*Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962), por A. del Campo, en G. RADBRUCH, *El hombre en el derecho* (Depalma, Buenos Aires, 1980), y por J. M. Rodríguez Paniagua, en este caso con el título «Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes», en el volumen colectivo *Derecho injusto y derecho nulo* (Aguilar, Madrid, 1971). El título original es «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», y fue publicado en 1946. El contenido de este trabajo está sustancialmente incorporado a la *Introducción a la filosofía del derecho* y figura también como anexo en las reediciones de la *Rechtsphilosophie* (aunque no en las ediciones castellanas).

De paso, encontraríamos aquí una regla que parecía no haber, que permitiría dilucidar alguno de los conflictos entre los valores que conforman la idea del derecho, y que puede formularse así: en el caso de que los derechos humanos no sean respetados por el derecho positivo, el conflicto entre justicia y seguridad jurídica se resuelve en favor de la primera. Bien es verdad que se trataría de una regla que no resuelve conflictos *jurídicos*, puesto que, en el caso al que se refiere la regla, el derecho positivo no sería en realidad derecho y, por tanto, el conflicto entre justicia y seguridad no sería un conflicto jurídico o un conflicto entre justicia y seguridad «jurídica». En la práctica, Radbruch aplicó esta regla para resolver algunos conflictos surgidos tras la caída del régimen nacionalsocialista, como veremos más adelante. De momento, basta observar que si el derecho positivo siempre ha de garantizar los derechos humanos, entonces el valor de la seguridad jurídica queda suficientemente acreditado.

Seguridad jurídica, orden social y validez jurídica.—Un tercer beneficio que proporciona la seguridad jurídica es el del orden social, al que Radbruch se refiere a la hora de abordar el problema de la validez jurídica y optar por un criterio positivista frente a uno iusnaturalista. Hay una razón para rechazar el segundo, y es que no es posible afirmar con certeza la corrección de norma alguna (desde el punto de vista de su adecuación a fin o justicia material); luego, por tanto, el criterio iusnaturalista de validez jurídica es impracticable. Hay, además, una razón para aceptar el primero, y es la función de seguridad que realiza el derecho positivo, expresada en estos términos: «diríamos que aquella validez [la validez positivista] está fundada en la paz que instituye entre todas las concepciones jurídicas en pugna, en el orden con que finaliza la guerra de todos contra todos» (*Filosofía*, 110; la cursiva es mía). Las palabras resaltadas permiten entender que el valor que cabe atribuir a la seguridad jurídica deriva del valor que cabe atribuir al orden o paz social garantizados por ella; de nuevo, pues, la seguridad jurídica aparece como un valor subordinado o justificado por otros. Por supuesto, la pregunta que hay que plantear inmediatamente es la de cuál es el contenido de ese orden o paz social, una pregunta que no es respondida por Radbruch en ese lugar, aunque cabe imaginar su respuesta a partir de lo visto en párrafos anteriores y de otros textos, como haré en la sección siguiente.

¿Qué significa «validez positivista»?—Antes, no obstante, conviene aclarar el sentido en el que usa la expresión «validez positivista» o «criterio positivista de validez». La validez (*Geltung*) de una norma es entendida como obligatoriedad moral y no como *mera* existencia, vigencia, efectividad, pertenencia, aplicabilidad o cualquier otra cosa¹⁹. No es que Radbruch ignore otras concepciones de la «validez

¹⁹ El traductor castellano (Medina Echavarría) parece dudar sobre cómo traducir «*Geltung*» entre vigencia y validez (véase *Filosofía*, 102 y 104 donde recurre a la disyuntiva «vigencia o validez» y «está vigente o vale» para traducir *Geltung* y *gilt* (G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Koehler, Stuttgart, 1973, pp. 170 y 172).

jurídica» pero, dice, no permiten elaborar una teoría iusfilosófica de la misma, es decir, no permiten fundar la obligatoriedad del derecho; por ejemplo, en relación con algunas teorías sociológicas de la validez, escribe: «imperativo o mandato y fuerza, significan sólo un querer y un poder, que por parte de los destinatarios pueden producir, en todo caso, una necesidad ineludible de cumplimiento (*müssen*), pero no un deber ser (*sollen*), es decir, quizá una obediencia, pero nunca un deber de obedecer» (*Filosofía*, 105-106). Esto es, Radbruch entiende que la validez desde un punto de vista iusfilosófico es, por decirlo con palabras de Ross, «una cualidad apriorística, específicamente moral, llamada también la «fuerza obligatoria» del derecho, que da lugar a una obligación moral correspondiente»²⁰. Esto es claro, pero quizá lo oscurece ante nuestros ojos el hecho de que Radbruch no distingue, en contra de lo que ahora suele ser habitual, entre la validez (en el sentido establecido de obligatoriedad moral) y la mera existencia del derecho, por esta razón: si el derecho existe, esto sólo puede querer decir que es obligatorio, pues la obligatoriedad está inscrita en la idea del derecho y, más allá de eso, en la misma idea de norma; esto es: no tendría sentido pensar en una norma no obligatoria, pero la obligatoriedad sólo puede ser moral, luego no cabe pensar en un derecho que no sea moralmente obligatorio. Esclarecido el sentido que se atribuye a la *validez*, hay que precisar ahora qué se entiende por *validez positivista*. Como Radbruch rechaza la teoría iusnaturalista de la validez (*Filosofía*, 23-25 y 108-109), llama *validez positivista* o *criterio positivista* de validez al que él propone, por oponerse al iusnaturalista y por basarse en la relevancia moral que cabe atribuir a la existencia de un sistema jurídico positivo: la *validez positivista* es, pues, una forma de explicar la obligatoriedad moral del derecho basada en el valor que cabe atribuir al derecho positivo como tal y no en la consistencia del contenido de sus normas con las normas del derecho natural. En síntesis, la asunción del relativismo axiológico exige un criterio de validez jurídica distinto del de la justicia de las normas, basado en el orden social que éstas garantizan (o, lo que es lo mismo, en la seguridad que proporcionan) y, por tanto, independiente de su contenido concreto, pero en la medida en que dicho orden o dicha seguridad queden garantizados.

Un iusnaturalismo de corte hobbesiano.—Ahora bien, el rechazo del llamado criterio iusnaturalista de validez no significa el rechazo del iusnaturalismo como tal; Radbruch es plenamente consciente de que su modo de plantear la validez jurídica exige trascender el límite del derecho positivo, y lo expresa con claridad a la hora de fundamentar la idea del estado de derecho cuando escribe lo siguiente: «Nunca de un ser puede surgir un deber ser, un hecho [...] sólo puede ser normativo en el caso de que una norma le haya conferido a él esa norma-

²⁰ A. Ross, «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural» (en ídem, *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. G. R. Carrió y O. Paschero, Fontamara, México, 1991), p. 26. La lectura de este trabajo puede ayudar a comprender la posición de Radbruch en este punto.

tividad. Nos vemos, pues, obligados a marchar por encima tanto del derecho positivo como del estado, hacia un mundo no de hechos, sino de normas, que no son ya estatales y positivas, sino que *sólo pueden ser de derecho natural* [...] El estado está, pues, sujeto a su derecho positivo por un derecho suprapositivo, natural, *por el mismo precepto del derecho natural con el que únicamente puede fundamentarse la vigencia del derecho positivo*» (*Filosofía*, 242-244; las cursivas son mías). Esto es: la opción por un criterio positivista de validez, aunque distinta de la basada en la concordancia material entre derecho natural y derecho positivo, sigue siendo una opción iusnaturalista, porque sólo desde el derecho natural (o, si se quiere, desde una instancia suprapositiva de función equivalente) piensa Radbruch que puede fundarse la obligatoriedad del derecho. Se trata, acaso, de un iusnaturalismo al estilo hobbesiano, en el que el derecho natural no es considerado *derecho* sino sólo fundamento de validez del derecho y, por tanto, pertenece al ámbito de lo moral y no al ámbito de lo jurídico (y es, en este sentido, un iusnaturalismo positivista como el de Hobbes)²¹. Que la posición de Radbruch sea consistente y, en particular, que su interpretación del criterio tradicional de validez iusnaturalista en la que se apoya, sea correcta, son cuestiones distintas. Respecto de la primera, diremos algo en la última parte de este trabajo; respecto de la segunda, para no remontarnos hasta Santo Tomás, valga recordar la denuncia de Finnis: la cultura jurídica contemporánea parece haber olvidado aquella parte de la doctrina iusnaturalista escolástica en la que se justifica la necesidad del derecho positivo y, en consecuencia, ha malinterpretado reiteradamente la doctrina iusnaturalista sobre la obligatoriedad de las normas injustas, pues no es cierto que esta doctrina haya sostenido alguna vez que ninguna norma positiva injusta obliga²².

3. EL LIMITADO VALOR DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Hasta aquí espero haber resumido todos los elementos relevantes para articular el relato radbruchiano de la seguridad jurídica, y eso es lo que trataré de hacer ahora, haciendo hincapie en las contradicciones, reales o aparentes, que parecen deducirse del conjunto de esos elementos. A mi juicio, la idea central del relato es la siguiente: la seguridad jurídica es la expresión de la garantía jurídica de ciertos

²¹ No parece correcto, por tanto, calificar a Radbruch como positivista a secas, tal como hace H. L. A. HART, «El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral» (en R. M. DWORKIN, comp., *La filosofía del derecho*, trad. J. Sainz de los Terreros, 1980, pp. 35-74), p. 60 (el original inglés está incluido en H. L. A. HART, *Essays in Jurisprudence and Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983). Volveremos sobre este punto.

²² J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights* (Clarendon Press, Oxford, 1980), pp. 351-366.

contenidos materiales del derecho, y sólo es valiosa en la medida en que expresa tal garantía. Estos contenidos han sido identificados previamente como «límites del relativismo», esto es, como aquellos valores respecto de los que no cabe duda de que deben ser garantizados jurídicamente, hasta el punto de que, si no lo son, no nos hallaremos ante un orden *jurídico*; esto es así porque sólo un orden normativo que los garantice permite concebirlo como expresión de la idea de derecho, luego podemos decir, con Alexy, que tales valores tienen una relevancia clasificante: su no reconocimiento impide la juridicidad²³. Así se deduce del conjunto de la obra de Radbruch, donde este mínimo jurídico aparece en varios lugares aunque, en detrimento de la claridad de su construcción teórica, no siempre con el mismo nombre ni siempre en toda su extensión. Ya señalé que donde son más clara y extensamente identificados es en el lugar en el que se señalan los límites del relativismo, pero también se observan bajo la capa del «orden» o «paz» sociales, términos que tienen que referirse necesariamente a la efectividad social de ciertos valores materiales, sean éstos cuales sean, y lo más lógico es pensar que son precisamente aquéllos que no pueden quedar al arbitrio de la voluntad legislativa, porque están *más allá* del relativismo. De este modo, todo orden jurídico realiza un mínimo de moralidad, y es este mínimo el que la seguridad jurídica designa. Ésta es la razón de ser de la validez positivista: cualquier derecho positivo *vale*, es decir, existe normativamente, porque cualquier derecho positivo se ajusta parcialmente a las exigencias de la moral. En consecuencia, la seguridad jurídica no es valiosa sólo, ni principalmente, por garantizar un *procedimiento* moral de ordenación social (aunque también) sino, sobre todo, por garantizar un *contenido* moral a tal ordenación.

Esta configuración material de la seguridad jurídica puede contrastarse con una afirmación como ésta: «La justicia es el segundo gran tema del derecho, el primero, empero, la seguridad jurídica, la paz, el orden» (*Filosofía*, 111); ¿no son acaso la seguridad jurídica, la paz o el orden manifestaciones de la justicia? ¿No son, por tanto, *el mismo tema*? Un texto de Welzel en el que analiza la posición de los relativistas alemanes (Rickert, Weber, Kelsen, Radbruch) puede ayudarnos a responder²⁴. Éstos, explica, son relativistas en cuanto al contenido de las normas del deber ser, pero no cuestionan la dicotomía ser-deber ser, sino que, kantianamente, la presuponen como axioma, «y lo que niegan es tan sólo la posibilidad de afirmar algo sobre su contenido»; esto es, no dudan de la existencia de una dimensión moral en la acción humana²⁵; pero, continúa Welzel, la mera presuposición de la existen-

²³ R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho* (trad. J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1997), p. 32.

²⁴ H. WELZEL, «El problema de la validez del derecho» (en J. M. Rodríguez Paniagua, ed. y trad., *Derecho injusto y derecho nulo*, cit., pp. 71-128), pp. 106-109, de donde se extraen los pasajes citados a continuación.

²⁵ Véase también H. KELSEN, *Teoría pura del derecho* (trad. R. J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986), p. 32: «La distinción

cia de esta dimensión moral conlleva la consecuencia social de que «todo hombre tiene que respetar a los demás hombres como personas igualmente responsables que él mismo», lo cual, en lo que al derecho se refiere, se traduce en que «el reconocimiento del hombre como persona responsable [...] es el presupuesto mínimo de un orden jurídico, esto es, de un orden social de mando que no sólo pretende imponerse por medio de la fuerza triunfante, sino que quiere también obligar como un orden de deber ser». Este reconocimiento de la responsabilidad individual es previo a cualquier elección de fines, e incluso a la justicia, porque está vinculado sólo con la existencia del deber ser, no con su contenido concreto y, por tanto, queda fuera de los márgenes del relativismo. No otra cosa, me parece, es la que expresa Radbruch cuando afirma que «una ordenación jurídica que sólo pretendiera valer para algunos hombres y para algunos casos, no sería derecho, sino arbitrariedad» (*Filosofía*, 244). Así podemos entender que Radbruch otorgue prioridad a la seguridad, paz u orden garantizados por el derecho, si entendemos que con esos términos está aludiendo a las condiciones a priori de un orden normativo, las condiciones que garantizan que tal orden será consistente con la naturaleza moral de sus destinatarios. Siendo así, y recordando cuáles son estas condiciones (igualdad jurídica de todos los seres humanos, derechos básicos, democracia, estado de derecho e incluso socialismo), lo que ahora queda oscurecido es el sentido lógico de los conflictos entre los tres elementos de la idea del derecho (justicia, adecuación a fin, seguridad jurídica), porque no acaba de entenderse cómo podrían entrar en conflicto unos con otros si es cierto que la seguridad jurídica es expresión resumida de todas esas condiciones de posibilidad de una sociedad que garantice el ejercicio de la responsabilidad moral; esto es, si la seguridad jurídica tiene este contenido y es valiosa por esta razón, difícilmente podría colisionar con exigencia alguna de los principios de justicia y adecuación a fin; y si no tiene este contenido, entonces no es valiosa y no puede oponerse en forma de conflicto axiológico a la justicia ni a la adecuación a fin²⁶.

Otras dos piezas de su modelo que no acaban tampoco de encajar ahora son éstas: una, la definición *formal* de la seguridad jurídica, cuando resulta que la única manera de entender su consideración como valor es refiriéndola a un derecho lleno de contenidos muy significativos desde un punto de vista moral; otra, la inclusión del que llama «sistema individualista de valores» entre los contenidos discutibles del derecho, sujetos al relativismo axiológico, cuando resulta que los que considera contenidos mínimos de todo sistema jurídico inclu-

entre ser y deber ser no puede ser explicada más de cerca. Se encuentra inmediatamente dada a nuestra conciencia».

²⁶ Escribe Henkel al respecto que «su concepción [de Radbruch] de la relación entre justicia y seguridad jurídica estuvo sometida a fuertes vacilaciones, no libres de contradicciones, acudiendo a distintas fundamentaciones según que se tratase del establecimiento o de la aplicación del Derecho»; en H. HENKEL, *Introducción a la filosofía del derecho* (trad. E. Gimbernat, Madrid, Taurus, 1968), p. 560.

yen prácticamente todas las exigencias básicas del liberalismo y cuando los otros dos sistemas de valores (el supraindividualista y el transpersonalista) son más bien incompatibles con tales contenidos. En todo caso, lo que a nosotros más nos interesa y debe quedar claro es cuál es el último fundamento de la consideración axiológica de la seguridad jurídica: el respeto de los seres humanos como agentes morales o, si se quiere, el respeto de la libertad individual.

En suma, lo que cabe apreciar en la obra de Radbruch es lo que González Vicén afirmó en su día respecto de la teoría de la seguridad jurídica en general, a saber, que «no es que la seguridad jurídica fundamente la obligatoriedad del derecho, sino que la seguridad jurídica hace posible la realidad de ciertos valores que, ellos sí, son tenidos por esenciales para la vida en sociedad»²⁷. Sucede, sin embargo, que muchos de los defensores del valor de la seguridad jurídica y de su capacidad para fundar la legitimidad del derecho parecen haber olvidado que la seguridad jurídica no vale por sí misma, sino por aquello que garantiza. No es el caso de Radbruch, a pesar de que no siempre lo exprese con claridad. En todo caso, como veremos a continuación y como nota el propio González Vicén, hizo un esfuerzo en este sentido en sus últimos trabajos.

4. EL «GIRO IUSNATURALISTA» Y LA CRÍTICA DEL POSITIVISMO

El giro iusnaturalista de Radbruch tras los años del nazismo y la II Guerra Mundial es un lugar común de la historia de la filosofía del derecho del siglo XX. Trataré ahora de precisar el sentido y alcance de dicho giro y de determinar hasta qué punto afecta a su concepción de la seguridad jurídica. En síntesis, creo que la evolución del pensamiento de Radbruch no debe ser entendida como un viraje del positivismo al iusnaturalismo sino, más bien, como una redefinición de su iusnaturalismo, y que su concepción de la seguridad jurídica no varía sustancialmente.

Tras la caída del nazismo en Alemania, Radbruch publicó algunos trabajos breves, de los cuales el más significativo es quizá «Arbitrariedad legal y derecho suprallegal» (o «Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes»)²⁸. El texto es una reflexión sobre los problemas de legalidad y justicia que surgían en algunos procesos judiciales que se ocupaban de hechos acaecidos durante los años de vigencia del totalitarismo nacionalsocialista, y en él Radbruch vuelve a plantearse, como ya había hecho antes en su *Filosofía del derecho*, la forma en que deben resolverse los conflictos entre seguridad jurídica y justicia. En uno de esos procesos, un tribunal de Wiesbaden

²⁷ F. GONZÁLEZ VICÉN, «La obediencia al derecho», cit., p. 383.

²⁸ Manejo la ya citada traducción de Luis Villar Borda.

declaraba contrarias al derecho natural, y por tanto nulas desde su promulgación, las leyes que declaraban la caducidad de la propiedad de los judíos; en otro, un tribunal de Nordhausen, en Turingia, condenaba a cadena perpetua a un funcionario judicial que había denunciado a un hombre por haber escrito en unos lavabos «Hitler es un genocida y culpable de la guerra», y que después fue condenado a muerte y ejecutado; en un tercer proceso, en Halle, dos verdugos que habían participado en numerosas ejecuciones durante la vigencia del nazismo fueron condenados a muerte; en otro más, en Sajonia, se suspendió el procedimiento iniciado contra un soldado que había desertado del ejército alemán en 1943 y que había matado de un tiro en la espalda a un sargento que lo había descubierto y amenazaba con detenerlo; el sobreseimiento se basó en que el hecho de desertar del ejército alemán en 1943 no debía ser considerado como delito y en que la detención podía acarrearle la muerte, de modo que el fiscal apreció la eximente de estado de necesidad. Estos procesos planteaban conflictos prácticos y concretos entre la seguridad jurídica y la justicia, puesto que la primera orientaba a una decisión conforme con el derecho vigente al tiempo de producirse los sucesos en tanto que la segunda promovía una solución distinta²⁹. Algo similar pasó durante los años noventa cuando tribunales alemanes se encargaron de juzgar ciertas conductas llevadas a cabo por funcionarios y miembros del ejército de la hoy extinta República Democrática Alemana, por ejemplo, la de algunos soldados que disparaban contra los que querían franquear el muro de Berlín; en las argumentaciones de los tribunales y en las discusiones doctrinales al respecto las ideas expresadas por Radbruch en sus últimos trabajos han ocupado un lugar importante³⁰. Lo que a nosotros nos interesa ahora es saber si esas ideas a las que ahora nos referiremos suponen un cambio significativo en la filosofía jurídica de Radbruch y, en particular, si este cambio afecta a la seguridad jurídica.

Unidad o transformación.—De acuerdo con la que Paulson ha denominado «tesis de la transformación»³¹, hasta los años treinta Radbruch había defendido que, en los conflictos entre justicia y seguridad, debía primar la seguridad, pero después, influido por los excesos del nazismo, optó por la primacía de la justicia, expresada en el recurso al dere-

²⁹ Acerca de estos procesos comentados por Radbruch, de algunos más posteriores, y del debate que suscitaron, véase J. FINCH, *Introducción a la teoría del Derecho* (trad. F. Laporta, Labor, Barcelona, 1977), cap. III, «La dicotomía [positivismo-iusnaturalismo] en la práctica», pp. 67-95, con atención especial al debate Hart-Fuller en la *Harvard Law Review* de 1958 (se trata del ya citado trabajo de Hart y de la respuesta de Fuller, «Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart»).

³⁰ Sobre esto puede verse R. ALEXI, «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín» (trad. A. D. Oliver-Lalana), *Doxa* núm. 23, 2000, pp. 197-230.

³¹ S. L. PAULSON, «Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15/4, 1995, pp. 489-500), p. 490.

cho natural³². Por el contrario, de acuerdo con la «tesis de la unidad», Radbruch no habría modificado su opinión respecto de la forma de resolver estos conflictos, y su opinión, antes y después, sería que no existe un criterio unívoco al respecto³³. A mi juicio, la primera tesis, tal como la he formulado, no es correcta, aunque sí es cierto que su pensamiento experimentó alguna variación, pero en otro aspecto; en cuanto a la segunda, la considero básicamente correcta, porque el pensamiento de Radbruch se mantuvo básicamente unitario, aunque debe ser matizada para dar cuenta de esa variación. La primera tesis no es correcta porque Radbruch nunca sostuvo, ni antes ni después, que en los conflictos entre seguridad y justicia, a la hora de decidir si una norma injusta debe considerarse aplicable o no, hubiese un criterio *unívoco* de decisión, si por tal se entiende un criterio que permita resolver todos los conflictos *en el mismo sentido*, luego, por tanto, no puede afirmarse que la prioridad se atribuyese primero a la seguridad jurídica y luego a la justicia. En cambio, tanto antes como después, puede encontrarse un criterio que permite resolver tales conflictos *en un sentido u otro*, y ese criterio es el del nivel de adecuación del derecho positivo a la idea del derecho; sucede, eso sí, que no se trata de un criterio capaz de dirimir sin vacilaciones todos los conflictos. En efecto, en textos anteriores, coetáneos y posteriores al nazismo, Radbruch insistió en la existencia de ese criterio, pero nunca lo consideró unívoco. Empezando por el final, tras la guerra siguió insistiendo en la necesidad de defender la seguridad jurídica, previniendo de la, en ese momento, quizá más fácil, pero peligrosa, opción por la justicia. En 1948 escribía: «[El conflicto entre justicia y seguridad jurídica] no puede ser resuelto de manera unívoca. Trátase de una cuestión de grado»; pero también, y esto es lo que quiero resaltar, que «por regla general, la seguridad jurídica que el derecho positivo confiere justificará también, precisamente en cuanto forma menor de la justicia, la validez del derecho positivo en cierta medida injusto», de manera que «sólo en casos excepcionales, tratándose de leyes extraordinariamente injustas, cabe la posibilidad de desconocer la validez de tales leyes, por razón de su injusticia» (*Introducción*, 44 y 52). Ya señalé que en este texto Radbruch recoge las ideas expuestas poco antes en su artículo «Arbitrariedad legal y derecho supralegal», del cual quiero ahora destacar un fragmento de su párrafo final, que dice así: «Somos más bien de la opinión de que luego de doce años de negación de la seguridad jurídica, es más necesario que nunca esgrimir consideraciones «jurídico-formales» contra las tentaciones que, como se comprende, pueden fácilmente darse en todo aquel que haya presenciado los doce años de peligro y opresión. Noso-

³² Ésta es la opinión sostenida por H. L. A. HART en «El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral», cit., pp. 60 y ss., donde emplea el término «conversión» y otros similares para referirse al cambio de actitud de Radbruch.

³³ La tesis de la unidad fue sostenida, por ejemplo, por E. WOLF, en «Revolution and Evolution in Gustav Radbruch's Legal Philosophy», cit., *passim*. Otros partidarios de la tesis son citados en S. L. Paulson, loc. cit., p. 493.

tros tenemos que buscar la justicia, al mismo tiempo que respetar la seguridad jurídica...»³⁴; es decir, ni siquiera en 1946 renunció Radbruch a la defensa del valor de la seguridad jurídica. Ya en 1938, escribía en un sentido muy parecido que «la preeminencia de uno u otro de estos valores frente a otros no puede ser determinada por otra norma superior –tal norma no existe–, sino únicamente por la decisión responsable de la época», y que en ese momento era el «estado autoritario» el que ponía el bien común en el primer plano, pero «la historia nos enseña que el contragolpe dialéctico no dejará de producirse, y que nuevas épocas, al lado del bien común reconocerán a la justicia y a la seguridad un valor más grande que el que les atribuye el tiempo presente»³⁵. Igualmente, antes hemos visto que en la *Filosofía del derecho* de 1932 Radbruch negaba la existencia de un criterio capaz de solventar decisivamente las contradicciones entre justicia y seguridad jurídica, calificando la relación jerárquica entre ambas como de «validez relativa», para añadir que «la pasada época del positivismo, con fatal unilateralidad, sólo vio la positividad y la seguridad del derecho y ocasionó que por largo tiempo quedara silenciosa la investigación metódica de los fines y hasta de la justicia del derecho establecido» (*Filosofía*, 97 y 101). En definitiva, no puede sostenerse que antes del nazismo Radbruch optase siempre por la seguridad jurídica frente a la justicia a la hora de resolver los conflictos entre ambas, ni que después del nazismo optase siempre por la justicia (es decir, la tesis de la transformación, en estos términos, no es correcta). Ahora bien, tampoco puede sostenerse que Radbruch no cambiase en absoluto, pues el recurso a un derecho natural material le va a permitir perfeccionar el criterio previamente hilvanado.

Recurso al derecho natural.—Radbruch recurre sin duda al derecho natural en sus últimos escritos, y lo hace reiteradamente. En el quinto minuto de «Cinco minutos de filosofía del derecho», de 1945, alude a ciertos «principios de derecho fundamentales que son más fuertes que toda disposición jurídica», que se llaman «derecho natural o derecho racional», y que están recogidos en las declaraciones de derechos del hombre³⁶. En «La renovación del derecho», de 1946, escribe que «hay un derecho más alto que la ley, un derecho natural; un derecho divino, un derecho racional, en una palabra, un derecho suprallegal»³⁷; por último, su *Introducción a la filosofía del derecho* termina proponiendo el derecho natural como camino para solucionar los conflictos entre

³⁴ G. RADBRUCH, «Arbitrariedad legal y derecho suprallegal», cit., p. 42.

³⁵ G. RADBRUCH, «El fin del derecho», en varios autores, *Los fines del derecho. Bien común, justicia, seguridad* (trad. D. Kuri Breña, UNAM, México, 1975), p. 70 (existe otra traducción, de A. del Campo, en G. RADBRUCH, *El hombre en el derecho*, cit., pp. 103-120). El texto es su comunicación ante el Tercer Congreso del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y de Sociología Jurídica, celebrado en Roma entre 1937 y 1938.

³⁶ G. RADBRUCH, «Cinco minutos de filosofía del Derecho», cit., p. 73.

³⁷ G. RADBRUCH, «La renovación del derecho» (incluido en *Relativismo y Derecho*, cit., pp. 11-24), p. 13.

justicia y seguridad jurídica: «el camino para llegar a la solución de estos problemas va ya implícito en el nombre que la filosofía del derecho ostentaba en las antiguas Universidades y que, tras muchos años en desuso, vuelve a resurgir hoy: en el nombre y en el concepto de *Derecho natural*» (*Introducción*, 180). Sin embargo, esta apelación al derecho natural no puede significar que Radbruch girase del positivismo al iusnaturalismo por la sencilla razón de que Radbruch nunca sostuvo una concepción positivista del derecho, o al menos ya no en 1932. Su *Filosofía del derecho* enuncia, como hemos visto ya, un fundamento de validez jurídica de carácter iusnaturalista; es cierto que esta obra contiene algunas observaciones críticas con el iusnaturalismo clásico, pero éstas no suponen la negación de la idea misma del derecho natural sino, más precisamente, otras dos cosas: una, el rechazo de la pretensión iusnaturalista de la posibilidad de enunciar preceptos jurídicos con contenido sustantivo de validez suprapositiva («la pretensión del derecho natural de poder derivar preceptos jurídicos de contenido determinado, invariables y con validez universal», *Filosofía*, 24); y dos, consecuentemente, el rechazo de la tesis iusnaturalista de la validez jurídica, a saber, que tal validez se funda en la consistencia entre el contenido sustantivo del derecho positivo y el contenido sustantivo del derecho natural (por eso se refiere a la «errónea doctrina del derecho natural que al derecho injusto, sólo por eso, le negaba la vigencia, y al derecho justo, tan sólo por serlo, se la reconocía»; *Filosofía*, 108). Sin embargo, ni uno ni otro rechazo suponen la negación de la idea del derecho natural en sí, puesto que es a ella a la que Radbruch se remonta para fundar la obligación de obedecer el derecho positivo (su «validez»). Entonces, ¿en qué consiste su giro iusnaturalista, si es que se produjo? A mi juicio, en la aceptación, siquiera parcial, de las dos tesis iusnaturalistas que antes rechazó: una, que el derecho natural sí tiene un contenido material concreto, el constituido por los derechos humanos; y la otra, que estos derechos sí constituyen un criterio material de validez, que funciona al menos negativamente: si el derecho positivo no los respeta, entonces deja de ser derecho. La consecuencia práctica es que el criterio de resolución de conflictos entre justicia y seguridad jurídica se concreta para los casos en que los derechos humanos estén afectados: en estos casos debe prevalecer la justicia. La relevancia que cabe atribuir al giro de Radbruch depende del modo en que interpretemos su iusnaturalismo anterior. Podemos pensar que éste no era del todo consistente y que el giro le proporcionó al menos una parte de la consistencia que le faltaba; así sería si aceptamos que tras su recurso al orden social que fundaba el valor de la seguridad jurídica y, por tanto, la validez de cualquier derecho positivo, se encontraban valores materiales, de modo que el recurso inicial al derecho natural tenía que serlo a un derecho al menos parcialmente determinado en su contenido por los que hemos denominado «límites del relativismo»; ¿no serían éstos, al fin y al cabo, el contenido del derecho natural? ¿No cabría asociar sus viejas referencias a la igual-

dad jurídica de todos los seres humanos, la tolerancia, la democracia, el estado de derecho, etc., con su nueva referencia a los derechos humanos? ¿No cabe afirmar que si el derecho positivo se aleja radicalmente de la idea del derecho, entonces no es derecho en absoluto? Y si la idea del derecho incluye a los derechos humanos, ¿no cabe afirmar que si el derecho positivo no respeta estos derechos, entonces no es derecho? Si creemos que la respuesta a estas preguntas puede ser afirmativa sobre la sola base de sus textos anteriores a la guerra, entonces el giro de posguerra aportó coherencia interna más que otra cosa y, de paso, para bien o para mal, lo alejó un poco de Hobbes.

Balance de los cambios.—Podemos ahora resumir el resultado de la comparación entre los textos anteriores y posteriores al nazismo y la guerra en los términos que siguen. El pensamiento de Radbruch se mantiene constante en varios aspectos sustanciales: primero, el recurso al derecho natural; segundo, la presencia necesaria de ciertos contenidos sustantivos en la idea del derecho, derivados explícita o implícitamente del derecho natural; tercero, el planteamiento de la relación entre justicia y seguridad jurídica en términos de conflicto; cuarto, la existencia de un criterio para dirimir los supuestos concretos de ese conflicto, que sería la adecuación del derecho positivo a la idea del derecho, y quinto, la concepción de la seguridad jurídica como forma o especie de la justicia. En cambio, los textos de la posguerra contienen los siguientes cambios o novedades: primero, Radbruch modifica el alcance de su iusnaturalismo enunciando con más precisión una parte del contenido del derecho natural (los derechos humanos) y cuál es el efecto de su ausencia en el derecho positivo (la no juridicidad de una norma o de un sistema normativo que no los reconozca); segundo, como consecuencia de lo anterior, aparece formulada una regla para dirimir algunos de los conflictos entre justicia y seguridad: en el caso de que el derecho viole gravemente los derechos humanos, deja de ser derecho y la justicia debe prevalecer sobre la seguridad jurídica, para evitar la «extrema injusticia»; además, en el resto de casos, parece que debería prevalecer la seguridad jurídica; por tanto, habría un criterio más preciso que antes; tercero, encontramos un juicio concreto de valor sobre determinadas normas nacional-socialistas, juicio que establece su «extrema injusticia», lo cual le conduce a negar su carácter jurídico y la consiguiente prevalencia de la justicia sobre la seguridad, y cuarto, la concepción de la seguridad jurídica como forma o especie de la justicia es enunciada con mayor claridad. De todo ello, quizá lo más destacable sea el recurso explícito a la idea de derechos humanos, pero más por constituir un modo distinto, y probablemente más eficaz, de expresar sus creencias liberales y democráticas que porque estas creencias constituyesen una novedad en su pensamiento o porque les atribuyese otra función en su modelo iusfilosófico.

Más que ruptura, pequeña reforma.—Si se acepta el resumen precedente, Alexy estaría en lo cierto cuando sostiene que la «fórmula de

Radbruch» («el derecho extremadamente injusto no es derecho») ³⁸ no es del todo nueva, sino que es el resultado de un «pequeño ajuste» en su «sistema». Con «sistema», Alexy se refiere a la ya aludida *idea del derecho* y a la presencia en ella de tres elementos independientes y en tensión entre sí; el «pequeño ajuste» consiste en que Radbruch sólo tenía que precisar que, cuando existe un conflicto entre justicia y seguridad jurídica, la preferencia por la seguridad jurídica no puede llegar nunca hasta el punto de permitir una injusticia «extrema» ³⁹. El juicio de Paulson es similar y parece también razonable: la tesis de la unidad, incorrecta en sus términos más estrictos, puede aceptarse con una modificación; decir que Radbruch sólo «cambió el acento» desde la seguridad jurídica a la justicia no es suficiente, puesto que hubo de hacer algo más, hubo de «enmendar un error», que consistía en haber asignado un peso excesivo a la seguridad jurídica a expensas de la justicia, lo cual habría de conducir al juez a tener que aplicar incluso la ley extremadamente injusta; la enmienda, obviamente, consistió en redistribuir los pesos y sacar las consecuencias prácticas necesarias, lo cual sería consistente con el resto de sus ideas anteriores ⁴⁰. No cabría desde luego, hablar de «transformación» ni mucho menos, como hace Hart, de «conversión» o de «sorprendente palinodia de su doctrina anterior», porque en su planteamiento inicial se encontraban ya todos los elementos (toda la maquinaria, dice Paulson) necesarios para la corrección del error. Es más, es dudoso que Radbruch cometiese el error que le imputa Paulson, pues incluso el famoso fragmento al que éste recurre (el de la comparación entre el juez y el sacerdote, ya transcrito) permite una lectura compatible con los textos de posguerra. La verdad es que no puede sorprender a nadie que un sistema de filosofía del derecho elaborado en la Alemania del primer tercio del siglo XX hubiese de adaptarse después a un fenómeno tan extraordinario como fue el del estado y el derecho nacionalsocialistas; lo sorprendente es, más bien, que pudiese adaptarse con tan escasa contorsión.

La crítica del positivismo.—Para terminar, consideraremos brevemente la crítica que Radbruch dirigió al «positivismo jurídico» en sus trabajos de posguerra, acusándolo de haber contribuido, siquiera por omisión, al triunfo y vigencia del nazismo, pues «el positivismo, con su convicción de que *ley es ley*, dejó a los juristas alemanes inermes frente a leyes arbitrarias y de contenido criminal» ⁴¹. Esta crítica abo-

³⁸ La más clara expresión de la fórmula se encuentra en la sección III de «Arbitrariedad legal y derecho suprallegal», cit., pp. 34-37.

³⁹ R. ALEXY, «A Defence of Radbruch's Formula» (en D. Dyzenhaus, ed., *Recrafting the Rule of Law. The Limits of Legal Order*, Hart, Oxford, 1999, pp. 15-39), pp. 17 y 32-33.

⁴⁰ S. L. PAULSON, «Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?», cit., pp. 493-494 y 500.

⁴¹ G. RADBRUCH, «Arbitrariedad legal y derecho suprallegal», cit., p. 34; y un poco antes (p. 25), «el principio *ley es ley* [...] fue la expresión del pensamiento jurídico positivista, que dominó casi sin discusión entre los juristas alemanes a lo largo de muchas décadas».

naría la tesis de la transformación de su pensamiento si es una autocrítica, consciente o inconsciente; por otra parte, a menudo se la ha juzgado desencaminada⁴². Podemos, pues, distinguir dos cuestiones: una, si Radbruch llevaba razón en su crítica, y otra, si su crítica implica la modificación de sus ideas anteriores. La tesis crítica de Radbruch («el positivismo ayudó al nazismo») es falsa si por positivismo se entiende «positivismo jurídico metodológico» (sólo el derecho positivo, y todo el derecho positivo, es derecho) y verdadera si por positivismo se entiende «positivismo jurídico ideológico» (el derecho positivo debe ser obedecido). En el primer caso, la tesis es falsa porque, primero, el pensamiento jurídico alemán de los años treinta no sostenía generalmente el positivismo jurídico metodológico y, segundo, porque sostener el positivismo jurídico metodológico no supone de por sí ayuda alguna para un régimen político. En el segundo caso, la tesis es verdadera porque, primero, el pensamiento jurídico alemán de los años treinta (sobre todo el vinculado con el nazismo) sostuvo frecuentemente una concepción del derecho que puede considerarse incluida en el positivismo jurídico ideológico, y, segundo, porque el positivismo jurídico ideológico sí supone una ayuda para los regímenes políticos⁴³.

La pertinencia de la censura de Radbruch al positivismo depende, pues, del sentido que se le deba atribuir, esto es, si se dirige al positivismo metodológico o al ideológico. Sin embargo, parece que Radbruch no se dirige a uno u otro, sino a ambos a la vez, identificando el positivismo con una doctrina que contiene, primero, una tesis sobre el concepto de derecho y, segundo, una tesis sobre la obligatoriedad del

⁴² Véase, sobre todo, H. L. A. HART, «El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral», cit., pp. 60 y ss. Aquí se encuentra seguramente el juicio más conocido, y más duro, que recibieron los trabajos de posguerra de Radbruch. En relación con esta valoración, la réplica de Fuller me parece más atinada en varios aspectos (L. L. FULLER, «Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart», en *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, pp. 630-672; en especial, pp. 655 y ss.).

⁴³ Véase N. BOBBIO, *El positivismo jurídico* (trad. R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993), pp. 227 y ss., sobre las concepciones totalitarias del derecho como manifestaciones de positivismo jurídico ideológico. Véanse E. GARZÓN VALDÉS, «Derecho natural e ideología» y «Notas sobre la filosofía del derecho alemana actual» (ambos incluidos en ídem, *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 145-156 y 235-264, respectivamente); J. A. GARCÍA AMADO, «Nazismo, Derecho y filosofía del Derecho» (*Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VIII, 1991, pp. 341-364); y W. OTT y F. BUOB, «Did Legal Positivism Render German Jurists Defenceless during the Third Reich?», *Social & Legal Studies*, vol. 2, 1993, pp. 91-104, entre otros, para descartar que el pensamiento jurídico alemán de los años treinta pueda ser considerado como positivista jurídico metodológico; buena parte de él puede ser considerado como positivista jurídico ideológico e incluso como iusnaturalista. Sobre la crisis del positivismo jurídico en la Alemania de la época puede consultarse el libro de J. A. ESTÉVEZ ARAUJO, *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 92-122, donde se muestra cómo el positivismo jurídico, al menos en el campo del derecho público, entró en crisis ya antes de la subida de Hitler al poder.

derecho⁴⁴. Obviamente, es posible sostener ambas doctrinas y, de hecho, sostener el positivismo ideológico implica sostener también el positivismo metodológico; sin embargo, la implicación inversa no es correcta, pues muchos positivistas metodológicos no sostienen el positivismo ideológico⁴⁵. El error de Radbruch habría sido, pues, no distinguir conceptualmente entre ambas doctrinas y, por tanto, no distinguir entre las distintas consecuencias prácticas de sostener una u otra. Sin embargo, parece claro que lo que le preocupaba no era tanto el problema de la determinación del concepto de derecho cuanto el problema de la determinación de las condiciones en las que el derecho debe ser obedecido⁴⁶. Era el positivismo ideológico absoluto el que reprobaba, y no hay duda de que llevaba razón en este sentido: si se sostiene el positivismo ideológico absoluto, se está favoreciendo la eficacia de un régimen político⁴⁷. En definitiva, Radbruch observaba correctamente que el nazismo había resultado favorecido por la creencia de muchos juristas de que el derecho positivo debía ser obedecido por el hecho de serlo. Lo que no es correcto es haber confundido tal creencia con otra distinta, la de que el derecho debe ser identificado por sus cualidades formales y no por su concordancia con la justicia⁴⁸.

La segunda cuestión es la de si la crítica de Radbruch al positivismo supone una transformación de su pensamiento, es decir, si se trataba de una autocrítica. Desde luego, no fue una autocrítica consciente y, me parece, tampoco inconsciente, porque Radbruch no puede ser considerado como positivista ni metodológico ni ideológico. Además

⁴⁴ Si no me equivoco, Radbruch se refiere siempre al «positivismo jurídico» o al «positivismo», en singular, tanto en sus textos anteriores a la guerra como en los posteriores.

⁴⁵ Véase N. BOBBIO, *El positivismo jurídico*, cit., p. 238.

⁴⁶ Así lo acreditan textos como éstos: «El jurista no conoce, desde hace cien años que murió el último jusnaturalista entre los juristas, excepción alguna a la validez de la ley y a la obediencia del súbdito frente a ella» («Cinco minutos de filosofía del derecho», cit., p. 71); «[El positivismo] cree haber demostrado ya la validez de una ley cuando el legislador tiene el poder de imponerla. Con el poder podrá quizás fundarse una obligación, pero jamás un deber y una validez» («Arbitrariedad legal y derecho suprallegal», cit., p. 34).

⁴⁷ Sin embargo, Hart escribe: «Radbruch había inferido [...] que el «positivismo» (entendiendo por tal la insistencia en la separación entre el Derecho real y el ideal) había contribuido poderosamente a esos horrores [del nazismo]» (H. L. A. HART, «El positivismo...», cit., p. 62). Esta afirmación, sin otros matices, es una descripción distorsionada de lo que Radbruch había inferido realmente.

⁴⁸ Francisco Laporta imputa a Radbruch haber cometido dos errores: uno, creer que el pensamiento jurídico alemán de preguerra sostenía el positivismo jurídico metodológico, y dos, creer que el positivismo metodológico puede ayudar a sostener un régimen jurídico (como ha quedado dicho, ambas tesis son falsas), y parece atribuirlos a una confusión entre positivismo metodológico e ideológico (véase F. LAPORTA, *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993, pp. 26-27). Creo que tal confusión existe, se basa en una concepción de la validez jurídica como existencia y obligatoriedad a un tiempo, y explica ambos errores; además, permite apreciar el verdadero alcance de los mismos. Si Radbruch hubiese sido interpelado acerca de la conexión entre el positivismo metodológico estricto y el sostén de un régimen político injusto es de suponer que la habría negado.

de todo lo que llevamos dicho ya en este sentido, cabe recordar ahora lo siguiente: no era un positivista metodológico porque su aproximación al derecho no es empírica; en su *Filosofía del derecho* opta explícitamente por una vía deductiva (desde la idea) y no inductiva (desde los fenómenos jurídicos singulares) para construir el concepto de derecho (*Filosofía*, 43-49); además, la negación del carácter jurídico de las normas extremadamente injustas, que podía deducirse ya de su sistema antes de la guerra, tampoco es compatible con el positivismo metodológico. Tampoco era partidario del positivismo ideológico absoluto, puesto que no lo era del metodológico, y particularmente porque invoca la conciencia individual como única sede en la cual se puede decidir si, y en qué casos, el derecho obliga moralmente o no (*Filosofía*, 113). Sí podría ser calificado como una especie de positivista ideológico moderado (obviando, eso sí, el hecho de su no positivismo metodológico), puesto que siempre insistió en que la seguridad jurídica garantizada por el derecho es una razón para obedecerlo, pero sólo una razón *prima facie*, puesto que puede ser superada por otra, a saber, la extrema injusticia del derecho, y esto hemos visto que no debe ser considerado como una novedad de sus escritos de posguerra. Por lo tanto, su ataque al positivismo ideológico absoluto no supone una autocrítica ni tampoco, pues, requería ninguna transformación de su pensamiento. Acaso Radbruch creyó que para censurar el positivismo ideológico absoluto había que enunciar más rotundamente la verdad del derecho natural o el carácter sustantivo de sus normas; no era lógicamente necesario, pero probablemente sí desde un punto de vista pragmático.

Reflexiones sobre el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa

Por CRISTINA HERMIDA DEL LLANO
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

SUMARIO: En este trabajo se analiza críticamente el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, formalmente aprobado por los líderes europeos en la Cumbre de Bruselas de junio de 2004. El texto constitucional no sólo ha incluido la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea con carácter jurídicamente vinculante, sino que ha establecido una verdadera separación de poderes a nivel institucional. De otro lado, el texto goza de ciertos rasgos que pueden considerarse impropios de una Constitución nacional común. Se hace hincapié en las principales aportaciones de la Constitución Europea para todos los Estados miembros de la Unión Europea.

El proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, tras largos debates y retoques sustanciales, terminaría desembocando en la Constitución Europea. El texto constitucional constituye, pues, la culminación de un proceso iniciado en febrero de 2002 con la Convención sobre el futuro de Europa. A pesar del deseo de algunos de que la firma de la Constitución se efectuara en Roma el 9 de mayo de 2004, en vísperas de las elecciones europeas del mes de junio, que le imprimirían el sello de un referendo popular¹, el texto constitucional no sería formalmente aprobado hasta el 18 de junio de 2004². En esta

¹ Vid. GISCARD D'ESTAING, V., Presidente de la Convención Europea, *Declaración de Roma*, Roma, 18 de julio de 2003, pp. 3 y 5.

² En su reunión del 18 de junio de 2004, los Jefes de Estado o de Gobierno dieron su aprobación a los textos que figuran en el documento CIG 81/04, modificados y completados por los textos adjuntos al documento 85/04. Estos documentos contienen las modifi-

fecha, los diez nuevos Estados miembros eran ya miembros de pleno derecho de la Unión. De este modo, los líderes de los Veinticinco, en la Cumbre de Bruselas de junio de 2004, se enfrentaron al reto histórico de pactar una Constitución para Europa, sabiendo que para ello debían conseguir superar tres litigios que sus Ministros de Exteriores no habían resuelto en los casi veintiocho meses de negociaciones transcurridos, desde que se iniciara la elaboración del proyecto: el reparto de poder, el límite a la utilización del derecho de veto y la inclusión o no de una referencia al cristianismo³. Salvados estos escollos, los europeos contamos ya con una Constitución que entrará en vigor tan pronto haya sido ratificada por «todos» los Estados miembros, por lo que se espera que no esté vigente hasta el año 2006⁴. Probablemente, a partir de esta fecha, podamos disfrutar ya de la Carta Magna que velará por nuestros derechos con rango superior a la Constitución de cada país⁵. Con ella, indiscutiblemente, Europa logrará dar «el paso definitivo hacia la unión política: la unión de los ciudadanos y la unión de los Estados miembros»⁶.

La Constitución Europea consta de un Preámbulo⁷ y se divide en cuatro Partes. Precisamente, es en su Parte II donde se recoge

caciones del texto básico de la Constitución recogido en el documento CIG 50/03, junto con sus adendas y corrigendas. Constituyen así el resultado de la Conferencia Intergubernamental. Vide Nota de la Presidencia, con fecha de 18 de junio de 2004, a las Delegaciones. Asunto: CIG 2003 –Reunión de los Jefes de Estado o de Gobierno, Bruselas, 17 y 18 de junio de 2004. PRESID 27. CIG 85/04. Bruselas, 18 de junio de 2004.

³ A estos tres litigios habría de sumarse, finalmente, la fuerte discrepancia entre Alemania y Holanda a costa del Pacto de Estabilidad. Cuestión, esta última, que daría lugar a que en la Cumbre de Bruselas de junio de 2004 los Jefes de Estado o de Gobierno aprobaran una Declaración relativa al Pacto de Estabilidad y Crecimiento, esto es, relativa al artículo III-76 del texto constitucional, la cual debería constar en el Acta Final. Vide Nota de la Presidencia, con fecha de 18 de junio de 2004, a las Delegaciones. Asunto: CIG 2003 –Reunión de los Jefes de Estado o de Gobierno, Bruselas, 17 y 18 de junio de 2004. PRESID 27. CIG 85/04. Bruselas, 18 de junio de 2004, p. 14.

⁴ Vista la experiencia de Tratados anteriores, se considera que el período que transcurre entre el final de una CIG, la firma y la entrada en vigor del Tratado oscila entre uno y dos años.

⁵ Como agudamente ha advertido VIDAL-QUADRAS, A., Vicepresidente del Parlamento Europeo, en «Una Constitución para Europa», *Anuario El Mundo 2003. Constitución y Convención*, Madrid, 2003: «[...] el hecho de aprobar una Ley de leyes europea que corone los sistemas constitucionales nacionales de los Estados miembros, que sienta los principios y valores que inspiran la Unión, que consagre los derechos de sus ciudadanos, que defina sus instituciones, que delimite la distribución de competencias entre la Unión y sus Estados integrantes, que articule los procedimientos de toma de decisión en su seno, que estipule sus fuentes de financiación y que fije las políticas comunes con sus correspondientes modalidades de realización, introduce una perspectiva inédita en la vida de los pueblos europeos, acostumbrados durante siglos a tener conciencia de sí mismos y a proyectar su presencia a través de sus respectivas concepciones nacionales», p. 113.

⁶ Vid. GISCARD D'ESTAING, V., Presidente de la Convención Europea, *Declaración de Roma*, Roma, 18 de julio de 2003, p. 3.

⁷ El Preámbulo comienza con una cita de Tucídides II, 37: «Nuestra Constitución ... se llama democracia porque el poder no está en manos de unos pocos sino de la mayoría». La Constitución se inspira en «las herencias culturales, religiosas y

la CDFUE, texto que apenas se modificó en la Cumbre de Bruselas de junio de 2004⁸. Como es de suponer, ello implica un logro decisivo en el camino del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en el marco de la UE⁹, pues se ha posibilitado que la Carta surta

humanistas». Finalmente, no se incluyó «la herencia cristiana», en contra de la exigencia del Vaticano. Aznar, junto con otros líderes del Partido Popular Europeo, había pedido en la Cumbre de Salónica, celebrada el 20 de junio de 2003, que en el Preámbulo de la Constitución de la UE apareciese una mención al papel de los «valores cristianos» en la conformación de la identidad europea. De nuevo, durante la CIG de octubre de 2003 se discutió el tema de que se mencionaran las raíces cristianas en el Preámbulo de la Constitución Europea. Italia, Polonia, España e Irlanda apoyaron su inclusión. Posteriormente, se mostrarían también partidarios de ello: Alemania, Austria, Holanda y el Vaticano. En cambio, a la introducción de una referencia a la herencia judeo-cristiana se opusieron Finlandia, Francia, Bélgica y Turquía. Finalmente, repito, se aprobaría la Constitución Europea en junio de 2004 sin dicha mención.

⁸ Tan sólo se producen dos variaciones que aparecerán resaltadas aquí en letra cursiva. La primera se encuentra en el párrafo quinto del Preámbulo que ahora dice: «La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, los tribunales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad de Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea». La segunda modificación se sitúa en el artículo II-52, que introduce un nuevo apartado 7: «7. Las explicaciones elaboradas como medio de dar orientación en la interpretación de la Carta de Derechos Fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los tribunales de la Unión y de los Estados miembros». Vale la pena recordar que ya en el Informe de la Presidencia de la Convención al Presidente del Consejo Europeo. CONV 851/03, Bruselas, 18 de julio de 2003, se señaló: «La Convención observa que las “explicaciones” elaboradas a instancias del Praesidium de la Convención de la Carta, y actualizadas bajo la autoridad del Praesidium de dicha Convención, son un importante instrumento de interpretación de la Carta». Por último, resta advertir que en la Cumbre de Bruselas de junio de 2004 se aprobó la siguiente Declaración sobre las explicaciones relativas a la Carta de Derechos Fundamentales, que deberá constar en el Acta Final: «La Conferencia toma nota de las explicaciones relativas a la Carta de los Derechos Fundamentales elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea, que figuran a continuación». Vide Nota de la Presidencia, con fecha de 18 de junio de 2004, a las Delegaciones. Asunto: CIG 2003 –Reunión de los Jefes de Estado o de Gobierno, Bruselas, 17 y 18 de junio de 2004. PRESID 27. CIG 85/04. Bruselas, 18 de junio de 2004, p. 17.

⁹ Hay que destacar la labor que en este sentido realizó el Sector «Derechos humanos» de la Convención Europea durante los trabajos preparatorios al proyecto constitucional. Vale la pena recordar que, dentro de este Sector, en la sesión plenaria de la Convención Europea de los días 24 y 25 de junio de 2002, Bruselas, hay quien propuso una revisión de las disposiciones de la Carta, en especial, de aquellas que resultaran menos protectoras que el acervo comunitario. Por el contrario, también hubo quienes consideraron que era más oportuno no reabrir el debate sobre el conjunto de las disposiciones de la Carta, sino limitarse a las adaptaciones de carácter

verdaderos efectos jurídicos vinculantes¹⁰ y adquiriera un estatuto constitucional, obligando a los Estados miembros a respetar sus disposiciones a la hora de transponer o aplicar el Derecho comunitario¹¹. No obstante, como ha argumentado Balaguer: «Los derechos fundamentales no son categorías constitucionales autosuficientes que permitan dar satisfacción, con su simple enunciación constitucional, a todas las necesidades de regulación de las sociedades. Por el contrario, los preceptos constitucionales sólo son un punto de partida, necesario incluso para el propio equilibrio de poderes, que precisa del desarrollo democrático impulsado por el legislador, con los límites

técnico. A propósito de ello, vide también el informe final del Grupo II «Incorporación de la Carta/adhesión al CEDH» de la Convención Europea, 22 de octubre de 2002, Bruselas, así como el informe resumido relativo a la sesión plenaria de 28 y 29 de octubre de 2002, Bruselas, donde se precisa: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se dirige a las instituciones y órganos de la Unión Europea y a los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión. Por lo que atañe a su integración en el futuro Tratado, el Grupo precisa que: esta integración no atribuirá nuevas competencias a la Unión Europea; se llevará a cabo sin modificar su contenido. Sólo se requerirán, probablemente, algunas modificaciones técnicas del texto de la Carta para garantizar su total compatibilidad con el Tratado de la Comunidad Europea; en caso de que la Carta se convierta en un texto vinculante, serán competentes para conocer de los recursos sobre todo los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, aunque también lo será en algunos casos el Tribunal de Justicia Europeo».

En el anteproyecto de Tratado Constitucional, elaborado por el Praesidium, que fue presentado por el presidente en la sesión plenaria del 28 de octubre de 2002, Bruselas, apareció ya recogida la Carta de los Derechos Fundamentales en el artículo 6 de la parte I dedicada a la arquitectura constitucional, decisión que ciertamente se mantuvo hasta el final.

¹⁰ En este sentido, coincidiría con la opinión de RUBIO LLORENTE, F., defendida en su trabajo «Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)», en García de Enterría, E. (Director) y Alonso García, R. (Subdirector), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, p. 149. Aquí el autor explica cómo con la incorporación de la Carta a los Tratados se conseguiría dotar a la Unión de un repertorio de derechos que valen como creación propia y no como mera derivación de los derechos que resultan de las tradiciones constitucionales comunes o de las obligaciones asumidas por los Estados miembros y que, en consecuencia, desplegarían efectos más amplios que los propios de los principios generales del ordenamiento. De este modo, los derechos funcionarían no únicamente como límites frente a la acción del poder sino como objetivos de la acción de éste. En suma, no se trata tanto de que la Unión consagre su respeto a los derechos para conseguir que el control del Derecho comunitario quede en manos del TJCE y se lleve a cabo sin salir de su propio marco, sino, muy al contrario, de hacer de la plena vigencia de los derechos una de las finalidades de la Unión o, incluso, la finalidad principal.

¹¹ Como precisa MÉNDEZ DE VIGO, I., «La utopía constitucional de Europa», *Anuario El Mundo 2003. Constitución y Convención*, Madrid, 2003: «La atribución de rango constitucional a la Carta otorgará a los ciudadanos europeos plenas garantías jurídicas del respeto a los derechos y libertades en ella proclamados por parte de las instituciones europeas y de los Estados miembros cuando transpongan o apliquen el derecho comunitario», p. 117. También gozan de un notable interés las intervenciones del Sector «Derechos humanos» en la sesión plenaria de la Convención Europea de los días 24 y 25 de junio de 2002, Bruselas.

establecidos por la jurisdicción»¹². Además, al recogerse los cincuenta y cuatro artículos de la Carta en la Parte II del texto constitucional, continúan estando sobre la mesa ciertos problemas jurídicos que concretamente plantean sus disposiciones horizontales (arts. 51 a 54). Del mismo modo, tampoco se disipan los problemas que plantea el hecho de sostener el carácter jurídicamente vinculante de algunos preceptos, como por ejemplo los referidos al capítulo de Solidaridad.

De otro lado, a mi modo de ver, resulta criticable que la Carta y, en consecuencia, la Constitución Europea, haya ignorado política y jurídicamente el grave problema migratorio, como si nada tuviera que ver con los derechos fundamentales en la Unión Europea. Tan sólo se detectan algunos tímidos trazos relacionados con este fenómeno. Un ejemplo es el artículo 14.3 de la CDFUE, que precisa un aspecto relacionado con la diversidad cultural europea, no sólo propia de las identidades de los Estados miembros, sino fruto de la población inmigrante de otros continentes: «Se respetan –dice el texto– de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio [...] el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas». Esta falta de sensibilidad hacia el movimiento migratorio parece ser consecuencia directa de la preocupante tendencia a construir una «identidad pública europea» por oposición a «los otros no europeos», los «no ciudadanos», lejos de la deseada democracia «intercultural»¹³. Es, por todo ello, necesario que, cuanto antes, se lleve a cabo una política comunitaria de integración de inmigrantes legales y no se centre toda la discusión en las medidas a tomar contra la inmigración ilegal y desordenada. Pues la realidad actual y la historia demuestran que por desgracia los Gobiernos enfatizan y creen reforzar el valor seguridad en su acepción más estrictamente represiva, perjudicando seriamente a las libertades¹⁴. Esta actitud en buena parte obedece a la creencia de que basta con conseguir una buena custodia de una frontera común de la UE y una normativa común para abordar la presentación de solicitudes de asilo en distintos países para zanjar por completo el problema. En este

¹² BALAGUER CALLEJÓN, F., «Derecho y Derechos en la Unión Europea», en Corcuera Atienza, J. (Coordinador), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Madrid, 2002, p. 56.

¹³ Sobre ello, vide ZAPATA-BARRERO, R., «Política de inmigración y Unión Europea», en Revista *Claves de razón práctica*, núm. 104, Madrid, julio-agosto 2000, pp. 28 y 32.

¹⁴ Sirva de ejemplo que el 12 de diciembre de 2003, el Consejo Europeo suscribió un documento para endurecer el control de la inmigración: coordinar mejor los controles fronterizos exteriores, mejorando los sistemas en los países adherentes a la UE, vigilar más estrecha y conjuntamente la llegada clandestina de inmigrantes por mar, incluir datos biométricos (huellas dactilares y datos físicos) en los visados y, en el futuro, en los pasaportes y repatriar a los sin papeles con más rapidez. Llama la atención no encontrar en dicho documento ni una sola medida destinada a la gestión o integración de esa inmigración equivalente a la mano de obra que Europa necesita.

sentido, hay que decir que el Consejo Europeo de Bruselas, celebrado los días 17 y 18 de junio de 2004, tomó nota de que durante el primer semestre de 2004 se hubiesen adoptado una serie de nuevas e importantes medidas, entre las que figuran la adopción de la Directiva relativa a los requisitos de asilo y el acuerdo político alcanzado sobre la Directiva relativa a los procedimientos de asilo, el acuerdo político sobre la Directiva relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios y otras cuestiones afines¹⁵.

No obstante, desde mi punto de vista, resulta decepcionante la primera Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar: Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003¹⁶. Es evidente que la reagrupación familiar facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro lo que permite, por otra parte promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad, tal y como se declara en el Tratado¹⁷. Ahora bien, llama la atención que la reagrupación alcance únicamente a los miembros de la familia nuclear, esto es, al cónyuge y a los hijos menores de edad. Es más, se limita el derecho a la reagrupación familiar de los niños mayores de doce años. De otro lado, los miembros de la familia del reagrupante ven reducidos sus derechos a los siguientes: «a) acceso a la educación; b) acceso a un empleo por cuenta ajena o propia, y c) acceso a la orientación, formación, perfeccionamiento y reciclaje profesionales». Salta a la vista que el disfrute de estos derechos no garantiza en absoluto la integración de los nacionales de terceros países.

En este siglo XXI, los inmigrantes necesitan a Europa. Pero Europa necesita también a los inmigrantes. De ahí la importancia de que Europa se haga cuanto antes con una verdadera «estrategia de inmigración». En este sentido, el Consejo Europeo en junio de 2004 pidió que se pusiera en marcha a principios de 2005 la Agencia Europea

¹⁵ Vid. Nota de transmisión de la Presidencia a las Delegaciones. Asunto: Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas (CONCL 2), celebrado los días 17 y 18 de junio de 2004. 10679/04, D/04/2, Bruselas, 18 de junio de 2004, p. 1. A ello hay que añadir que el 10 de marzo de 2004 se aprobó una directiva que elimina la obligación de obtener una tarjeta o permiso de residencia en el país de acogida a partir de los tres meses de estancia. La directiva, que tiene prevista su entrada en vigor dentro de dos años, facilita también la libre circulación de las parejas homosexuales e introduce un derecho permanente de estancia a partir de los cinco años de residencia. A partir de 2006, los ciudadanos europeos que quieran establecerse en otro país deberán como mucho registrarse en el ayuntamiento correspondiente.

¹⁶ Vid. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE)*, de 3 de octubre de 2003.

¹⁷ Ahora bien, según establece la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar: «El derecho a la reagrupación familiar debe ejercerse en el debido respeto de los valores y principios reconocidos por los Estados miembros, especialmente en lo que se refiere a los derechos de las mujeres y los niños, respeto que justifica que se opongán medidas restrictivas a las solicitudes de reagrupación familiar de familias poligámicas».

para la Gestión de Fronteras ¹⁸ mientras que, por su parte, la Comisión propuso una protección común para los refugiados y la conveniencia de gestionar la inmigración legal con cuotas.

El hecho de considerar Constitución al texto que fue aprobado, en un primer momento, por el consenso de la Convención, y, posteriormente, por los líderes europeos aunque con ciertas modificaciones respecto al proyecto de Tratado, no es algo insignificante ni tampoco una mera cuestión terminológica. El artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 proclama: «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución». El proyecto de la Convención ha hecho posible que aquélla sea ahora una auténtica realidad, consciente de que los logros conseguidos por el texto francés a finales del siglo XVIII «conforman barreras culturales que no permiten el paso atrás y fundan elementos básicos de cualquier avance constitucional hacia el futuro» ¹⁹. Parece fuera de toda duda que en el Estado constitucional de Derecho los derechos fundamentales constituyen una pieza esencial del orden constitucional. Como ha advertido Balaguer: «Su reconocimiento constitucional no tiene sólo una función declarativa y garantizadora respecto de los derechos mismos, sino que, en un segundo nivel, sirve también de instrumento básico potenciador del equilibrio de poderes» ²⁰. De ese modo la Constitución Europea no sólo ha incluido la CDFUE, con carácter jurídicamente vinculante, sino que al mismo tiempo ha establecido una división de poderes que se asemeja a la realizada por Montesquieu: «El Parlamento Europeo se ha convertido en un verdadero poder legislativo porque prácticamente todas las leyes europeas requerirán su acuerdo. Este poder legislativo se compartirá con el Consejo Legislativo, formado por representantes de los Gobiernos. El Consejo Europeo y el Consejo de Ministros son el Ejecutivo, compartido con la Comi-

¹⁸ La Nota de transmisión de la Presidencia a las Delegaciones. Asunto: Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas (CONCL 2), celebrado los días 17 y 18 de junio de 2004. 10679/04, D/04/2, Bruselas, 18 de junio de 2004, precisaba: «El Consejo Europeo destaca en particular una serie de prioridades en lo tocante al asilo y a la inmigración. La Agencia Europea de Fronteras, de reciente creación, cuyo correspondiente Reglamento está a punto de ser formalizado, debería entrar en funciones a comienzos de 2005. Debe revisarse la aplicación del Plan para la gestión de las fronteras marítimas. Se invita al Consejo y a la Comisión a que estudien otras propuestas de instrumento financiero para la gestión de las repatriaciones, a partir de la experiencia adquirida hasta la fecha en este ámbito. También se invita al Consejo a que examine las propuestas que figuran en la Comunicación de la Comisión relativa a la entrada en la Unión de personas necesitadas de protección internacional, así como en la Comunicación sobre las relaciones entre la inmigración legal e ilegal», p. 2.

¹⁹ HÄBERLE, P., *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 1998, p. 88.

²⁰ BALAGUER CALLEJÓN, F., «Derecho y Derechos en la Unión Europea», en Corcuera Atienza, J. (Coordinador), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, op. cit.*, p. 45.

sión, que mantiene casi su total monopolio de iniciativa legislativa. El Tribunal de Luxemburgo es el poder judicial, compartido con los tribunales nacionales»²¹. Hay que tener en cuenta que el artículo 18.2 reconoce como instituciones de la UE: el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo²², el Consejo de Ministros, la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia. Llama la atención que no se incluyan ni el Tribunal de Cuentas²³ ni el Banco Central Europeo, a pesar de que en otras disposiciones se reconoce a ambos como instituciones.

Tras proclamar el propio texto que se establece una auténtica Constitución para Europa, que está llamada a sustituir a los actuales TUE y TCE, resulta necesario aludir a ciertos ingredientes o rasgos que se pueden considerar como impropios de una Carta Magna nacional estándar: la Unión extrae sus poderes de los Estados miembros; son los Estados miembros y no los ciudadanos los que la adoptan; se aprueba y modifica por unanimidad; la soberanía y su ejercicio en el exterior no es única, sino complementaria, y sólo inicialmente común. De ahí que existan autores como Vidal-Folch que opinan que «políticamente es casi completamente una Constitución. Formalmente, un Tratado internacional, que sólo puede modificarse por unanimidad»²⁴.

La Parte I de la Constitución Europea se abre con un Título I que reza de la siguiente manera: «De la definición y los objetivos de la Unión». Los dos primeros artículos se refieren a la creación y valores de la Unión respectivamente. Se deja claro que la Constitución «nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa»²⁵ en aras de construir «un futuro común»²⁶. La Unión Europea es así creada por la Constitución,

²¹ BORRELL, J.; CARNERO, C.; LÓPEZ GARRIDO, D., «Una Constitución para la Europa de los 25», Sección de Opinión de *El País*, 19 de julio de 2003, p. 13.

²² Esto es una novedad, ya que las reuniones de líderes no se consideraban como una institución formal.

²³ Vid. Discurso de FABRA VALLÉS, J. M., Presidente del Tribunal de Cuentas Europeo, «Presentación del Informe Anual del Tribunal de Cuentas Europeo de 2002», Bruselas, 27 de noviembre de 2003. Allí el Presidente sostuvo: «El Tribunal ha manifestado su preocupación por que su nombre no aparece en el cuadro institucional junto al Parlamento, Consejo, Comisión y Tribunal de Justicia. La institución encargada del control externo de las finanzas públicas europeas no debe ser situada en ningún caso a un nivel inferior o dependiente de las instituciones que debe controlar. De lo contrario, carecería de la independencia necesaria para cumplir sus funciones. Esta preocupación ha sido comunicada a todos los participantes en la Conferencia Intergubernamental, confío en que sea tenida en cuenta».

²⁴ VIDAL FOLCH, X., «La Constitución Europea», *Revista Claves de Razón práctica*, núm. 135, Madrid, septiembre de 2003, p. 26.

²⁵ No aparece así finalmente la expresión «de los pueblos», que querían federalistas y nacionalistas, debido en parte a la desconfianza que genera el recurso a la expresión «de los pueblos» por no coincidir su ámbito territorial con el de los Estados. No obstante, se mantiene la referencia a los pueblos en otros preceptos como el artículo 1.3 que precisa: «La finalidad de la Unión es promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos».

²⁶ Según ha explicado MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El proyecto de Constitución Europea: reflexiones sobre los trabajos de la Convención», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 15, año 7, mayo-agosto de 2003: «Prima facie podría parecer que es un paso adelante en la dirección apuntada por quienes –todavía de manera

siendo los Estados miembros los que confieren a aquélla «competencias para alcanzar sus objetivos comunes». De este modo, con contundencia, se proclama que la Unión coordinará las políticas de los Estados miembros encaminadas a lograr dichos objetivos y ejercerá, de modo comunitario, las competencias que los Estados miembros quieran transferirle. Muy importante es que la Unión se manifiesta como proceso abierto hacia fuera, al abrirse «a todos los Estados europeos que respeten sus valores y se comprometan a promoverlos en común», conforme al artículo 1.2. ¿Cuáles son estos valores? El artículo 2 aclara esta cuestión: «respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos». En realidad, este artículo sólo se refiere a un núcleo duro de valores, es decir, a una breve lista de valores que responden a dos exigencias: por un lado, se trata de valores de carácter fundamental, dado que se sitúan en el corazón mismo de una sociedad en paz que practica la tolerancia, la justicia y la solidaridad; por otro lado, tienen un contenido jurídico básico claro y no controvertido, de manera que los Estados miembros pueden conocer fácilmente las obligaciones sancionables que de él se desprenden. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad que se caracteriza por «el pluralismo, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la no discriminación». Precisamente una de las finalidades de la Unión va a consistir en la promoción de estos valores, según proclama el artículo 3.1 de esta primera Parte ²⁷. Al mismo tiempo, la Unión se abre a todos los Estados europeos que respeten estos valores y se comprometan a promoverlos en común, según reza el artículo 57.1. Esto quiere decir que para poder pertenecer a la UE se considera requisito indispensable el respeto de los valores del artículo 2 ²⁸. Por otra parte, conforme al artículo 57.2, el Estado europeo que quiera convertirse en miembro de la Unión ha de dirigir

minoritaria— sostienen la existencia de un pueblo europeo (*europäisches Volk*) que se articula a partir del incipiente concepto de ciudadanía europea (arts. 17-22 TCE). O al menos de las posiciones para las que el concepto de Constitución postnacional no precisa al “pueblo” —al *Mhytos Volk* al que se refieren autores como PERNICE— como poder constituyente, sino que serían los ciudadanos (de los Estados miembros) los titulares del mismo. En cualquier caso, no deja de ser un asentamiento del concepto de ciudadanía que emanó del Tratado de Maastricht», p. 538.

²⁷ La Unión Europea se ha visto así obligada a denunciar el retroceso de la democracia en Irán, tras el triunfo arrollador en las urnas de los más conservadores a mediados de febrero de 2004. No obstante, ha venido reafirmando su deseo de mantener un diálogo abierto con este país situado fuera del ámbito europeo.

²⁸ Pensemos en que el ingreso de Turquía en la UE está supeditado al cumplimiento de los criterios de Copenhague que en realidad contemplan los valores del artículo 2: cumplir con el respeto de los derechos humanos, de la democracia y de los principios del Estado de Derecho. Mientras que Alemania apoya el ingreso en la UE de Turquía, por su parte, Holanda y Austria se muestran reticentes. La última palabra la tendrán los líderes europeos en una Cumbre prevista para diciembre de 2004, aunque los líderes de los Veinticinco dieron en la Cumbre de Bruselas de junio de 2004 un nuevo empuje a la candidatura turca al elogiar «los significativos avances realizados hasta la fecha en el proceso de reformas». Vide «Address by Pat Cox to the European Council», Bruselas, 17 y 18 de junio de 2004.

su solicitud al Consejo, quien decide por unanimidad, previa consulta a la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Del mismo modo aquel Estado miembro que decida retirarse voluntariamente de la Unión Europea ha de notificar su decisión al Consejo Europeo, de acuerdo con el artículo 59. Por último, conforme al artículo 58, en caso de que el Consejo Europeo constate por unanimidad que existe una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores recogidos en el artículo 2, podrá adoptar, por mayoría cualificada, una decisión europea que suspenda determinados derechos derivados de la aplicación de la Constitución al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del Estado miembro en el Consejo. Esta decisión podrá ser modificada o revocada, por mayoría cualificada, por el Consejo en función de los cambios que se hayan podido producir en la situación que motivó su imposición. En mi opinión, resulta en cierto modo sorprendente que no se prevea en la Constitución Europea la expulsión del Estado miembro que viola ininterrumpidamente valores tan esenciales como los recogidos en el artículo 2, posibilidad que en cambio sí contempla el Estatuto del Consejo de Europa.

El artículo 5 del Título I merece una pequeña reflexión desde el momento en que en la parte final de su apartado 1 se sostiene que la Unión «respetará las funciones esenciales del Estado, en particular las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial...». Referencias como ésta tienen un especial significado para España, al cerrar la posibilidad de que movimientos soberanistas o separatistas puedan intentar un reconocimiento como nuevos Estados de la Unión, una vez que forman parte ya de otro Estado. Se debe, pues, a España su introducción en el articulado, vetando cualquier intento de autodeterminación ²⁹.

El Título II de la Constitución Europea, «De los derechos fundamentales y la ciudadanía de la Unión», apunta aspectos importantes. Merece la pena detenerse en su primer artículo (art. 7) por dedicarse a los «Derechos Fundamentales». El artículo 7.1 avanza ya que la CDFUE se recoge en la segunda Parte de la Constitución, reconociendo la Unión los derechos, libertades y principios ahí enunciados. Con ello se consigue mantener intacta la estructura de la Carta y evitar que se alargue la primera Parte de la Constitución. Al mismo tiempo, al mencionarse la Carta en uno de los primeros artículos de la Constitución se recalca su valor constitucional. El artículo 7.2 se refiere a un tema de notable importancia: la adhesión por parte de la Unión al CEDH. Tal y como se formula el apartado 2 del artículo 7, parece que la Unión ha de procurar adherirse

²⁹ Interesa recordar que el 9 de diciembre de 2003 Zapatero remitió a Aznar una carta en la que le pedía que instara en el Consejo Europeo a que la UE rechazara el Plan Ibarretxe por resultar incompatible con el entonces proyecto de Constitución Europea. La UE no reconoce el derecho de autodeterminación en el interior de una Unión compuesta por Estados democráticos que «no son países colonizados». La UE respeta la integridad territorial de los Estados y no acepta segregaciones unilaterales de su territorio. La figura pretendida por Ibarretxe no sería ni Estado ni Región, sino —según se dijo— una suerte de «fragmento de Estado».

en el futuro a este texto internacional, sin excluirse con ello que se pueda también adherir a otros Convenios en materia de derechos humanos ³⁰. Además se explicita en el artículo 7.2, *in fine*, que «la adhesión a dicho Convenio no afectará a las competencias de la Unión que se definen en la presente Constitución». El hecho de que se mencione expresamente el CEDH se debe a que se ha querido de una vez por todas acabar con la discusión de si la Comunidad tiene competencias o no para adherirse a él, cuestión que como se sabe negó el TJCE en el dictamen de 1996 ³¹.

³⁰ De hecho, ello se posibilita gracias a otras bases jurídicas que aparecen previstas en la Constitución (a saber, las distintas políticas que presentan un vínculo con esos convenios, o incluso la cláusula de flexibilidad contenida en el art. 17 de la Primera Parte).

³¹ Tal y como declaró el Informe final del Grupo II: «Incorporación de la Carta/ adhesión al CEDH» dentro de la Convención Europea el 22 de octubre de 2002, Bruselas, son muchos los principales argumentos políticos y jurídicos en pro de la adhesión de la Unión al CEDH: «Dado que la Unión reafirma sus valores propios a través de su Carta, la adhesión al CEDH daría un mensaje político claro en cuanto a la coherencia entre la Unión y la «Europa en sentido amplio», reflejada en el Consejo de Europa y su sistema paneuropeo de protección de los derechos humanos.

La adhesión al CEDH daría a los ciudadanos una protección análoga frente a actos de la Unión de que disfrutaban actualmente frente a todos los Estados miembros. Esto parece constituir una cuestión de credibilidad, por cuanto los Estados miembros han transferido múltiples competencias a la Unión y se ha establecido la adhesión al CEDH como condición para la adhesión de nuevos Estados a la Unión.

La adhesión sería un instrumento ideal para garantizar el desarrollo armonioso de la jurisprudencia de los dos tribunales europeos de derechos humanos; en opinión de algunos, este argumento cobra aún más fuerza con miras a la posible incorporación de la Carta en los tratados. Debe mencionarse, igualmente, a este respecto, los problemas que se derivan de la no participación de la Unión en el sistema judicial de Estrasburgo en los casos en que el Tribunal de Estrasburgo debe pronunciarse indirectamente sobre el Derecho comunitario sin que la Unión pueda defenderse ante dicho Tribunal ni disponga de un juez en el mismo que garantice la experiencia necesaria en el Derecho de la Unión (...) Tras la adhesión, el Tribunal de Justicia seguiría siendo el único árbitro supremo de las cuestiones de Derecho de la Unión y la validez de los actos de la Unión; no podría considerarse al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como un Tribunal Supremo, sino como un tribunal especializado que ejerce un control externo sobre las obligaciones de Derecho internacional de la Unión derivadas de su adhesión al CEDH. La posición del Tribunal de Justicia sería análoga a la actual posición de los tribunales constitucionales o supremos nacionales respecto al Tribunal de Estrasburgo». Además «permitiría a los ciudadanos gozar a escala de la Unión de la misma protección de los derechos fundamentales que disfrutaban en sus países;

sólo debería surtir efectos en la medida en que afectara al Derecho de la Unión Europea;

no crearía nuevas competencias;

no implicaría que la Unión Europea se convirtiera en miembro del Consejo de Europa;

no afectaría a las posiciones individuales de los Estados miembros en relación con el CEDH».

Vid. Conclusiones a las que llegó el Grupo de Trabajo «Carta», presidido por Antonio Vitorino, dentro de la Convención Europea, en octubre de 2002, sobre «la posibilidad (independiente de la integración de la Carta en el tratado) de que la Unión Europea se adhiriera al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)». Según defendieron, correspondería al Consejo de Ministros de la Unión Europea decidir por unanimidad cuándo y de qué modo se efectuaría tal adhesión. El Grupo propuso la creación de una base jurídica que hiciera posible la adhesión.

Me gustaría dejar claro que el Consejo de Europa insistió durante los trabajos de la Convención Europea, concretamente en un importante Memorandum transmitido a los miembros de la Convención en noviembre de 2002³², en que la UE debía adherirse al CEDH, adhesión que – por cierto, aclaraba el texto– en ningún caso modificaría los poderes y tareas de la Unión según quedaran definidas por el futuro Tratado constitucional. Es más, el Secretario General del Consejo de Europa insistiría en que las disposiciones del Tratado constitucional no debían afectar a la colaboración de sus miembros en el funcionamiento del Consejo de Europa. Por último, el artículo 7.3 reconoce expresamente la práctica judicial que ha venido llevando a cabo el TJCE, al considerar que «los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, forman parte del Derecho de la Unión como principios generales». De este modo ahora ya no cabe dudar más de dónde han de derivarse los principios generales del Derecho de la UE. No obstante, debe realizarse una interpretación extensiva de este apartado, ya que aunque sólo se refiere como texto internacional al CEDH se sobreentiende que no es el único del que cabe derivar principios generales. De otro lado, esta disposición 7.3 concluye que la integración de la CDFUE en la Parte II de la Constitución no impide que el Tribunal de Justicia pueda recurrir a las fuentes referidas para reconocer otros derechos fundamentales que podrían derivar, por ejemplo, de la posible evolución futura del CEDH y de las tradiciones constitucionales comunes. Como señaló el documento CONV 528/03, de 6 de febrero de 2003: «Ello es conforme a la doctrina constitucional clásica, que nunca interpreta como exhaustivos los repertorios de derechos fundamentales de las constituciones, con lo que admite el reconocimiento jurisprudencial de nuevos derechos en función de la evolución de la sociedad»³³.

El artículo 8 del Título II de la primera Parte de la Constitución se dedica al tema de la «Ciudadanía de la Unión», cuestión también fundamental desde nuestra perspectiva. En primer lugar, taxativamente se precisa en el apartado 1 que «toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro posee la ciudadanía de la Unión, que se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla». La definición de la ciudadanía de la Unión asume la posición del TCE. Además, con ello se pretende consagrar el principio de igualdad entre todos los ciudadanos europeos. El apartado 2 indica algo muy importante, y es que los ciudadanos de la Unión no son sólo titulares de derechos sino también de «deberes»,

³² Nota de la secretaría del Consejo de Europa, transmitida por Sören Lekberg, miembro de la Convención a la Convención. Memorandum by the Secretary General of the Council of Europe. «Freedom, Security and Justice for the whole of Europe». CONV 427/02. *op. cit.* Concretamente, vid. *Appendix: Draft clause on cooperation with the Council of Europe*, ibídem, p. 8.

³³ Vid. Anexo II «Nota explicativa» del Proyecto de los artículos 1 a 16 del Tratado Constitucional. CONV 528/03, Bruselas, 6 de febrero de 2003, p.13.

todos ellos previstos en la Constitución. Como derechos constitutivos de la propia noción de ciudadanía de la Unión se reconocen los siguientes: «de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado³⁴; de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse por escrito a las instituciones y organismos consultivos de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y de recibir una contestación en esa misma lengua». Todos estos derechos enumerados de los ciudadanos coinciden con los derechos contenidos actualmente en la parte que se dedica en el TCE (arts. 17 a 22) a la ciudadanía³⁵. El apartado 3 se ocupa de aclarar que estos derechos se ejercerán de acuerdo con «las condiciones y límites definidos por la Constitución y por las disposiciones adoptadas para su aplicación»³⁶.

³⁴ Es digno de destacar que el Parlamento Federal Belga aprobó el 20 de febrero de 2004 por 80 votos a favor, 58 en contra y 3 abstenciones una Ley que otorga el derecho de voto en las elecciones municipales a los más de 154.000 extranjeros no comunitarios censados en Bélgica, pero no les permite presentarse como candidatos. La nueva Ley establece las siguientes condiciones: deben tener su papeles en regla; residir en Bélgica durante, al menos, cinco años; firmar una declaración en la que se comprometen a respetar la Constitución, las leyes y la Convención Europea de Derechos Humanos. Una vez que el ciudadano extracomunitario se haya inscrito en el censo electoral deberá votar en todos los comicios locales, pues el sufragio resulta obligatorio en Bélgica. Sobre la importancia de que se reconozca a los extranjeros residentes, y no sólo a los procedentes de países de la UE, el derecho de voto en las elecciones autonómicas y al Parlamento Europeo, en aras de favorecer su verdadera integración, ha insistido IBÁÑEZ, J. G.; «La regulación de las intervenciones bélicas y Europa, reformas anheladas», *El País*, 6 de diciembre de 2003, p. 18.

³⁵ El derecho de acceso a los documentos de las instituciones, actualmente consagrado en el artículo 255 TCE, se recoge en el Título VI «De la vida democrática de la Unión», artículo 49.3 del texto constitucional. En cuanto al derecho a una buena administración, aparece consagrado en el artículo 41 de la Carta, concediéndose este derecho a «toda persona». Según ha precisado MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., en relación con el artículo 8.2, en su trabajo «El proyecto de Constitución Europea: reflexiones sobre los trabajos de la Convención», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 15, *op. cit.*: «Resalta particularmente el problema de las repeticiones innecesarias y la disparidad de contenidos de este precepto respecto a los recogidos en la Parte II (art. II-39 a 46), donde, además de los derechos recogidos en el artículo I-7.2, se incluyen otros como el derecho de buena administración (art. II-41) o el derecho de acceso a los documentos del actual artículo 255 TCE (art. II-42). Tampoco puede olvidarse la insuficiencia de recursos financieros para atender adecuadamente los derechos sociales o el quizá insuficiente *ius standi* del particular ante el Tribunal de Justicia», p. 545.

³⁶ Según el Anexo II «Nota explicativa» del Proyecto de los artículos 1 a 16 del Tratado Constitucional. CONV 528/03, Bruselas, 6 de febrero de 2003, p. 14, las disposiciones más específicas y las bases jurídicas que se refieren al establecimiento de las condiciones y límites del ejercicio de estos derechos (véanse el art. 18.2, la segunda frase de los apartados 1 y 2 del art. 19, la segunda frase del art. 20 y los

El Título III de la primera Parte de la Constitución Europea aparece rotulado así: «De las competencias de la Unión». El Consejo Europeo de Niza había pedido que la Convención se dedicara a estudiar «la forma de establecer y supervisar una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, que respete el principio de subsidiariedad». De un modo más conciso, el Consejo Europeo de Laeken exigió que la Convención examinase «el modo de hacer más transparente el reparto de competencias», «si hay que proceder a un reajuste en el reparto de competencias», y cómo garantizar el reparto renovado de competencias, sin por ello debilitar la dinámica europea. Todos estos temas fueron objeto de debate en el pleno y los grupos de trabajo de la Convención. Los artículos elaborados pretenden alcanzar una serie de objetivos: *a)* Definir con claridad los principios fundamentales que rigen la delimitación de competencias entre la Unión y los Estados miembros y la aplicación de las de la primera (así como las normas de aplicación de estos principios). *b)* Definir las distintas categorías de competencias de la Unión. El factor determinante para establecer estas categorías ha sido el alcance de la competencia legislativa conferida a la Unión en relación con la de los Estados miembros, según la competencia incumba únicamente a los miembros (competencia compartida) o siga incumbiendo a los Estados miembros (ámbitos de apoyo). *c)* Indicar los ámbitos que entran en cada categoría de competencias ³⁷ (...). *d)* Conforme al deseo de gran parte de los miembros de la Convención, incluir una disposición que permita cierta flexibilidad ³⁸, a fin de que la Unión pueda reaccionar ante circunstancias imprevistas» ³⁹.

Pasemos ahora a examinar el contenido de ciertas disposiciones del Título III de esta primera Parte de la Constitución Europea. El artículo 9, con el que comienza este Título, especifica los «Principios fundamentales». Su apartado 1 es contundente: «La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y

arts. 194 y 195 del TCE) figuran en otro lugar del Tratado. Lo mismo ocurre con la disposición actual del artículo 22 del TCE, que habla del posible desarrollo ulterior de los derechos de los ciudadanos.

³⁷ Con el fin de no fijar un catálogo rígido de competencias compartidas, el artículo 13.2 deliberadamente habla de «ámbitos principales». De este modo se evita tener que especificar cada ámbito de competencia compartida. La definición detallada y el alcance de cada uno de los ámbitos se ofrece en otro lugar del texto constitucional.

³⁸ Esta cláusula de flexibilidad ha sido recogida en el artículo 17 de la Constitución Europea. Según precisa su apartado 1: «Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en la Parte III para alcanzar uno de los objetivos fijados en la presente Constitución, sin que ésta haya previsto los poderes de actuación necesarios al efecto, el Consejo de Ministros, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes».

³⁹ Anexo II «Nota explicativa» del Proyecto de los artículos 1 a 16 del Tratado Constitucional. CONV 528/03, Bruselas, 6 de febrero de 2003, pp. 15-16.

proporcionalidad». Los apartados 2, 3 y 4 se ocupan de aclarar las implicaciones que conllevan cada uno de estos principios. Merece la pena destacar que la mención al papel de los Parlamentos nacionales en el apartado 3 del artículo 9 pretende resaltar la importancia de éstos en el control del principio de subsidiariedad, al estar legitimados para poder acudir al TJCE por violación del principio de subsidiariedad o invasión de competencias. En realidad se pretende combatir con ello el criticado «déficit democrático», a través de un mecanismo de «alerta temprana» que exige a la Comisión que les informe y les consulte ⁴⁰.

En cuanto a las instituciones de la Unión Europea, la Convención trabajó abordando los aspectos institucionales como una función de fondo. De este modo se estudiaron detenidamente durante meses las competencias, los instrumentos y los procedimientos de las instituciones. Los criterios primordiales de los debates de la Convención fueron «la simplicidad, la eficacia y la legitimidad democrática, no la preocupación por particulares intereses institucionales». Al estudiar la manera de perfeccionar el funcionamiento de las instituciones, la Convención consideró válidos los siguientes principios: en primer lugar, «la ampliación supone un reto para la eficacia de todas las instituciones»; en segundo lugar, «lograr la eficacia de cada uno será útil para todos»; en tercer lugar, «el equilibrio institucional es importante»; por último, «idealmente los cambios deben garantizar una mayor estabilidad en el tiempo» ⁴¹. Principalmente, fueron dos los motivos que condujeron a la Convención a debatir sobre el funcionamiento de las instituciones: por una parte, las consecuencias del incremento del número de Estados miembros a raíz de la ampliación; por otra parte, la necesidad de adaptar las instituciones para que pudiesen hacer frente adecuadamente al reto de los nuevos objetivos políticos, tales como la política exterior, la defensa, la seguridad interna y la justicia ⁴².

En lo que a defensa se refiere, hay que destacar la ampliación de las misiones Petersberg. Según el artículo 40 de la Constitución Europea, la UE podrá recurrir a sus medios civiles y militares fuera de la Unión que tengan por objetivo garantizar el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de la seguridad internacional, con arreglo a los principios de la Carta de las Naciones Unidas. La PESD incluirá la definición progresiva de una política común de defensa de la Unión. Ésta conducirá a una defensa común una vez que el Consejo

⁴⁰ Tal y como explica el trabajo *Summary of the agreement on the Constitutional Treaty*, Bruselas, 21 de junio de 2004, los parlamentos nacionales tienen que estar informados de todas las nuevas iniciativas de la Comisión y si un tercio de ellos considera que la propuesta viola el principio de subsidiariedad, la Comisión deberá revisar su propuesta.

⁴¹ Vid. «Documento de reflexión elaborado por la Secretaría de la Convención y aprobado por el Praesidium», titulado: *El funcionamiento de las instituciones*. CONV 477/03, Bruselas, 10 de enero de 2003, especialmente, pp. 2, 11 y 12.

⁴² Vid. *Informe resumido de la sesión plenaria de la Convención Europea*, celebrada los días 20 y 21 de enero de 2003. CONV 508/03, Bruselas, 27 de enero de 2003.

Europeo lo haya decidido por unanimidad. Del mismo modo se prevé que países que quieran adquirir compromisos más elevados en materia de capacidades militares y que suscriban entre sí compromisos más vinculantes con miras a realizar las misiones más exigentes, podrán formar un grupo aparte («cooperación estructurada») para avanzar más hacia una defensa común, de acuerdo con el artículo 40.6 de la Constitución Europea. Si uno de ellos es atacado, los demás acudirán en su ayuda. Durante la CIG de finales de 2003, se rebajó la redacción de la cláusula de defensa mutua (art. 40.7), tal y como había sido formulada por la Convención sobre el futuro de Europa. Los líderes europeos aprobaron el documento del Alto Representante para Política Exterior, Javier Solana, sobre «Una Europa segura en mundo mejor». «Estrategia europea de seguridad». También difundieron una solemne declaración sobre la necesidad de reforzar el lazo transatlántico, contrapeso tranquilizador para Washington. En cuanto a las denominadas «cooperaciones estructuradas» se trata de iniciativas de defensa contempladas en el texto constitucional entre socios que se comprometen a ir más lejos y más rápido. París, Londres y Berlín comunicaron el 10 de febrero de 2004 a los demás socios un plan para crear unidades de combate conjuntas, de un millar y medio de soldados más o menos, con capacidad para desplegarse en quince días para misiones de paz de hasta cuatro meses, con mandato de la ONU en países en crisis, especialmente, en África. Tras la cumbre en Bruselas de 17 y 18 de junio de 2004, se espera que estos batallones de combate de élite estén disponibles para la UE en 2007. Del mismo modo, los líderes europeos acordaron que para antes de 2005 esté ya completamente operativa la célula de planificación militar para misiones de gestión de crisis autónomas europeas. Por último, se dieron los pasos definitivos para la puesta en marcha de la agencia europea de armamento destinada al desarrollo de proyectos conjuntos de defensa, investigación y adquisición de material militar. En opinión de Jürgen Habermas, «el «núcleo europeo» es, pues, ya una realidad». Para él, no hay más que mirar al texto de Constitución Europea para ver el nombre de «cooperación estructurada», opción de la cual han hecho uso Alemania, Francia, Luxemburgo, Bélgica y Gran Bretaña para la construcción en común de unas Fuerzas Armadas europeas propias. El filósofo alemán añade: «La idea de una política exterior y de seguridad común impulsada por el núcleo europeo despierta ciertos temores en una situación en la que, tras la ampliación hacia el Este, la UE apenas es gobernable; temores, sobre todo, en los países que se resisten –por buenas razones históricas– a una integración de mayor alcance. Algunos Estados miembros quieren asegurar su espacio de acción nacional. Están más interesados en el modo intergubernamental preponderante existente que en el fortalecimiento de instancias supranacionales con un funcionamiento regulado mediante decisiones por mayoría en un ámbito de políticas siempre cada vez más amplio (...). El empuje hacia una política exterior y de seguridad en torno al núcleo europeo llega en el justo momento en que *en toda Europa* la mayoría de

la población rechazaba participar en la aventura de Bush en Irak (...). La justicia entre las naciones no puede ser lograda por la vía de una moralización, sino tan sólo mediante la juridificación de las relaciones internacionales»⁴³.

También en materia de defensa de enorme trascendencia es la «cláusula de solidaridad» del artículo 42: si un Estado sufre un atentado terrorista o una catástrofe natural o de origen humano, la Unión movilizará todos los medios de que disponga, incluidos los militares, para asistir al agredido incluso en su territorio a petición de sus autoridades políticas. Se podrán usar esos medios para «prevenir el riesgo de terrorismo en el territorio de los Estados miembros». Por primera vez, el terrorismo queda incorporado a la PESC. Los líderes de los Veinticinco en la Cumbre de Bruselas, celebrada los días 17 y 18 de junio de 2004, no sólo aprobaron esta cláusula de solidaridad sino que constataron la aprobación de la directiva de protección a las víctimas del terrorismo y la creación de una unidad operativa antiterrorista en Europol. Entre los asuntos pendientes quedan, pues, el registro de datos de los pasajeros aéreos, el uso de los datos de las comunicaciones y el acuerdo sobre los pasaportes con datos biométricos. Además, se espera que a lo largo de 2004 sea lanzada una política «coherente» contra la financiación del terrorismo. No está de más hacer notar que desde el Consejo Europeo de marzo de 2004, que creó un plan para blindarse contra el terrorismo, tras los terribles atentados terroristas perpetrados el 11 de marzo en Madrid, los líderes han nombrado un coordinador antiterrorista (el holandés Gijs de Vries) y aprobado la propuesta del Alto Representante Javier Solana de poner en marcha una unidad de inteligencia (el embrión de una CIA europea no operativa, sólo analítica de amenazas) de unos 40 expertos nacionales⁴⁴.

Por último, hay que hacer notar que por sugerencia española el artículo 49 de la Tercera parte del Tratado constitucional contempla lo siguiente: «Cuando sea necesario lograr los objetivos establecidos en el artículo III-158, en particular en lo que se refiere a la prevención y lucha contra la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico de seres humanos, podrá definirse mediante leyes europeas un marco de medidas sobre movimiento de capitales y pagos, tales como la inmovilización de fondos, activos financieros o beneficios económicos cuya propiedad, posesión o tenencia ostenten personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales. El Consejo de Ministros adoptará, a propuesta de la Comisión, reglamentos o decisiones europeos a

⁴³ Vid. HABERMAS, J., «Sobre la guerra, la paz y el papel de Europa», *Revista Claves de razón práctica*, núm. 140, Madrid, marzo de 2004, pp. 50 y 53. Sobre ello, también, ha insistido FISCHER, J., «Die Rekonstruktion des Westens», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 6 de marzo de 2004, p. 9.

⁴⁴ Vid. «Nota de transmisión de la Presidencia a las Delegaciones. Asunto: Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas (CONCL 2)», celebrado los días 17 y 18 de junio de 2004. 10679/04, D/04/2, Bruselas, 18 de junio de 2004, pp. 2-4.

fin de aplicar las leyes mencionadas en el primer párrafo». No cabe duda de que a la vista de todas estas disposiciones de la Constitución Europea, gracias a la creación de la Agencia de Capacidades de Defensa y Armamentos y a la adopción de la estrategia europea de seguridad se conseguirá dar un nuevo impulso a la construcción de la PESD ⁴⁵.

En lo que al Tribunal de Justicia de la Unión Europea se refiere, el Praesidium de la Convención consideró conveniente crear un «círculo de debate» en torno al funcionamiento del Tribunal de Justicia, ya que eran muchos los interrogantes que asaltaban y que era necesario dejar aclarados ⁴⁶. Veamos cómo quedó finalmente regulado. El artículo 28 del Título IV de la Parte I de la Constitución explicita sus rasgos y competencias. El apartado 1 declara que «el Tribunal de Justicia comprenderá el Tribunal de Justicia Europeo, el Tribunal de Gran Instancia y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de la Constitución. Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en el ámbito del Derecho de la Unión». El apartado 2 se refiere a su composición: «El Tribunal de Justicia estará compuesto por un juez por Estado miembro ⁴⁷ y estará asistido por abogados generales. El Tribunal de Gran instancia dispondrá al menos de un juez por Estado miembro; el número de sus jueces se fijará en el Estatuto del Tribunal de Justicia. Los jueces y los abogados generales del Tribunal de Justicia y los jueces del Tribunal de Instancia, elegidos entre personalidades que ofrezcan plenas garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas en los artículos III-260 y III-261, serán designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros para un mandato de seis años. Dicho mandato será renovable». El apartado 3 se pronuncia sobre las competencias que corresponden al Tribunal de Justicia, el cual «resolverá sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas con arreglo a lo dispuesto en la Parte III; se pronunciará con carácter prejudicial, a petición de órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones; resolverá sobre los demás casos contemplados en la Constitución». Por todo ello se viene entendiendo que el Tribunal de Justicia se consolida como Tribunal Constitucional de la Unión Europea, tras haberse alejado las propuestas nacidas en la primera fase de la Convención a favor

⁴⁵ Vid. CASAJUANA, C., «La política europea de seguridad y defensa», *Política Exterior*, núm. 97, Vol. XVIII, Madrid, enero/febrero de 2004, pp. 136-137.

⁴⁶ Vid. «Nota de transmisión de la Secretaría a la Convención en relación con el "Círculo de debate" sobre el Tribunal de Justicia». CONV 543/03, Bruselas, 7 de febrero de 2003, p. 2.

⁴⁷ A pesar de las diferencias de población, todos los Estados miembros obtienen la garantía de recibir un trato idéntico en la interpretación y aplicación de la Constitución.

de que se instituyera un Tribunal Constitucional (*ad hoc*) (distinto del TJCE), que fuese competente para resolver las controversias en torno al principio de subsidiariedad y al reparto de competencias.

También digno de destacar es que se haya acabado con la actual rotación semestral de la presidencia del Consejo Europeo, al haberse optado por la figura del Presidente del Consejo Europeo, cuyo mandato durará dos años y medio, pudiéndose renovar sólo una vez, a tenor del artículo 21, disposición que regula esta nueva figura. Preparará y presidirá las Cumbres, buscará el consenso entre los líderes y representará a la Unión en el exterior ante jefes de Estado y Gobierno de terceros países u organizaciones internacionales. No podrá ocupar un cargo institucional en su país. Entre las novedades más relevantes producidas en el Consejo hay que destacar la subdivisión del Consejo de Asuntos Generales (ministros de asuntos exteriores), «que actuará también en formato de Consejo Legislativo, en sesiones públicas (los consejos sectoriales le trasladan su capacidad legislativa, pero se prevén resistencias de los ministros afectados y sus Gobiernos): no es algo puramente técnico, sino el embrión de una segunda cámara legislativa de notorio empaque federalizante»⁴⁸.

El Título VI («De la vida democrática de la Unión») de la primera Parte no deja de ser importante, desde el momento en que ahí se recogen relevantes derechos civiles y políticos en virtud de ciertos principios democráticos. Así el artículo 44 recoge el principio de igualdad democrática mientras que el artículo 45 defiende el principio de democracia representativa. En cuanto al principio de democracia participativa, se recoge en el artículo 46. Interesa especialmente su apartado 4, al observar: «Podrá pedirse a la Comisión, por iniciativa de al menos un millón de ciudadanos de la Unión procedentes de un número significativo de Estados miembros, que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen requiere un acto jurídico de la Unión a efectos de la aplicación de la Constitución. Las disposiciones relativas a las condiciones y procedimientos específicos por los que se regirá la presentación de esta iniciativa ciudadana se establecerán mediante leyes europeas». El eventual alcance democratizador de esta medida es evidente. No hay más que pensar en que en el caso español el umbral es de medio millón de firmas para una población de 40 millones de habitantes frente a los 450 millones de ciudadanos europeos. Por su parte, el artículo 48 contempla la figura del Defensor del Pueblo Europeo. También de este Título VI ha de destacarse la importancia que se otorga a la transparencia que deben tener los trabajos de las instituciones de la Unión, el reconocimiento de la protección de datos personales para las personas físicas y el declarado respeto por parte de la Unión de las iglesias y asociaciones o comunidades religiosas en los Estados miembros así como organiza-

⁴⁸ VIDAL FOLCH, X., «La Constitución Europea», *Revista Claves de Razón práctica*, núm. 135, *op. cit.*, p. 26.

ciones filosóficas y no confesionales ⁴⁹. En definitiva, a la vista de estas disposiciones, cabe afirmar que la Constitución Europea logra mejorar la naturaleza democrática de la Unión.

El texto constitucional recoge otras novedades importantes, que no está de más enumerar, aunque sea de un modo resumido:

- 1) Se reconoce la personalidad jurídica de la Unión Europea en el artículo 6 de la primera Parte ⁵⁰.

⁴⁹ El artículo 51 del texto constitucional se refiere al estatuto de las iglesias y de las organizaciones no confesionales. Por otro lado, el artículo 10 de la CDFUE de la Parte segunda proclama la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. A tenor de lo dispuesto en el texto constitucional, parece que la Convención se hizo eco de la «Propuesta de resolución para el respeto de los principios de libertad religiosa y de laicidad del Estado en la futura Constitución Europea», presentada de conformidad con el artículo 48 del Reglamento del PE. Vid. CONV 587/03, Bruselas, 26 de febrero de 2003.

⁵⁰ De este modo, la Constitución Europea recoge el sentir de la Convención Europea manifestado en numerosas ocasiones. Así, por ejemplo, vid. Informe de la sesión plenaria el 15 y 16 de abril de 2002, Bruselas, así como el Informe resumido relativo a la sesión plenaria de 28 y 29 de octubre de 2002, Bruselas. Las ventajas que reporta a la Unión Europea el hecho de gozar de personalidad jurídica son muchas. Si nos atenemos al Informe del Grupo de Trabajo «Personalidad Jurídica», presidido por Giuliano Amato, presentado a la Convención Europea en su sesión plenaria del 3 y 4 de octubre de 2002, cabe enunciar las siguientes: «Convirtiéndose en sujeto de Derecho Internacional, la Unión Europea estaría técnicamente en condiciones de representar a Europa, de firmar Tratados, de ser demandante y demandada en procedimientos jurisdiccionales, de adherirse a organizaciones internacionales. Esto podría generar una mayor claridad de las relaciones con el resto del mundo, una mayor eficacia y seguridad jurídicas y una mayor eficacia en su actuación (...)». Además, según indica este Informe, la creación de una personalidad jurídica única para la Unión Europea, que sustituye a las personalidades jurídicas existentes, posibilita la fusión de los distintos tratados por los que se rige Europa y la consiguiente reorganización de un tratado constitucional, el cual contribuye a reforzar la identidad europea y aporta una mayor claridad del sistema europeo para sus ciudadanos.

Sobre ello ya había insistido anteriormente el Grupo III «Personalidad Jurídica» a cargo de su Presidente, el Sr. Amato, en la sesión plenaria celebrada los días 12 y 13 de septiembre de 2002, en los siguientes términos: «Se aboga de manera unánime por el reconocimiento expreso de la personalidad jurídica de la Unión, con lo que se pondrá fin a las incertidumbres en torno a esta cuestión. Éste es un elemento esencial para afianzar la identidad internacional de la Unión. Existe, asimismo, un consenso muy amplio, confirmado por la audición de los Servicios Jurídicos de las instituciones, favorable a la fusión de la personalidad jurídica de la Unión con la de las Comunidades. Se trata de una importante simplificación del actual sistema de cara al exterior.

De la fusión de las personalidades jurídicas se deriva la cuestión de si conviene conservar la dualidad de los tratados principales (TUE y TCE). La fusión de los tratados reforzaría la idea de un auténtico marco institucional único, aunque sin prejuzgar las características propias de los distintos pilares de la Unión. Especialmente por lo que respecta a los procedimientos de decisión y a los instrumentos de actuación». En relación con las consecuencias del reconocimiento explícito de la personalidad jurídica de la UE, de la fusión de esta personalidad jurídica con la de la Comunidad y de la simplificación de los Tratados, vid., también, Informe final del Grupo III «Personalidad Jurídica», dentro de la Convención Europea, Bruselas, 1 de octubre de 2002.

2) El Tratado de EURATOM no se inserta directamente dentro de la Constitución y parece que conserva una personalidad jurídica separada del resto de la Unión ⁵¹.

3) Se suprime formalmente la estructura de pilares (uno comunitario y dos intergubernamentales) adoptada en Maastricht, que desemboca en una arquitectura única ⁵².

4) El poder legislativo es compartido por el Parlamento y el Consejo en un 95 por 100 de asuntos. La Cumbre de Bruselas de junio de 2004 abrió claras opciones a España en el Parlamento Europeo al conseguir recuperar entre 4 y 5 escaños de los 14 que perdió Aznar en Niza. Conforme al artículo I-19.2 de la Constitución Europea, habrá un total de 750 escaños en la Cámara con dos reglas de principio: seis escaños al menos para los más pequeños (uno más que en el proyecto constitucional) y 96 como máximo (Alemania tiene 99 y cede 3). El número preciso de escaños atribuido a cada Estado miembro será decidido antes de las elecciones europeas de 2009.

5) Se establece la jerarquía normativa, con la definición de la ley comunitaria y la simplificación de los instrumentos jurídicos ⁵³.

⁵¹ Parece criticable que, finalmente, se mantenga la peculiaridad de EURATOM, por la presión realizada por los verdes.

⁵² Ello tiene importantes consecuencias. Así, por ejemplo, el antiguo tercer pilar de Maastricht de carácter intergubernamental pasa a ser completamente comunitario. Como explica VIDAL-GOLCH, X., «La Constitución Europea», *Revista Claves de Razón práctica*, núm. 135, *op. cit.*: «La cooperación penal se regirá por mayoría, eliminándose en éste y otros asuntos el derecho a veto; se consagra el procedimiento del reconocimiento de sentencias civiles; se define la criminalidad transfronteriza; se crea un «comité permanente» de seguridad interior; se constitucionaliza la policía *federal*, Europol, y su contraparte, la fiscalía para delitos comunitarios, *Eurojust*. Se abre la vía directa a la política común de inmigración, asilo, visados..., sorteándose el bloqueo causado por anteriores vetos, como los de Alemania y Austria (aunque al final se mantiene la unanimidad para la eventual fijación de cupos de inmigrantes). Y, también, a la gestión de fronteras exteriores», pp. 27-28. Por su parte, según ha declarado «el informe del Parlamento Europeo sobre el proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa y el dictamen del Parlamento Europeo sobre la convocatoria de la Conferencia Intergubernamental (CIG)». Comisión de Asuntos Constitucionales. Ponentes: GIL-ROBLES, J. M.-GIL-DELGADO-TSATSOS, D. FINAL A5-0299/2003. 10 de septiembre de 2003: «Considera de importancia fundamental que la Unión adquiriera una única personalidad jurídica y que la estructura de pilares desaparezca formalmente, incluso si el método comunitario no se aplica plenamente a todas las decisiones adoptadas en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común y de la Política de Justicia y Asuntos de Interior», p. 9. Algo, esto último que sí había sido criticado por la Comisión de Asuntos Exteriores, Derechos Humanos, Seguridad Común y Política de Defensa el 9 de julio de 2003, al considerar que el Proyecto de Constitución no aplica plenamente los procedimientos comunitarios a la PESC. Vid, *ibidem*, p. 27.

⁵³ Para entender el alcance de esta novedad, resulta a todas luces imprescindible la lectura del informe emitido por el Parlamento Europeo «sobre la tipología de los actos y la jerarquía de las normas en la Unión Europea» [2002/2140 (INI)], de 3 de diciembre de 2002. Ponente: BOURLANGES, J. L. Comisión de Asuntos Constitucionales. FINAL A5-0425/2002. PE 313.407. RR\483841ES.doc. Según se precisa en la «Conclusión: propuestas formuladas»: «Las propuestas formuladas en el proyecto de resolución tienen como objetivo poner fin a este caos al establecer una tipología coherente de los actos comunitarios y definir una jerarquía lógica de las normas. Así pues, se propone establecer tres categorías específicas de actos –reglamentarios cons-

6) Se limita el mecanismo de la unanimidad en el Consejo al extenderse el campo de aplicación de la mayoría cualificada⁵⁴. Este procedimiento se aplica en más de ochenta materias (anteriormente treinta y cuatro), entre las que cabe destacar «la política de inmigración, el control de fronteras, la colaboración policial y judicial, las nuevas reglas financieras ... y se confirma para las políticas agrícola y regional/estructural, que absorben el 80 por 100 del presupuesto, y en los que el Parlamento codecidirá»⁵⁵.

titucionales, legislativos (entre ellos, los actos presupuestarios) y reglamentarios de aplicación—, ya que estas categorías resultan fácilmente identificables tanto por su función, contenido y procedimiento de adopción como por su denominación. Esta reforma de la nomenclatura obedece a la voluntad de incrementar de manera significativa la eficacia y el carácter democrático de los instrumentos de actuación de las instituciones europeas», p. 26. Al mismo tiempo, dos actos legislativos se bautizan con el nombre de leyes europeas, que en su caracterización son idénticas a los actuales reglamentos y leyes marco europeas —cuya caracterización material equivale por su parte a la de la actual directiva—. Frente a estos actos legislativos, se sitúan los actos no legislativos que pueden revestir la forma de reglamento europeo o de decisión europea.

⁵⁴ Sobre la importancia de la extensión de la mayoría cualificada en el sistema de decisión tanto del Consejo Europeo como del Consejo de Ministros, resulta de gran interés el análisis y valoración realizada por BORRELL J.—CARNERO, C.—LÓPEZ GARRIDO, D., «Una Constitución para la Europa de los 25», Sección de Opinión de *El País*, 19 de julio de 2003: «La mayoría cualificada es capital, porque es el símbolo y la realidad de la cesión de soberanía que exige la construcción europea, y que algunos gobiernos, desgraciadamente, no entienden aún. Una decisión por unanimidad es un cierto fraude a Europa. Casi nunca permite adoptar nada realmente transformador y audaz. Por el contrario, la mayoría cualificada es la posibilidad de que la UE tome decisiones contra la opinión de un Gobierno, y que éste lo acate. Es revolucionario. Pero no hay otro modo de avanzar en las políticas de la Unión (agrícola, de mercado interior, de transportes, de cohesión, etc.). La mayoría es la democracia. La unanimidad no lo es y conduce a la parálisis. En esta materia, la Convención ha dado un salto muy importante aunque no suficiente. Ha doblado el número de cuestiones que se adoptarán por mayoría cualificada. Aun así, hay tres campos en que ha sido imposible conseguirlo: la fiscalidad, la política exterior y algunos aspectos de la política social. Afortunadamente, las cooperaciones reforzadas permitirán avanzar a los países que quieran ir más allá, unidos, por ejemplo, en acciones de política exterior y de defensa», p. 13. Esto último indica que no van a ser los más lentos los que marquen la velocidad de cruce de la Unión, sino los más rápidos los que fijen el ritmo a seguir. En la Cumbre de Bruselas de los días 17 y 18 de junio de 2004, finalmente Blair lograría salvar todas sus líneas rojas: *veto en fiscalidad, defensa, seguridad social y política exterior*. No obstante, como ya preveía el proyecto constitucional, la Constitución permite que los países que lo deseen puedan actuar más rápido y más lejos que los que necesitan más tiempo. Sobre las modificaciones efectuadas en materia de cooperación reforzada en los artículos III-324.1, III-325.2, III-326.2 y III-328, vid. la Nota de la Presidencia, con fecha de 18 de junio de 2004, a las Delegaciones. Asunto: CIG 2003 —Reunión de los Jefes de Estado o de Gobierno, Bruselas, 17 y 18 de junio de 2004. PRESID 27. CIG 85/04. Bruselas, 18 de junio de 2004, pp. 21-22. Anexo 13 (versión revisada del Anexo 55 del doc. CIG 81/04).

⁵⁵ VIDAL FOLCH, X., «La Constitución Europea», *Revista Claves de Razón práctica*, núm. 135, *op. cit.*, p. 25. Como precisa el autor: «La reducción del recurso al veto (que por desgracia se mantiene todavía en áreas decisivas como política exterior, de defensa, fiscalidad o seguridad social) y la doble mayoría exigida ahora en las decisiones por mayoría cualificada (...) debe impulsar una nueva dinámica agilizadora

7) Se crea la figura del Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión, en calidad de interlocutor de los Ministros de Exteriores ante terceros países, conforme al artículo 27 de la primera Parte ⁵⁶.

del *decisión-making*: al dificultarse las minorías negativas de bloqueo se incentiva la fragua de mayorías positivas. Cambiará así el acento táctico en la política de alianzas internas y se diluirán algunas lacras históricas, como las frecuentes amenazas de veto o las «tomas de rehenes» (bloqueo chantajista de una decisión para obtener contrapartidas en otra)», p. 25. De otro lado, al ampliarse el voto por mayoría cualificada en el Consejo se generaliza el mecanismo de codecisión (cuando el Parlamento legisla en pie de igualdad con el Consejo), lo que incrementa el protagonismo del Parlamento ante las demás instituciones. Vid, *ibídem*, p. 25.

⁵⁶ El Título IV de la primera Parte reza así «De las Instituciones de la Unión». Es su artículo 27 el que aparece dedicado al Ministro de Asuntos Exteriores. Estamos ante una nueva figura que sobre el papel asume un cargo más importante que el del actual Alto Representante para la Política Exterior, popularmente conocido como místico PESC, el cual fue creado durante la presidencia alemana, en el primer semestre de 1999. Vid. «Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa». CONV 850/03, Bruselas, 18 de julio de 2003. Sobre la contemplación en el texto constitucional de la figura de un Ministro de Asuntos Exteriores para la Unión Europea insistieron un grupo de intelectuales europeos, encabezado por el pensador alemán Jürgen Habermas, y el filósofo francés Jacques Derrida. En realidad, esta propuesta formaba parte de un proyecto más amplio a favor de una nueva definición del papel de Europa en el mundo, habida cuenta de la respuesta de la opinión pública europea el 15 de febrero de 2003 en las masivas manifestaciones (las mayores tras finalizar la Segunda Guerra Mundial) contra la guerra en Irak. Vid. ALONSO MONTES, A., «Habermas lanza un llamamiento en defensa de Europa», *El Mundo*, 31 de mayo de 2003, p. 32. El ensayo de Habermas y Derrida, en el que defienden éstas y otras posiciones importantes, se titula «Nach dem Krieg: Die Wiedergeburt Europas», es decir, «Tras la guerra: el renacimiento de Europa», y fue publicado en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 31 de mayo de 2003. En mi opinión, es digno de destacar que ambos pensadores insistieran en que los europeos estamos viviendo un momento crucial en la historia, en el que hay que redefinir el papel de Europa en el mundo. En realidad, Habermas y Derrida pretendieron con su ensayo contraatacar a la «Carta de los Ocho» –firmada por los líderes de Reino Unido, España, Italia, Portugal, Dinamarca, República Checa, Hungría y Polonia–, de 31 de enero de 2003, y en la que se brindaba un contundente apoyo a la política exterior practicada por Estados Unidos, negando el apoyo a los inspectores en Irak y defendiendo la necesidad de actuar de inmediato frente al Régimen de Sadam Hussein. Para Habermas y Derrida la Unión Europea está llamada a desempeñar un papel clave en la actual conformación del mundo de modo que pueda llegar a constituir un contrapeso frente a la hegemonía unilateral de Estados Unidos en el mundo, cuestión sobre la que también insistió, por cierto, en nuestro país, BARÓN CRESPO, E., presidente del Grupo del Partido Socialista Europeo en el Parlamento Europeo, «La Convención y España», *El País*, Sección de Opinión, 12 de junio de 2003, pp. 13-14. Barón Crespo puso de relieve también la necesidad de «un ministro de Asuntos Económicos y Sociales que gestione nuestro desarrollo económico, la defensa de los servicios públicos». De otro lado, conviene aclarar que mientras la esperanza de Habermas y Derrida a corto plazo está puesta en las cooperaciones reforzadas y en la existencia de una verdadera locomotora de Europa, la esperanza de ambos se encuentra a largo plazo en la utopía kantiana de una política interior mundial. Vid. Entrevista realizada por MENDIETA, E., a HABERMAS, J., titulada «Sobre la guerra, la paz y el papel de Europa», *Revista Claves de razón práctica*, núm. 140, Madrid, marzo de 2004, pp. 48-53, concretamente, *vid.*, p. 53. En relación con el ensayo arriba mencionado de Habermas y Derrida, también vid. KAUBE, J., «Sind wir denn vernünftig?», *FAZ.NET*, 2 de junio de 2003.

8) La Comisión, con un monopolio casi exclusivo de iniciativa legislativa, con función ejecutiva y que representa a la Unión en el exterior, salvo en el ámbito de la política exterior y seguridad, conforme al proyecto constitucional, se configuraba como un Colegio compuesto por quince comisarios de pleno derecho: presidente, vicepresidente que simultanea el cargo con el de Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión, y trece Comisarios Europeos «seleccionados por un sistema de rotación en condiciones de igualdad entre los Estados miembros»⁵⁷. En la Cumbre de Bruselas de junio de 2004, los países pequeños reciben la garantía de que habrá un comisario por país hasta 2014 (art. I-25.5). A partir de entonces, la Comisión mantendrá un número de comisarios correspondiente a los dos tercios del número de Estados miembros⁵⁸. Los miembros de la Comisión serán elegidos conforme a un sistema basado en la rotación en condiciones de igualdad entre Estados miembros (art. I-25.6), lo cual ya había sido decidido así por el Tratado de Niza. Según el texto definitivo de la Constitución, el mandato de la Comisión será de cinco años (art. I-25.3). Respecto al Presidente de la Comisión Europea, éste ha de ser elegido teniendo en cuenta el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo (art. I-26)⁵⁹.

Pero si hay una novedad importante en la Constitución Europea, no incluida en el texto del proyecto constitucional, sensible desde el punto de vista político, ésa es el nuevo reparto de poder

⁵⁷ Esta referencia del artículo 25.3 había sido introducida ya en el proyecto constitucional a petición de los países pequeños.

⁵⁸ Es importante señalar que en su reunión del 18 de junio de 2004, los Jefes de Estado o de Gobierno dieron su aprobación a una Declaración relativa al artículo I-25, que deberá constar en el Acta Final, en la que se establece lo siguiente: «La Conferencia estima que cuando la Comisión ya no cuente con nacionales de todos los Estados miembros, la Comisión deberá prestar especial atención a la necesidad de garantizar una total transparencia en las relaciones con todos los Estados miembros. En consecuencia, la Comisión mantendrá un estrecho contacto con todos los Estados miembros independientemente de que éstos tengan o no un nacional como miembro de la Comisión y prestará en este contexto especial atención a la necesidad de compartir la información y consultar con todos los Estados miembros.

La Conferencia estima, también, que la Comisión deberá tomar todas las medidas necesarias para garantizar que se tienen plenamente en cuenta realidades políticas, sociales y económicas de todos los Estados miembros, incluso las de aquellos que no cuenten con ningún nacional como miembro de la Comisión. Dichas medidas deberán incluir la garantía de que la posición de esos Estados recibe un cauce mediante las adecuadas disposiciones organizativas». Vid. Nota de la Presidencia, con fecha de 18 de junio de 2004, a las Delegaciones. Asunto: CIG 2003 –Reunión de los Jefes de Estado o de Gobierno, Bruselas, 17 y 18 de junio de 2004. PRESID 27. CIG 85/04. Bruselas, 18 de junio de 2004, p. 6.

⁵⁹ El artículo 26 de la primera Parte del texto constitucional se dedica a regular la figura del Presidente de la Comisión Europea. Este artículo I-26 de la Constitución Europea fue modificado en la Cumbre de Bruselas de junio de 2004. Vid. Nota de la Presidencia, con fecha de 18 de junio de 2004, a las Delegaciones. Asunto: CIG 2003 –Reunión de los Jefes de Estado o de Gobierno, Bruselas, 17 y 18 de junio de 2004. PRESID 27. CIG 85/04. Bruselas, 18 de junio de 2004, p. 5.

entre países. Este reparto de poder, que sustituirá desde 2009 el fijado en el Tratado de Niza, se traduce en un complejo sistema de toma de decisiones. Las principales reglas para que los Estados de la UE aprueben por mayoría cualificada una determinada propuesta serán, a partir de 2009, las siguientes: la propuesta tendrá que ser respaldada por un 55 por 100 de los Estados miembros de la UE, y siempre por una coalición mínima de 15 Estados, que representen al menos el 65 por 100 de la población total europea. Esto implica que los países que deseen bloquear una decisión tendrán que sumar al menos el 35 por 100 de la población. Para evitar un excesivo poder de los países más poblados, se decidió además que el bloqueo tuviera que ser respaldado como mínimo por cuatro países (art. I-24.1). Las abstenciones no serán tenidas en cuenta al contabilizar Estados y la población. Cuando la propuesta que analice el Consejo no provenga de la Comisión ⁶⁰ o del Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión, la mayoría cualificada será del 72 por 100 de los Estados que representen al menos el 65 por 100 de la población (art. I-24.2). Si una coalición de países que rechace un acuerdo suma tres cuartas partes de la minoría de bloqueo por la vía de la población o por la de los Estados, el Consejo hará todo lo que esté en su mano para conseguir un arreglo antes de votar ⁶¹. En reuniones del Consejo en las que no todos los Estados tienen derecho a voto (en las de Ministros de la zona Euro o en la cooperación reforzada, por ejemplo), las combinaciones 55-65 y 72-65 serán adaptadas y la minoría de bloqueo matemática por países tendrá que sumar una unidad.

A la vista de todo lo anterior, desde el punto de vista de la Teoría Política, cabría afirmar que el pacto social al que ha de aspirarse la Unión Europea es el de Locke: un pacto en el que cada uno cede con el objetivo esencial de garantizar la libertad de todos. Asimismo, si se quiere lograr el ideal kantiano de una «ciudadanía cosmopolita», en la que todos los sujetos, vengan de donde vengan, sean igualmente tratados como ciudadanos, resulta necesario que se «eduque en el cosmopolitismo», lo cual implica, con palabras de A. Cortina: «formar ciudadanos bien informados, con buenos conocimientos, y también prudentes en la elección de una buena vida. (...) en enorme medida, educar con un profundo sentido de la justicia y la solidaridad» ⁶². No se puede perder de vista que esa variada y rica *comuni-*

⁶⁰ Ejemplos de casos en que el Consejo actúa sin propuesta de la Comisión: en JAI, cuando el Consejo actúa a iniciativa de los Estados miembros; en PESC, cuando el Consejo actúa por propia iniciativa; en política económica y monetaria, cuando el Consejo actúa por recomendación de la Comisión o del Banco Central Europeo; en el caso de suspensión de un Estado miembro o de retirada de un Estado miembro.

⁶¹ Este apartado (denominado compromiso de Ioannina) se introdujo para que Polonia aceptara la fórmula global.

⁶² CORTINA, A., «Educar para una ciudadanía cosmopolita», *El País*, 11 de febrero de 2004, pp. 11-12.

dad de valores que, con gran orgullo, nutre y da vida a nuestro continente, está asentada sobre valores éticos tan esenciales para nuestra convivencia como la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, al tiempo que se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho ⁶³.

⁶³ No hay que perder de vista que el Estado de Derecho constituye un Estado de Derecho valorativo, al basarse esencialmente en los valores salvaguardados por los derechos fundamentales. Pues no puede haber una comunidad de Derecho que no sea a la vez una comunidad de derechos fundamentales. Sobre ello, vid. ARNOLD, R., «El desarrollo de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», en CORCUERA ATIENZA, J. (Coordinador): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, op. cit., p. 29; BALAGUER CALLEJÓN, F., «Derecho y Derechos en la Unión Europea», en CORCUERA ATIENZA, J. (Coordinador): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, ibídem, p. 41.

El concepto de Derecho de Alf Ross en su etapa analítica

Por JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. El significado de las expresiones según el positivismo lógico. 2. El significado de los enunciados de la ciencia jurídica. 3. El significado de los enunciados de la ciencia jurídica. 4. Verificación de los enunciados de la ciencia jurídica. 5. Aportaciones de la filosofía del lenguaje ordinario: tipos de discurso. 6. Significatividad y racionalidad del discurso imperativo. 7. El concepto de norma y las normas jurídicas. 8. Conclusión.

1. EL SIGNIFICADO DE LAS EXPRESIONES SEGÚN EL POSITIVISMO LÓGICO

El pensamiento jurídico de Alf Ross pasó por cuatro fases: una bajo la influencia de Kelsen, otra en la que asume el realismo jurídico influido por Hägerström, otra en la que aplica las tesis del positivismo lógico y, finalmente, la de la filosofía del lenguaje ordinario¹. Aquí estudiamos su concepto de Derecho en estas dos últimas fases.

¹ Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., «Diritto e scienza. Saggio su Alf Ross», en E. PATTARO (a cura di), *Contributi al realismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 171-296; R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Historia de la filosofía del Derecho contemporánea*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 178.

Como es sabido, para el positivismo lógico la filosofía no es una ciencia ni un sistema de conocimientos, sino un sistema de actos, una «actividad mediante la cual se descubre o determina el sentido de los enunciados»²; el objeto de la actividad filosófica son precisamente los enunciados de todas las ciencias. Siguiendo esta tesis, Ross afirma: «El objeto de la filosofía del Derecho no es el Derecho, ni parte o aspecto alguno de éste, sino la ciencia del Derecho. La filosofía del derecho está, por así decir, un piso más arriba que la ciencia del Derecho y la mira “desde arriba”»³. Ahora bien, si la filosofía del derecho no tiene por objeto el derecho mismo ¿por qué se ocupa entonces de conocer la naturaleza del Derecho? ¿Por qué la ontología jurídica es el tema principal de la filosofía jurídica?⁴

La respuesta está en que la Dogmática, o la ciencia jurídica, no estudia esta cuestión, sino que la da por supuesta. La tarea de la Dogmática es exponer las normas jurídicas vigentes en un lugar y en un tiempo determinados y por ello utiliza siempre la expresión: «*D es derecho vigente* (en España, en Francia, en Dinamarca...)». Por tanto la filosofía del Derecho, que tiene como objeto a la propia ciencia jurídica, dirige su atención al estudio de este enunciado general de la Dogmática que se repite permanentemente en todas sus exposiciones. Ahora bien, en esos enunciados la Dogmática expone *cuál es* el Derecho vigente de un país (*quid iuris*), mientras que la filosofía del Derecho tiene que exponer *lo que* significa la expresión «Derecho vigente», o sea, el concepto general de Derecho (*quid ius*). Así pues, mientras que la ciencia expone todo lo referente al sujeto de la oración anterior (*D*), la filosofía expone lo que significa el predicado de dicha oración (*Derecho vigente*). De esta forma, utilizando un nuevo concepto de filosofía, el del positivismo lógico, se viene a coincidir en la misma tarea que siempre había realizado la filosofía jurídica tradicional: en ambos casos el tema de estudio es el concepto o la naturaleza del Derecho. Sólo que ahora el enfoque y la metodología empleadas son diferentes, porque se trata de un análisis del lenguaje de la ciencia jurídica y no de un conocimiento directo de la realidad jurídica.

Una de las tareas fundamentales de la filosofía, según el positivismo lógico, es controlar los enunciados de las ciencias para comprobar que éstos son expresiones lingüísticas con *significado* y no expresiones sin *sentido*, como las que tradicionalmente ha elaborado la metafí-

² SCHLICK, M., «El viraje de la filosofía» en Ayer (comp.), *El positivismo lógico*, F.C.E., México, 1981, p. 62. Cfr., también, WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, Alianza, Madrid, 1984: 4.111, 4.112, 6.53.

³ ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, trad. G. R. Carrió, 2.ª ed., EUDEBA, Buenos Aires, 1970, p. 26. (Ed. inglesa: *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London, 1958).

⁴ El tema de la filosofía del Derecho, según Ross, son los «conceptos fundamentales» que emplean las ciencias jurídicas, especialmente «el concepto de Derecho vigente» (*Sobre el Derecho...*, cit., pp. 25-26).

sica⁵. Las ciencias exponen el conocimiento exclusivamente a través de formulaciones lingüísticas. El lenguaje tiene dos funciones: una comunicativa y otra representativa; esta última es la que se utiliza para conocer. «El análisis lógico del conocimiento científico», que es la tarea asignada a la filosofía, «ha de realizarse, por tanto, sobre su formulación lingüística»⁶. Ahora bien, el tema más importante del estudio del lenguaje en su aspecto representativo es el del significado. El significado de las palabras se establece mediante definiciones o mostrando empíricamente aquel objeto al que la palabra se refiere. Si se establece mediante definiciones, las palabras empleadas en cada definición deben a su vez ser definidas, pero, finalmente, llegará un momento en que el proceso debe terminar mostrando empíricamente el significado de las palabras últimas, básicas, señalando los objetos a los que se refieren. Por eso, el significado de las palabras y de los enunciados que se componen con ellas está basado, en último extremo, en hechos y objetos empíricos. El soporte del significado de las expresiones lingüísticas es la experiencia o lo que se ha llamado el principio de verificación, según el cual un enunciado no tiene significado si no es verdadero o falso, y no sabremos si es verdadero o falso si no puede ser sometido a la experiencia.

Para el positivismo lógico «el significado de una proposición consiste en aquello que en ella es verificable. Sólo pueden ser verificados los enunciados sobre hechos de experiencia, razón por la que las proposiciones sobre algo que por principio es inexperimentable no tienen significado alguno. De este modo se dividen con precisión las proposiciones científicas de las metafísicas, en cuanto proposiciones significativas y proposiciones carentes de significado, respectivamente»⁷. Así pues, la ciencia se compone sólo de enunciados significativos y cognoscitivos. Los enunciados que no producen conocimiento o no representan nada son asignificativos. Un ejemplo de ello son las pseudoproposiciones metafísicas.

⁵ El *significado* de una expresión lingüística es concebido de diferente manera según las diversas teorías: para unos es la referencia de la expresión, para otros es la idea o concepto mental, o la conducta estímulo-respuesta asociada a la expresión, o el uso que se hace de la expresión, o la verificabilidad de la expresión, etc. El *sentido* de una expresión es la relación de ésta con otra expresión que la aclara (JOHN LYONS, *Lenguaje, verdad, significado*, Paidós, Barcelona, 1983, pp. 38, 65). Frege distinguió entre significado o referencia («Bedeutung»), que es el objeto designado por el signo mismo, y sentido («Sinn»), que es el modo como se nos presenta dicho objeto. El significado está asociado con la denotación o referencia de un término, mientras que el sentido lo está más bien con su connotación y definición. Yo aquí empleo el término «significado» en sentido amplio, abarcando tanto a la referencia como al sentido.

⁶ KRAFT, Victor, *El Círculo de Viena*, trad. F. Gracia, Taurus, Madrid, 1966, p. 39.

⁷ *Ibídem*, p. 47. Obsérvese que utilizo a veces los términos «proposición», «enunciado» y «oración» como sinónimos, para adaptarme a la diversa terminología de los autores que cito; estos términos designan en todos los casos expresiones lingüísticas con sentido completo.

Otro ejemplo de enunciados sin significado son las oraciones que expresan juicios de *valor y normas*. Pero en este caso la causa de su falta de significatividad se debe a la forma de enunciación. Las valoraciones y las normas no se expresan a través de formas de enunciación descriptivas, afirmativas o negativas y supuestamente verificables, sino a través de enunciados de otro tipo, como las exclamaciones, imperativos, exhortaciones, interrogaciones, etc. Ahora bien, todos estos enunciados, por no ser descriptivos «carecen de significado, pero sólo en este sentido: no tienen ningún contenido representativo, teórico»⁸.

En este mismo sentido se manifiesta A. J. Ayer hablando de la ética. Según él, las afirmaciones de valor no son verdaderas afirmaciones o proposiciones, porque no declaran nada y, por tanto, no pueden ser verdaderas ni falsas. Esta tesis se refiere sólo a las afirmaciones de la ética normativa y no a las de la ética descriptiva. Es decir, si alguien dice que «A es injusto», entendiendo esto como una calificación moral, es ética normativa; pero si se entiende como que la mayor parte de una sociedad reprueba el tipo de acción A, entonces es ética descriptiva. Esta última sí sería una afirmación con significado, verificable y, por tanto, susceptible de verdad o falsedad; la primera, no⁹.

Las afirmaciones de valor ético-normativas no tienen significado ni son verificables, porque lo que ellas expresan es: o bien un sentimiento del que las pronuncia o bien un mandato. Por ejemplo, la proposición «robar es malo» se puede entender como «me repugna la acción de robar» o como un consejo o un mandato: «no robes», «prohibido robar». En ambos casos, el que habla no afirma nada, sino que expresa un sentimiento, como «¡qué asco!» o una orden: «¡quieto!». Ayer dice que los símbolos éticos no añaden nada al contenido de un enunciado; son como las exclamaciones o las voces de mando, que no cambian el contenido factual, representativo, de la proposición. Así, el enunciado «Ud. obró mal robando ese dinero» no tiene más contenido representativo que este otro: «Ud. robó ese dinero». Y este último es el único que tiene significado representativo, pues es verdadero o falso y es verificable. La parte valorativa «obrar mal» no añade nada nuevo a su significación¹⁰.

2. EL SIGNIFICADO DE LOS ENUNCIADOS DE LA CIENCIA JURÍDICA

Desde esta posición teórica inicia Ross su análisis del concepto de Derecho. Como hemos dicho, la ciencia jurídica utiliza la expresión

⁸ *Ibíd.*, p. 200.

⁹ AYER, A. J., *Lenguaje, verdad y lógica*, trad. M. Suárez, Martínez Roca, Barcelona, 1971, p. 123.

¹⁰ *Ibíd.*, pp. 124-125.

«Derecho vigente» dando por supuesto su significado, dejando, por tanto, la tarea de dar este significado o definir lo que es el derecho a la filosofía jurídica, que actúa así como una *disciplina* externa a la ciencia jurídica.

El primer problema que se plantea de la filosofía es el del significado de las expresiones normativas. La ciencia jurídica, concretamente la Dogmática, estudia las normas jurídicas. Ahora bien, las normas (o las reglas) son expresiones lingüísticas que por sí mismas no tienen significado representativo, pues, siguiendo las tesis del positivismo lógico, una regla es una expresión lingüística que no es una verdadera proposición, pues no es verdadera ni falsa ni puede ser verificada. Ross distingue dos tipos de significado en las expresiones: A) *Expresivo*, cuando una expresión lingüística es síntoma de algo; por ejemplo, «¡ay!» es síntoma de que algo le duele al que lo dice. B) *Representativo*, cuando una expresión representa algo; por ejemplo, «mi padre ha muerto» representa el fallecimiento de una persona que es el progenitor del que habla. Se puede decir que el significado expresivo remite a la causa (psicológica) de que se produzca la expresión y el significado representativo es el efecto (semántico) de la expresión que se ha producido. Pues bien, sólo las expresiones descriptivas tienen significado representativo y Ross las llama *aserciones*. Las otras, que sólo tienen significado expresivo, pueden ser de dos clases: *exclamaciones* y *directivas*. Está claro que «¡ay!» es un ejemplo de exclamación, y «usted debe pagar el precio acordado» es un ejemplo de directiva. Las exclamaciones no pretenden influir en la conducta de otros; son sólo expresiones de sentimientos. Las directivas sí expresan la intención de influir en la conducta de otros. Las expresiones directivas agrupan diversos tipos de fenómenos, como dirigir, sugerir, desear, solicitar, exhortar, etc.¹¹ Las reglas y normas en general y las normas jurídicas en particular son todas expresiones directivas.

Dado este presupuesto: que las normas jurídicas no tienen significado representativo, es la ciencia jurídica la que les proporciona tal significado, al convertir las directivas en aserciones. En efecto, una norma de derecho no es ni verdadera ni falsa, sólo prescribe una conducta; es una oración prescriptiva o directiva. Ahora bien, un enunciado de la ciencia jurídica es una oración asertiva, descriptiva, que afirma, por ejemplo, que «una directiva *D* es derecho vigente en California», y esta oración puede ser verdadera o falsa. De esta manera, aunque las normas de derecho no tengan significado representativo en sí mismas, sí lo tienen los enunciados que describen dichas normas, diciendo que algo es derecho vigente en un país determinado. Pero para saber lo que significa «derecho vigente» o, como dice Ross, «¿qué significado representativo hemos de atribuir a este concepto?»¹², hemos de recurrir a la filosofía del Derecho, la cual estudia las expresiones (asertivas) o proposiciones de la ciencia jurídica.

¹¹ Ross, *Sobre el derecho...*, cit., p. 7.

¹² *Ibíd.*, p. 11.

Llegados a este punto, sabemos que una expresión directiva como la norma (D1) «Prohibido fumar en locales cerrados» no tiene significado representativo, porque lo que expresa no es verificable. Pero una expresión asertiva como la siguiente (A1) «Prohibido fumar en locales cerrados es derecho vigente en California», sí tiene significado representativo, porque su contenido puede ser sometido a verificación y comprobada su verdad o falsedad. ¿Qué diferencias hay entre la primera y la segunda expresión para que una no tenga significado representativo y la otra sí? Según Ross habría dos diferencias: 1) La primera oración (D1) no afirma nada, sólo prohíbe, prescribe; la segunda (A1) sí afirma algo, describe una realidad. 2) La segunda oración (A1) tiene un predicado del que carece la primera: el predicado «es derecho vigente en California», que, además, se predica de toda la primera expresión en su conjunto (D1).

Según la primera diferencia hemos pasado de un enunciado directivo o prescriptivo en el primer caso a un enunciado asertivo o descriptivo en el segundo; con lo cual hemos pasado de una oración sin significado (D1) a otra que sí lo tiene (A1), simplemente teniendo en cuenta la forma gramatical o el tipo de discurso. Pero por la segunda diferencia aún no podemos saber si la segunda oración es significativa o no. En efecto, los enunciados asertivos por sí mismos tampoco tienen significado, si sus términos no son verificables empíricamente de manera directa o indirecta. Es lo que ocurre con los enunciados metafísicos. Por eso hay que analizar el término «derecho vigente» para ver si éste tiene significado, es decir, si es verificable. Esto es lo que le preocupa a Ross y a lo que dedica los primeros capítulos de su libro *On law and justice*. Tratará de hallar en el mundo de la experiencia datos que avalen la existencia de algo que llamamos «derecho vigente» y, si se encuentran esos datos, entonces tendremos un criterio de verificación que avale la cientificidad de los enunciados de la ciencia del Derecho. Ese criterio lo veremos más adelante.

Pero antes de seguir hemos de hacer notar una incoherencia de Ross en esta obra. La incoherencia consiste en que trata de buscar significado representativo, empírico, para el predicado de los enunciados de la ciencia jurídica («es derecho vigente»), pero se olvida de que el sujeto de dichos enunciados es siempre una norma («prohibido fumar») y que las normas, según su propia concepción teórica, como hemos visto antes, no tienen significado representativo en sí mismas. Por tanto, si unimos una expresión significativa (aquí, el predicado) con una expresión que no tiene significado (en este caso, el sujeto), el enunciado total que resulte de esa unión tampoco podrá tener significado. Este error se mantiene a lo largo de esta obra ¹³.

¹³ Sobre la contradicción o confusión del pensamiento de Ross en este aspecto, véanse HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la filosofía...*, cit., pp. 181-182; Liborio HIERRO, L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1981, pp. 210 ss.

Sin embargo, aunque Ross tratará de resolver este problema más tarde, echando mano de nuevos avances en la filosofía del lenguaje moral (Hare), hay que recordar que ya desde antes, en el propio seno del positivismo lógico, algunos autores habían hecho observar que los enunciados de la ética, como los juicios de valor y las normas, sí tienen significado representativo o semántico, a pesar de que los mismos no tengan valores de verdad o falsedad, ni sus contenidos puedan ser sometidos a verificación. Ésta es la opinión que sostiene Kraft, contra lo que había afirmado Carnap. Para éste los valores y las normas no pueden verificarse empíricamente y, por tanto, las expresiones lingüísticas que las contienen no tienen significado, no son proposiciones significativas¹⁴. Sin embargo, Kraft rechaza esta opinión, diciendo que el significado de un enunciado no depende de su verificabilidad. El significado de una oración se define por el valor semántico de sus términos. Por eso, tanto las oraciones descriptivas como las preguntas, exhortaciones, normas, valoraciones, etc., o sea, también las oraciones directivas, tienen significado semántico, ya que sus términos representan «estados objetivos y actitudes... que pueden expresarse empíricamente»¹⁵. En efecto: la norma «Prohibido fumar en locales cerrados» tiene significado representativo o semántico, porque sus términos «fumar» y «locales cerrados» se refieren a estados de cosas observables empíricamente, aunque por su forma gramatical la oración entera no sea verificable, ya que no es una oración asertiva. Sin embargo, Ross niega significado a las expresiones normativas, aunque sus términos sean plenamente significativos: en esto radica el principal defecto de su teoría.

En conclusión hemos de suponer que los enunciados de la ciencia jurídica tienen todos como sujeto una norma de derecho «*D*» y como predicado la expresión «es derecho vigente». A la expresión que hace de sujeto nosotros le atribuimos un significado, aunque Ross se lo haya negado previamente. Y en cuanto a la expresión que hace de predicado vamos a ver qué significado tiene, de acuerdo con las tesis que expone el jurista danés en los dos primeros capítulos de su libro.

3. EL SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN «DERECHO VIGENTE»

El significado de una oración tiene que ver con dos aspectos: a) con los términos que componen la oración; b) con la forma de expresión de la oración en su conjunto. En el caso de las oraciones o enunciados de la ciencia jurídica que afirman que «*D* es derecho vigente», «*D*» ocupa el lugar de una norma jurídica y para saber por qué a la

¹⁴ R. CARNAP, «La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje», en Ayer (comp.), *El positivismo...*, cit., p. 83.

¹⁵ KRAFT, *op. cit.*, pp. 199-200.

norma «*D*» le atribuimos el predicado «ser derecho vigente», tenemos primero que identificar y conocer qué es una norma o una regla.

Ross busca el modelo de las normas jurídicas en un lugar fuera del mundo del Derecho y lo encuentra en el juego del ajedrez. Lo mismo que en el Derecho, en el ajedrez hay individuos que actúan y se relacionan socialmente, y hay reglas e incluso teorías que dirigen sus acciones. Si un observador externo a los dos jugadores observa lo que éstos hacen, sus movimientos de las piezas sobre el tablero, y no conoce las reglas del ajedrez, el observador no entenderá el significado de sus acciones ni la causa que las motiva. Pero si el observador conoce las reglas del juego, entonces ya entiende por qué el alfil se mueve de un modo y no de otro, y por qué el peón se mueve de manera diferente. Y si, además, conoce la teoría, sabrá por qué un jugador no captura una pieza y la deja, para hacer un movimiento en sentido distinto. En resumen, las reglas del juego, tanto las reglas básicas como las más complejas de táctica y estrategia, permiten comprender los movimientos, la conducta de los jugadores; las reglas dotan de *significado* a las acciones de los jugadores y permiten interpretar su conducta. Dice Ross que la comprensión a la que nos referimos aquí no es causal, sino de significado. Él dice concretamente que la relación que hay entre las diferentes y sucesivas movidas no es una relación de causa-efecto, sino una relación o conexión de significado¹⁶. Pero debería decir más bien que la relación entre la movida de un jugador y la movida siguiente del otro sí están entre sí en una cierta relación de causa-efecto (puesto que el movimiento de las negras en *n*... es efecto del movimiento anterior de las blancas en *n*); lo que ocurre es que entre la causa y el efecto se intercala otro factor, sin el cual no se entendería completamente aquella relación: es el factor de las reglas, que dotan de significado a esa relación de causalidad. Por eso, las reglas actúan como una variable independiente que afecta a la relación causal, permitiendo comprender la conducta del primer y del segundo jugador en sus respectivas jugadas. Así pues, las reglas no anulan la causalidad en el ámbito de la interacción social, sino que son un elemento de mediación que permite comprender (o comprender mejor) las causas y sus efectos.

Aquí se da una paradoja. Ross va buscando el *significado* de las reglas o normas y para ello busca la *referencia* de las mismas entre los objetos del mundo empírico, como exige la concepción neopositivista. Pero resulta que las reglas no tienen su significado, sus objetos de referencia, en el mundo empírico, sino al revés: las reglas mismas son ellas *el significado* y, por tanto, la referencia de ciertas *acciones* que hallamos en el mundo empírico. En este caso, las acciones de los jugadores de ajedrez encuentran su significado y su referencia en las reglas del juego del ajedrez, que están formuladas en algún lugar (reglamen-

¹⁶ Ross, *Sobre el derecho...*, cit., p. 13.

tos, libros de teoría, etc.). Así pues, las acciones de los jugadores actúan ahora como *signos* y las reglas del ajedrez, formuladas por medio de expresiones lingüísticas, actúan como *significados* de aquellas acciones. Es decir, que en esta explicación el papel del lenguaje aparece invertido. Ahora el lenguaje ya no es el signo ni los hechos empíricos son su significado, sino que los hechos empíricos (las acciones de los jugadores) son el signo y las expresiones lingüísticas (las reglas) son su significado.

Los hechos empíricos a los que nos referimos son las acciones humanas. Ross aplica el análisis del juego del ajedrez a la vida humana social en una comunidad. También en la vida social muchas acciones individuales tienen significado en relación con reglas compartidas, de manera que el significado de dichas acciones sólo puede hallarse en las reglas a las que los individuos adecuan su conducta. Por tanto, las acciones sociales tienen un significado y éste se halla en las normas o *reglas vigentes*.

El concepto de *regla vigente* contiene dos rasgos: 1) *Efectividad* real de la regla, es decir, seguimiento de las reglas, comprobable por observación externa. 2) *Vivencia* de la regla por parte del jugador como causa o motivo de su conducta, o sea, sentimiento de que las reglas son obligatorias. Con estos dos elementos ya tenemos el modelo para intentar comprender la expresión «derecho vigente». Las reglas del juego del ajedrez equivalen a las normas del mundo del derecho y son definidas por Ross con estas palabras: «Las normas del ajedrez son, pues, el contenido ideal abstracto (de naturaleza directiva) que posibilita, en tanto que esquema de interpretación, comprender los fenómenos del ajedrez (las acciones de las movidas y los patrones de acción experimentados) como un todo coherente de significado y de motivación, como una partida de ajedrez; y que posibilita también, junto con otros factores y dentro de ciertos límites, predecir el curso de la partida»¹⁷.

Así pues, en el juego del ajedrez tenemos dos elementos básicos: 1) Las reglas, que son entidades ideales y se expresan en enunciados *directivos*: ellas son entidades semánticas, significados de las acciones de los jugadores. 2) Las acciones de los jugadores, que son entidades factuales, observables empíricamente, hechos, que mantienen entre sí relaciones de causalidad. Pero dichas relaciones son incomprensibles si no conocemos el significado de cada una de las acciones, y el significado de las acciones está en las reglas.

De la misma manera, en el Derecho tenemos otros dos elementos: 1) Las normas ideales, expresadas en lenguaje directivo, que dan sentido a la conducta de los agentes jurídicos. 2) Las acciones de los agentes jurídicos, factuales y observables, pero ininteligibles si no se conocen los significados de dichas acciones, que son las normas. Así

¹⁷ *Ibíd.*, pp. 16-17.

lo explica Ross: «El Derecho también puede ser considerado como algo que consiste parcialmente en fenómenos jurídicos y parcialmente en normas jurídicas, en correlación mutua»¹⁸. Y el concepto «derecho vigente» se explica de esta manera: «Es decir, “derecho vigente” significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son experimentadas y sentidas como socialmente obligatorias»¹⁹.

Con este largo rodeo, Ross ha conseguido tres objetivos: 1) Hallar indirectamente un significado para las reglas en general y para las normas jurídicas en particular, que por venir expresadas lingüísticamente en forma de directivas, no tenían significado representativo según la filosofía neopositivista que profesaba Ross. 2) Dotar de significado a los enunciados de la ciencia jurídica dogmática, que tienen todos la forma «La norma *D* es derecho vigente». 3) Dar una primera definición del término «derecho vigente» y, por tanto, un primer paso para conocer la naturaleza del derecho. Según esta primera definición, el derecho vigente es el conjunto de las normas jurídicas y éstas son concebidas como esquemas de interpretación de ciertas conductas sociales; dichos esquemas de interpretación lo son en dos aspectos: por un lado, son cumplidos, y, por otro, son sentidos como socialmente obligatorios.

La valoración y crítica que inmediatamente tenemos que hacer de esta primera aportación de Ross a la filosofía del Derecho es la siguiente. Primero, hay que señalar la incoherencia, ya apuntada anteriormente, en la que incurre el autor danés al negar, por un lado, que las expresiones directivas *tengan* significado representativo y afirmar, por otro lado, que esas mismas expresiones *son* el «significado» de ciertas acciones que realizan los individuos en la vida social. Segundo, en esta incursión por la ontología jurídica, Ross presenta lo que podríamos llamar una «teoría *bidimensional* del Derecho», pues, según dice, éste se compone en parte de un elemento ideal (las normas del derecho vigente) y en parte de un elemento factual o empírico (las acciones de los individuos, que son observables y se corresponden con las normas). Tercero, esta teoría bidimensional, que caracteriza al Derecho como una realidad mixta, en parte ideal y en parte factual, refleja un compromiso y, a fin de cuentas, una solución ecléctica, entre su etapa kelseniana y su etapa realista. En efecto, Ross no aban-

¹⁸ *Ibídem*, p. 17.

¹⁹ *Ibídem*, p. 18. En nota a pie de página, Ross aclara que las normas son experimentadas y sentidas como socialmente obligatorias «por el juez y otras autoridades jurídicas que aplican el Derecho». Esta aclaración sirve para preparar el paso siguiente: el criterio de verificación de la existencia de las reglas hay que buscarlo en la conducta de los jueces y autoridades, no en la conducta de los individuos particulares.

dona la influencia de Kelsen, hasta el punto de que define las normas jurídicas (y su modelo anterior, las reglas del ajedrez) con palabras muy parecidas a las que había utilizado Kelsen: las normas jurídicas, según éste, son un «esquema de interpretación» de ciertas acciones de los individuos en la vida social, acciones que por eso mismo adquieren el significado de jurídicas; o sea, las normas son los «significados» de dichas acciones ²⁰. En cuanto a su influencia realista, Ross no sólo no la abandona, sino que la prolonga en el libro que estamos comentando. Esto se nota en la importancia que le atribuye a la conducta de los jueces y de las autoridades para caracterizar lo que es derecho vigente ²¹. Por tanto, Ross utiliza la filosofía neopositivista simplemente como un instrumento con vistas a reforzar y justificar teóricamente su posición realista inconsecuente y su presunto cientifismo de corte kelseniano.

4. VERIFICACIÓN DE LOS ENUNCIADOS DE LA CIENCIA JURÍDICA

Una vez que el concepto de *derecho vigente* ha sido ubicado en el ámbito de la experiencia social, lejos del apriorismo metafísico, Ross trata de someter dicho concepto, y los enunciados que lo contienen, al criterio de verificación. ¿Cuáles son los datos empíricos que prueban que una norma determinada *D* es *derecho vigente*? Con este planteamiento Ross deja a un lado el tema de la definición ideal del Derecho y se plantea sólo explicar lo que hace la ciencia jurídica, que es describir el derecho vigente en un país. «La función de la ciencia del derecho —dice— es exponer un determinado sistema nacional individual de normas» ²². Y la función de la filosofía del Derecho es aclarar los enunciados que emite la ciencia jurídica en este sentido, dando un contenido al concepto general de Derecho.

El problema es, pues, el siguiente: el Derecho existe, la ciencia jurídica lo describe, ¿cómo podemos identificar lo que es Derecho en

²⁰ En la *Teoría pura del Derecho*, Kelsen define la norma como un «esquema de explicitación conceptual» y la norma jurídica como el «sentido objetivo» o la «significación» que tienen ciertos actos humanos, a los cuales, en virtud de dichas normas, se les califica como «jurídicos». Dice: «“Norma” es el *sentido* de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza un comportamiento» (Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, 2.^a ed. alemana, trad. VERNENGO, R. J., U.N.A.M., México, 1983, p. 19). Respecto a la norma jurídica dice: «El acontecimiento en cuestión [se refiere a cualquier acto humano calificado como conforme o contrario a Derecho] logra su *sentido* específicamente jurídico, su significación propia en Derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido, que le otorga *significación* en Derecho, de suerte que el acto puede ser explicitado según esa norma» (Ibídem, p. 17). Subrayados míos.

²¹ Véase el apartado siguiente, especialmente las citas de las notas 24 a 27.

²² Ross, *Sobre el derecho...*, cit., p. 31.

un país y en un tiempo determinado y distinguirlo de lo que no lo es? Lo cual se resume en esta otra pregunta: ¿cómo podemos controlar la verdad o falsedad de los enunciados de la ciencia jurídica, en los que se expone cuál es el Derecho vigente en un país?

En el caso del ajedrez, la identificación de sus reglas es sencilla: son aquellas expresiones que se refieren a las movidas que efectúan los jugadores, es decir, a ciertas acciones de ciertas personas, dotándolas de significado. En el caso del Derecho hay que encontrar también a qué acciones y personas determinadas se refieren las normas del sistema jurídico. Pues bien, las normas jurídicas son de dos clases: *a)* de conducta y *b)* de competencia. Las primeras prescriben determinadas conductas y se refieren a individuos particulares; las segundas crean un poder o una autoridad para actuar y se refieren a los jueces y otras autoridades. Pero ambos tipos de normas están relacionados entre sí, pues las normas de conducta son al mismo tiempo directivas para los jueces y al revés: las normas de competencia, que van dirigidas primariamente a los jueces, son indirectamente normas de conducta para los particulares²³.

Esta equiparación entre normas de conducta y de competencia nos proporciona el concepto completo de «derecho vigente», entendido ahora como «orden jurídico nacional» («national law system»): «Un orden jurídico nacional –dice Ross– es un cuerpo integrado de reglas que determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza física contra una persona; el orden jurídico nacional establece un aparato de autoridades públicas (los tribunales y los órganos ejecutivos) cuya función es ordenar y llevar a cabo el ejercicio de la fuerza en casos específicos»²⁴.

Con esta caracterización y concreción del Derecho como orden o sistema jurídico, estamos más cerca de hallar en la vida social hechos empíricos que se correspondan con el concepto de derecho vigente. En efecto, si las normas son esquemas de interpretación de acciones humanas, en cuanto tales acciones son el cumplimiento de normas sentidas como socialmente obligatorias, y «un orden jurídico nacional es el conjunto de normas para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado»²⁵, entonces se trata de encontrar e identificar esas *acciones humanas* sociales a las que sirven de esquema de interpretación las normas jurídicas de un país. Tales acciones humanas son los hechos empíricos que se corresponden con el concepto de derecho vigente.

Las normas jurídicas son, en último extremo, reglas que establecen las «condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza a través del aparato del Estado». Llegamos así a la conclusión de que las normas

²³ *Ibídem*, p. 33.

²⁴ *Ibídem*, p. 34.

²⁵ *Ibídem*, He sustituido la palabra «reglas» (rules) por «normas» para hacer más claro el razonamiento.

jurídicas son las «normas que regulan el ejercicio de la fuerza por los tribunales» de justicia. Por tanto, las acciones humanas que se corresponden con las normas jurídicas son «las decisiones de los tribunales»²⁶. Así pues, el criterio de verificación de lo que es derecho vigente en un país y en un tiempo determinado lo proporcionan los siguientes hechos: *a)* las decisiones de los jueces, *b)* decisiones que se basan en que éstos obedecen ciertas normas, *c)* porque las sienten como socialmente obligatorias. Estos tres hechos están encadenados entre sí, pero si hubiera que resaltar el que es determinante, porque permite identificar las normas jurídicas y, por tanto, lo que es derecho vigente, este hecho sería el siguiente: ciertos aspectos de la vida espiritual del juez. En efecto, el elemento *c)*, el sentimiento de los jueces de que algunas reglas son obligatorias, es el que determina a los elementos anteriores [*a)* y *b)*]. En resumen, dice Ross: «El concepto de vigencia del Derecho descansa, de acuerdo con lo que llevamos dicho, en hipótesis referentes a la vida espiritual del juez»²⁷. De esta forma se confirma la teoría bidimensional de Ross: el Derecho consiste en hechos sociales (decisiones), por un lado, y en normas ideales correspondientes, por otro. «El Derecho —dice— es al mismo tiempo algo real en el mundo de los hechos y algo válido en el mundo de las ideas»²⁸.

La prueba de que éste es el verdadero concepto de Derecho, el que se corresponde con estos hechos sociales, lo tenemos en el análisis de los enunciados de la ciencia jurídica. Estos enunciados, cuya forma es «A (aserción) = *D* es derecho vigente», son verdaderos si y sólo si *D* es una norma que el juez toma como base de sus decisiones judiciales. Por tanto, *D* es una norma que permite predecir cuál será muy probablemente la conducta futura de los jueces. Así pues, los enunciados de la ciencia jurídica describen o se refieren a las acciones que realizarán los jueces bajo determinadas condiciones, es decir, a las decisiones que tomarán cuando se les presente para juzgar una conducta humana que cae bajo el contenido de una determinada norma. Tales enunciados son predicciones de hechos sociales futuros²⁹. En la medida en que tales predicciones se cumplan, los enunciados serán verdaderos. Y si el enunciado asertivo A de la ciencia jurídica es verdadero, entonces *D* es una norma jurídica vigente; pero si el enunciado A es falso, entonces *D* no es una norma jurídica vigente.

En conclusión, el criterio de verificación de los enunciados que afirman la existencia de normas jurídicas es siempre la conducta (previsible) de los jueces cuando toman decisiones judiciales, es decir, la *predicción* de aquella conducta. Sin embargo, hay que tener en cuenta

²⁶ *Ibídem*, p. 34.

²⁷ *Ibídem*, p. 36.

²⁸ *Ibídem*, p. 37.

²⁹ *Ibídem*, p. 48: «Conclusión: las aserciones referentes al Derecho vigente son, de acuerdo con su contenido real, una predicción de acontecimientos sociales futuros».

que este criterio presenta un cierto grado de indeterminación, pues las predicciones nunca son totalmente seguras y, además, ellas mismas pueden influir sobre los propios hechos futuros que predicen.

Ross termina caracterizando el concepto de Derecho, entendido como conjunto normativo o como orden jurídico, con dos notas: 1) El Derecho es un conjunto de normas que *se refieren* al ejercicio de la fuerza y no, como han dicho otros autores, normas que están respaldadas por la fuerza ³⁰. 2) El Derecho se compone de normas de conducta y normas de competencia; estas últimas crean autoridades para que elaboren nuevas normas y ejerzan la fuerza de acuerdo con todas las normas. Esto hace que el Derecho sea una realidad *institucional*, algo que existe de manera objetiva y exterior ³¹.

Las tesis desarrolladas hasta aquí se incardinan, según Ross, dentro de la concepción realista del Derecho, la cual comparte, según él, los principios metodológicos del empirismo lógico, que son: 1) Rechazo de la metafísica como conocimiento racional apriorístico. 2) Sólo existe un mundo y sólo hay un método científico para conocer los hechos de ese mundo, que es el recurso a la experiencia. 3) La única excepción a lo anterior son las ciencias lógico-matemáticas, que no estudian hechos de la realidad, sino entidades y relaciones abstractas. Aplicando todo ello a la filosofía del Derecho, tenemos: 4) La ciencia jurídica es una ciencia social más y, por tanto, su objeto de estudio son fenómenos sociales, concretamente los hechos jurídicos. La filosofía jurídica se ocupa del estudio de la «vigencia del Derecho» en su efectividad social, o sea, de la correspondencia entre las normas jurídicas ideales y los hechos jurídicos sociales ³².

5. APORTACIONES DE LA FILOSOFÍA DEL LENGUAJE ORDINARIO: TIPOS DE DISCURSO

A partir de 1945 la filosofía analítica amplió su campo de estudio, pasando del análisis del lenguaje científico al análisis del lenguaje ordinario y del estudio de los enunciados asertivos y descriptivos a la

³⁰ *Ibidem*, pp. 51, 52, 58. «Lo que antecede está basado en el entendimiento de que un orden jurídico nacional es un cuerpo de reglas concernientes al ejercicio de la fuerza física» (p. 51).

³¹ *Ibidem*, p. 58.

³² *Ibidem*, pp. 66-67. Las coincidencias entre positivismo lógico y realismo jurídico en Ross son destacadas por Liborio, *op. cit.*, pp. 208-217, y por MONTORO BALLESTEROS, A., HIERRO, L., *Sobre la revisión crítica del Derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*, Universidad de Murcia, Murcia, 1983, pp. 75-90. Sin embargo, hay que recordar, también, que el realismo de la Escuela de Uppsala manifestó sus posiciones empiristas y antimetafísicas bastante tiempo antes de que se formara el Círculo de Viena (CASTIGNONE, S., *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*. Ed. di Comunità, Milano, 1974, pp. 15-16).

consideración de otros enunciados, como los valorativos, los imperativos y demás expresiones que no son susceptibles de recibir un valor de verdad. Esta tendencia es la que Ross plasma en su última obra, *Directives and norms* ³³.

Aplicando la distinción de Saussure entre lenguaje («*langue*», «*language*») y discurso («*parole*», «*speech*»), el objeto inmediato del análisis de Ross será el *discurso* ³⁴, los actos de discurso o de habla concretos que se producen, especialmente en el ámbito de la Moral y del Derecho. Tradicionalmente se vienen distinguiendo dos grandes tipos de discurso: el teórico y el práctico, el descriptivo y el prescriptivo, que responden también a la distinción entre aserciones o enunciados declarativos, por un lado, y valoraciones, imperativos y expresiones normativas, por otro.

El objetivo de Ross en este libro es precisamente analizar estos dos tipos de discurso, a los que llama, respectivamente, *indicativo* y *directivo* ³⁵. El primero es el que utilizan las ciencias y es también el único que admite un tratamiento lógico. El segundo es el lenguaje propio del derecho, ya que éste se expresa preferentemente a través de expresiones directivas (normas). Por tanto, su propósito último es clarificar el concepto de norma y sus elementos, a fin de elaborar una lógica del discurso jurídico o lógica deóntica. La principal aportación de este recorrido consistirá en descubrir que las normas, o sea, los enunciados que expresan directivos, tienen significado, contra la tesis que él mismo había mantenido anteriormente. Ross utiliza para ello los análisis de Hare y de otros filósofos analíticos ³⁶.

En su obra principal Hare estudiaba el modo imperativo de los verbos y luego los conceptos de *bueno* y *deber*. Su opinión es que el discurso imperativo es más simple y fácil de analizar que los juicios de valor y, además, que los juicios de valor tienen un componente en común con el lenguaje imperativo, pero añaden luego algunas complejidades que aquél no tiene. El cuadro general que traza Hare es: El lenguaje prescriptivo tiene dos grandes modalidades, que son los imperativos y los juicios de valor; los imperativos pueden ser singulares o universales y los juicios de valor se dividen en no-morales y morales ³⁷.

³³ Ross, A., *Directives and norms*, Routledge & Kegan Paul, London, 1968 (trad. española: *Lógica de las normas*, trad. J. S. P. Hierro, Comares, Granada, 2000).

³⁴ Ross, *Lógica de las normas*, cit., pp. 4-5.

³⁵ Ross prefiere estas denominaciones a las de «descriptivo» y «prescriptivo» y además deja expresamente fuera del discurso prescriptivo los juicios de valor (Ibíd., pp. 9-10).

³⁶ HARE, R. M., *The Language of Morals*, Oxford, 1952 (trad. española: *El lenguaje de la moral*, trad. CARRIÓ, G. R., y RABOSSO, E. A., U.N.A.M., México, 1975); AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, comp. por J.O. Urmson, trad. Carrió y Rabossi, Paidós, Barcelona, 1982 (ed. ingl. 1962); G. H. VON WRIGHT, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. P. G. Ferrero, Tecnos, Madrid, 1979 (ed. ingl. 1963).

³⁷ HARE, *El lenguaje de la moral*, cit., p. 15.

Según Hare, en gramática elemental se distinguen tres tipos de oraciones: aserciones (statements)³⁸, mandatos (commands) y preguntas. Las aserciones llevan normalmente el verbo en modo indicativo y los mandatos lo llevan en modo imperativo. Pero la diferencia que hay entre, por ejemplo, aserciones y mandatos, no depende de la forma gramatical, sino del *sentido* que tienen tales expresiones. De hecho, muchas expresiones de mandato y, sobre todo, los juicios de valor, tienen forma indicativa y, en cualquier caso, hay una tendencia por parte de la teoría moral a convertir estas expresiones en oraciones con modo indicativo, como si fuesen aserciones. La causa de esto es, según Hare, la popularización y aceptación general de la *teoría verificacionista del significado*, según la cual, como ya hemos visto, un enunciado no tiene significado si no puede ser calificado como verdadero o falso, para lo cual la expresión debe estar formulada en modo indicativo o descriptivo. Así, por ejemplo, el mandato «¡Cierra la puerta!» no tendría significado en esa formulación. Pero si lo ponemos en modo indicativo; por ejemplo, diciendo «Quiero que cierres la puerta», entonces sí sería posible verificar si hay o no en la realidad un hecho que se corresponda con esa afirmación: el hecho de que yo tengo el deseo de que tú cierres la puerta.

Como vemos, éste es el problema al que se había enfrentado Ross en su obra anterior (*On law and justice*) y ya vimos que lo resolvió diciendo que los mandatos (o las normas) no tienen significado. Hare recuerda que los teóricos de la moral han elaborado en los últimos tiempos diversas teorías para dotar de significatividad a los imperativos y a los juicios morales. Por un lado están las teorías naturalistas, que reducen los imperativos a oraciones indicativas, convirtiendo los deberes morales en expresión de deseos de algún individuo o grupo social, expresión que puede ser verificada empíricamente. Por otro lado hay teorías que tratan por igual los juicios de valor y los imperativos, atribuyendo a las oraciones de este tipo un sentido que deriva de su función, que consiste en influir en la conducta del oyente, actuando la expresión lingüística como una causa productora de efectos en las acciones de otros individuos³⁹.

El objetivo de Hare no es ya solamente dotar de *significado* a los imperativos y juicios de valor, independientemente de la posibilidad de verificación de los mismos, sino más aún: dotarlos de *racionalidad* y, por tanto, hacerlos susceptibles de análisis lógico, lo cual sería imposible con las teorías anteriores. Dice: «En razón de que los man-

³⁸ Traduzco «statements» por «aserciones» y no por «enunciados», como hacen los traductores del libro de Hare, ya que un enunciado es cualquier oración, sea asertiva, prescriptiva, exclamativa, etc.

³⁹ HARE, *op. cit.*, pp. 22-23. En esta segunda línea se sitúan: Ayer, *Lenguaje...*, *cit.*, pp. 130-131; CARNAP, *La superación de la metafísica...*, *cit.*, pp. 84-87; STEVENSON, C. L., «Argumentos de Moore contra ciertas formas de naturalismo ético», en Ph. Foot (ed.), *Teorías sobre la ética*, trad. M. Arbolí, F.C.E., México, 1974, pp. 31-55.

datos, al igual que las aserciones, están esencialmente dirigidos a contestar preguntas formuladas por agentes racionales, ellos [los mandatos] están gobernados por reglas lógicas tal como lo están las aserciones»⁴⁰. Por tanto, la solución de este problema es previa a la posible construcción de una lógica de normas, que comenzó a desarrollarse en la década de los cincuenta.

6. SIGNIFICATIVIDAD Y RACIONALIDAD DEL DISCURSO IMPERATIVO

Nadie pone en duda que las oraciones indicativas o los enunciados asertivos tienen significado, pues describen un estado de cosas. Sea el ejemplo: «Tú estás cerrando la puerta». Por contra las oraciones imperativas, según la teoría verificacionista, no tendrían significado, pues no describen nada que realmente esté ocurriendo. Por ejemplo: «¡Cierra la puerta!». En efecto, esta oración, no describe nada y no puede ser verdadera ni falsa, porque es un mandato dirigido a otra persona. Sin embargo, Hare descubre que ambos tipos de oraciones tienen algo en común, que es justamente un núcleo de significado, ya que ese algo se refiere a un estado de cosas real que se da o puede darse en el mundo. Y, por otro lado, tienen algo que les diferencia, justamente el carácter indicativo o imperativo del enunciado, su forma de enunciación. Lo que tienen en *común*, su núcleo de significado, lo llama Hare «frástico»; en los ejemplos citados, el frástico equivale a una expresión tal como «Tu acción de cerrar la puerta de inmediato». Lo que *diferencia* a ambas oraciones lo llama Hare «néustico». El néustico de las oraciones indicativas equivale más o menos a la expresión «sí, así es» («tú estás cerrando la puerta»), mientras que el néustico de las oraciones imperativas sería equivalente a la expresión «por favor, así debe ser» («¡cierra la puerta!»)⁴¹.

Con este análisis queda probado lo que nos dice el sentido común: que los mandatos normalmente tienen significado, porque se refieren a estados de cosas reales o posibles y, por tanto, pueden ser entendidos por todo el mundo que conozca el lenguaje en que se emiten. De lo contrario, si no tuviesen sentido, los mandatos no podrían ser cumplidos ni incumplidos, porque nadie entendería qué es lo que se manda. Así pues, el significado de un imperativo se rige por las mismas reglas que el de una aserción: si se refiere a un estado de cosas identificable, tiene significado, y si no, no lo tiene. Por ejemplo, la oración indicativa que cita Hart, «el absoluto es verde», no tiene significado, porque no se refiere a un estado de cosas; de la misma manera sería absurdo

⁴⁰ HARE, *op. cit.*, p. 26.

⁴¹ Frástico viene de una palabra griega que significa «señalar o indicar» y néustico de otra que significa «asentir con un gesto» (Hare, *op. cit.*, p. 28).

el mandato correspondiente: «¡haz que el absoluto sea verde!». Así pues, la diferencia entre los enunciados indicativos y los imperativos no radica en que unos tengan significado y otros no, sino en la actitud del hablante; esta actitud queda reflejada en el néustico. El hablante que emite una aserción, asiente a ella en el sentido de que *crea* lo que dice. El hablante que emite un imperativo, asiente a él, en el sentido de que *está intentado* que el otro haga lo que dice. El néustico forma parte también del sentido de la oración, en la medida en que está incorporado por signos lingüísticos a la oración misma, signos tales como el modo imperativo o cualquier otro signo que indique que se está mandando, afirmando, aconsejando, etc.

Una vez desdobladas las oraciones en dos partes, frástico y néustico, la posibilidad del tratamiento lógico de los enunciados imperativos recae enteramente sobre el elemento común (el frástico), de manera que es posible realizar el cálculo proposicional exclusivamente sobre el frástico de un enunciado y luego aplicárselo al enunciado imperativo con sólo añadir el néustico que le corresponda. Con esta propuesta, la lógica de normas podría ser una simple rama aplicada de la lógica ordinaria, la cual trabaja sólo con enunciados asertivos, susceptibles de asumir valores de verdad o falsedad⁴². Hare presenta un ejemplo de cómo serían posibles inferencias lógicas, teniendo en cuenta sólo el frástico de los enunciados y añadiéndoles luego el néustico que les es propio. Un ejemplo de inferencia con enunciados imperativos sería el siguiente:

Lleva todas las cajas a la estación
 Esto es una de las cajas
 ∴ Lleva esto a la estación.

El único requisito para hacer este tipo de inferencias es el cumplimiento de dos reglas. La primera es que, para obtener una conclusión en indicativo, todas sus premisas deben estar también en indicativo. La segunda es que «no se puede extraer válidamente ninguna conclusión en imperativo de un conjunto de premisas que no contenga por lo menos una en imperativo»⁴³.

En *Directives and norms* Ross aplica este análisis de Hare a una variedad del discurso imperativo, que son las normas. Tanto en el discurso indicativo (asertivo) como en el discurso directivo (imperativo) hallamos los siguientes elementos. Un *tema* o asunto («topic») es algo que puede ser identificable en la realidad, algo de lo que se puede hablar. Una *frase* («phrase») es una palabra o conjunto de palabras que describen un tema. Una *idea* es el contenido de significado de un tema, es un fenómeno semántico y no psicológico. Estos tres conceptos pueden mostrarse en un ejemplo: la frase

⁴² Ibídem, p. 35.

⁴³ Ibídem, p. 37.

de una sola palabra «puerta» denota el tema o asunto de lo que es una puerta real; el significado de esa frase es la idea de puerta. Las frases, y los temas por ellas denotados, se pueden sumar e ir formando frases y temas cada vez más complejos. Por ejemplo, las frases «cerrar la puerta», «Pedro cerrando la puerta», etc., son frases cada vez más complejas y también lo son sus respectivos temas y significados.

Sobre esta base común se construyen los distintos tipos de discurso. En el discurso indicativo, la oración expresa una proposición y en ésta la idea de un tema es concebida como real. «Mientras que la frase describe un tema o asunto —dice Ross—, la oración [indicativa] describe un *estado de cosas*, esto es, *un tema pensado como real*»⁴⁴. Por ejemplo, en la oración indicativa «Pedro está cerrando la puerta ahora» ese tema es concebido como algo real que está sucediendo. Sin embargo, en el discurso directivo, la oración expresa un directivo y en éste la idea de un tema es concebida como forma de conducta; por eso a dicha idea se la llama idea-acción. Por ejemplo, en la oración directiva «Pedro, ¡cierra la puerta!» ese tema es concebido como una acción que Pedro debe realizar.

Por tanto, Ross propone distinguir en las oraciones dos partes: una común, que en los siguientes ejemplos aparece entre paréntesis, y otra específica, que es distinta para indicativos y directivos y que es la que está fuera del paréntesis:

- (1) «(El cerrar la puerta por Pedro) así es».
- (2) «(El cerrar la puerta por Pedro) así debe ser».

Estas dos oraciones tienen el mismo sentido que «Pedro está cerrando la puerta», para la (1), y «Pedro, ¡cierra la puerta!», para la (2). Ambas tienen en común el frástico, que va entre paréntesis, y difieren en el néustico, que va fuera del paréntesis. El núcleo de significado para ambas es el mismo, pero este significado es concebido de distinta manera: en (1) se concibe como algo real; en (2) se concibe como forma conducta. Por eso tenemos un mismo significado en el núcleo de las oraciones, pero dos tipos diferentes de discurso y, por tanto, dos oraciones con *sentidos* diferentes: la primera es una aserción, la segunda es un directivo. Sin embargo hay que añadir que mientras para Hare el néustico forma parte del significado de la oración y, por tanto, es un elemento semántico, para Ross el néustico no es parte del significado, sino un indicador de *función* y, por tanto, es un elemento de carácter pragmático⁴⁵.

⁴⁴ Ross, *Lógica de las normas*, cit., p. 17.

⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 25-26.

7. EL CONCEPTO DE NORMA Y LAS NORMAS JURÍDICAS

En su obra anterior Ross había descrito las *normas en general* como esquemas de interpretación o contenidos ideales que dotan de sentido a ciertas acciones humanas, las de los jugadores de ajedrez o las de los ciudadanos de un país sujetos a un orden jurídico; por otro lado, el sentido de dichas acciones es que éstas consisten en el cumplimiento de unas reglas que son sentidas por la gente como obligatorias.

Más adelante, Ross describía las *normas jurídicas* en su conjunto (es decir, el orden jurídico, el Derecho) como las reglas que determinan las condiciones bajo las cuales se ejerce la fuerza física. Por tanto, las normas jurídicas son contenidos semánticos, son los significados de ciertas acciones humanas, las de jueces, autoridades y ciudadanos, los cuales cumplen determinadas reglas que ellos consideran obligatorias y que tienen que ver todas con el ejercicio de la fuerza.

Manteniendo estos mismos presupuestos, Ross se plantea ahora, en *Directives and norms*, cuál es la *naturaleza* de las normas. En un primer acercamiento, el concepto de norma parece exigir dos condiciones: 1.^a) Las normas tienen una relación intrínseca con los *directivos*. 2.^a) Las normas tienen existencia real, lo que se expresa diciendo que tienen *vigencia*. Respecto a lo primero hay que decir que las normas son todas expresiones directivas, pero no todos los directivos son normas, pues si fuera así, toda expresión a través de la cual alguien intentara influir en la conducta de los otros sería una norma, cosa que no ocurre en muchos casos, como cuando uno engaña a otro para inducirle a hacer algo. Tampoco son normas las simples regularidades de conducta que se observan en la vida social, como sostenía Th. Geiger, pues a esas regularidades les falta este elemento primero, es decir, que exista previamente a los hechos sociales un directivo que sea sentido como obligatorio y que impulse a su cumplimiento. En cuanto a lo segundo, una norma existe cuando existe un directivo que tiene que ver con un estado de cosas social que tiene una cierta permanencia. Por ejemplo, si un gángster da una orden a los empleados de un banco para que le entreguen el dinero, esto no sería una norma, pues la situación a la que afecta el directivo es pasajera; no se puede hablar aquí de vigencia o existencia de norma alguna.

Así pues, y en resumen, el concepto de norma debe atender a dos aspectos esenciales: la formulación lingüística de un directivo y la presencia de un conjunto de hechos sociales que estén relacionados con él. Por eso Ross propone esta definición: «Una norma es un directivo que se encuentra en una relación de correspondencia con los hechos sociales»⁴⁶. Esta definición es muy genérica y vaga si no se explican los dos elementos que la componen.

El primero es que la norma es una proposición *directiva*, es decir, es el contenido significativo de una oración directiva, tal como hemos

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 107.

explicado más arriba: una oración que describe una forma de conducta (frástico) y que evoca en el oyente que esa forma de conducta debe ser realizada (néustico directivo). Pero no todos los directivos son normas, pues sólo lo son los que se corresponden con hechos sociales. Ahora bien, según Ross, no todos los directivos son aptos para cumplir esta condición; sólo lo son los *directivos impersonales no autónomos*. Por tanto quedan excluidos de la consideración de normas todos los directivos personales, o sea, aquellos que tienen un emisor y un receptor claramente definidos (mandatos, peticiones, consejos, exhortaciones) y también los directivos autónomos de la moral; pues, en efecto, estas dos clases de directivos no se corresponden con hechos sociales. Los directivos susceptibles de ser normas son, pues, solamente: *a)* los cuasi-mandatos (heterónomos), como las normas de derecho y convenciones, y *b)* las reglas constitutivas basadas en el acuerdo recíproco (autónomas-heterónomas), como las reglas de los juegos. Esta clasificación, en cualquier caso, no es exhaustiva y desde luego es perfectamente discutible.

El segundo elemento tiene que ver con la *existencia* de las normas: una norma sólo existe si el directivo que la expresa se corresponde con hechos sociales; esto significa, según Ross, que la existencia de la norma depende enteramente de que esos hechos existan. En otras palabras, la norma no existe por sí misma, sino a través de unos hechos sociales a los cuales ella se corresponde, dotándolos de sentido, puesto que la norma, como hemos visto antes, es la proposición directiva que explica la existencia de tales hechos.

Ahora bien, ¿en qué consiste esa correspondencia o relación del directivo con los hechos sociales? Hay dos rasgos que la caracterizan: 1) Que la forma de conducta expresada en el directivo sea *seguida* mayoritariamente por los miembros de la sociedad en los que está vigente la norma. 2) Que este seguimiento de la conducta no sea sólo una regularidad observable externamente, sino que responda también a un factor interno: la conciencia o sentimiento de que esa conducta es *obligatoria*. Este segundo requisito es necesario para distinguir las normas de otros fenómenos, que también aparecen como regularidades externas de conducta, pero que no son normas por carecer del rasgo de la obligatoriedad: por ejemplo, regularidades biológicas o físicas (como dormir de noche y no de día), técnicas (como los métodos de trabajo de los artesanos), usos o hábitos no obligatorios (como las tradiciones), etc.⁴⁷.

El concepto de *obligatoriedad*, que caracteriza a las normas, puede ser entendido básicamente de dos maneras: A) Como *validez*, que es la presencia de un sentimiento interno en los individuos que les lleva a actuar de esa manera. B) Como *coactividad*, que es un hecho externo: el que a la violación de la norma le suele seguir una sanción. Ross considera que el concepto adecuado de obligación es el primero, la

⁴⁷ Ibídem, pp. 108-109.

validez o el sentimiento interior expresados en la conducta, pues la mera observación externa de las sanciones aplicadas no puede nunca conducir a saber si realmente existe una norma que las motiva o bien si es otra la causa que motiva la aplicación de esas sanciones. Y esta conclusión tiene especial valor si la aplicamos a las normas de derecho. En efecto, muchos autores han definido el derecho como una serie de reglas basadas en el ejercicio de la fuerza, lo cual se prueba porque las normas de conducta (primarias) exigen correlativamente otras normas, que establecen la sanción correspondiente (secundarias). Pero, según esta visión conductista, las reglas secundarias exigirían a su vez otras reglas secundarias que se refirieran al caso de incumplimiento de las mismas; y así sucesivamente, hasta el infinito. Al mismo tiempo hay muchas normas que no van respaldadas por la fuerza, sino que establecen competencias y obligaciones de órganos superiores del Estado que no implican sanción. Por lo cual, la referida concepción de las normas jurídicas como *basadas* en la fuerza ha de ser cambiada por otra según la cual las normas jurídicas *versan acerca* del ejercicio de la fuerza.

En conclusión, la definición de norma dada más arriba, tras la explicación de sus términos, queda fijada de la siguiente manera: la norma es «un directivo que corresponde a ciertos hechos sociales de tal manera que la forma de conducta expresada en la norma, (1) es seguida en general por los miembros de la sociedad, y (2) es sentida por ellos como obligatoria (válida)»⁴⁸. Estos rasgos de las normas (ser el significado de un directivo y referirse a una realidad social) tienen que estar los dos presentes para que se pueda hablar de la existencia de una norma. En ese sentido, Ross rechaza las concepciones que consideran la norma, bien sólo como un significado, bien sólo como un hecho.

La definición de norma implica, pues, la emisión de un directivo y ciertas condiciones sociales que hacen que ese directivo sea efectivo. «Hemos definido el concepto “norma” —dice Ross— de tal manera que existe una norma si y sólo si las condiciones correspondientes son tales que la norma es efectiva»⁴⁹. El concepto de *efectividad* es el que caracteriza el enlace entre estos dos elementos. Y la efectividad se da solamente en el caso de los cuasi-mandatos (reglas jurídicas y convencionales) y en las reglas de los juegos. La norma existe si la relación entre un directivo y los hechos sociales correspondientes es efectiva, independientemente de cómo reaccione cualquier individuo. Si una norma es efectiva, es decir, está realmente vigente en un grupo social, entonces puede ser cumplida o violada; pero si no es efectiva, entonces no hay norma y no se puede hablar de cumplimiento ni de violación de la misma. Y esto último es lo que ocurre con los mandatos personales y con los directivos de la moral autónoma (personal).

Una vez definido lo que es una norma y limitado el fenómeno normativo sólo a los directivos impersonales heterónomos (normas lega-

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 120.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 127.

les y convencionales) y heterónomo-autónomos (reglas de los juegos y otras basadas en el acuerdo recíproco), Ross distingue dentro de este grupo lo que son *normas jurídicas*. Las normas jurídicas tienen un rasgo específico que las diferencia del resto de las normas; este rasgo es la existencia de sanciones organizadas para aquellos que actúan en contra de lo dispuesto en dichas normas. Para ello se crean otras normas que establecen los órganos sancionadores y las sanciones a aplicar para los incumplidores. Esta organización de los órganos y las sanciones constituye lo que se llama un *orden institucional*. Éste es el rasgo específico del Derecho: el carácter institucional, que lo convierte en un orden o sistema jurídico. «Que el orden legal es institucional significa que entre las reglas legales hay algunas, que se encuentran especialmente en el Derecho constitucional, que crean instituciones, esto es, *agencias con el poder de crear y aplicar el Derecho*»⁵⁰. Y en esto se diferencia el derecho de la convención (reglas de cortesía, decencia, moral convencional), pues en el caso de las normas convencionales no hay órganos específicos encargados de la creación y aplicación de sanciones para los incumplidores.

Así pues, las normas jurídicas constituyen un conjunto normativo de carácter institucional. Por ello el orden jurídico, el Derecho, se compone de dos tipos de normas: las primarias (derecho sustantivo), que establecen la conducta a seguir por los ciudadanos, y las secundarias (derecho de sanciones), que establece las sanciones a aplicar y los procedimientos a seguir para el caso de incumplimiento de aquéllas, y van dirigidas a los jueces. Ahora bien, esta dualidad sólo es aceptable desde un punto de vista psicológico, pues desde un punto de vista lógico, según Ross, no existe más que un solo tipo de normas, las secundarias, ya que éstas implican lógicamente a las normas primarias correspondientes al establecer sanciones para los incumplidores de aquéllas. Así pues, se puede decir que las normas secundarias por sí solas constituyen el conjunto de las normas jurídicas, pues implican a las primarias, pero las primarias por sí solas no constituyen Derecho: son normas incompletas, pues dependen de la existencia de otra norma (secundaria) que se refiera a ella por medio de la sanción correspondiente⁵¹.

8. CONCLUSIÓN

Las conclusiones que podemos extraer del recorrido que hemos efectuado por la obra de Alf Ross son las siguientes: 1) Ross es el primer filósofo del Derecho que se preocupa seriamente por aplicar la concepción y los métodos de la filosofía analítica a la filosofía y a la ciencia del Derecho. 2) Sin embargo, Ross mantiene una posición ontológico-

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 66.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 119. Esto es así sólo desde el punto de vista lógico, no psicológico.

jurídica ambigua. Pues la filosofía analítica sólo admite dos tipos de ciencias: empíricas y formales. La ciencia del Derecho sólo puede ser empírica, ya que es obvio que no es una ciencia formal, como la lógica o las matemáticas. Si es una ciencia empírica, su objeto tiene que ser factual, empírico, observable, y no ideal, como lo son los objetos matemáticos y lógicos. Ahora bien, Ross concibe el Derecho como una realidad en parte empírica o factual (acciones humanas observables) y en parte ideal (normas). Su concepto de Derecho es bidimensional y su teoría ontológico-jurídica es ecléctica. 3) De acuerdo con lo anterior, Ross concibe la ciencia jurídica como una ciencia social, que estudia hechos sociales, como son ciertas acciones de los ciudadanos, las autoridades y los jueces de un determinado país, acciones cuyo significado se halla en las normas jurídicas vigentes de ese país, el conjunto de las cuales forma lo que se llama «orden jurídico nacional» («national law system»). 4) Siguiendo al positivismo lógico, la filosofía del Derecho tiene por objeto el estudio y análisis del lenguaje de la ciencia jurídica, concretamente, de la Dogmática jurídica nacional: la ciencia que estudia el Derecho vigente danés, o español, o francés, etc. 5) En su última obra, siguiendo los avances de la filosofía analítica del lenguaje ordinario, Ross modifica su anterior posición y se dedica al análisis del lenguaje en el que se expresa directamente el Derecho, o sea, el lenguaje de las normas jurídicas, distinguiendo diversos tipos de discurso para centrar su atención sobre todo en el discurso directivo. 6) En su preocupación filosófica por hacer de la ciencia del Derecho una verdadera ciencia, busca la racionalidad del discurso normativo-jurídico en la forma lógica de las expresiones; sus análisis le llevan a proponer algunas distinciones fundamentales para la construcción de una lógica de normas: concepto de obligación, modalidades jurídicas, análisis de la negación, conjunción, disyunción e implicación externas e internas en el ámbito normativo, etc., temas que aquí no hemos podido desarrollar ⁵².

Los principales errores de Ross ya los hemos señalado en este trabajo: 1) La incoherencia de considerar la ciencia jurídica como una ciencia social de hechos y, sin embargo, concebir su objeto principal de estudio, las normas, como entidades ideales y no observables. 2) La incoherencia de negar significatividad al discurso normativo y, sin embargo, decir que la norma es el «significado» de ciertas acciones. 3) A ello hay que añadir ahora la duda sobre si su intento de hallar la científicidad y racionalidad del Derecho casi exclusivamente en la forma lógica del discurso normativo está justificado, siendo así que, según Ross, la ciencia del Derecho es una ciencia social.

En cualquier caso, Ross ha marcado algunas directrices importantes para la filosofía jurídica del siglo XX y algunos de sus hallazgos, aunque discutibles, siguen siendo hoy objeto de análisis y debate en la teoría del Derecho.

⁵² El capítulo VI y último de *Directives and norms* está dedicado a la «Lógica deóntica» (Ibídem, pp. 179-235).

Argumentación jurídica y racionalidad legislativa en el Estado Constitucional

Por GEMA MARCILLA CÓRDOBA
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: Las teorías de la argumentación jurídica se han ocupado hasta la fecha básicamente de la racionalidad de la fase de interpretación y aplicación del Derecho. Pero si el razonamiento jurídico tiene como característica fundamental la vinculación a la ley, la *argumentación jurídica debería considerar también en qué medida la racionalidad legislativa es un presupuesto de una argumentación jurídica racional*. La contemplación de la racionalidad legislativa desde la óptica de la argumentación jurídica puede resultar especialmente fecunda en el Estado constitucional. Si la teoría de la argumentación y en especial el juicio de ponderación nos suministran las herramientas para confirmar o excluir la racionalidad de algunas leyes, ello ha de valer tanto en un eventual recurso abstracto ante el Tribunal Constitucional, como en el ámbito de la legislación.

I. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y RACIONALIDAD LEGISLATIVA

Hasta la fecha, las teorías de la argumentación jurídica se han ocupado solamente de la racionalidad de las decisiones en la fase de interpretación y aplicación del Derecho¹. Pero si el razonamiento jurídico tiene

¹ Tras referirse a la *argumentación* en las fases prelegislativa y legislativa, M. Atienza advertía que «las teorías de la argumentación jurídica de que disponemos no se ocupan prácticamente de ninguno de estos dos contextos de argumentación»,

como característica fundamental la *vinculación a la ley*, la teoría de la argumentación jurídica debería considerar también *en qué medida la racionalidad legislativa es un presupuesto de una argumentación jurídica racional*². En particular, si se asume la tesis del caso especial de R. Alexy³, es necesario presuponer también la racionalidad de la legislación, pues si la ley ha de ser premisa y límite de toda racionalidad jurídica parece difícil que ésta prospere a partir de leyes irracionales.

La contemplación de la racionalidad legislativa desde la perspectiva de la teoría de la argumentación jurídica puede resultar especialmente fecunda en el Estado constitucional, y ello porque dicha teoría puede suministrar un modelo de razonamiento adecuado para la producción de leyes racionales a la luz de la Constitución; leyes que no se conciben como mera expresión de la desnuda voluntad del poder, sino como el producto de una actividad sujeta a reglas procedimentales y sustantivas.

II. DOS CONCEPCIONES DE CONSTITUCIÓN «ABIERTA»

En un sistema democrático la Constitución no puede operar como premisa de la ley al modo en que la ley opera como premisa de la argumentación jurídica, pero no cabe duda de que la presencia de un documento constitucional genera vínculos formales y sustantivos para la acción legislativa.

Con todo, el constitucionalismo admite distintas modalidades que tienen que ver con la densidad del contenido normativo de la Constitución, con su rigidez o aptitud para la reforma y con su garantía frente a las decisiones o normas que la infrinjan. Conviene recordar ahora la distinción entre dos tipos ideales de Constitución: la Constitución «cerrada», que en hipótesis sería aquella que predetermina por completo el contenido de la legislación; y la constitución «abierta», o más o menos abierta, que sirve también de límite al legislador, pero que en definitiva constituye un marco en el que caben múltiples opciones. El primer modelo parece lógicamente incompatible con un sistema democrático y con el propio carácter pluralista de las sociedades actuales, ya que haría de la ley una mera ejecución de la Constitución, con la consecuencia de «la degradación de la legislación... al situarla bajo las categorías del Derecho administrativo»⁴. Sin embargo, creo

ATIENZA, M., *Las razones del Derecho* (1991), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2.ª reimp., 1997, p. 20.

² ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997, p. 99.

³ ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (1978), trad. de M. Atienza e I. Espejo, 2.ª reimpr., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 38-39.

⁴ FORSTHOFF, E., *El Estado en la sociedad industrial* (1971), trad. de L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 240 ss.

que el segundo modelo admite aún dos versiones: la Constitución que es abierta por mostrarse casi exclusivamente *procedimental*, y éste sería, por ejemplo, el modelo de Kelsen; y aquella otra que siendo *sustantiva* es abierta porque sus contenidos tienen el propósito de salvaguardar las condiciones de posibilidad del pluralismo de principios y valores⁵.

Ciertamente, la realidad del constitucionalismo actual parece responder a un modelo mixto de Constitución abierta, ni puramente procedimental, ni puramente sustantivo⁶. Al ser en parte procedimental la Constitución se ocupa del modo de formación de la voluntad democrática expresada en la ley; pero al ser en parte sustantiva no puede descuidar tampoco por completo su contenido prescriptivo. De esta doble cualidad cabe derivar dos orientaciones distintas de la racionalidad legislativa: una primera centrada lógicamente en el examen del proceso de producción de la ley y normativamente en la propuesta de técnicas idóneas para mejorar el mismo; y una segunda que atiende también a los contenidos, es decir, que incluye entre las exigencias de racionalidad legislativa el ajuste o la fidelidad de la ley al marco sustantivo diseñado por la Constitución.

En el primer caso, la ciencia de la legislación del Estado Constitucional podría basarse en un modelo como el del legislador operativamente racional que dibuja J. A. García Amado. Tal ciencia de la legislación basada en la idea de acuerdo o consenso alcanzado a través del seguimiento de ciertas reglas discursivas tendría un carácter *normativo* pero *procedimental*, y se ocuparía, en primer lugar, de las *condiciones que ha de reunir el legislador*, tales como la transparencia de sus propósitos y de la manera de acceder al poder, la fiabilidad y la representatividad, etc., condiciones éstas que podrían regularse a través de la legislación electoral. En segundo lugar, las *condiciones del ejercicio de la legislación en cuanto actividad legislativa*, como disponer de conocimientos y asesoramiento suficientes, garantizar la publicidad de los

⁵ Este último podría ser el modelo asumido por Zagrebelsky cuando escribe que «el derecho constitucional es un conjunto de materiales en construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales». «Las sociedades pluralistas actuales —es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado—, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto determinado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma», ZABREBELSKY, G., *El Derecho dúctil* (1992), trad. de M. Gascón, Epílogo de G. Peces-Barba, Madrid, Trotta, 1995, p. 13.

⁶ En este mismo sentido se expresa Alexy para la Ley Fundamental alemana, de modo que hay acciones prohibidas para el legislador, obligadas o debidas, y acciones discrecionales, ALEXY, R., «Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*», trad. de C. Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66 (2002), pp. 12 ss.

debates y la adecuada organización de la discusión; dichas condiciones podrían establecerse a través de los reglamentos parlamentarios. Y en tercer lugar, las *condiciones de la ley como producto o resultado de la actividad legislativa*. Aquí cobran importancia las técnicas legislativas sobre el lenguaje legislativo, la sistematicidad del ordenamiento, la viabilidad práctica o el grado de efectividad de la ley⁷.

En cierto modo, este modelo de ciencia de la legislación se correspondería con la institucionalización de una justicia constitucional como la propuesta por Ely, Habermas y el propio Kelsen. La mejora de la racionalidad legislativa debería así encaminarse a la depuración de las condiciones de producción normativa y a la transparencia de sus resultados: posibilidad y apertura del debate democrático, acceso igualitario a las formas de participación, publicidad de las razones esgrimidas, idoneidad de la ley como instrumento de comunicación de esa voluntad democrática y eficacia de la misma en orden a conformar la realidad social, consistencia sistemática, etc. En línea de principio, ahí deberían finalizar las competencias de una ciencia legislativa constitucional. Más allá, en la esfera confiada a la libertad política del legislador, se abriría un nuevo capítulo de la racionalidad legislativa, pero esta vez no ya constitucional, sino situado resueltamente en el ámbito de la ética o de la política jurídica.

Ahora bien, en la medida en que la Constitución no sea puramente procedimental, sino que incluya también un más o menos denso contenido normativo, parece que la racionalidad legislativa ha de dar entrada también a nuevos criterios que permitan comprobar la efectiva compatibilidad entre las exigencias sustantivas de la Constitución y las decisiones legislativas. Esta concepción de la Constitución como norma abierta pero no compatible con cualquier manifestación de la voluntad del legislador, es decir, como norma de la que se derivan criterios de legislación racional vinculantes o exigibles al legislador, implica reconocer que en el Estado constitucional de Derecho la Constitución no es simplemente la fuente de las fuentes o la norma sobre la producción de normas, sino una verdadera norma jurídica que

⁷ GARCÍA AMADO, J. A., «Razón práctica y teoría de la legislación», *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 9 (2000), pp. 316-317. Una idea semejante sostiene J. L. Díez Ripollés: la Constitución impide la arbitrariedad del legislador, pero ello no significa hacer quebrar la división de poderes y desplazar el poder de decisión hacia la jurisdicción. Para ello, resulta adecuada la idea de un control «débil», que se circunscriba a vigilar que se respetan las exigencias comunicacionales; exigencias que van más allá de las formalidades de procedimiento y competencia, y se extienden a garantizar la participación ciudadana, a dar relevancia a las opiniones sociales, a elaborar estudios sobre la realidad social en la que se intenta incidir, los objetivos a perseguir, los medios de que se dispone, las consecuencias, la aceptabilidad, la coherencia con el resto del ordenamiento. «En suma –señala el autor– la concurrencia de tales presupuestos hará que la ley supere el control de constitucionalidad por respetar un limitado nivel de racionalidad, sin que en ningún momento eso prejuzgue el contenido de la decisión legal finamente adoptada ni su racionalidad socialmente exigible», DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 84-85.

tanto el legislador como los jueces y tribunales deben tomar siempre en consideración para decidir. La jurisdicción sigue vinculada a la ley, por ser el principal medio de expresión del principio democrático, pero dicha vinculación no es incondicional, sino que depende de que la ley no infrinja los contenidos de la Constitución. Ésta es la peculiaridad del Derecho del Estado Constitucional. En consecuencia, el juicio sobre la justicia o legitimidad de la ley que en el legalismo sólo podía ser hecho desde la filosofía política o moral, y como una crítica externa al Derecho positivo, se convierte en el Estado constitucional en una fase jurídica obligada de enjuiciamiento o revisión de la misma a la luz de la Constitución. En palabras de L. Prieto, «lo que en origen aparecía como una exigencia ética o suprapositiva quiere integrarse hoy resueltamente en el Derecho positivo a través de la Constitución, convirtiendo el juicio externo sobre la justicia o legitimidad de la norma... en un juicio interno sobre su validez»⁸. Una consecuencia más de esa emigración de la moral pública de la modernidad al interior del derecho positivo de la que nos habla Habermas.

A partir de aquí parece que un proyecto de ciencia legislativa constitucional habría de adoptar un perfil diferente, pues su competencia no sólo comprendería el *modo de producción* normativa, así como su propio *resultado formal* expresado en un enunciado lingüístico, sino que se extendería también, al menos hasta cierto punto, al *contenido* mismo de la voluntad legislativa. En suma, una ley racional es aquella que no puede ser tachada de inconstitucional por violación de los derechos fundamentales o de otras cláusulas materiales de la norma suprema. Pero no se trata sólo de esto. En el marco de constituciones principialistas o rematerializadas, la racionalidad legislativa, además de reclamar leyes válidas, ha de asumir un nuevo desafío porque esas leyes válidas están llamadas a entablar un «diálogo aplicativo» con el conjunto de los operadores jurídicos, pero en especial con el juez. Éste, en efecto, ha de tomar en consideración *conjuntamente* tanto a la ley como a los principios constitucionales e interpretar aquélla a la luz de estos últimos, de manera que la preocupación por la racionalidad de la ley no cesa con la comprobación de su constitucionalidad, sino que se prolonga en un examen de su idoneidad en la esfera aplicativa. En la medida en que el ámbito de aplicación de la ley y su propio alcance normativo pueden ser reformulados a la luz de los principios constitucionales en sede de aplicación judicial, ello representa un argumento suplementario en favor de la apertura de la teoría jurídica a la racionalidad legislativa. En otras palabras, un proyecto de racionalidad de la ley no sólo ha de cuidar de su validez constitucional, sino de su operatividad en el marco de la ponderación judicial en casos concretos.

⁸ PRIETO, L., «La limitación constitucional del legislador penal», en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 297.

III. JUICIO DE PONDERACIÓN Y CRITERIOS DE RACIONALIDAD LEGISLATIVA

Parece, pues, que en el marco del Estado constitucional, y sobre todo del Estado constitucional rematerializado del que nacen límites formales y sustantivos para el legislador, la primera condición de calidad de la ley es precisamente su validez, su aptitud para integrarse coherentemente dentro del sistema. Ahora bien, desde esta perspectiva las exigencias de racionalidad de la ley no pueden ser diferentes en sede de producción normativa y de enjuiciamiento abstracto e incluso de aplicación a los casos particulares: si la teoría de la argumentación y, en especial, el juicio de razonabilidad o de ponderación nos suministran las herramientas para confirmar o excluir la racionalidad de algunas leyes⁹, ello ha de valer tanto en la esfera de un eventual recurso abstracto ante el Tribunal Constitucional, como en el ámbito de la legislación. En consecuencia, cabe decir que el Parlamento habría de verificar «por adelantado» el mismo juicio de constitucionalidad que más tarde habrían de realizar los jueces¹⁰, porque la primera carga que impone la exigencia de calidad de la ley es garantizar su validez, así como su aptitud para regular efectivamente aquellos casos o supuestos que pretenden constituir su objeto de regulación. Y para ello, la racionalidad que le es exigible al legislador no puede ser otra que la racionalidad que proporciona con carácter general una teoría de la argumentación jurídica.

En otras palabras, tomarse en serio la normatividad de la Constitución implica reconocer que la legislación se encuentra en alguna medida vinculada a la primera y que, por tanto, el contenido de la ley no puede depender exclusivamente de la libérrima voluntad del legislador. Una teoría de la legislación del Estado constitucional habría de ocuparse de los criterios que permiten justificar cuándo una ley se mantiene dentro de los límites constitucionales o, por el contrario, los infringe, y tales criterios podrían obtenerse de la teoría de la argumentación. Esta última desempeñaría entonces una función *normativa*, en el sentido de que ciertas dosis de racionalidad resultan indispensables para la validez de la ley.

Sin embargo, como es evidente, incluso en el marco de una Constitución dotada de un denso contenido material y de una poderosa garantía judicial, el legislador conserva un importante margen de

⁹ Vid. PRIETO, L., «El juicio de ponderación», en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., pp. 189 ss.

¹⁰ Conviene precisar que la ponderación de principios constitucionales puede tomar dos orientaciones diferentes: una primera relacionada con la propia validez constitucional de la ley en cuanto norma abstracta; y otra distinta dirigida a valorar su adecuación para disciplinar casos concretos a la luz de la concurrencia de otros principios constitucionales, principios que pueden a veces conducir a una desaplicación circunstancial de la ley, *Ibidem*, pp. 194 ss.

apreciación o discrecionalidad. Si no fuera así, la legislación sólo podría concebirse como una repetición o especificación de un texto constitucional que contendría ya *in nuce* todo el Derecho; la conocida imagen de «huevo jurídico» del que todo deriva¹¹. Esto es algo reconocido también por quienes, a partir de un amplísimo recurso a la ponderación, pudieran correr el riesgo de asfixiar toda libertad política al legislador democrático. Por ejemplo, esta es la preocupación central que recorre todo el «Epílogo» de Alexy a su *Teoría de los derechos fundamentales*: el legislador dispone tanto de un margen de acción estructural, relativo a todo aquello que la Constitución ni prohíbe ni impone, como de un margen de acción epistémico, derivado de la dificultad de reconocer qué es lo que la Constitución prohíbe o impone¹². No procede aquí interrogarse sobre la amplitud de esos márgenes, sino constatar que existen y que respecto de ellos la racionalidad o la teoría de la argumentación desempeñan una función distinta, que pudiéramos llamar *crítica*. Del mismo modo que una vez que se abre la discrecionalidad en la interpretación y aplicación del Derecho una buena justificación o argumentación «cualifica» y no «califica» la decisión judicial¹³, en el ámbito de la discrecionalidad legislativa la justificación o argumentación «cualifica» la decisión legislativa y cumple por tanto una función crítica: permite medir la mayor o menor racionalidad de la ley.

No existen, por consiguiente, dos teorías de la racionalidad de la ley, una que gobernaría su adecuación a lo constitucionalmente necesario, y otra segunda que entraría en juego sólo a partir de la esfera de lo posible o constitucionalmente decidible donde impera la discrecionalidad. Creo que es más correcto concebir una sola teoría de la racionalidad legislativa en la que es posible distinguir, siquiera idealmente, dos funciones diferentes, normativa y crítica: las reglas de la argumentación desempeñan una función normativa por cuanto en ellas puede descansar una declaración de inconstitucionalidad, «calificando» a la ley como norma integrante del sistema; pero pueden desempeñar también una función crítica que «cualifica» a la ley como norma racional más allá incluso de lo que exige su adecuación constitucional. Dicho de otro modo, cabe hablar de una única racionalidad legislativa a partir de la teoría de la argumentación, racionalidad que durante algunos tramos es preceptiva o condicionante de la validez, pero que deja asimismo márgenes de acción donde las exigencias que de ella derivan «cualifican» a la ley como una buena ley.

¹¹ Recordemos que la imagen de la Constitución como huevo del que todo puede derivarse, desde el Código Penal a la ley de fabricación de termómetros, pertenece a FORSTHOFF, E., *El Estado en la sociedad industrial*, op. cit., p. 242.

¹² ALEXY, R., «Epílogo...», cit., pp. 21 ss.

¹³ Pues, como dice Alexy, «la razón práctica no es de aquellas cosas que pueden ser realizadas sólo perfectamente o en absoluto», ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2.ª ed. 1997, p. 176.

¿Pero cómo pueden las reglas de la argumentación racional extenderse a lo largo de esas dos funciones, normativa y crítica, que puede cumplir una teoría de la legislación? Antes que nada, sería preciso partir de una noción amplia de racionalidad legislativa, que incorpore no sólo la exigencia de calidad *lingüística* (inteligibilidad) y *lógico-formal* (coherencia) de las leyes, sino también la dimensión *pragmática* (eficacia) y *teleológica* (aptitud para alcanzar objetivos), e incluso la dimensión *ética* (carácter justificado de los fines legislativos)¹⁴. Desde esta óptica es posible establecer una relación entre los referidos niveles de racionalidad legislativa y los criterios que rigen la ponderación judicial.

A propósito de la ponderación, recordemos que suele identificarse con el modo de solucionar conflictos entre principios constitucionales, que siendo compatibles en el plano abstracto pueden colisionar en casos concretos, simultáneamente comprendidos en el ámbito de aplicación de dos o más principios. Los principios ofrecen, pues, razones contradictorias, sin que el intérprete pueda «prescindir de la consideración de ninguna de ellas, pues son razones constitucionales, ni tampoco afirmar que alguna o algunas han de ceder siempre en presencia de su opuesta, pues ello implicaría establecer una relación de regla y excepción que no está en la Constitución»¹⁵. Así, la prevalencia de uno u otro principio sólo podrá ser determinada a la vista de las circunstancias del caso particular: puede que en un caso distinto deba prevalecer el principio contrario, o que ambos principios puedan ser armonizados, o incluso que en otras condiciones ni siquiera se aprecie conflicto entre los principios en juego.

La fórmula para resolver este género de conflictos suele recibir el nombre de *ponderación*. «Ponderar es buscar la mejor decisión... cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor»¹⁶. La ponderación constituye, en definitiva, un género de razonamiento tendente a justificar la prioridad de un principio sobre el otro, pero obviamente con carácter puntual; es decir, dirigido a establecer entre los principios *prima facie* relevantes una relación de preferencia condicionada por las circunstancias del caso concreto. Su regla constitutiva sería esta: «cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro»¹⁷. La ponderación se resuelve, pues, en un juicio de proporcionalidad que comprendería cuatro pasos fundamentales: primero, que exista un *fin constitucionalmente legítimo* en el que se justifique la postergación de uno de los principios en juego; en segundo lugar, que dicha

¹⁴ Esta es la estructura de la racionalidad legislativa en niveles que propone ATIENZA, M., *Contribución...*, cit., pp. 28-39.

¹⁵ PRIETO, L., «El juicio de ponderación», cit., p. 189.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, (1986), trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª reimpr. 2001, p. 161.

postergación represente una medida *idónea* o adecuada para satisfacer cierto principio constitucional; en tercer lugar, que la afectación del principio sea *necesaria*, en el sentido de que no exista otra forma más benigna o menos gravosa de alcanzar el fin; y por último, que la postergación del principio o principios en conflicto pueda considerarse como una medida *proporcionada en sentido estricto*, es decir, que tras un balance de costes y beneficios pueda estimarse razonable dar prioridad a uno de los principios, en detrimento o perjuicio de otro u otros¹⁸.

Esta reconstrucción de los criterios o pasos presentes en la ponderación judicial se corresponde con la caracterización alexyana de los principios como «mandatos de optimización», que indica «que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas»¹⁹; en el juicio de ponderación tales posibilidades reales vienen dadas por los juicios de *idoneidad* y *necesidad*; mientras que las posibilidades jurídicas han de verse a la luz de la presencia de otras razones justificatorias de sentido contrario, por ejemplo de otros principios o derechos, y es aquí donde entra en juego la llamada ley de la ponderación o juicio de *proporcionalidad en sentido estricto*²⁰.

Pues bien, partiendo de esta idea de ponderación puede señalarse, en primer lugar, un paralelismo entre los criterios de *idoneidad* y *necesidad*, de un lado, y los niveles de racionalidad legislativa que tienen que ver con su calidad instrumental o aptitud para alcanzar los fines propuestos por el legislador, de otro. Aquí podrían incluirse los niveles relacionados con la calidad lingüística de la ley, con su carácter sistemático, con su eficacia o aptitud para ser cumplida, y efectividad o aptitud para alcanzar los fines previstos por el legislador. En efecto, en la ponderación, la idoneidad de una norma o de la actuación de algún poder público supone su aptitud para alcanzar el fin propuesto, es decir, la consistencia o adecuación entre los objetivos perseguidos y las medidas dispuestas para ello. La necesidad, por su parte, alude al carácter indispensable de la norma o medida, en el sentido de poder acreditar la inexistencia de un género de intervención menos gravoso o lesivo desde la perspectiva de algún otro principio constitucional en presencia. En ambos casos aparece implicado un juicio a propósito de la racionalidad teleológica de la norma, de la ley en nues-

¹⁸ ALEXY, R., *Ibidem*, pp. 111 y ss; PRIETO, L., «El juicio de ponderación», *cit.*, pp. 199-203.

¹⁹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 86. No entramos aquí en la polémica acerca de si todos los principios son mandatos de optimización o si sólo merecen ese tratamiento las directrices. Vid. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 11. Vid. también MORESO, J. J., «El encaje de las piezas del Derecho» (primera parte), *Isonomía*, 14 (2001), p. 252.

²⁰ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 90 ss.

tro caso: el precepto que por alguna razón no es idóneo o adecuado para realizar su fin, presenta un déficit de efectividad; y el que no es necesario lesiona asimismo una segunda dimensión de la efectividad, por cuanto comporta un sacrificio gratuito de algún fin constitucional valioso. Con lo cual un elemento a tener en cuenta en el juicio de ponderación encarna al mismo tiempo una condición de racionalidad de la ley; condición preceptiva o calificante durante un cierto tramo de la argumentación, y crítica o cualificante en el resto.

En segundo lugar, no es difícil encontrar una semejanza entre la exigencia que se plantea en la ponderación de justificar que la lesión de un principio se basa en la obtención de un *fin legítimo* y que además se trata de una lesión o sacrificio *proporcionado*, de un lado, y el nivel *ético* de racionalidad legislativa, basado en la justificación de los propios fines u objetivos legislativos, de otro.

Señalados los paralelismos entre el juicio de ponderación y las exigencias de racionalidad legislativa, baste subrayar que una de las razones por las que puede resultar útil analizar la racionalidad legislativa desde la perspectiva del juicio de ponderación es que este último evalúa de modo integrado las distintas dimensiones de la racionalidad de la norma/medida que se cuestiona. En particular, evalúa tanto la aptitud de una intervención normativa para alcanzar sus objetivos, como el carácter proporcionado y en definitiva justificado de la misma. Y, al menos desde una noción compleja de racionalidad legislativa, la calidad de una ley exige algo más que reunir ciertos requisitos formales y ser compatible con los contenidos constitucionales; exige la idoneidad o aptitud para alcanzar los fines u objetivos que el legislador declara, lo que, por otra parte, tiene como presupuesto la propia factibilidad de los fines elegidos, pues no parece muy acorde con el sentido de la institución legislativa que el legislador se limite a declarar los fines que desee sin antes verificar tanto su factibilidad o posibilidad real de alcanzarlos a través de ciertos medios, como las eventuales consecuencias o resultados negativos que podrían derivarse desde la perspectiva de otros fines valiosos. Este es un aspecto que resulta especialmente subrayado por Calsamiglia. A su juicio, el legislador no ha de pretender por encima de todo la excelencia moral de la legislación, cuanto más bien su efectiva aptitud o idoneidad para solventar problemas sociales²¹. Por ello, legislar racionalmente requiere que a la vista de las circunstancias económicas (recursos disponibles) y sociales (motivación de los ciudadanos para el cumplimiento de las normas) se establezcan medios adecuados para lograr los fines decididos. Tal juicio de idoneidad y factibilidad incluye asimismo la consideración de las eventuales consecuencias negativas, es decir, resulta

²¹ «La tarea legislativa —escribe Calsamiglia— no es una mera cuestión de voluntad y de excelencia ética. Un buen legislador no es el que proclama fines excelentes, sino el que los consigue», CALSAMIGLIA, A., «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?», *Doxa*, 13 (1993), p. 162.

fundamental no sólo que sea razonable esperar que la ley alcance los resultados previstos, sino también que no produzca consecuencias perjudiciales o que no altere estados de cosas deseables.

El criterio de la factibilidad trae a un primer plano la preocupación por la eficiencia²² y, en esa medida, supone una apertura al análisis económico del Derecho o, si se prefiere, al «arsenal conceptual de los economistas [que] puede ser utilizado para conseguir un derecho bien hecho desde la perspectiva de la eficiencia»²³. Pero que la legislación ha de ser factible puede verse también como un elemento de racionalidad sustantiva o axiológica. Así se desprende del siguiente fragmento del propio Calsamiglia, cuya reproducción extensa creo que está justificada: «dibujar una sociedad justa no es otra cosa que asignar recursos escasos para conseguir unos fines y priorizar entre ellos... No niego la importancia de la declaración, pero una vez alcanzada es necesario ir más allá y construir modelos justificatorios de las prioridades. Si se acepta este argumento entonces parece... que la racionalidad económica y la racionalidad ética no se pueden dar por separado, sino que se deben dar conjuntamente y que por tanto la compartimentación de la racionalidad no es posible... Una nueva ley exige la asignación de recursos y éstos son siempre escasos. Los juristas cuando privilegiamos la racionalidad ética estamos comparando el contenido de una ley con un ideal ético pero en el mundo real se debe priorizar entre diversos contenidos éticos posibles»²⁴. En definitiva, para Calsamiglia el legislador no debe razonar sólo sobre la legitimidad de los fines perseguidos, sino sobre la factibilidad de la ley a la vista de las circunstancias económicas y sociales o, con una terminología propia del juicio de ponderación, sobre la idoneidad y necesidad de la ley. Si, como sostiene L. Hierro, justicia y eficiencia no son ámbitos independientes²⁵, bien puede afirmarse que la idoneidad y necesidad de la ley representan a un tiempo un requisito de calidad en el plano fáctico y de racionalidad desde la perspectiva de la argumentación jurídica.

²² La eficiencia suele ser definida como la capacidad de maximizar la riqueza, si bien entendida no como la simple suma de bienes o recursos, sino incluyendo también las prácticas, normas e instituciones, es decir, «la estructura social de producción y distribución» de esos bienes o recursos, HIERRO, L., «Eficiencia y Justicia», en *Justicia, igualdad y eficiencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 65. Con todo, el término «eficiencia» no presenta un significado siempre uniforme y, por ejemplo en el ámbito del Derecho privado de contratos, se predica de aquellas transacciones en las que una parte experimenta un beneficio económico sin que la otra experimente un perjuicio (eficiencia en sentido paretiano), BAYÓN, J. C., «Eficacia e inalienabilidad», *Doxa*, 15-16 (1994), pp. 971 ss.

²³ CALSAMIGLIA, A., «Justicia, eficiencia y optimización de la legislación», en *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*, México, Fontamara, 1997, p. 68.

²⁴ CALSAMIGLIA, A., «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?», *cit.*, pp. 176-177.

²⁵ HIERRO, L., *op. cit.*, p. 102.

El juicio sobre las posibilidades fácticas que está presente en las exigencias de idoneidad y necesidad remite, pues, a una valoración de la racionalidad legislativa, de la calidad de las leyes, en la que hasta cierto punto resulta artificioso o, cuando menos, muy difícil trazar una nítida frontera entre lo que es un requisito de validez impuesto por el modelo constitucional y lo que es una recomendación crítica. Una teoría de la racionalidad legislativa postula, por ejemplo, la adopción de la ley más idónea o adecuada para la consecución del fin propuesto, pero esa misma teoría integrada en el juicio de ponderación constitucional no exige tanto: «el subprincipio de idoneidad tiene más bien el *status* de un criterio negativo, mediante el cual se puede detectar qué medios no son idóneos. Un criterio negativo de esta naturaleza no lo fija todo, sino que únicamente excluye algo»²⁶. Del mismo modo, el juicio de necesidad recomendaría la adopción del medio más benigno o menos lesivo para algún principio en pugna, pero en el marco de la ponderación la exigencia de racionalidad se atenúa: si el legislador quiere perseguir su fin «puede adoptar el medio más benigno, un medio igualmente benigno o un medio un poco más benigno. No se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo, sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios»²⁷.

Algo semejante cabe decir del principio de proporcionalidad en sentido estricto que preside el juicio de optimización desde la perspectiva de las posibilidades jurídicas. Frente a su entendimiento como recurso irracional que autoriza cualquier solución o, al revés, como una garantía de unidad de respuesta correcta que cercenaría toda libertad política al legislador²⁸, es posible concebirlo como un procedimiento racional que, sin embargo, permite distintos grados o niveles de satisfacción; de manera que sólo algunos tendrían esa naturaleza «calificante» o de condición de validez, mientras que otros, sin dejar de ser exigencias de racionalidad o calidad legislativa, desempeñarían una función «calificante»: la máxima de la proporcionalidad puede

²⁶ ALEXY, R., «Epílogo...», *cit.*, p. 28.

²⁷ *Ibidem*, p. 29.

²⁸ La crítica de irracionalidad es formulada por HABERMAS, J., *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Introducción y trad. sobre la 4.ª ed. rev. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 332. Por el contrario, la crítica de que con la ponderación se asfixia por completo la libertad política del legislador, al proporcionar aquélla siempre la solución óptima, es formulada por BÖCKENFÖRDE, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, prólogo de F. J. Bastida, trad. de J. L. Requejo y C. I. Villaverde, Baden-Baden, Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 135 ss. En apariencia, se trata de dos preocupaciones opuestas, pero creo que resultan complementarias y suponen ponerse en guardia frente al judicialismo: porque la ponderación es irracional –vendría a decirse– en manos de los jueces daría lugar a soluciones subjetivas, reduciendo casi a la nada el amplio marco constitucional de discrecionalidad política del legislador. Vid. COMANDUCCI, P., «Principios jurídicos e indeterminación del Derecho», en P. E. Navarro, A. Bouzat y L. M. Esandi (ed.), *Interpretación constitucional*, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 1999, pp. 74 y ss.

exigir exactamente aquella medida legal que asegura el mejor u óptimo balance entre sacrificios y beneficios, pero el juicio de ponderación puede conformarse simplemente con un balance razonable²⁹.

En la medida en que el juicio de ponderación pueda ser utilizado en el control abstracto de constitucionalidad de las leyes cabe decir que sus distintas fases o exigencias representan al propio tiempo condiciones de la racionalidad y de la validez de las leyes, si bien parece que la primera (la racionalidad) tiene un carácter más ambicioso por cuanto no todos sus requerimientos lo son también de la validez constitucional. Dicho de otro modo, algún grado de racionalidad representa un elemento calificador indispensable de la validez, pero no toda ley constitucional ha de encarnar la óptima expresión de racionalidad; con lo cual siempre queda un espacio para la moral crítica, es decir, para el enjuiciamiento *externo* de las leyes desde la óptica de su racionalidad.

Sin embargo, el juicio de ponderación no es sólo ni principalmente una herramienta útil en el control abstracto, sino que despliega toda su virtualidad en la esfera de la aplicación práctica de leyes ya válidas y constitucionales. Como se avanzó, ese carácter de la ponderación, y en definitiva, del constitucionalismo de principios plantea nuevos desafíos a la ciencia de la legislación, que ha de preocuparse por la suerte de la operatividad de las leyes incluso una vez que éstas han superado el umbral de la validez. No se trata ahora de su operatividad social, en el sentido de la eficacia instrumental para conseguir los fines propuestos de conformación de las relaciones sociales, sino de la operatividad jurídica a la hora de constituir el parámetro o la premisa mayor para la resolución de los casos comprendidos en el ámbito de aplicación querido por el legislador y con el alcance normativo por éste deseado.

En efecto, una de las características de los principios constitucionales es su carácter «abierto», el hecho de no presentar de forma cerrada o exhaustiva el catálogo de sus casos de aplicación y de sus respectivas excepciones. Pues bien, la tarea de cerrar lo que en la Constitución permanece abierto es una tarea que compete tanto al legislador como al juez, pero no por este orden y de una forma excluyente, sino más bien de una manera que pudiéramos llamar convergente y cooperativa. Es decir, no se trata de que el legislador venga llamado a concretar los casos y excepciones de aplicación de los principios y que sólo a partir de ahí pueda hacer aparición la figura del juez. Si así fuese, el juez no estaría aplicando principios, sino reglas, y habríamos regresado al viejo criterio de la *interpositio legislatoris*. El juez, sin duda, ha de tomar en consideración las reglas que representan una cierta interpretación de los principios y de su alcance a la luz de los demás principios, pero ha de tener en cuenta también, y de

²⁹ Vid. PRIETO, L., «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5 (2001), pp. 222 ss.

manera simultánea y directa, los principios constitucionales, que podrán así modular el significado de las opciones legislativas previas³⁰. Y esta realidad creo que puede tener consecuencias interesantes para la teoría y la técnica de la legislación.

Por ejemplo, ante el legislador se abre la opción de elegir para el enunciado legislativo una estructura básicamente principal, o sea, muy abierta, o más concreta o de detalle, y su decisión, que es una decisión de técnica legislativa, presenta implicaciones desde el punto de vista de la ponderación. Más exactamente, de la ponderación de la ley como norma abstracta a la luz de la Constitución y de la ponderación judicial en los casos concretos. L. Prieto lo explica así: «cuanto menor sea la concreción de su condición de aplicación, más difícil ha de resultar un juicio de ponderación por parte del Tribunal Constitucional, pero, a su vez, menor ha de ser también la virtualidad de dicho precepto en orden a evitar la ponderación judicial»³¹. Una norma que se limita a sancionar las injurias sólo añade una cláusula penal al precepto constitucional que reconoce el derecho al honor, pero sin contribuir a especificar los supuestos en que tal derecho ha de triunfar en caso de que concurren otras circunstancias y derechos diferentes. Ante dicha norma cabe decir que el juez sigue ponderando directamente principios constitucionales, si bien, en contrapartida, difícilmente podría cuestionarse la inconstitucionalidad de la norma legal³². Por el contrario, la previsión legal que castiga manifestarse ante el Parlamento (art. 494 del Código Penal) o la hipotética que sancionase la práctica del nudismo, sí vendrían a «cerrar» los correspondientes principios al exceptuar de forma bastante precisa el ámbito de aplicación del derecho de manifestación (art. 21 C.E.) o de la libertad ideológica y religiosa (art. 16 C.E.) de un grupo que predicase el nudismo. Aquí la previa ponderación legislativa permite prescindir de la ponderación judicial, al menos en los casos centrales³³, pero como contrapartida se amplían las posibilidades de un enjuiciamiento abstracto por el Tribu-

³⁰ J. M. Rodríguez de Santiago sostiene que es al legislador a quien corresponde realizar la ponderación *prima facie* de los principios constitucionales, con la consecuencia de hacer recaer sobre el juez la carga de la argumentación en favor de un eventual principio preterido, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 165.

³¹ PRIETO, L., «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», *cit.*, p. 220.

³² Acaso tal vez sólo una posible desproporcionalidad de la pena, si es que esa cuestión no forma parte plenamente de la discrecionalidad política del legislador y sobre ello vid. críticamente el trabajo ya citado de PRIETO, L., «La limitación constitucional del legislador penal». Lo que no cabría, y esto es lo que se pretende subrayar en el texto, es un control sobre el tipo en sí mismo considerado, dado que éste no introduce ninguna especificación acerca de en qué casos ha de triunfar el derecho al honor frente a otros derechos en pugna, singularmente la libertad de expresión.

³³ La decisión legislativa consistente en aislar un conjunto de propiedades relevantes para la aplicación de un principio siempre puede ser desafiada «cuando cuestionemos la adecuación del criterio por el cual hemos seleccionado las propiedades relevantes», MORESO, J. J., «Conflitti tra principi costituzionali», *Ragion Pratica*, 18 (2002), p. 220.

nal Constitucional con fundamento, por ejemplo, en que la concreción realizada por la ley implica un sacrificio excesivo o no proporcionado de otro principio constitucional.

Seguramente en un análisis pormenorizado sería posible explorar otras varias implicaciones entre la racionalidad legislativa y la técnica de la ponderación. Nuestro propósito ha sido tan sólo mostrar cómo en el marco del Estado constitucional de Derecho que hoy conocemos, la racionalidad de la ley y las exigencias de técnica legislativa no sólo no quedan postergadas ante la «crisis de la supremacía» legal que toda Constitución normativa lleva consigo, sino que, por el contrario, se acentúan o se hacen más urgentes en la medida en que la argumentación viene a ocupar el papel central de la experiencia jurídica, o al menos un papel por completo desconocido en el marco del positivismo jurídico y del Estado de Derecho del siglo XIX. Si, como se ha dicho, la teoría de la Constitución se resuelve hoy en una teoría de la interpretación constitucional³⁴, quizás cabría añadir que la teoría del Derecho legal ha de ser también una teoría de la racionalidad legislativa, por cuanto ésta bien puede ser vista como una proyección de la teoría de la argumentación jurídica en la esfera de la legislación; proyección llamada a dialogar y a complementarse con su otra gran dimensión o faceta, la argumentación en sede de interpretación y aplicación³⁵.

³⁴ F. Rubio Llorente califica como «idea muy generalizada» que «la Teoría de la interpretación es hoy el núcleo central de la Teoría de la Constitución», RUBIO LLORENTE, F., «La interpretación de la Constitución», en *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 605.

³⁵ Creo que esta idea sería compartida por J. L. Díez Ripollés: «En realidad —escribe el autor— detrás de esta proyección a primer plano de la jurisdicción late una idea equivocada, la de que la relación entre jurisdicción y legislación es una de suma cero, de modo que todo lo que se otorgue a la jurisdicción va en detrimento de la legislación y viceversa; una constitución normativa, sin embargo, lo que plantea es una elevación del nivel de racionalidad tanto legislativa como jurisdiccional, para satisfacer así las pretensiones teleológicas, éticas y morales de la norma fundamental», DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *op. cit.*, p. 80.



El federalismo renovado en Charles Taylor. Quebec y Canadá¹

Por SERGIO PÉREZ BARAHONA
Universidad de La Rioja

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CRÍTICA COMUNITARISTA AL LIBERALISMO.—III. LOS PRESUPUESTOS FILOSÓFICOS DE CHARLES TAYLOR: III.1. *Charles Taylor: filósofo y político.* III.2. *El comunitarismo en Charles Taylor.*—IV. EL INDIVIDUO Y LA COMUNIDAD: IV.1. *El yo en el espacio moral.* IV.2. *El yo y la comunidad.* IV.3. *La «comunidad de sentido» como «identidad colectiva». La comunidad lingüística.* IV.4. *La identidad de la comunidad y el problema de su reconocimiento. La política del reconocimiento.* IV.4.1. «Derechos colectivos» como «políticas de reconocimiento». IV.4.2. El «derecho colectivo» a la independencia política.—V. NACIÓN, ESTADO Y NACIONALISMO EN CHARLES TAYLOR. LA CUESTIÓN QUEBEQUESA. V.1. La identidad nacional en Quebec. V.2. *Nación, Estado y nacionalismo en Charles Taylor.* V.3. *El «federalismo renovado» en Charles Taylor. Quebec y Canadá.*—VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El actual debate político-jurídico en torno al concepto y la articulación de España ha dado lugar a no pocas controversias. En el presente

¹ El presente artículo es fruto de la reformulación realizada a partir del trabajo de investigación «Comunidad y Nación. El problema de la identidad en Charles Taylor», defendido el 9 de septiembre de 2003 ante el Tribunal académico compuesto por los Profesores Dr. D. Pedro V. De Pablo Contreras, Dr. D. José M.^a Aguirre Oráa y Dr. D. José M.^a Martínez de Pisón Cervero, que obtuvo la calificación de sobresaliente «cum laude», dentro del marco del Programa de Doctorado «Derecho, Organi-

trabajo, trato de ofrecer las claves más relevantes del pensamiento del filósofo quebequés y canadiense Charles Taylor en torno al problema de la identidad de las comunidades/naciones y su reconocimiento, con especial referencia al caso de Quebec y Canadá. El pensamiento de Taylor al respecto de estas cuestiones (multiculturalismo, derecho de las minorías, nacionalismo, etc.), puede servir para reconducir el debate en torno al modelo de organización político-territorial de España a reflexiones más sosegadas, que permitan vislumbrar soluciones políticas que apunten hacia una España plural y cohesionada, en la que el derecho a la diferencia y la confianza mutua entre sus diferentes territorios y sensibilidades sean las bases de un proyecto común y en diversidad.

I. INTRODUCCIÓN

El filósofo quebequés y canadiense Charles Taylor es considerado como uno de los autores más representativos de lo que se ha denominado como crítica comunitarista al liberalismo. Efectivamente, el comunitarismo se ha destacado, sobre todo a partir de la década de 1980, por ser una de las corrientes de pensamiento que con mayor virulencia ha atacado los presupuestos políticos, filosóficos y morales de la teoría liberal.

Una vez contextualizado el pensamiento de Taylor en torno al debate que se viene manteniendo entre comunitaristas y liberales, me centraré en describir el *peculiar* comunitarismo de Taylor, esto es, por qué debemos *catalogar* a Taylor como un autor comunitarista. Taylor reivindica la recuperación de la comunidad como elemento clave en el debate político, filosófico y moral. La comunidad, como comunidad lingüística, es quien ofrece los marcos referenciales y valorativos que permiten al individuo guiarse en el espacio moral. Por tanto, la identidad del individuo está intrínsecamente relacionada con la identidad de la comunidad y viene definida, en parte, por ella: sólo se es un yo entre otros yoes. De ahí la importancia de la identidad de la comunidad y la necesidad de su reconocimiento.

Pues bien, como veremos en el presente trabajo, esta argumentación filosófico-política realizada por Taylor tiene consecuencias en su

zación y Conflicto» impartido por el Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, que me permitió obtener la Suficiencia Investigadora y el Diploma de Estudios Avanzados (DEA).

El trabajo de investigación señalado se inscribe dentro de un más amplio proyecto de investigación bajo el título «Ciudadanía y participación: una investigación socio-jurídica de los problemas identitarios en la sociedad del siglo XXI». Dicho proyecto de investigación ha contado con la financiación del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes (N.º Ref. BXX-2000-0985-C02-01), el Gobierno de La Rioja (N.º Ref. ACP 2001/01, Plan Riojano de I+D) y las ayudas a proyectos de investigación de la Universidad de La Rioja.

concepción de la nación/comunidad, el Estado y el nacionalismo. Esta visión, que reclama la recuperación de la importancia de la identidad de la comunidad y la necesidad de su reconocimiento, tiene un reflejo directo en las reflexiones políticas que ha esgrimido Taylor en torno al caso de Quebec y sus difíciles relaciones con el resto de la Federación canadiense. Taylor propone un modelo de «federalismo renovado», que trata de conjugar dos aspectos que considera fundamentales en toda sociedad: por una parte, la necesidad de reconocer la identidad propia de cada comunidad y que ello tenga expresión en las instituciones políticas propias de esa comunidad; y por otra parte, la obligación de reconocer el discurso democrático de los derechos propio de la teoría política liberal, debido al sistema de garantías que procura a los ciudadanos, y que no debemos obviar.

II. LA CRÍTICA COMUNITARISTA AL LIBERALISMO

El debate en el ámbito de la Filosofía política ha cobrado una relevancia reseñable a partir de la década de 1980, sobre todo a raíz del cuestionamiento de los presupuestos políticos liberales. Una de las corrientes críticas con el liberalismo que más se ha destacado en los últimos años por su consistencia teórica y por las certeras objeciones que ha dirigido a la teoría política liberal, es la crítica comunitarista.

El comunitarismo propone recuperar la relevancia de la comunidad en el debate político-filosófico contemporáneo con la revisión de autores como Aristóteles o Hegel; en contraposición a aquellas teorías que, como la liberal, basan su discurso en el individuo como sujeto desvinculado de su contexto social y hunden sus raíces en la tradición liberal clásica representada por autores como Hobbes, Locke o Kant.

La crítica comunitarista, por otra parte, incluye una variedad de autores, que si bien poseen una unidad básica en su crítica a los presupuestos de la teoría política liberal, su pensamiento muestra cierta heterogeneidad.

En primer lugar, conviene distinguir entre lo que podemos denominar comunitarismo «académico» (MacIntyre, Sandel, Walzer y Taylor), y una serie de movimientos políticos que se autodenominan comunitaristas, como puede ser el caso de Amitai Etzioni². El presente trabajo se centra exclusivamente en el primer tipo de comunitaris-

² Esta opinión es sostenida ampliamente por la doctrina. Véase Suárez Llanos 2001:18. La selección de estos cuatro autores como paradigmáticamente representativos de la concepción comunitarista es mantenida, entre otros por Raymond PLANT, Miguel GIUSTI, Chantal MOUFFE, Ronald BEINER, Carlos S. NINO, H. N. HIRSCH, Amy GUTMANN, Stephen MACEDO, Chandran KUKTHAS, Phipil PETITT, Alan GEWIRTH, Jack CRITTENDEN, Jack DEMAINE, Steven KAUTZ, Osvaldo GUARIGLIA, Martín D. FARREL, Clarke E. COCHRAN, Simon CANEY, Will KYMLICKA, Zygmunt

mo, el «académico», debido a la consistencia teórica de sus presupuestos políticos.

Dentro del comunitarismo, en aras de una mayor claridad que presente sistemáticamente los representantes más emblemáticos de la tesis comunitarista, siguiendo a Suárez Llanos, podemos distinguir dos clases del mismo: «comunitarismo orgánico» (MacIntyre y Sandel) y «comunitarismo estructural» (Walzer y Taylor) (Suárez Llanos 2001:19-20). El «comunitarismo orgánico» hace referencia a un *comunitarismo en sentido fuerte* que reivindica un cierto modelo de comunidad sustraído a la historia y que se habría olvidado en la modernidad de las sociedades liberales³. Por su parte, el «comunitarismo estructural» se refiere a un *comunitarismo más débil o relativo* que, en principio, únicamente reivindica la presencia dentro del marco político, moral y jurídico de algunos elementos básicos de definición que habrían sido censurados, entre los que ocuparían el lugar esencial la comunidad y la cultura tradicional, pero que no llega a establecer de una forma cerrada cuál es esa comunidad, ni el alcance de su superioridad moral⁴.

A pesar de esta distinción que nos sirve a efectos explicativos, el núcleo del pensamiento comunitarista es común, y se refiere a la crítica que realiza al liberalismo⁵. Esta crítica y su posterior refutación liberal han dado lugar a lo que se conoce como el debate entre liberales y comunitaristas. Ahora bien, hemos «identificado» a los comuni-

BAWMAN, Stephen MULHALL y Adam SMITH. Evidentemente, en la selección de estos cuatro autores se ha tenido en cuenta únicamente el comunitarismo académico, respecto del que cabe un pormenorizado y sistemático análisis filosófico. Por ende, no me centraré en otras formas de comunitarismo populistas y de difusión pública que pretenden carácter de movimiento político, como puede ser el comunitarismo de Amitai ETZIONI fundamentalmente explicitado en su *The Spirit of Community*.

³ Con la terminología de «comunitarismo orgánico» me refiero a la corriente de autores comunitaristas que, además de vincular la ontología moral y racional comunitaria a la tradición de la que participaría, seleccionan un cierto modelo de tradición y de comunidad respecto de las que afirmarán una apriorística evaluación positiva de la concreta tradición seleccionada –pudiendo así considerar como paradigmáticas a la comunidad de la eticidad griega, a la comunidad medieval o a la comunidad que definiría el republicanismo civil americano del siglo XVIII–.

⁴ Este «comunitarismo estructural» aceptaría y reivindicaría las tradiciones comunitarias por su mero devenir histórico-espacial. De esta forma, cabría en principio hablar de la «tradición liberal» como la tradición legítima y aceptable de un cierto modelo de comunidad.

⁵ Ahora bien, el debate entre liberales y comunitaristas se ha establecido en términos filosóficos o políticos. Por ello, en el presente trabajo únicamente tengo en cuenta las críticas comunitaristas vertidas contra los presupuestos teóricos de la filosofía política liberal. No tomo en consideración los presupuestos y articulaciones liberal-económicas, con la finalidad de destacar la autonomía y especificidad de la materia político-liberal, o la filosofía de la teoría política liberal, frente a una concepción económica particular que en sus más radicales manifestaciones sustenta un liberalismo económico excesivo.

El presente trabajo se circunscribe al marco bien delimitado, especialmente por la doctrina anglosajona, de la concepción política liberal frente a la concepción del liberalismo económico del que, globalmente, me despreocupo.

taristas, pero a quién nos referimos cuando hablamos del liberalismo. Pues bien, la crítica comunitarista al liberalismo se refiere, sobre todo, al liberalismo igualitarista que representa la «Teoría de la Justicia» de John Rawls ⁶. A pesar de ello, Taylor citará a Rawls tangencialmente, y la «Teoría de la Justicia» rawlsiana sólo será blanco de las críticas taylorianas de forma explícita en lo que se refiere a la prioridad de lo justo sobre lo bueno. Sin embargo, Taylor suscribe el grueso de la crítica comunitarista al liberalismo igualitarista de Rawls, a pesar de que en su obra, Taylor pretenda más explicitar sus puntos de vista propios, y en relación con la crítica al liberalismo en general, que atacar aspectos concretos de la teoría liberal rawlsiana.

Pues bien, la crítica comunitarista al liberalismo, siguiendo a Eduard Gonzalo, se concreta en la crítica a los siguientes presupuestos de la teoría política liberal: crítica a la concepción de la persona como un yo sin ataduras, sin horizontes; rechazo de la prioridad del derecho sobre el bien; crítica al individualismo asocial, al universalismo y al pluralismo razonable; refutación del antiperfeccionismo y la neutralidad estatal; crítica al subjetivismo moral; y afirmación de la diferencia frente a la homogeneidad liberal (Mellón 1998:429-442).

La crítica comunitarista al liberalismo se asienta sobre un mismo denominador común en los cuatro autores más representativos de la misma: todos basan su obra en la concepción de la persona en particular, orientada hacia la comunidad. Es decir, los cuatro autores comunitaristas señalados se hallan unidos en torno a una concepción del individuo que considera que éste es intrínsecamente relativo a la comunidad cultural y lingüística en la que habita (Mulhall y Swift 1996:213-221).

Estos «parecidos de familia» de los cuatro autores comunitaristas más representativos, en torno a la crítica que formulan contra el liberalismo y a su concepción del yo como básicamente orientado a la comunidad, relevancia de la comunidad en el debate político-filosófico, nos permite afirmar que «la concepción comunitarista se asiste de una filosofía propia y específica lo suficientemente potente y acabada como para sustentar una teoría política global acerca del sujeto, la sociedad, el Estado, la política ejecutiva, y la naturaleza del Derecho»

⁶ Stephen MULHALL y Adam SWIFT señalan una lista de exigencias que se derivarían de los conceptos de posición original y velo de ignorancia establecidos por John RAWLS en su obra *Teoría de la justicia* (1971), donde plasma, principalmente, su tesis sobre la «justicia como equidad» (Mulhall y Swift 1996:38-66). Dichas «consecuencias» de la posición original constituyen los presupuestos filosóficos sobre los que se asienta el liberalismo igualitarista de RAWLS. De forma resumida son: concepción de la persona abstracta, individualismo asocial o atomismo, universalismo de sus propuestas, subjetivismo moral y neutralidad del Estado respecto de las diferentes concepciones del bien. Por ello, debido a que la posición original trata de reflejar la idea de que los principios de justicia que deben regir una sociedad han de ser entendidos como los que suscribirían personas libres e iguales, para RAWLS, existen ciertas clases de razones, por ejemplo los contextos sociales, que resultan inapropiadas a la hora de reflexionar sobre la justicia.

(Suárez Llanos 2001:17). En consecuencia, podemos hablar de una teoría comunitarista con un *corpus* unitario, propio y coherente.

III. LOS PRESUPUESTOS FILOSÓFICOS DE CHARLES TAYLOR

III.1 Charles Taylor: filósofo y político

Charles Taylor, como he indicado, es considerado como uno de los representantes más destacados de la teoría comunitarista. En cuanto a su biografía intelectual, lo más reseñable del filósofo quebequés y canadiense Charles Taylor es la amplitud de cuestiones tratadas, y su doble faceta como teórico político-filosófico y como actor en la política ejecutiva. Efectivamente, las concepciones teóricas de Taylor respecto al sujeto moral, la comunidad, la epistemología y el procedimiento constructivo, el yo vinculado esencialmente a la comunidad, la identidad de la comunidad como comunidad lingüística y de sentido, su reconocimiento, y los conceptos de nación, Estado y nacionalismo, van a sustentar una muy sólida interpretación del problema de Quebec y Canadá, y una solución en clave federal del mismo.

Por lo que se refiere a la bibliografía de Taylor, considero oportuno agruparla en torno a cuatro bloques temáticos. Un primer bloque de obras agrupa aquellos estudios realizados por Taylor acerca del pensamiento alemán desde el siglo XVIII hasta nuestros días, con especial referencia a la filosofía de Hegel. En este primer conjunto de obras, podemos destacar *Hegel* (1975) y *Hegel and Modern Society* (1979). Un segundo grupo es el constituido por aquellas obras en las que Taylor se dedica al estudio de las ciencias sociales, el conocimiento y el lenguaje. Cabe señalar: *Philosophical Papers. Vol. I: Human Agency and Language; Vol. II: Philosophy and the Human Sciences* (1985) y *Philosophical Arguments* (1995). Un tercer conjunto de obras es en el que Taylor lleva a cabo el proyecto de estudiar las fuentes de la identidad moderna. Podemos destacar: *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity* (1989), y lo que constituiría su epílogo, *The Malaise of Modernity* (1991). Por último, el cuarto bloque de obras estaría constituido por aquellos ensayos que se refieren al estudio de la identidad de la comunidad y el problema de su reconocimiento. Entre éstas, cabe resaltar: *Multiculturalism and «The Politics of Recognition»* (1992), *Reconciling the Solitudes: Essays on Canadian Federalism and Nationalism* (1993), *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition* (1994).

Por lo que respecta a la bibliografía secundaria sobre Taylor, aparte de las numerosas obras que estudian aspectos concretos de su pensamiento, considero oportuno destacar tres ensayos que llevan a cabo un estudio integral del pensamiento tayloriano: *Philosophy in an age*

of pluralism: the philosophy of Charles Taylor in question editado en 1994 por James Tully; *Charles Taylor* escrito en 2000 por Ruth Abbey, y *Charles Taylor: Meaning, Morals and Modernity* escrito por Nicholas H. Smith en 2002.

III.2 El comunitarismo en Charles Taylor

La teoría comunitarista se distingue por la heterogeneidad de los autores más destacados que la componen. Si bien todos ellos poseen una determinada concepción del yo básicamente orientado a la comunidad, los presupuestos filosóficos y políticos que defienden cada uno de ellos son diferentes. Por ello, cada autor ha sido calificado como comunitarista en un sentido determinado, y Taylor lo ha sido en el siguiente sentido. El filósofo canadiense defiende que toda concepción adecuada de la moral, del razonamiento práctico y de la persona ha de recurrir a marcos cualitativos que sólo pueden instaurarse, mantenerse y adquirirse perteneciendo a una comunidad lingüística. De esta forma, si los seres humanos son animales que se autointerpretan y los lenguajes que necesitan para tales interpretaciones son esencialmente fenómenos sociales, entonces la comunidad es un requisito estructural de la acción humana, incluyendo la acción moral (Mulhall y Swift 1996:217).

El comunitarismo de Taylor, por tanto, se basa en una determinada concepción del yo, orientado básicamente hacia la comunidad. Taylor realiza un riguroso análisis de la construcción de la identidad moderna a lo largo de la historia. Este pormenorizado análisis, desde Platón hasta la postmodernidad, de la identidad moderna le lleva a criticar la concepción liberal del yo como un yo desvinculado, sin horizontes. Por el contrario, Taylor señala que el individuo debe orientarse en el espacio moral como una obligación ineludible. Para ello, el individuo debe valerse de los significados densos que ofrecen los marcos valorativos que ofrece la comunidad. No existe un yo independiente del contexto comunitario. Por el contrario, el individuo se encuentra básicamente orientado hacia la comunidad.

Esta concepción del individuo lleva a Taylor a criticar el procedimiento constructivo de legitimación racional característico de la teoría política liberal. Efectivamente, una de las notas características de la teoría de la justicia rawlsiana es su carácter monológico. Taylor señala que la concepción liberal del yo desvinculado de su comunidad (individualismo asocial) se fundamenta en un procedimiento constructivo de legitimación racional de carácter monológico, en el que la identidad del yo se construye aisladamente de su contexto comunitario. Al respecto, Taylor considera que el procedimiento de la ética discursiva de Habermas, si bien supera el defecto monológico de la teoría de Rawls, no concibe la comunidad de forma adecuada. Para Habermas, la comunidad es el foro «ideal» del discurso de argumen-

tos universales racionalmente capacitados, lo que supone la adopción previa de cierto tipo de justicia material. Sin embargo, para Taylor, la comunidad es algo sustantivo y narrativo que actuaría como el marco referencial concreto y particular de la racionalidad. En consecuencia, para Taylor tanto la formulación rawlsiana como la ética discursiva habermasiana desatienden la importancia de las distinciones cualitativas que ofrecen los marcos referenciales comunitarios como fuente de la autodefinición personal (identidad subjetiva).

Esto le lleva a Taylor a formular su crítica antiepistemológica en clave de rechazo del cientificismo⁷. Taylor rechaza la aplicación de métodos matemáticos o científicos a las ciencias sociales, pues en el campo de la moral, ello conlleva realizar juicios de valor «desde ninguna parte» y conforme a significaciones débiles. Taylor acusa al liberalismo, principalmente, de dos cosas en este aspecto. Primero, de incoherencia, pues si bien se declara neutral ante las diferentes concepciones del bien que pudieran sostener los individuos, en realidad, propone una teoría basada en una determinada concepción antropológica. Segundo, de falsedad, por intentar sustentar sus argumentos políticos sobre presupuestos morales incorrectos. Efectivamente, Taylor señala que actualmente prevalece el «modelo apodíctico» de valoración⁸ que se asiste de evaluaciones débiles. Ello conlleva un «adelgazamiento» de los significados densos de la moralidad, que sustentan un individuo ya desvinculado del contexto de sentido que, así, se vuelve incapaz de evaluar realmente sus deseos y, por tanto, pierde la capacidad para un verdadero ejercicio de la voluntad (Suárez Llanos 2001:220).

Frente a este subjetivismo moral, Taylor propone recuperar el «modelo *ad hominem*» de valoración⁹ que, basado en evaluaciones fuertes, *hiperbienes*, permite dotar al individuo de significados densos que le ofrece el contexto comunitario y que harán posible que este individuo sea capaz de orientarse en el espacio moral (Suárez Llanos 2001:220)¹⁰.

⁷ Al respecto, véase: RORTY, Richard: *Philosophy and the Mirror of Nature*.

⁸ El «modelo apodíctico (fundacionalista) de razón práctica» sería «aquél conforme al que para las disputas morales existe una serie de soluciones conclusivas que se asientan sobre el establecimiento de criterios» (Suárez Llanos 2001:220). Este modelo se relaciona con las tesis fundacionalistas con las que hemos caracterizado la moderna interpretación epistemológica, y por ende, TAYLOR señala que debemos rechazar este modelo.

⁹ Por su parte, el «modelo *ad hominem* de razón práctica» sería aquél que «proclama la imposibilidad de ofrecer pruebas definitivas relativas a las cuestiones de los fines últimos; a lo más se podrán esgrimir consideraciones referidas a tales cuestiones que tengan la virtud de guiar al intelecto o a la razón para ofrecer su asentimiento o rechazo frente a tales cuestiones fundamentales.» (Suárez Llanos 2001:220). TAYLOR considera este modelo como más adecuado, por lo que propone su rehabilitación, articulado correctamente conforme a la distinción entre «evaluación fuerte» y «evaluación débil».

¹⁰ Por «evaluación fuerte», TAYLOR entiende aquello que se relaciona con los resultados y que determina que un fin moral nos es propio porque estamos obligados

Ello parece indicar un relativismo que imposibilita la comunicación entre las diferentes tradiciones culturales. Sin embargo, en este sentido Taylor propone su propio *proyecto hermenéutico*. Dicho proyecto tiene como punto de partida la «incomensurabilidad» entre las diferentes tradiciones que no permite hacer juicios de valor intercomunitarios. Sin embargo, Taylor no se queda en ese estadio, sino que propone una «desencapsulación social» y una «desencapsulación respecto a la moderna pretensión de *homogeneización intercultural*». Ambos conceptos, unido a una «ampliación de la razón» harán posible un diálogo intercomunitario. Ahora bien, este diálogo intercomunitario, esta «ampliación de la razón», no pasa por el olvido de la propia tradición, sin la que no sabríamos quiénes somos, sino por una mayor amplitud de miras que me permita reconocer valores de otras comunidades que no son tales en mi propia tradición. Por ello, Taylor habla de «contrastes» que permitan mantener la diversidad cultural; y de «transición» que posibilite un diálogo entre las diferentes tradiciones que, a su vez, permita arbitrar entre posiciones rivales en términos de ganancias y pérdidas. Con ello, Taylor pretende destacar un «relativismo maduro» o «abierto», que respetando la identidad de cada tradición, no provoque el aislamiento de las mismas, y posibilite un diálogo intercomunitario. Como complemento de este «relativismo abierto», y con el objetivo de salvaguardar los derechos fundamenta-

por él de una forma fuerte, ya que la desatención de una obligación relacionada con una evaluación fuerte conllevaría una evaluación personal negativa.

Por el contrario, una «evaluación débil» es aquello que se vincula a la calidad de nuestra motivación, y por tanto, se refiere a ciertos fines que no nos competen fuertemente pues si dejáramos de desearlos dejarían de afectarnos sin ningún tipo de repercusión posterior.

En este sentido, TAYLOR señala que en la vida humana hay muchos bienes y que estos bienes pueden entrar en conflicto mutuamente. Por ello, el individuo deberá jerarquizar y establecer una distinción cualitativa de orden superior frente a bienes parciales que se definen en términos de distinciones de orden inferior (evaluación fuerte-evaluación débil). Pues bien, TAYLOR denomina *hiperbienes* a esos bienes de orden superior.

Basándose en esta distinción, evaluación fuerte-evaluación débil, TAYLOR caracteriza dos tipos diferentes de identidad. El «sujeto de evaluación fuerte» que se caracteriza por su «profundidad» moral y por el empleo de un lenguaje que incorpora «distinciones cualitativas» que definen el marco axiológico de decisión del agente; y el «sujeto de evaluación débil» que simplemente sopesa alternativas y toma decisiones sin relación con ningún marco referencial, ya que se encuentra totalmente desvinculado y sostiene una concepción meramente instrumental de la razón.

TAYLOR considera que actualmente prevalece el «modelo apodíctico» que se asiste de evaluaciones débiles y que consolida la prevalencia del modelo epistemológico. El problema que genera este método apodíctico (propio de la modernidad) es que el agente ya desvinculado del contexto de sentido se vuelve incapaz de evaluar realmente sus deseos, y por tanto, pierde la capacidad para un verdadero ejercicio de la voluntad. Por todo ello, TAYLOR propone retornar al «modelo *ad hominem* de argumentación» como guía de la razón práctica, que se asiste de una identidad moral y racional conformada por la definición comunitaria del bien y la verdad. Con ello, el sujeto será capaz de guiar su acción conforme a significados sustantivos ofrecidos por la comunidad.

les básicos que contempla la teoría liberal (por ejemplo, el derecho a la vida), Taylor habla de un «derecho occidental de enjuiciamiento» respecto del resto de tradiciones, en términos de la ganancia que expresa nuestro discurso racional, ya que éste habría adoptado una comprensión más abierta y un lenguaje más perspicaz que el resto de las comunidades (Suárez Llanos 2001:223). Ahora bien, este «derecho occidental de enjuiciamiento» no supone la negación de la racionalidad del resto de discursos comunitarios, pues no cabe vulneración del axioma de la igualdad conforme al «principio de no-intervención». Existen varias líneas de desarrollo posibles, y no hay que pensar que debemos elegir una y calificarla como progreso, ya que todos los discursos comunitarios son legítimos y racionales. Efectivamente, la «ganancia epistémica» de nuestro desarrollo racional consiste ampliamente en reconocer otros bienes valiosos para otras tradiciones culturales.

IV. EL INDIVIDUO Y LA COMUNIDAD

La filosofía política de Charles Taylor concibe al individuo como un sujeto estrechamente vinculado a la comunidad donde habita, configurando una suerte de binomio individuo-comunidad con importantes repercusiones holistas en el pensamiento del filósofo quebequés-canadiense. Como veremos, Taylor sitúa en primer lugar el yo en el espacio moral. Posteriormente, señalará que la identidad del individuo está constituida por los marcos referenciales que encuentra en la comunidad donde habita. De ahí la estrecha relación que se establece entre la identidad del yo y la identidad de la comunidad. En este sentido, el lenguaje ocupa un importante lugar, pues otorga los contextos de significado profundos y adecuados que permite al individuo situarse en el contexto social de la comunidad. De ahí, Taylor hablará de la comunidad como comunidad de lenguaje. Dicha comunidad lingüística posee una identidad propia a partir de la que Taylor desarrollará sus presupuestos políticos.

IV.1 El Yo en el espacio moral

Taylor realiza un profundo análisis de la identidad moderna en su prolija obra *Fuentes del yo: la constitución de la identidad moderna* (1989), y en *La ética de autenticidad* (1991) que viene a ser una continuación de la anterior, y culmina el proyecto de Taylor respecto al referido análisis de la identidad moderna.

En las *Fuentes del yo*, Taylor lleva a cabo una profunda investigación histórica acerca de las tradiciones filosóficas que sustentan la concepción actual del yo. En dicha obra, Taylor ofrece las claves que

nos permiten situar al individuo en el espacio moral, mediante una interpretación fundamentalmente analítica de la cultura moral y política occidental desde Platón hasta la postmodernidad. En este sentido, el liberalismo desempeña un importante papel, no tanto porque sea el único centro de interés de Taylor, sino porque es una corriente básica de la cultura moderna. Ahora bien, Taylor no rechaza el liberalismo en sí, sino ciertas interpretaciones erróneas del mismo.

Taylor contempla dos aspectos como punto de partida. En primer lugar, para Taylor «los seres humanos son animales que se autointerpretan, criaturas cuya identidad personal depende de su orientación hacia concepciones del bien que derivan de la matriz de su comunidad lingüística y de su vinculación a dichas concepciones» (Mulhall y Swift 1996:148). Ello pondría al descubierto la incoherencia de toda teoría política que incluyese un concepto de persona previamente individualizada o que negase el origen necesariamente social de los fines que los individuos persiguen.

El segundo punto del que parte Taylor es que «los juicios y las intuiciones morales pueden aclararse y expresarse racionalmente mediante un procedimiento que exige recurrir a marcos valorativos fundamentales y de gran alcance, derivados también de la comunidad» (Mulhall y Swift 1996:148). En este sentido, Taylor rechaza el subjetivismo o escepticismo moral en todas sus formas y recela de toda teoría política que pretenda sustentarse únicamente en una concepción débil del bien.

En este sentido, nuestras intuiciones morales ampliamente compartidas se deben sustentar sobre valoraciones fuertes, que nos permitan establecer distinciones entre lo correcto y lo incorrecto, en términos de pautas que son independientes de nuestros deseos y preferencias concretas, y que nos permiten ponderar su valor. Estas explicaciones nos permiten entender de forma realmente objetiva la validez de nuestras reacciones. Si prescindimos de la explicación ontológica, no habrá lugar para argumentación alguna, porque los términos de esa explicación son los únicos términos posibles para esa argumentación (Taylor 1996a:8).

La tesis de Taylor es que ningún sistema de pensamiento moral puede dejar de comprometerse con esa valoración fuerte. La idea de que cualquier cosa que hagamos puede ser aceptable resulta insostenible, ya que nunca podría suministrar una base inteligible a una concepción de la naturaleza humana. Por ello, la valoración fuerte, conforme a un marco referencial que incluya toda una serie de distinciones cualitativas, es ineludible en el mundo que crean nuestras respuestas morales.

Hasta ahora, Taylor ha defendido que nuestras reacciones morales presuponen una explicación ontológica de algún tipo: nuestras respuestas morales adquieren sentido conforme a un marco referencial. Ello ya supone un rechazo del subjetivismo moral, ya que tanto nuestra argumentación moral como nuestro concepto de personalidad presupo-

nen la existencia de dichos marcos valorativos, en los que los seres humanos manifestarán sus intuiciones morales. No podríamos dar sentido al obrar humano si prescindieramos de las discriminaciones cualitativas que los marcos valorativos contienen (Taylor 1996a:27).

En este sentido, la tesis de Taylor sostiene que saber quién soy equivale en gran medida a saber dónde estoy. La identidad del individuo queda definida por las distinciones cualitativas que otorgan los marcos referenciales comunitarios. Son éstos los que dotan de sentido la argumentación moral del sujeto, ya que conforman el horizonte dentro del cual se puede determinar en cada caso qué acción es valiosa, buena o digna. En este sentido, la identidad la definen los compromisos e identificaciones que forman dicho horizonte (partido político, tribu, nación), pues nuestra orientación moral es parte esencial del sentimiento de nuestra propia identidad. Un agente que no tuviera ningún marco de referencia estaría al borde de una terrible crisis de identidad. Será nuestra identidad, constituida conforme a valoraciones fuertes, lo que nos permita definir lo que es importante y lo que no. Pero la elección de un marco de referencia no es fruto de una elección individual aislada e independiente, sino que viene determinada por el contexto comunitario. En consecuencia, es ineludible tener una orientación moral dentro de ese marco referencial, ya que las cuestiones a las que da respuesta ese marco de referencia son también ineludibles. En consecuencia, debo descubrir mis posiciones en un espacio moral que existe independientemente de mí. El espacio moral equivaldría a un espacio físico, y el individuo para saber quién es debe saber dónde está en ese espacio (saber cuál es su orientación moral fundamental), y así situarse como interlocutor potencial en una sociedad de interlocutores (Taylor 1996a:29)

El siguiente paso en la argumentación de Taylor consiste en conceptualizar la identidad del yo y su relación con la comunidad. Es decir, la idea de Taylor de la relación existente entre la identidad humana y la posesión y desarrollo de un marco referencial, se resume en que la identidad del yo humano está ligada, y en parte constituida, por la percepción que tiene el yo del significado de los objetos y de las situaciones que encuentra en su vida. En el artículo «Interpretation and the sciences of Man» (1985) y en la obra *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity* (1989), Taylor señala en este sentido, que debemos considerar a los seres humanos como animales que se autointerpretan, es decir, como seres cuya naturaleza e identidad no puede especificarse al margen de su autointerpretación. Para hacer una caracterización de la conducta humana es indispensable atender a una determinada noción de significado. El individuo, su conducta, se hace inteligible a través de las nociones de significado que le ofrece el lenguaje, un lenguaje común y determinado. Esto es, el lenguaje nos proporciona el significado concreto que tiene una situación para un agente. Lo importante es que la caracterización de los sentimientos y de los fines humanos (identi-

dad específica) es inseparable del vocabulario (lenguaje) que usa el agente para caracterizar el sentido y significado de las situaciones en las que se encuentra.

En consecuencia, el hombre es un animal que se autointerpreta para hacerse inteligible a él mismo y frente a la comunidad. Por ello, la identidad de una persona está constituida en parte por autointerpretaciones interiorizadas. Sin embargo, y he aquí la clave del pensamiento de Taylor, el individuo no encuentra las nociones de significado que le ofrece el lenguaje de forma individual o aislada del resto de la comunidad. Por el contrario, será la comunidad la que, mediante un lenguaje común y determinado, ofrezca al sujeto dichas nociones de significado.

IV.2 El Yo y la comunidad

Taylor se opone a toda noción del yo que considera que los seres humanos tienen una identidad fija que puede ser estudiada al margen de las interpretaciones que hagan de ellos los diferentes sujetos (Taylor 1996a:34). Esta relación entre el sujeto y la autointerpretación entraña una relación esencial entre el sujeto y otros sujetos, es decir, entre el sujeto y su comunidad. Podemos abordar esta cuestión de dos formas. Cabe señalar que para acceder a las autointerpretaciones, el sujeto debe acceder antes al lenguaje que las incluye, y para Taylor, sólo se da un lenguaje en una comunidad lingüística. O bien, señalando que el individuo sólo puede saber quién es y autodefinirse mediante el diálogo con el resto de sujetos de la comunidad de lenguaje, es decir, designando sus relaciones con otros sujetos. Estas dos formas de abordar el tema implican que sólo somos un yo, entre otros yoes.

La opinión de Taylor es que sólo la experiencia común es capaz de dotar de sentido al sujeto. Posteriormente, el individuo podrá realizar innovaciones respecto a ese lenguaje común si está en desacuerdo con la tradición recibida. No hay ninguna exclusión reaccionaria del cambio o de la crítica en la argumentación de Taylor. Sin embargo, estas innovaciones sólo pueden producirse a partir de nuestro lenguaje común.

En consecuencia, en opinión de Taylor, no cabe hablar de un yo independiente, pues un yo sólo existe dentro de las redes de interlocución (Taylor 1996a:36). Por ello, Taylor se opone a la concepción atomista de la sociedad formada por la mera suma de yoes independientes. Por el contrario, la definición completa de la identidad de una persona suele incluir no sólo su postura sobre cuestiones morales y espirituales (valoraciones personales), sino también una referencia a una comunidad definida (interacción social). Como señala Suárez Llanos, para Taylor «la descripción y la valoración individual depende primaria, fundamental y esencialmente de la valoración social de cada

concreta forma de bien, pues sólo esta valoración social posibilita su inteligibilidad» (Suárez Llanos 2001:241)¹¹.

En definitiva, como conclusión, podemos señalar que la idea que tiene Taylor de los seres humanos como animales que se autointerpretan lo lleva a aceptar la idea de que la relación del Individuo con su Comunidad es *constitutiva de su identidad*. Y esta comunidad no es otra, como veremos, que la comunidad lingüística. Esto nos conduce a analizar, a continuación, la identidad de esta comunidad lingüística, y las conclusiones que se derivan de su relevancia en el pensamiento tayloriano.

IV.3 La «Comunidad de sentido» como «identidad colectiva». La comunidad lingüística

La importancia de la comunidad, como hemos visto, en la configuración de la identidad de los individuos es uno de los elementos fundamentales en la filosofía de Taylor. Pero, ¿cuál es esta comunidad de la que nos habla Taylor? Como ya hemos señalado, Taylor sitúa los marcos referenciales de los individuos, principalmente, en la comunidad lingüística. Para Taylor, la comunidad tradicional se presenta como una comunidad narrativa; ésta será la que incorpora el sentido de la «identidad colectiva». La comunidad narrativa o de sentido, pues, actuará como marco referencial para ofrecer las distinciones cualitativas que constituyen un elemento clave en la formación de la identidad y de la capacidad valorativa de los sujetos¹². De esta forma, el proceso de formación de la identidad no debe entenderse como un hecho separado y posterior al acto de interlocución sustentado sobre la personal valoración, sino que es la definición dialógica de las condiciones y relaciones culturales de una comunidad tradicional¹³.

Taylor señala que todo individuo posee un conjunto de conexiones que subyacen a su capacidad para comprender el mundo que le circun-

¹¹ En este sentido, SUÁREZ LLANOS critica que TAYLOR no sólo trata de destacar las influencias sociales y externas que contribuyen a modelar la identidad moral, sino que con esta concepción, TAYLOR pone en riesgo el mantenimiento de la autonomía del juicio y de la voluntad individual a favor de los contenidos sustantivos determinados por la identidad colectiva de la comunidad (Suárez Llanos 2001:242).

Frente a esta crítica, podemos señalar con MULHALL y SWIFT que la oposición tayloriana a la concepción atomista de la sociedad es, sobre todo, una oposición al individualismo filosófico, más que al individualismo asocial sustantivo. Es decir, teniendo en cuenta que consideramos que las personas son animales que se autointerpretan, no tienen por qué dar más valor a las concepciones del bien que tengan un contenido fuertemente comunitario, pero su autointerpretación ha de poder reconocer el origen necesariamente social de todas sus concepciones del bien, y por ende, de las concepciones que tengan las personas de sí mismas (Mulhall y Swift 1996:160).

¹² Al respecto véase, Taylor 1996b:51 en relación con Taylor 1994b:68-69.

¹³ Atiéndase, p.ej. a Taylor 1996b:51.

da, y que conceptúa como «precomprensión». Esta «precomprensión» está íntimamente vinculada a la noción de «forma de vida». La «forma de vida» se define como el conjunto de condiciones socio-culturales que desde el entorno comunitario delimitan no sólo el lenguaje expresivo, sino también el modelo de racionalidad propio del sujeto en tanto que miembro de una determinada comunidad cultural. Taylor, como ya señalé, se vincula a las teorías holistas en la articulación y comprensión de la razón¹⁴.

La diferencia entre Taylor y Habermas respecto a la «precomprensión» vinculada a la idea de «forma de vida», se cifra en la diferente profundidad del argumento esgrimida por cada autor. Si bien, para Habermas existe una relación individuo-comunidad, el individuo mantiene su capacidad racional individual y se cuestiona los criterios socialmente establecidos. Sin embargo, para Taylor la racionalidad del individuo viene determinada por la comunidad, ya que la «precomprensión» determina la capacidad racional. El problema, en opinión de Taylor, de la concepción habermasiana es que superpone las sociedades complejas y disgregadas sobre las sociedades tradicionales y homogéneas, y que conculcan el sentido que para Taylor tiene el «axioma de la igualdad».

Sin embargo, Taylor, conforme a las nociones de «precomprensión» y «forma de vida», establece una relación inseparable entre la identidad moral y racional de la comunidad y la identidad del sujeto racional. Ello se debe a que es el discurso comunitario el que sustenta el fondo moral y de comprensión que requiere el ejercicio de la razón individual, por lo que podemos afirmar la prevalencia de la «comunidad» como presupuesto de sentido de la razón individual. En definitiva, el objetivo de la argumentación de Taylor es mostrar que la riqueza de los lenguajes de cada comunidad lingüística asienta las bases de las obligaciones morales que reconocemos.

En consecuencia, Taylor contempla la comunidad como comunidad de sentido. Efectivamente, la comunidad ofrece los marcos valorativos adecuados donde se desarrolla el lenguaje que posibilita dotar de sentido las distintas valoraciones morales. De esta forma, será la comunidad como comunidad de sentido la que ofrezca, a través del lenguaje, las significaciones densas que permiten al individuo hacerse inteligible frente a sí mismo (orientarse en el espacio moral) y frente al resto de los individuos de la comunidad. Los seres humanos, en tanto animales que se autointerpretan, requieren las significaciones densas que les ofrecen los lenguajes, y estos lenguajes son fenómenos sociales que se estructuran y mantienen en contextos comunitarios. Por tanto, la comunidad de sentido es la comunidad lingüística propia de cada individuo.

¹⁴ Taylor retoma aquí las tesis del lenguaje y la expresión constitutiva y del holismo en la significación vinculados por Herder, Wittgenstein o Heidegger.

Esta comunidad de sentido o comunidad lingüística posee una identidad propia, definida y colectiva. Por ello, Taylor habla de la identidad colectiva de un grupo o comunidad, y no sólo de la identidad individual. En este sentido, señala que la identidad colectiva de la comunidad se define, principalmente, en términos lingüísticos, pues es el lenguaje el que ofrece los significados densos y los marcos valorativos que permiten que los individuos se vuelvan inteligibles frente a ellos mismos y frente al resto de la comunidad.

IV.4 La identidad de la comunidad y el problema de su reconocimiento. La política del reconocimiento

Toda esta argumentación conduce a uno de los aspectos más destacados del pensamiento de Taylor: la identidad de la comunidad y el problema de su reconocimiento¹⁵.

La concepción del yo y su estrecha relación con la comunidad lingüística donde habita que defiende la argumentación de Taylor, da lugar a una ontología social holista de relevantes repercusiones políticas. Los efectos ético-políticos de la vinculación constitutiva de la identidad individual por parte de la comunidad lingüística se cifran en un problema de identidad y de su adecuado reconocimiento político. Taylor trata de articular el problema de la identidad y su reconocimiento conforme al respeto de los «derechos colectivos». Para entender las soluciones que aporta el filósofo canadiense al respecto, debemos tener en cuenta los presupuestos filosóficos y morales que sustenta Taylor respecto a la definición del yo, y la constitución de su identidad en relación con la identidad colectiva común de la comunidad donde habita ese yo. Por ello, no debemos perder de vista la base holista y colectivista del comunitarismo que sustenta Taylor, tanto a nivel moral como político.

En este sentido, cabe señalar que Taylor reconoce (hace suyo) el discurso democrático de los derechos (autonomía personal, libertad, igualdad, gobierno democrático) (Thiebaut 1992: 68-69). Sin embargo, introduce dos importantes modulaciones al mismo que hacen posible el reconocimiento de la identidad de la comunidad: primera, incorporar como resultado del debate público una política sustantiva y concreta orientada al bien común; segunda, desplazar la idea de los

¹⁵ Taylor aborda estas cuestiones sobre la identidad de la comunidad y el problema de su reconocimiento por parte del resto de comunidades, principalmente, en dos obras, amén de en múltiples escritos y artículos. De forma genérica lo hace en *Multiculturalism and «The Politics of Recognition»* (1992), de la cual existe una edición ampliada: *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition* (1994); y teniendo en cuenta el caso concreto del Quebec francófono y la integración de su identidad propia en el resto del Canadá anglófono, lo hace en *Reconciling the Solitudes: Essays on Canadian Federalism and Nationalism* (1993), publicado originalmente en francés en 1992 bajo el título *Rapprocher les solitudes: écrits sur le fédéralisme et le nationalisme au Canada*.

«derechos individuales» a favor de los «derechos colectivos y culturales» en dos supuestos concretos. A continuación, se analiza esta segunda modulación que introduce Taylor al discurso democrático de los derechos, esto es, la consideración de los «derechos colectivos» en el debate público.

En este sentido, Taylor reconoce dos supuestos de «derechos colectivos» que prevalecerían sobre las pretensiones de los «derechos individuales». En primer lugar, las políticas de reconocimiento institucional de una forma de bien común propio a cierta comunidad interna específica¹⁶ («derechos colectivos» como «políticas de reconocimiento») —estaríamos hablando del multiculturalismo en un Estado político—¹⁷. En segundo lugar, el derecho de autodeterminación de las naciones morales tradicionales («derecho colectivo» a la independencia política)¹⁸. En ambos supuestos la tesis latente es la esencial e íntima relación entre el «reconocimiento y la identidad», porque nuestra identidad se encuentra parcialmente definida por el reconocimiento o por la falta de éste. Una determinada comunidad, en aras a salvaguardar su propia identidad, debe encontrar su reconocimiento entre las diferentes tradiciones o comunidades. He ahí, precisamente, la importancia de la política de reconocimiento con respecto a la identidad de cada comunidad.

Seguidamente, se analizan los dos supuestos de «derechos colectivos» indicados que, en opinión de Taylor, prevalecerían sobre las pretensiones de los «derechos individuales», con objeto de preservar la identidad específica de cada comunidad. A saber: primero, el «derecho colectivo» a una política de reconocimiento basada en una «teoría cultural» de la sociedad (multiculturalismo), y, segundo, el «derecho colectivo» a la independencia política de las naciones morales tradicionales.

IV.4.1 «Derechos colectivos» como «Políticas de reconocimiento»

El «derecho colectivo» a una política de reconocimiento es el primer supuesto respecto al cual Taylor considera que deben prevalecer los «derechos colectivos» sobre los «derechos individuales». Se trata del «derecho colectivo» de una comunidad dada a que se establezca una política de reconocimiento institucional de una forma de bien

¹⁶ En opinión de Taylor, en supuestos como el de Quebec, es preciso priorizar el «derecho colectivo» a perseguir y promocionar la concepción cultural comunitaria sobre los derechos individuales de los quebequeses y del resto de los ciudadanos canadienses.

¹⁷ En este sentido, Taylor distingue entre una «teoría cultural» de la sociedad y una «teoría acultural» de la misma; y aboga por la recuperación de una «teoría cultural» de la sociedad que promueva la identidad colectiva como identidad moral y racional plena de sentido.

¹⁸ Se trata del derecho de las naciones dominadas que pretenden la independencia del Estado, liberal o no, al que se encuentran sometidas.

común propio a dicha comunidad interna específica señalada. Estamos hablando del multiculturalismo en un Estado político. Por ello, Taylor considera que la política de reconocimiento de las diferentes comunidades tradicionales es el instrumento más adecuado para salvaguardar los derechos colectivos de los miembros de esas comunidades tradicionales.

El supuesto más representativo de la necesidad de reconocer derechos colectivos, y de hacerlo a través de una política de reconocimiento adecuada, se encuentra a nivel lingüístico-cultural. Se trata de reivindicaciones de reconocimiento de una vinculación fuerte a una comunidad lingüística particular que no participa de soberanía política, como puede ser el caso de la comunidad francófona de Quebec, sometida al imperio angloparlante y cultural canadiense.

Taylor explica la necesidad de adoptar una política de reconocimiento institucional de una forma de bien común propio de una comunidad dada señalando que el problema de las democracias occidentales se encuentra en la adopción de una «teoría acultural de la modernidad». De esta forma, Taylor distingue entre una «teoría cultural» de la sociedad y una «teoría acultural» de la misma. La «teoría cultural» de la sociedad promueve la identidad colectiva como identidad moral y racional plena de sentido. Por el contrario, una «teoría acultural» de la sociedad se sirve únicamente de una descripción instrumental de la misma que la contempla en términos de neutralidad respecto de las posibles influencias culturales. Con ello se produce una pérdida de los significados profundos que posee cada tradición comunitaria. Es decir, la concepción «acultural» renuncia a las creencias y lealtades tradicionales, sustentando una concepción ontológico-social atomista que deriva en la moderna descripción neutralista de la democracia de los derechos individualistas frente a cualquier concepción cultural densa del bien y de los derechos colectivos.

Para Taylor esta concepción «acultural» de la sociedad propia de las sociedades liberales constituye un error porque promueve una concepción socio política deformante de la definición del «yo», y de sus relaciones con sus enclaves de significación.

Por ello, Taylor propone renovar la «teoría cultural» para conseguir dos objetivos claros. Primero, respecto a otras comunidades, conseguir reconocer la legitimidad moral y racional de las comunidades morales y racionales que no pertenecen a nuestro desarrollado modelo de discurso occidental. Segundo, respecto a nuestra propia comunidad, conseguir reformular en el seno de las sociedades occidentales modernas y liberales la concepción política de los derechos a favor de los derechos colectivos cuando estemos ante una comunidad cultural homogénea, como puede ser el caso de Quebec. En definitiva, Taylor aboga por la recuperación de una «teoría cultural» de la sociedad que permita sustentar una política de reconocimiento adecuada, en la cual prevalezca el «derecho colectivo» al reconocimiento de una forma de bien específico de esa comunidad sobre los «derechos indi-

viduales», con el objeto de salvaguardar la identidad específica de dicha comunidad. Se trata de adoptar ciertas metas colectivas que prevalecerían sobre las pretensiones individuales.

Suárez Llanos señala que la dificultad de este discurso está en armonizar las afirmaciones individualista y de los derechos colectivos (Suárez Llanos 2001: 247). La solución desde el marco político-liberal pasa por reconocer los dos modelos posibles de política liberal.

El primer modelo sería un modelo de carácter neutralista, que universalizando la idea del derecho individual se autoincapacita para reconocer la relevancia de las distintas identidades culturales. El segundo, por el contrario, incorpora la cláusula de que la sociedad política adopte ciertas metas colectivas sustantivas en detrimento de otras¹⁹.

En este sentido, Taylor señala que hay que optar por el segundo modelo político liberal (Taylor 1994a: 131)²⁰. Para explicar esta elección, Taylor esgrime tres razones. Primera, porque aunque se quisiera ser neutral, esto no es posible²¹. Segunda, por la trascendencia formativa de la tradición heredada como autodefinición imprescindible de quienes somos y lo que queremos²². Tercera, para asegurar la «supervivencia cultural de la tradición» propia (Taylor 1994a: 49).

A pesar de decantarse por el segundo modelo político liberal, Taylor añade que no hay que renunciar al logro del primer modelo; a saber, los derechos individuales a favor del reconocimiento de los miembros de las minorías cuyos objetivos no se contemplan institucionalmente, para garantizar sus derechos²³.

La propuesta de Taylor del segundo modelo político puede ser aplicada al supuesto problemático de Quebec. Se trata de que la sociedad se organice en torno a una definición de la vida buena, convirtiéndose tal definición en un asunto de política pública, pero sin desprestigiar a quienes en lo personal no comparten tal definición. En este aspecto, para calibrar el modelo «liberal» de Taylor es esencial discriminar cuáles son los derechos individuales restringibles o suprimibles,

¹⁹ En su «Coment» a «The Politics of recognition» de TAYLOR, Michael Walzer redefine los dos modelos de liberalismo apuntados por Taylor denominándolos «Liberalismo I» y «Liberalismo II».

²⁰ Porque es preciso adoptar «una concepción de profundas raíces aristotélicas, para atribuir algo más que un valor instrumental a la política como forma de vida y expresión de los individuos libres» (Taylor 1994a: 131).

²¹ No puede concebirse el liberalismo como «un campo de encuentro para todas las culturas, porque es la expresión política de un cierto tipo de culturas y es altamente incompatible con otras» (Taylor 1994a: 125-126). Tal es el sentido de la contradicción pragmática, que se proyecta como una forma de particularismo oculto tras el velo de la universalidad (al respecto, véase por ej. Taylor 1997a: 88).

²² En este sentido, Taylor 1994a: 48-50; también en Taylor 1994a: 122, 127-128.

²³ En este sentido, Suárez Llanos advierte del peligro de reforzamiento de la estratificación y de una injustificada política distributiva desigualitaria en perjuicio de las minorías que se encuentran en una tradición comunitaria más amplia (Suárez Llanos 2001: 248).

y cuáles las libertades fundamentales de necesaria protección de quienes no comparten las metas comunes de la comunidad ²⁴.

IV.4.2 *El «Derecho colectivo» a la independencia política*

El «derecho colectivo» a la independencia política, como se ha indicado anteriormente, se refiere al segundo supuesto respecto al que Taylor considera que deben prevalecer los «derechos colectivos» sobre las pretensiones del derecho individual, a saber, el derecho de autodeterminación de las naciones morales tradicionales. Se trata del derecho de las naciones dominadas que pretenden la independencia del Estado, liberal o no, al que se encuentran sometidas.

Al respecto trataremos de concretar los supuestos y las condiciones en los que se justificaría la autonomía política nacional ²⁵. El presupuesto fundamental de la argumentación comunitarista de Taylor nos refiere a un núcleo de nacionalismo caracterizado por el «sentimiento nacionalista» (Taylor 1994a: 13), y a cuya definición subyace la premisa esencial de la «identidad» de los individuos que pertenecen a una particular comunidad cultural, esto es, la visión que de sí mismos poseen los miembros de una comunidad determinada (Taylor 1994a: 13). Ello, genera una expectativa de «reconocimiento» de dicha identidad ²⁶.

De acuerdo con Taylor, en el mundo moderno existen tres modelos de justificación política: el «modelo de bienestar», el «modelo de los derechos» y el «modelo de autogobierno» (Taylor 1994a: 41-55). Taylor se basa en el «modelo de autogobierno», debido a que las pretensiones nacionalistas se asientan sobre su justificada aspiración al *autogobierno* como una noción que expresa un bien en sí mismo.

El argumento de Taylor al respecto sostiene que las personas precisan de un grupo con el que identificarse, fundamentalmente el grupo nacional caracterizado lingüísticamente ²⁷ y, una vez que la identificación es completa, ese grupo legítimamente demandará la «autodeterminación». Ello se debe a que el grupo sólo podrá gobernarse a sí mismo si se constituye como una verdadera «patria» respecto de la que sentir la profunda afección de la identidad. Por ello, el grupo que

²⁴ A pesar de esta «garantía», Suárez Llanos duda del «liberalismo» de este modelo propuesto por Taylor (Suárez Llanos 2001: 248-249).

²⁵ La solución que Taylor ofrece al respecto se encuentra recogida en el conjunto de trabajos que, referidos a las cuestiones de la «autodeterminación», la «soberanía política», el «nacionalismo», el «federalismo», los «derechos colectivos» y el «supuesto canadiense» son agrupados y rearticulados en *Reconciling the Solitudes: Essays on Canadian Federalism and Nationalism* (1992).

²⁶ Al respecto, véase Taylor 1994a: 13, en relación con 48-53.

²⁷ Porque la nación en su sentido fundamental expresa «el hecho objetivo de hablar el mismo lenguaje y compartir una historia común sólo si esto se refleja subjetivamente en la identificación que sustentan los miembros del grupo» (Taylor 1994a: 42 y 56).

comparte la misma identidad cultural precisa de algún tipo de «personalidad política», esto es de reconocimiento. Aquí es precisamente donde se expresa esa estrecha relación entre la identidad y el reconocimiento.

Las razones por las que se justifica la conversión de las comunidades en Estados se resumen en dos. Primero, ser un Estado soberano independiente es una condición de «autorregulación». Y segundo, porque la independencia nacional es una condición de la autodefinition de los miembros del grupo (Taylor 1994a: 53-54). Esta definición de la identidad de los miembros y su comunidad se hará, evidentemente, conforme a los dictados comunitarios. Por ello, Taylor señala que es preciso reconocer tres condiciones de la identidad que precisan de una adecuada articulación política: la *expresión*, la *realización* y el *reconocimiento*²⁸.

De esta forma, Taylor reivindica «alguna» forma de autonomía política, aunque ésta no tiene por qué ser directamente la autodeterminación soberana. En determinadas ocasiones lo más apropiado sería un modelo federal que asegurase las relaciones cercanas que parecen perderse en los modernos macro-Estados soberanos actuales. Éste podría ser el caso de Quebec y Canadá, en el que Taylor, frente a los «ultranacionalistas», apelará a un modelo nacional moderado orientado a la federación (Taylor 1994a: 56-58)²⁹. En cualquier caso, el modelo concreto por el que optar debe ser elegido casuísticamente, de forma contextualizada a la problemática concreta. En definitiva, Taylor afirma que la «personalidad política» no tiene por qué ser entendida en todos los casos como soberanía política de un Estado independiente³⁰.

²⁸ El sentido de la *expresión* se concreta en que cada cual modernamente posee el derecho a su identidad, es decir, el derecho a poseer un lenguaje cultural saludable. Esto se concreta en la priorización sobre los derechos individuales del «derecho colectivo al lenguaje natural de la comunidad cultural».

Por su parte, la *realización* consiste en que tal lenguaje ha de ser amparado por el derecho colectivo a emplearlo en la vida pública, en el desarrollo económico y tecnológico, y a ser enseñado con carácter obligatorio. Ello permitirá la transmisión del lenguaje a futuras generaciones.

Y, por último, el *reconocimiento* se fundamenta en el reconocimiento de los otros, es decir, en el reconocimiento internacional del modo en que una población de personas se contempla y comprende a sí mismo, esto es, el reconocimiento de su soberanía política nacional (Taylor 1994a: 52-53).

²⁹ Una confrontación entre los modelos de nacionalismo moderno y antiguo, tal como se manifiestan en las reivindicaciones quebequenses, se encuentra en Taylor 1994a: 57.

³⁰ Frente a esta argumentación de Taylor acerca del derecho de la comunidad al autogobierno nacional, Suárez Llanos objeta al menos dos deficiencias, cuando tal derecho no es concebido como articulación de voluntades autónomas, sino como expresión de la identidad moral y racional preestablecida de una comunidad que vincula y predetermina la identidad individual (Suárez Llanos 2001: 251-252).

La primera deficiencia se refiere a la inoportunidad de valerse de argumentos acerca de la identidad íntima de la persona para fundamentar pretensiones de independencia política. Ello conlleva un riesgo de dictadura de la comunidad, donde unos

En conclusión, podemos señalar que los presupuestos filosófico-morales de Taylor dan lugar a una ontología social holista de relevantes repercusiones políticas. En este sentido, Taylor advierte que es preciso separar el estadio ontológico del de la articulación político-institucional para decidir cuáles son las soluciones concretas más apropiadas en este sentido.

Sin embargo, podemos argumentar junto a Suárez Llanos, que «la argumentación de Taylor le conduce a un modelo político-social colectivista que reclama los derechos colectivos sobre los derechos individuales, con lo que el *yo* por definición se perderá en el entramado comunitario» (Suárez Llanos 2001: 252), bien sea por su homogeneización en la comunidad o por su discriminación con respecto a ella. El problema, tal y como señala Taylor, está en la dificultad de reconciliar la dualidad entre derechos colectivos y los derechos individuales, ya que parten de modelos ontológicamente distintos de entender la sociedad y la comprensión de la identidad propia del individuo (Taylor 1994a: 178). Podríamos concluir señalando que la argumentación de Taylor corre el riesgo de intentar reconocer la diversidad de una comunidad frente a otra, pero aplastando la diversidad dentro de esa comunidad que se reconoce.

V. NACIÓN, ESTADO Y NACIONALISMO EN CHARLES TAYLOR. LA CUESTIÓN QUEBEQUESA

V.1 La identidad nacional en Quebec

El problema de la identidad colectiva y de su reconocimiento tiene una clara expresión en la cuestión de Quebec y Canadá. El actual Canadá se ha configurado básicamente en torno a dos comunidades diferenciadas, una anglófona (anglocanadiense) –mayoritaria– y otra francófona (francocanadiense). Se trata de las dos naciones fundadoras. La comunidad francófona se asienta territorialmente de forma principal en la provincia de Quebec. Pues bien, esta distinción dio origen a lo que se conoció como nacionalismo francocanadiense hasta 1960; y ahora se conoce como nacionalismo quebequés: nueva identidad de Quebec. El nacionalismo francocanadiense, basado en la lengua francesa, la religión católica y una clase social deprimida, no pretendía la soberanía plena respecto del resto de Canadá, sino que aspiraba a convivir dentro

pocos impongan sus concepciones políticas y morales sobre el resto de los individuos de la comunidad.

La segunda crítica señala que, frente al sacrificio nacional de la diversidad y del individuo, no será suficiente la conversión del modelo de autonomía soberana en la federación. Y ello porque se sigue manteniendo el presupuesto ontológico holista articulado políticamente, y, por ende, sólo interesa más la federación que la soberanía radical por meras conveniencias económicas, tecnológicas o de defensa.

de la Federación canadiense, pero en pie de igualdad con la comunidad anglófona, y siempre que se respetara su propia identidad y se tuviera en cuenta el hecho francés. Se trataba de un nacionalismo étnico y defensivo, que aspiraba a una comunidad francófona homogénea. A partir de 1960, el estado de cosas varió con ocasión de la llamada «Revolución Tranquila», que supuso el surgimiento de una nueva identidad quebequesa y la irrupción del independentismo como fuerza política y social emergente. La nueva identidad quebequesa se circunscribe a la provincia de Quebec, y no abarca a la comunidad francófona del resto de Canadá de carácter muy minoritaria. Esta nueva identidad quebequesa se define exclusivamente en clave lingüística, y señala la especificidad de Quebec dentro de Norteamérica como portadora de una identidad y de una lengua diferente, el francés, frente al inglés de carácter mayoritario. Por ello, la aspiración de este nuevo nacionalismo quebequés, de carácter independentista, es la consecución de un Estado en toda norma para Quebec (Keating 1996: 85-89).

V.2 Nación, Estado y nacionalismo en Charles Taylor

Taylor ha participado en el debate en torno a la cuestión quebequesa de forma activa, tanto como teórico político como actor de la política ejecutiva. En el ámbito de la Filosofía política, posee una particular concepción de la nación, el Estado y el nacionalismo³¹. Al respecto, Taylor señala que el nacionalismo, lejos de ser un sentimiento atávico o premoderno, es una concepción política moderna, es más, se trata de un fenómeno característico de la modernidad (Taylor 2000c: 7-30). En este sentido, Taylor define el nacionalismo como una «llamada a la diferencia» ante la ola modernizadora que se presenta como una amenaza respecto a las tradiciones culturales (Taylor 2000c: 7-30). Ello hace que el nacionalismo sea la expresión de una nueva identidad categorial de la comunidad.

Asimismo, Taylor considera oportuno distinguir entre los diferentes nacionalismos, que si bien reconoce tienen una raíz común, también poseen diferencias cualitativas³². Por ello, distingue entre un

³¹ Taylor nos proporciona la definición de nacionalismo que ofrece Gellner como «el principio político que sostiene que la unidad política y nacional deberían ser congruentes». La idea básica contenida en la obra de Ernest GELLNER «*Nations and Nationalism*» (1983), según Taylor, es que un pueblo, definido con anterioridad por la unidad de cultura, lengua o religión, debería hallarse en condiciones de darse su propia organización política. Ciertamente, se está seleccionando aquí una clase de movimientos, sentimientos e *idées-forces* políticas en el mundo contemporáneo, a saber, aquellos que se relacionan con dicho principio. La cuestión que Taylor plantea es si todos ellos poseen las mismas causas y son impulsados por la misma dinámica (Taylor 2000c: 8).

³² La diferencia no está en el distinto grado de virulencia con el que se manifiestan estos nacionalismos, sino que estos nacionalismos difieren más profundamente con respecto a lo que desean conquistar.

nacionalismo «liberal»³³ que conjuga la llamada a la diferencia como razón de ser de ese Estado y el régimen liberal de derechos e igual ciudadanía, como puede ser el caso del nacionalismo quebequés contemporáneo; y un nacionalismo «étnico»³⁴ basado en las diferencias étnicas y raciales, y que obvia el discurso político de la modernidad en su totalidad. Estaríamos hablando de los nacionalismos surgidos con ocasión de la desmembración de la Unión Soviética o de los nacionalismos de la ex Yugoslavia (Taylor 2000c: 7-30)³⁵.

Por último, en cuanto a la interpretación del nacionalismo por parte de Taylor, conviene señalar que éste afirma que el fenómeno nacionalista debe ser contemplado desde una perspectiva bidireccional; ya que las aspiraciones nacionalistas no sólo (y no siempre, además) se concretan en la consecución de un Estado para una nación que carece del mismo, sino que en ocasiones son los propios Estados los que fomentan un sentimiento nacionalista para garantizar su propia supervivencia (Taylor 2000c: 7-30).

V.3 El «federalismo renovado» en Charles Taylor. Quebec y Canadá

Las reflexiones de Taylor acerca de los conceptos de nación, Estado y nacionalismo tienen una aplicación directa en el caso de Quebec y Canadá. En un intento de analizar las facetas más importantes de la identidad quebequesa, al tratarse de una referencia colectiva, Taylor sitúa ese nivel de identificación en el contexto más general de la preocupación identitaria moderna. Posteriormente, trata de dar cuenta de lo que sucede en Quebec desde el punto de vista de la formación de una identidad necesariamente compleja que no consigue integrarse en la alternativa canadiense que se le ofrece (Taylor 2000b: 30-45).

³³ El nacionalismo «liberal» acepta lo que se define como deseable de la modernidad, a saber, el régimen liberal de derechos e igual ciudadanía, atribuidos a todos los miembros de la unidad política al margen de las diferencias, incluso de la etnicidad. Así, su sentido de la nación incorpora los principios constitucionales del liberalismo. Se trata, por ejemplo, del nacionalismo quebequés contemporáneo. Por supuesto, el nacionalismo «liberal» sufre tensiones, ya que si bien todos los individuos sin distinción son ciudadanos, el Estado tiene su razón de ser en una nación cultural a la que no pertenecen todos los ciudadanos. Sin embargo, «no es posible sacrificar la universalidad en el altar de la nación, pues esto equivaldría a una traición a la identidad» (Taylor 2000c: 30).

³⁴ El nacionalismo «étnico» no contempla entre sus objetivos conquistar el patriotismo liberal anteriormente citado, por lo que sus modos serán muy diferentes. La definición de la nación se hará en términos puramente étnicos, incluso raciales, y no contemplará los elementos adoptados de la política moderna. En este tipo de nacionalismo definido étnicamente, el «otro» no tendrá cabida alguna, e incluso se podrá llegar a promover su limpieza étnica. Evidentemente se trata de un tipo de nacionalismo totalmente distinto.

³⁵ Taylor realiza una diferenciación de estos dos tipos de nacionalismo en «El nacionalismo y la *intelligentsia* en Quebec», recogido en Taylor 1999b: 29-56.

Taylor considera que la nueva identidad quebequesa no ha encontrado aún su forma definitiva. Los quebequeses están de acuerdo en que la nueva identidad colectiva debe basarse en la ciudadanía antes que en la pertenencia étnica. Sin embargo, existen numerosos aspectos de la nueva identidad quebequesa que se encuentran sin resolver hoy en día: cuestiones referentes a su autodefinición, su expresión política, su relación con Canadá, etc.

Al respecto, Taylor concibe una solución para la cuestión de Quebec y de Canadá en dos planos diferentes. En el primer plano, interno al propio Quebec, Taylor señala que, en una sociedad compleja como la quebequesa, deben conciliarse dos principios de difícil coexistencia: primero, el Estado debe reconocer a todos los ciudadanos ciertos derechos fundamentales (libertad de expresión, igualdad, etc.); segundo, ese mismo Estado debe adoptar una serie de fines colectivos con el fin de garantizar la supervivencia misma del pueblo étnico que constituye su razón de ser (Taylor 2000b: 30-45). Con el objeto de preservar la unidad de Quebec, de esta comunidad particular definida por la especificidad de la lengua francesa en Norteamérica, se deben conciliar ambos aspectos. En un paso más en la argumentación de Taylor en torno a Quebec, en su aspecto interno, Taylor pone en cuestión que la unidad de deliberación que constituye el Estado sólo pueda basarse en elementos comunes. En este sentido, habla que en un mismo Estado se pueden dar la «unidad de convergencia» y la «unidad de intimidad o compañerismo» simultáneamente. La primera hace referencia a un mismo grupo que comparte rasgos étnicos comunes, una lengua en común, etc., esto es, una serie de elementos comunes que hacen que ese grupo conforme una nación cultural (con o sin Estado). La segunda hace referencia al supuesto en el que dos o más grupos distintos han convivido y colaborado durante mucho tiempo. Pues bien, entre estos grupos, debido a esa colaboración histórica mutua, han podido surgir lazos basados en la confianza mutua, provocando el surgimiento de un cierto compromiso recíproco, una suerte de alianza. En consecuencia, cabe conformar una unidad de deliberación, un Estado, no sólo a partir de semejanzas, sino también a partir de diferencias reconocidas y aceptadas entre grupos que han caminado juntos. La sociedad quebequesa ofrece, en ciertos aspectos, imagen de una unidad de convergencia (componente étnico justificativo del Estado de Quebec, esto es, la comunidad francófona) y, en otros, la de una unidad de colaboración (convivencia de las comunidades francófona y anglófona en Quebec). En este sentido, una propuesta de solución del conflicto quebequés en clave interna, sería pensar la sociedad quebequesa de manera bifocal, combinando la unidad de convergencia y la de compañerismo (Taylor 2000b: 44).

Ya en un segundo plano, el de las relaciones entre Quebec y Canadá, Taylor considera que la opción independentista no es la adecuada, y apuesta por un modelo federal de convivencia, más concretamente, por un modelo nacional moderado (para Quebec) orientado a la federación

(canadiense)³⁶. De esta forma, una *cláusula de sociedad distinta* para Quebec podría facilitar las relaciones y la «integración» de la nueva identidad quebequesa en la Federación canadiense (Taylor 2000b: 45). Ello posibilitaría la convivencia en una misma Federación de la comunidad anglófona y francófona: francocanadienses y anglocanadienses. En este sentido, Taylor ha sido calificado como el filósofo político del «federalismo renovado»³⁷.

En conclusión, podemos señalar que Quebec «es una sociedad a la vez unida por principios morales y políticos, y constituida en torno a una cierta pertenencia étnica e histórica —en la encrucijada de la convergencia y de la colaboración histórica—, que continuará exigiendo un constante trabajo de conciliación entre dos principios distintos» (Taylor 2000b: 45). Quebec es una sociedad con una identidad compleja, en la que no caben soluciones simplistas.

VI. CONCLUSIONES

A partir de la década de los ochenta, dentro del campo de la filosofía política, se viene produciendo un intenso debate entre liberales y comunitaristas en torno al concepto del sujeto, la sociedad, el Estado, la política ejecutiva, y la naturaleza del Derecho³⁸. Como ya hemos señalado, el comunitarismo propone recuperar la relevancia de la comunidad en el debate político-filosófico contemporáneo con la revisión de autores como Aristóteles o Hegel; en contraposición a aquellas teorías que, como la liberal, basan su discurso en el individuo como

³⁶ Taylor nos ofrece los motivos por los que opta por el modelo federal en Taylor 1994a: 57. Primero, porque ello sería suficiente para activar y asegurar los derechos colectivos de la comunidad lingüística y cultural que determina la identidad de los quebequeses. Segundo, porque tal solución es más favorable al desarrollo socio-económico quebequés respondiendo así a un modelo de «nacionalismo moderno» que pretende construir sus propios proyectos de futuro. Tercero, porque en el particular caso quebequés el «ultranacionalismo» de quienes anhelan la total soberanía política redundaría en una solución espiritualmente destructora asentada sobre una afirmación forzada y dispuesta a sacrificarlo todo en el altar de la nación, ya que el nacionalismo mismo se convierte en una obsesión por el poder.

³⁷ Por ello, Javier De Lucas ha señalado a Taylor como el filósofo político del «federalismo renovado» (Taylor 1999b: 7-15). El «federalismo renovado» de Taylor conlleva, por una parte, una apertura generosa a la diversidad y a su necesidad de expresarse en las instituciones políticas comunes, y, por otra, no renuncia por ello al liberalismo y a las garantías que éste procura a los ciudadanos.

³⁸ En opinión de Suárez Llanos, la crítica que la teoría comunitarista formula contra el liberalismo y su concepción del yo como básicamente orientado a la comunidad, esto es, relevancia de la comunidad en el debate político-filosófico, permite afirmar que «la concepción comunitarista se asiste de una filosofía propia y específica lo suficientemente potente y acabada como para sustentar una teoría política global acerca del sujeto, la sociedad, el Estado, la política ejecutiva, y la naturaleza del Derecho» (Suárez Llanos 2001: 17). En consecuencia, podemos hablar de una teoría comunitarista con un *corpus* unitario, propio y coherente.

sujeto desvinculado de su contexto social y hunden sus raíces en la tradición liberal clásica representada por autores como Hobbes, Locke o Kant.

Pues bien, el filósofo quebequés-canadiense Charles Taylor es considerado como uno de los autores más representativos de la teoría comunitarista³⁹. Taylor es comunitarista en el siguiente sentido: defiende que toda concepción adecuada de la moral, del razonamiento práctico y de la persona ha de recurrir a marcos cualitativos que sólo pueden instaurarse, mantenerse y adquirirse perteneciendo a una comunidad lingüística. De esta forma, si los seres humanos son animales que se autointerpretan y los lenguajes que necesitan para tales interpretaciones son esencialmente fenómenos sociales, entonces la comunidad es un requisito estructural de la acción humana, incluyendo la acción moral (Mulhall y Swift 1996: 217).

De esta forma, el comunitarismo de Taylor se basa en una determinada concepción del yo, orientado básicamente hacia la comunidad. Esta comunidad no es sino la comunidad de sentido, es decir, la comunidad lingüística; ya que será la comunidad como comunidad de sentido la que ofrezca, a través del lenguaje, las significaciones densas que permiten al individuo hacerse inteligible frente a sí mismo (orientarse en el espacio moral) y frente al resto de los individuos de la comunidad.

En este sentido, Taylor establece una suerte de binomio individuo-comunidad. Por ello, no sólo habla de la identidad del sujeto⁴⁰, sino que se refiere también a la identidad de la comunidad; ya que esta comunidad de sentido o comunidad lingüística posee una identidad propia, definida y colectiva. Asimismo, Taylor señala que la identidad colectiva de la comunidad se define, principalmente, en términos lingüísticos, pues es el lenguaje el que ofrece los significados densos y los marcos valorativos que permiten que los individuos se vuelvan inteligibles frente a ellos mismos y frente al resto de la comunidad.

Toda esta argumentación conduce a uno de los aspectos claves en el pensamiento de Taylor, a saber, la identidad de la comunidad y el problema de su reconocimiento. Taylor afirma que si bien la identidad del sujeto se define, en parte, por la identidad de la comunidad, esta última dependerá del reconocimiento que reciba del resto de comuni-

³⁹ Siguiendo el parecer mayoritario de la doctrina, hemos considerado cuatro autores como los más representativos de la teoría comunitarista. A saber, Alasdair MacIntyre, Michael J. Sandel, Michael Walzer y Charles Taylor (Suárez Llanos 2001: 18). Véase, asimismo, la nota a pie de página número 2 del presente trabajo, donde se cita a los autores que mantienen esta misma tesis.

⁴⁰ Taylor ha estudiado minuciosamente la identidad del sujeto en un profundo análisis histórico-filosófico; principalmente en *Las fuentes del yo: la construcción de la identidad moderna* (1989), donde realiza una investigación histórica acerca de las tradiciones filosóficas que sustentan la concepción del yo, y en *La ética de la autenticidad* (1991), que viene a ser una continuación de la anterior, y donde culmina el proyecto de Taylor respecto al análisis de la identidad moderna.

dades. De ahí la importancia del reconocimiento de la identidad de cada comunidad.

En este sentido, cabe señalar que Taylor reconoce el discurso democrático de los derechos, pero introduce dos importantes modulaciones al mismo, que posibilitan el reconocimiento de la identidad específica de cada comunidad. Primera modulación, incorporar como resultado del debate público una política sustantiva y concreta orientada al bien común. Segunda modulación, priorizar los «derechos colectivos y culturales» sobre los «derechos individuales» en dos supuestos concretos: en el caso de las políticas de reconocimiento institucional de una forma de bien común propio a cierta comunidad específica («derechos colectivos» como «políticas de reconocimiento»), y en el supuesto del derecho de autodeterminación de las naciones morales tradicionales («derecho colectivo» a la independencia política). En ambos casos, la tesis latente es la esencial e íntima vinculación entre el «reconocimiento» y la «identidad», ya que nuestra identidad colectiva se encuentra parcialmente definida por el reconocimiento o por la falta de éste.

Este pensamiento tayloriano de claras resonancias holistas nos lleva a vislumbrar la conflictiva relación del Quebec francófono con el resto del Canadá anglófono de una forma peculiar. Taylor, si bien no se muestra partidario de la independencia política de Quebec respecto del resto de Canadá, sí que defiende el reconocimiento de la especificidad «francófona» de Quebec dentro de un continente marcadamente anglófono. Por ello, en un plano interno, aboga por la coexistencia de una «unidad de convergencia», componente étnico justificativo del Estado de Quebec (comunidad francófona), y de una «unidad de colaboración», convivencia de la comunidad francófona y la minoría anglófona en Quebec. Se trata de concebir la sociedad quebequesa de forma bifocal y plural.

Por lo que respecta a las relaciones de Quebec con el resto de Canadá, Taylor rechaza la opción independentista, y apuesta por un modelo federal de convivencia; más concretamente, por un modelo nacional moderado (para Quebec) orientado a la federación (canadiense). De ahí que, por ejemplo, Javier De Lucas haya calificado a Taylor como el filósofo político del «federalismo renovado» (Taylor 1999b: 7-15).

En conclusión, podemos señalar que el pensamiento de Taylor no supone un rechazo de ciertos logros de la modernidad, que hace suyos; sin embargo, reformula ciertos aspectos de la misma, pues considera que una de las tradiciones políticas más representativa de la modernidad, el liberalismo, no ha tenido suficientemente en cuenta la relevancia de la comunidad en el debate filosófico-político contemporáneo.

En este sentido, Taylor aboga por recuperar la comunidad en el debate político y moral actual, y apuesta por una solución en clave federal para el caso de Quebec y Canadá. Por ello, Taylor formula su

idea de «federalismo renovado», basada en el reconocimiento de la diversidad de cada comunidad y, en la necesidad de que dicha diversidad tenga su expresión en las instituciones políticas comunes propias de dicha comunidad. Y ello, sin renunciar a las garantías que procura a los ciudadanos el discurso democrático de los derechos propios de la teoría política liberal.

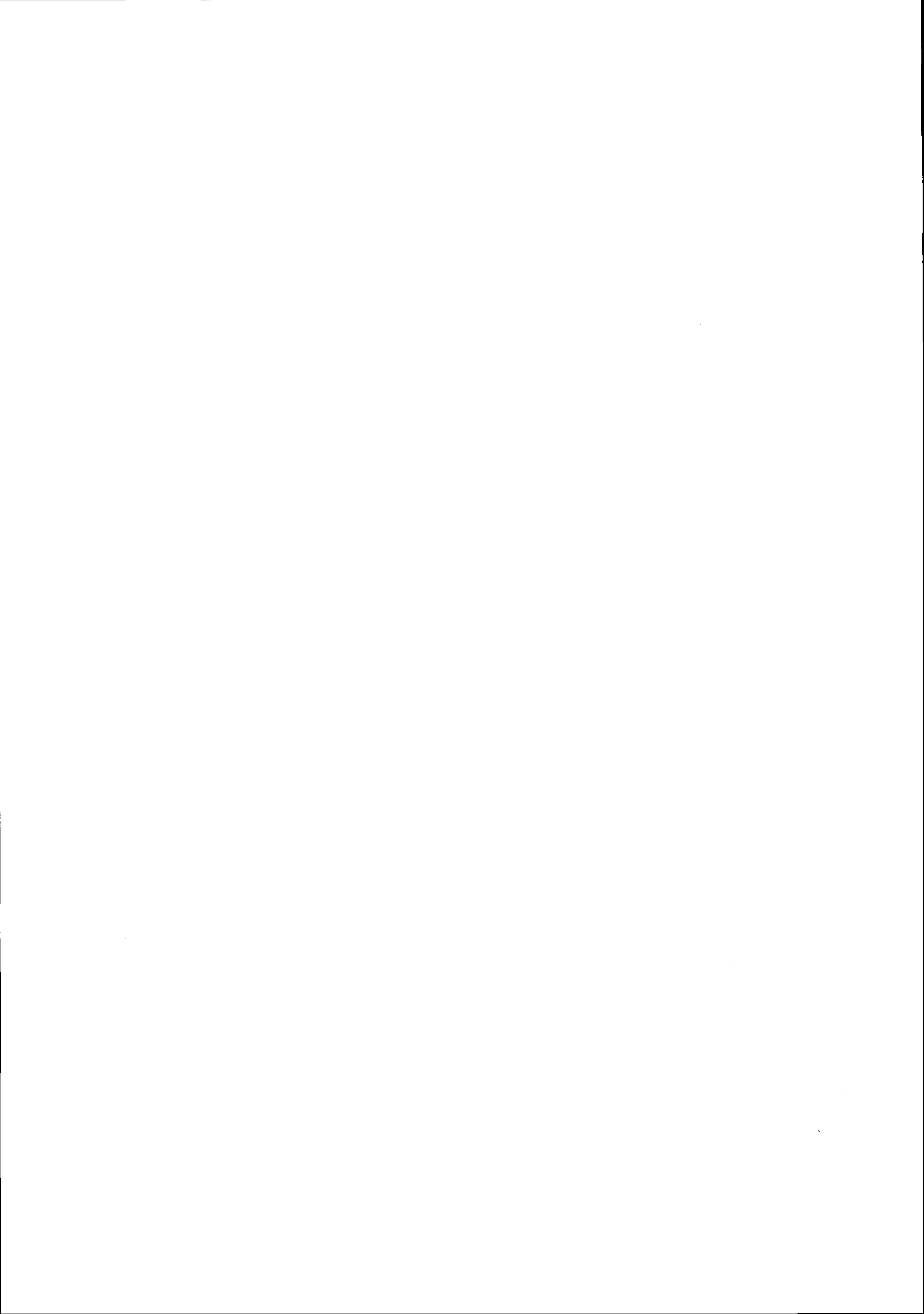
En definitiva, las reflexiones de Taylor en torno a la identidad de la comunidad y la necesidad de su reconocimiento pueden servir para articular el debate en torno al concepto de una España plural que, sin renunciar a un proyecto común, sea capaz de incluir el reconocimiento de las diferentes comunidades y sensibilidades en dicho proyecto común. Este mismo análisis que efectúa Taylor respecto a Quebec, salvando las distancias, puede servir para, desde el respeto a la legitimidad de las diferentes opciones políticas, concebir una Euskadi plural y cohesionada capaz de sentirse cómoda en una España diversa que reconozca la especificidad de las distintas comunidades que la componen.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABBEY, R.: *Charles Taylor*, Princeton University Press, Princeton, 2000, 250 pp.
- COHEN, J.: «El comunitarismo y el punto de vista universalista», *La Política: revista de estudios sobre el estado y la sociedad*, I, 1996, pp. 81-92.
- ETZIONI, A.: *The Spirit of Community*, Fontana Press, London, 1995, 314 pp.
- *La nueva regla de oro. Comunidad y moralidad en una sociedad democrática*, Ed. Paidós, Barcelona, 1999, 352 pp.
- *La Tercera Vía hacia una buena sociedad. Propuestas desde el comunitarismo*, Ed. Trotta, Madrid, 2001, 111 pp.
- GUTTING, G.: *Pragmatic Liberalism and the Critique of Modernity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, 198 pp.
- HIRSCHMAN, A. O.: «Los conflictos sociales como pilares de la sociedad de mercado», *La Política: revista de estudios sobre el estado y la sociedad*, I, 1996, pp. 93-106
- KEATING, M.: *Naciones contra el Estado. El nacionalismo de Cataluña, Quebec y Escocia*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, 293 pp.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. M.^a: Materiales de la asignatura de Filosofía Política. (Lección 5. Módulo 1.—La crítica comunitarista.) Cedido amablemente por el autor.
- MELLÓN, J. A. (ed.): *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, 462 pp.
- MOUFFE, Ch.: «La política y los límites del comunitarismo», *La Política: revista de estudios sobre el estado y la sociedad*, I, 1996, pp. 171-190.
- MULHALL, S., y SWIFT, A.: *El individuo frente a la comunidad: el debate entre liberales y comunitaristas*, Ed. Temas de Hoy, Madrid, 1996, 463 pp.
- NINO, C. S.: «Kant versus Hegel, otra vez», *La Política: revista de estudios sobre el estado y la sociedad*, I, 1996, pp. 123-136.
- NUSSBAUM, M. C.: *Los límites del patriotismo: identidad, pertenencia y «ciudadanía mundial»*, Ed. Paidós, Barcelona, 1999, 187 pp.

- PAREKH, B.: «Algunas reflexiones sobre la filosofía política occidental contemporánea», *La Política: revista de estudios sobre el estado y la sociedad*, I, 1996, pp. 5-22.
- RAWLS, J.: *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, 654 pp.
- «La justicia como equidad: política, no metafísica», *La Política: revista de estudios sobre el estado y la sociedad*, I, 1996a, pp. 23-46.
- *El Liberalismo Político*, Ed. Crítica, Barcelona, 1996b, 440 pp.
- SARTORI, G.: «Los fundamentos del pluralismo», *La Política: revista de estudios sobre el estado y la sociedad*, I, 1996, pp. 107-122.
- SKINNER, Q.: «Acerca de la justicia, el bien común y la prioridad de la libertad», *La Política: revista de estudios sobre el estado y la sociedad*, I, 1996, pp. 137-150.
- SMITH, N. H.: *Charles Taylor. Meaning, Morals and Modernity*, Polity Press, Cambridge, 2002, 285 pp.
- SUÁREZ LLANOS, M.^a L.: *La «teoría comunitarista» y la filosofía política*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, 347 pp.
- TAYLOR, Ch.: «La filosofía y su historia», en Rorty, R. *et. al.* (comps.): *La Filosofía en la historia*, Ed. Paidós, Barcelona, 1990a, pp. 31-48.
- «El atomismo», en Betegón, J. y Páramo, J. R. de (coord.): *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1990b, pp. 107-124.
- *El multiculturalismo y «la política del reconocimiento»*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, 157 pp.
- *Reconciling the Solitudes. Essays on Canadian Federalism and Nationalism*, McGill-Queen's University Press, Montreal, 1994a, 208 pp.
- *La ética de la autenticidad*, Ed. Paidós, Barcelona, 1994b, 146 pp.
- *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Ed. Aubier, Francia, 1994c, 142 pp.
- *Multiculturalism: examining the politics of recognition*, Princeton University Press, Princeton, 1994d, 175 pp.
- *Sources of the Self: The Making of the modern Identity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996a, 601 pp.
- *Las fuentes del yo: la construcción de la identidad moderna*, Ed. Paidós, Barcelona, 1996b, 609 pp.
- «La diversidad de bienes», *La Política: revista de estudios sobre el estado y la sociedad*, I, 1996, pp. 65-80.
- *Argumentos filosóficos: ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, Ed. Paidós, Barcelona, 1997a, 382 pp.
- «¿Qué principio de identidad colectiva?», *La política: revista de estudios sobre el estado y la sociedad*, III, 1997b, pp.133-138.
- «La explicación y la razón práctica», en Nussbaum, M. C. y Sen, A. (comps.): *La calidad de vida*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pp. 274-304.
- *Philosophical Papers. Vol. I: Human Agency and Language*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999a, 294 pp.
- *Acercar las soledades: federalismo y nacionalismo en Canadá*, Ed. Gakoa, San Sebastián, 1999b, 319 pp.
- *Philosophical Papers. Vol. II: Philosophy and the Human Sciences*, Cambridge University Press, 1999c, 340 pp.
- «Nacionalismo y modernidad», en Hall, J. A. (ed.): *Estado y nación. Ernest Gellner y la teoría del nacionalismo*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000a, pp. 253-287.

- «Las fuentes de la identidad moderna», *Debats*, LXVIII, 2000b, pp. 30-45.
- «Nacionalismo y modernidad», *Inguruak: soziología eta zientzia politikoaren euskal aldizkaria*, XXVI, 2000c, pp. 7-30.
- THIEBAUT, C.: *Los límites de la comunidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, 221 pp.
- TULLY, J. (ed.): *Philosophy in an Age of Pluralism: the philosophy of Charles Taylor in question*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, 273 pp.
- VITALE, E.: «Modernità. Riflessioni a partire (anche) de Charles Taylor», *Ragion Pratica*, XIX, 2003, pp. 275-283.
- WALZER, M.: «La crítica comunitarista del liberalismo», *La Política: revista de estudios sobre el estado y la sociedad*, I, 1996, pp. 47-64.
- WOLIN, S. S.: «Democracia, diferencia y re-conocimiento», *La Política: revista de estudios sobre el estado y la sociedad*, I, 1996, pp. 151-170.



El inicio de los sistemas jurídicos. Entre el método y el individualismo*

Por MANUEL JESÚS RODRÍGUEZ PUERTO

Universidad de Cádiz

SUMARIO: La difusión de los métodos científico-naturales en la teoría jurídica, a partir del siglo XVII, ha sido vista como la causa fundamental de la mentalidad sistemática en el Derecho. Es cierto que los primeros autores de la denominada Escuela de Derecho Natural Moderno hicieron proclamas en ese sentido. Sin embargo, un acercamiento más detenido a los presupuestos iniciales de esos autores (el derecho entendido como cualidad personal, la libertad individual propia del estado de naturaleza) muestra que esas nociones no fueron obtenidas gracias al método científico, sino que procedían de la mentalidad romanista y escolástica. Además, fueron precisamente esas nociones, marcadamente individualistas, las que permitieron una aplicación coherente de un método sistemático.

PRIMEROS EMPEÑOS

Históricamente, la sistematización del Derecho parece haber ido unida a la influencia de los métodos propios de las ciencias naturales. Las primeras ordenaciones generales vinieron de la mano del Humanismo jurídico del siglo XVI. Muchos de sus integrantes elaboraron compendios jurídicos generales en los que, frente al casuismo propio

* Este artículo ha sido desarrollado en el seno del Proyecto I + D (Ministerio de Ciencia y Tecnología) denominado *Los orígenes históricos de la noción de derecho subjetivo*.

de la *iurisprudentia* medieval, el Derecho romano era clasificado a partir de nociones y principios generales. Los modelos empleados para ello fueron diversos: la Dialéctica tópica de inspiración ciceroniana, la clasificación material de las *Instituta* de Justiniano o los métodos de enseñanza expuestos por Galeno. Estos juristas humanistas se apartaron de la *iurisprudentia* medieval, que seguía minuciosamente a la Compilación justiniana, escasamente preocupada por el orden. Frente a la reverencia medieval por la obra de Justiniano, los humanistas elaboración esas ordenaciones dando especial relevancia a la razón humana¹. Al final, no alcanzaron un verdadero rigor deductivo, y sus compendios quedaron más bien como clasificaciones del contenido del Derecho común. No obstante, el talante de los humanistas, favorable a la claridad la simplicidad y proclive a la búsqueda de una idea fundamentadora de todo el Derecho, caló hondo en los siglos posteriores e influyó poderosamente en el trabajo de los juristas modernos².

Es el caso de Hugo Grocio, considerado durante mucho tiempo el creador de una nueva época en el Derecho europeo. Investigaciones más recientes lo han relegado a una posición más modesta, al destacar la influencia del Humanismo jurídico y de la Segunda Escolástica española³. Los *De Iure belli ac pacis libri tres* constituyen la obra jurídica principal de Grocio, y en sus aspectos metodológicos es perceptible una tendencia abierta hacia la sistematización. Al comenzarla, afirma que hasta ahora nadie ha conseguido dar forma de arte al Derecho. Es la misma queja que formularon los humanistas de las primeras décadas del XVI; desde entonces habían aparecido numerosos intentos que, evidentemente, no deben gustarle a Grocio. Para conseguir ese objetivo, continúa, es preciso hacer algo que nadie ha intentado: separar los preceptos que nacen de la naturaleza de aquellos que han sido constituidos por los hombres. Los naturales son inmutables y pueden ser ordenados «artísticamente» con facilidad. En cambio, los que son producto de la acción humana varían con extraor-

¹ Es una de las causas por las F. Carpintero ha denominado «Humanismo racionalista» a esta corriente. Cfr. «“Mos italicus”, “Mos gallicus” y Humanismo Racionalista», *Ius Commune*, VI, 1977.

² Cfr. CARPINTERO, F., *Historia breve del Derecho natural*, Colex, Madrid, 2000, pp. 148-152. Sobre la ausencia de deductivismo en estos juristas, vide. mi estudio, *La Modernidad discutida. Iurisprudentia frente a iusnaturalismo en el siglo XVI*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 1999, cap. IV per totum.

³ Cfr. CARPINTERO, F., «“Mos italicus”, “mos gallicus”...», cit., p. 170. A. Dufour ha señalado que el ideal cultural de Grocio es el Humanismo clásico. Cfr. «Grotius-“Homme de loi, homme de foi, homme de lettre”», en *Grotius et l'ordre juridique international*, Ed. por A. Dufour, P. Haggemacher y J. Toman, Payot, Lausanne, 1985, p. 29. E. von Koerber señala las relaciones entre Erasmo y Grocio, aunque considera que Grocio potencia más el papel de la razón. Cfr. *Die Staatstheorie des Erasmus von Rotterdam*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967, pp. 106-107. Entiendo, sin embargo, que no debemos exagerar el papel de Erasmo: la tradición romanista es la influencia decisiva en la obra jurídica de Grocio.

dinaria frecuencia y están fuera del arte, como las demás percepciones de las cosas singulares⁴.

Él intenta llevar a cabo esa propuesta en su tratado sobre el derecho de la guerra y de la paz. En los *Prolegomena* de la obra, indica que en todo trabajo deben tenerse en cuenta algunas cautelas: dar razón de las definiciones que sean más evidentes, disponer con un orden cierto las cosas de las que se tratará y posteriormente distinguirlas de forma clara⁵. El modelo más correcto de ese proceder es el de los matemáticos, que consideran las figuras ajenas a los cuerpos reales. De la misma forma, Grocio desea estudiar el Derecho sin tener en cuenta ningún hecho singular⁶. Es preciso, por tanto, encontrar unos puntos de partida evidentes y suficientemente abstractos para construir un saber jurídico serio. Grocio cree haberlos encontrado en los principios del Derecho natural. En primer lugar, es preciso afirmar la certidumbre indiscutible de esos principios. Hay dos formas de conocerlos: según la primera de ellas pertenecen al *ius naturale* aquellos principios cuya veracidad resulta en sí misma tan evidente como la de aquello que percibimos a través de los sentidos⁷. La otra manera de captarlos consiste en recopilar los testimonios de autoridades de origen diverso —poetas, filósofos, historiadores— y aceptar como pertenecientes al Derecho natural los que son comúnmente aceptados como tales. Este segundo criterio no es imprudente, aclara Grocio, pues lo que muchos hombres en tiempos y lugares diferentes consideran cierto debe de referirse a una verdad universal. Traducido a los asuntos jurídicos, esto quiere decir que tales principios proceden bien de una recta derivación desde los principios de la naturaleza, bien del consenso común; los primeros forman el Derecho natural y los segundos el Derecho de gentes⁸. El Derecho natural

⁴ «Artis formam ei [se refiere a la jurisprudencia] imponere multi ante hac destinarunt; perfecit nemo: neque vero fieri potest, nisi quod non satis curatum est hactenus, ea quae ex constitutus veniunt a naturalibus recte separentur. Nam naturalia, cum semper eadem sint, facile possunt in artem colligi. Illa autem quae ex constituto veniunt, cum et mutantur saepe, et alibi alia sint, extra artem posita sunt, ut aliae rerum singularium perceptiones», *De iure belli ac pacis libri tres*, Amstelodami, 1651, *prolegomena* (las páginas están sin numerar). No es una idea original. La expresaron otros en el siglo XVI, entre ellos, el jurista humanista francés François Connan, a quien Grocio cita en otra parte de esta obra.

⁵ «In toto opere tria maxime mihi proposui, ut definienda rationes redderem uam maxime evidentes, et ut quae erant tractanda, ordine certo disponerem, et ut quae eadem inter se videri poterant nec erant, perspicue distinguerem», *op. cit., prolegomena*.

⁶ «Vere enim profiteor, sicut mathematici figuras a corporibus semotas considerant, ita me in jure tractando ab omni singulari facto abduxisse animum», *op. cit., prolegomena*.

⁷ «Primum mihi cura haec fuit, ut eorum quae ad ius naturae pertinent probationes referrem ad notiones quasdam tam certas ut eas nemo negare possit, nisi sibi vim inferat. Principia enim ejus iuris, si modo animum recte advertas, per se patent atque evidenti sunt, ferme ad modum eorum quae sensibus externis percipimus», *op. cit., prolegomena*.

⁸ «Usus sum etiam ad iuris huius probationem testimoniis philosophorum, historicorum, poëtarum, postremo et oratorum: non quod illis indiscrete credendum sit;

implica la posibilidad de establecer principios supremos y evidentes que actuarán como fundamentos desde los que dar sentido al resto del orden jurídico. No obstante, la derivación lógica de soluciones específicas desde los principios supremos del Derecho natural ya había sido defendida por los representantes tardíos de la Segunda Escolástica Española como Luis de Molina y Francisco Suárez⁹. Ellos no adoptaron ese deductivismo por influencia de los nuevos métodos científicos y fueron los que de hecho influyeron en Grocio —que cita en bastantes ocasiones a los escolásticos españoles.

A pesar de las afirmaciones iniciales, los *De Jure Belli ac Pacis libri tres* no son un tratado de Derecho natural o de Derecho civil, sino una obra sobre el Derecho común a todos los pueblos, incluso en tiempos de guerra. No obstante, en ellos se contiene un interesante esbozo de compendio general de *ius civile*. El jurista holandés dedica el libro I a explicar qué es el derecho (cap. I), si es posible una guerra justa y cuáles son las características y clases de las contiendas bélicas. En el capítulo I del libro II presenta las causas de las guerras y, entre ellas, estudia en el párrafo XI las injurias mediante las cuales se dañan nuestras cosas; consecuentemente, a partir del capítulo II comienza a estudiar cuáles son esas cosas. El mismo capítulo II está dedicado a «aquellas cosas que se poseen en común», y, a partir de ahí, continúa con los orígenes de la propiedad, su adquisición originaria (cap. III), mediante la *derelictio* y la usucapión y la prescripción (cap. IV), la adquisición originaria de derechos sobre las personas (derecho de los padres, de los colegios, de los amos sobre los esclavos)¹⁰, la adquisición del *imperium* (poder político) y en el capítulo VII la adquisición derivativa por ley (sucesión ab intestato). Tras el capítulo VIII (dedicado a la adquisición según el Derecho de gentes) y

solent enim sectae, argumento, causae servire: sed quod ubi multi diversis temporibus ac locis idem pro certo affirmant, id ad causam universalem referri debeant, quae in nostris quaestionibus aliae esse non potest, quam aut recta illatio ex naturae principiis procedens, aut communis aliquis consensus. Ille ius naturae indicat, hic ius gentium», *op. cit., prolegomena*. Más adelante escribe: «A priori, si ostendatur rei alicuius convenientia aut disconvenientia necessaria cum natura rationali ac sociali; a posteriori vero, si non certissima fide, certe probabiliter admodum, iuris naturalis esse colligitur id quod apud omnes gentes, aut moratiores omnes tale esse creditur», *op. cit., lib. I, cap. I, XII, p. 5*.

⁹ Cfr. MEGÍAS, J. J., *Propiedad y Derecho natural en la Historia. Una relación inestable*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 1994, p. 150. Suárez, por ejemplo, escribe: «Ratione tandem hoc declaratur, quia si praeceptum est naturale, ut tale est, sequitur per consequentiam necessariam ex principiis naturalibus; ergo non potest magis dispensare in illo, quam in ipsis principiis. Consequentia patet, quia omnis falsitas, vel defectus in conclusione redundat in falsitatem, vel defectu, aut mutationem principii. Antecedens vero patet, quia si non sequitur necessario, ergo non obligat ex vi solius ratione, et discursus; ergo non est mere naturalis obligatio». *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, Coimbra, 1621, lib. II, cap. XV, 29, p. 172. Edición bilingüe de J. Eguillor, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.

¹⁰ Escribe en el capítulo V que «non in res tantum, sed et in personas jus quoddam acquiritur, et originarie quidem ex generatione, consensu, delicto».

el IX (pérdida del *imperium*), pasa a las obligaciones que surgen desde el *dominium*¹¹. Las obligaciones pueden nacer de una promesa, de un contrato, de un juramento, o de pactos y convenciones —caps. XI a XV—. El capítulo XVI lo dedica a la interpretación, y el XVII a las obligaciones que surgen de los daños provocados por actos ilícitos. Los capítulos XVIII a XXII los emplea para hablar sobre otras partes del Derecho como los legados, el *ius sepulturae* o las penas. En los restantes capítulos del libro II vuelve a las causas justas de una guerra y en el libro III analiza las reglas y principios que regulan el comportamiento en las situaciones bélicas.

Una mirada al esquema basta para advertir que su contenido no está deducido desde los principios supremos del Derecho natural. Más bien parece un intento de ordenar de manera más sistemática un material jurídico transmitido¹². El modelo más cercano es el del Humanismo jurídico del siglo XVI, al que me refería más arriba. Hay, además, otro aspecto de esa corriente que influye en el método de Grocio. Los humanistas, fascinados por la Antigüedad, emplearon profusamente citas de literatos y filósofos griegos y romanos para apoyar sus afirmaciones; Grocio también emplea esos argumentos, mostrando la influencia que en él ejerce el Humanismo jurídico. Por otra parte, ese proceder no es sino una variante del argumento de autoridad, popular en todo el pensamiento medieval.

Sería equivocado ignorar que la organización de materias en la obra de Grocio no contiene elementos novedosos. Grocio define el derecho como una «cualidad moral» que dimana de la propia persona¹³. Esa toma de posición es relevante para la organización del mate-

¹¹ Grocio escribe en el capítulo X: «Explicato quantum instituto nostro sufficit, jure eo quod in personas aut res nobis competit, videndum etiam quae exinde nascatur obligatio adversum nos». La palabra *dominium* nombra aquí lo que conocemos por propiedad. No obstante, durante la Edad Media había tenido un significado más amplio, que abarcaba cualquier forma de poder jurídico o político. Vide WILLOWEIT, D., «Dominium und proprietas. Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft», *Historisches Jahrbuch der Görres-Gesellschaft*, 1974, per totum.

¹² G. Solari defiende el carácter tradicional de la obra de Grocio quien, como «término de una larga serie de escritores», intentó fundamentar las instituciones jurídicas vigentes y no destruirlas. Cfr. *Individualismo e Diritto Privato (Filosofia del Diritto Privato I)*, Giappichelli, Torino, 1959, p. 13. De hecho, Grocio es un jurista que discute numerosos problemas mostrando el conocimiento de las soluciones aportadas tanto por los romanistas como por los teólogos escolásticos. Vide un ejemplo en FEENSTRA, R., «Theories sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lesion corporelle avant Grotius», «L'influence de la Scolastique espagnole sur Grotius en Droit Privé» y «Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus. Some Aspects of frustration of contract in continental legal history up to Grotius», en *Fata Iuris Romani. Etudes d'Histoire du Droit*, Presse Universitaire, Leyde, 1974, pp. 323-391.

¹³ «Ab hac juris significatione diversa est altera, sed ab hac ipsa veniens, quae ad personam refertur: quo sensu ius est, qualitas moralis personae, competens ad aliquid juste habendum vel agendum. Personae competit hoc ius, etiamsi rem interdum sequatur, ut servitutes praediorum quae jura realia dicuntur comparatione facta ad alia mere personalia. [...] Qualitas autem moralis perfecta, facultas nobis dicitur; minus

rial jurídico. Significativamente, la inicia con el *dominium* sobre las cosas, es decir con una identificación clara del derecho con la noción de poder. Sin embargo, el elemento clave parece constituirlo la promesa o declaración de voluntad. En efecto, si el derecho es una cualidad personal, la única causa coherente de la obligación debe surgir de la misma persona; de ahí que la obligación originaria nazca de una declaración de voluntad en la que un individuo manifiesta su intención de obligarse. Mediante esa declaración (consistente en una promesa o en un pacto, según sea unilateral o no) aparece la propiedad privada; de la propiedad y su intercambio, proceden los contratos. En consecuencia, el derecho como cualidad personal y la promesa forman el punto de partida sistemático en la teoría grociana¹⁴.

A la hora de estructurar el contenido del Derecho a partir de la noción de facultades o poderes jurídicos, Grocio no había sido demasiado original, porque la consideración del *ius* como una facultad personal era habitual desde la Baja Edad Media, sobre todo en teólogos que seguían una tendencia que, algo imprecisamente, podría ser calificada de escotista. Estos teólogos influyeron poderosamente en la fase tardía de la Segunda Escolástica española que, a su vez, fueron tenidos en cuenta por Grocio¹⁵. Además, los escolásticos españoles, ya habían situado el *dominium* en el inicio del estudio de los bienes protegidos por la justicia¹⁶. La relevancia de la promesa en la formación del derecho privado sí supone cierta novedad, sobre todo si atendemos a su posición en el edificio que diseña Grocio. De todas formas, no hay una construcción completamente rigurosa a partir de esa idea inicial, porque hay parcelas del *ius civile* que permanecen ajenas a ella. Lo que Grocio lleva a cabo es más bien una clasificación del contenido propio del *ius civile*, inspirada tendencialmente por la idea

perfecta, Aptitudo: quibus respondent in naturalibus, illi quidem actus, huic autem potentia», *De Jure belli ac pacis...*, cit., lib. I, cap. I, § IV, p. 2.

¹⁴ Sobre el papel desempeñado por la promesa en Grocio, vide DIESSELHORST, M., *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Bohlau, Köln/Graz, 1959. BEHREND, O., «Treu und Glauben. Zu den christlichen Grundlagen der Willens- theorie im heutigen Vertragsrecht», en *Cristianesimo, Secolarizzazione e Diritto Moderno*, Ed. por L. LOMBARDI/G. DILCHER, Giuffrè/Nomos, Milano/Baden-Baden, 1981, pp. 961 y ss. NANZ, K. P., *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriff im 16. bis 18. Jahrhundert*, J. Schweitzer, München, 1985, p. 140.

¹⁵ Vide CARPINTERO, F., «El desarrollo de la idea de facultad individual en la Escolástica bajomedieval», en *El derecho subjetivo en su Historia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, en prensa, cit. *pro manuscripto*. El desarrollo de esta idea fue enormemente complejo a lo largo de la Baja Edad Media. Es preciso diferenciar entre la noción de derecho entendido como facultad, dependiente de una norma previa, y la de cualidad moral que dimana directamente del sujeto individual. Los juristas del XVI tenían clara la existencia de facultades jurídicas concretas, pero no escribieron sobre cualidades morales; estas ideas proceden del ámbito teológico. Grocio sí parece ver ya el derecho como una realidad primariamente personal.

¹⁶ Cfr. SOTO, D. de, *De iustitia et iure libri decem*, Ed. bilingüe de M. González, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967-1968, *Proemium*, lib. IV, p. 278. MOLINA, L. de, *De iustitia et iure opera omnia*, Venetiis, 1614, tomo II, col. 24.

de que la única obligación legítima es la que brota de las promesas y pactos entre individuos ¹⁷.

Por otra parte, escribiendo sobre problemas estrictamente metodológicos, Grocio reconoce que en los asuntos «prácticos» —en el sentido aristotélico— no es posible exigir el mismo grado de certeza que en la Matemática. Ello se debe a que en esta última disciplina es posible separar con toda claridad las diferentes formas —como recta y curva— sin que quepan posibilidades intermedias. Sin embargo, precisa Grocio, en las realidades prácticas «circunstancias mínimas» pueden variar la conformación del problema. Así, entre lo que conviene hacer y lo que está prohibido existe un término medio, según el cual algo puede ser lícito, en función de las circunstancias ¹⁸. Estas frases derivadas de la doctrina aristotélica no parecen muy apropiadas para el sistematismo moderno ¹⁹.

¹⁷ Sin embargo, en el siglo xv Jacques Almain había escrito que las obligaciones podían surgir con o sin consentimiento del obligado; estas últimas procedían de mandatos divinos. De esa forma, toda obligación surge de una manifestación de voluntad, divina o individual: «Tertio supponitur quod dupliciter homo obligari potest: nam est quaedam obligatio, quam obligatur homo absque suo consensu, etiam ipso invito, et ista obligatione obligatur homo ad omnia Praecepta quae a Deo sunt data. Ex quo sequitur, quod quilibet homo obligatur ad susceptionem Baptismi, et talis obligatio non dependet a consensu liberto hominis. Alia est obligatio, quae ortum habet a consensu obligati; et secluso tali consensu, nunquam oriretur talis obligatio, ut obligatio quam obligatur Religiosus servare obedientiam et castitatem. Nam per liberum consensum suum, ad hoc se obligavit, et per promissionem liberam», *Expositio, circa decisiones Magistri Guillelmi Occam, super Potestae Summi Pontificis. De Potestate ecclesiastica et Laica*, Cap. XI col. 1052), en J. de Gerson, *Opera omnia*, T. II, Antwerpiae, 1703. Grocio también parece entender que, dejando aparte el Derecho natural, las obligaciones jurídicas (que tienen origen humano) surgen del consentimiento.

¹⁸ «Verissimum est quod scripsit Aristoteles, in moralibus non aequae, ut in mathematicis disciplinis certitudinem inveniri: quod eo evenit, quia mathematicae disciplinae a materia omni formas separant, et quia formae ipsae tales plerumque sunt, ut nihil habeant interjectum, sicut inter rectum et curvum nihil est medii. At in moralibus circumstantiae etiam minimae variant materiam, et formae de quibus agitur solent habere interjectum aliquid, ea latitudine ut modo ad hoc, modo ad illud extremum accedatur. Ita enim inter id quod fieri oportet, et inter id quod fieri nefas est, medium est quod licet, sed modo huic, modo illi parti propinquus: unde ambiguitas saepe incidit, ut in crepusculo, aut in aqua frigida coalescente», *op. cit.*, lib. II, cap. XXIII, § 1, p. 363.

¹⁹ Giambattista Vico había observado ya que los razonamientos de Grocio no tenía un carácter exacto: «Contra Hugo Grotius, gravissimus philosophus et philologus praestantissimus, jus Civile Romanorum omittit, ac jus naturale gentium tantum tractat, de quo systema ejusmodi absolvit, quo Jurisconsultus quavis humanis appellari meretur: sed si eius principia ad exactae Criticae trutinam expendatur, magis probabiles verisimilesque, quam necessariae sunt et invictae rationes», *De universi juris uno principio et fine uno liber unus*, Jovene, Napoli, 1841, p. 24. F. Wieacker ha señalado que Grocio no creó ningún «spezifisch vernunftrechtes System», ni un «logisch geschlossenes System des Völkerrecht», y no puede ser considerado un autor que lleve directamente a la renovación metódica que se produce en la ciencia jurídica de la mano del Derecho natural. Cfr. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Tübingen, 1967, pp. 289, 290 y 302. La misma opinión expresan otros autores como RÖD, W., *Geometrischer Geist und Naturrecht*, Bayerischen Akademie

A pesar de no gozar de la misma fama entre los iusnaturalistas, en el seno del Humanismo jurídico ya habían surgido otras aportaciones interesantes para la idea de sistema. A mediados del XVI, el vallisoletano Fernando Vázquez de Menchaca publicó *Los tres libros sobre las Controversias Ilustres y las de uso más frecuente*. Fue un jurista del *ius commune*, influido por las corrientes humanistas y conocedor de los escritos de algunos teólogos como Domingo de Soto. En la obra mencionada no muestra influencias del método dialéctico y clasificatorio propio de las grandes ordenaciones del Humanismo jurídico; de hecho, redactó una obra casuista. Sin embargo, es perceptible un venero sistematizador en sus planteamientos. Dedicó sus *Controversias* a una serie de cuestiones de tipo jurídico-político, preocupado sobre todo por establecer los límites que el derecho pone al ejercicio del poder. A poco de comenzar, Vázquez de Menchaca establece la idea básica de la obra: la única causa justificadora del poder político es la utilidad del individuo²⁰. Añade que de esta regla elemental derivarán hasta doscientas conclusiones; lo que efectivamente hace en las páginas siguientes cuando analiza la posición del príncipe ante determinadas relaciones jurídicas. Vázquez analiza sucesivamente problemas tales como el grado de obligatoriedad que tienen para el *princeps* los contratos que suscribe, el poder que tiene sobre la propiedad de los ciudadanos, etc. Resuelve esas cuestiones siempre dando primacía a la libertad y utilidad individuales. Vázquez parte también de la igualdad natural de todos los hombres. Consecuentemente, rechaza abiertamente la esclavitud y defiende que la única sujeción legítima de un hombre a otro es la nacida de una manifestación de voluntad o acuerdo; el poder político también debe tener ese origen para ser legítimo²¹. Pero la aportación más original fue la unión de estas nociones con la de derecho natural. Dado que por derecho natural todos los hombres son libres, la única forma de sujeción política acorde con el derecho natural es el pacto entre todos los sujetos²².

der Wissenschaften, München, 1970, p. 76. DUFOUR, A., *La mariage dans l'Ecole Allemande du Droit Naturel Moderne au XVIII Siècle*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1972, p. 102. BUCKLE, S., *Natural Law and the Theory of Property: Grotius to Hume*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 51. No obstante, H. Thieme señala la importancia de Grocio en el desarrollo de un sistema en el Derecho Privado europeo. Cfr. *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1954, pp. 19-21. Y el mismo Wieacker reconoce que la obra de Grocio tuvo un carácter modélico en el desarrollo iusprivatista europeo. *Op. cit.*, p. 290. No es contradictorio afirmar que Grocio no llegó a desarrollar un auténtico sistema jurídico y al mismo tiempo reconocer su carácter modélico para los sistemas iusprivatistas europeos posteriores, porque éstos no fueron totalmente sistemáticos. Pero ésta es otra cuestión.

²⁰ Cfr. *Controversiarum Illustrium Aliarumque usus frequentium libri tres*, Venetiis, 1574, lib. I, cap. I, 9-10, p. 17.

²¹ Cfr. *Controversiarum...*, cit., lib. I, cap. XX, 24, p. 62.

²² F. CARPINTERO ha mostrado esta línea del pensamiento de Vázquez en *Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1977,

A partir de estas ideas es fácil observar que Vázquez de Menchaca sitúa el pacto entre hombres libres como punto de partida único para justificar al poder político y, consecuentemente, también las leyes que emanen de él. Si todos los hombres son, por naturaleza, libres e iguales, la existencia de normas que impongan obligaciones sólo puede estar justificada mediante el consentimiento de esos individuos. El pacto se convierte en la única categoría legitimadora para el ordenamiento jurídico. Dicho de otra forma, es el principio o idea fundamental del Derecho.

Es cierto que Vázquez recoge y discute otras nociones de Derecho natural diferentes a la libertad e igualdad originarias de todos los hombres. Pero es innegable que ha encontrado una idea fundamental para la argumentación iusfilosófica de los siglos posteriores. Me parece interesante destacar ahora que esa idea, tan favorable a la sistematización, ha nacido independientemente de las disquisiciones sobre el método jurídico pergeñadas por los juristas del XVI.

Algo parecido sucede con la doctrina más conocida de una figura destacada de ese mismo siglo, Jean Bodin. También fue un jurista influido por el Humanismo que publicó un bosquejo metódico ordenador del conjunto del derecho, en la línea de otros autores humanistas²³. Sin embargo, su obra más conocida, *Los seis libros de la república*, no está destinada a tratar esos esquemas metodológicos, sino a establecer los caracteres del poder político. En ese sentido, Bodin declara que una de las características del soberano es la exclusividad en la creación de las leyes²⁴. Por otra parte, Bodin parece identificar derecho con ley, una idea ausente de la tradición romanista, pero que empieza a extenderse entre los juristas²⁵. De esa forma, el derecho parece depender de la manifestación de voluntad de un centro unitario de poder: el soberano. Es una idea destinada a tener un futuro brillante, pero que no parece estar muy influida por las especulaciones metodológicas del Humanismo al que Bodin pertenece, sino más

pp. 67 ss. El vallisoletano también estudia otras acepciones de *ius naturale* presentes transmitidas por el *ius commune* medieval (*recta ratio*, derecho común a hombres y animales), pero es la noción de libertad natural la que tiene mayor relevancia. Carpintero destaca que Vázquez emplea en su doctrina política elementos propios de la jurisprudencia medieval, como el estado de naturaleza. Lo especial del planteamiento de Vázquez reside en la forma de manipularlos, porque en él sí tienen el valor de fundamentos de su explicación de la sociedad política. Cfr. *Del Derecho Natural medieval...*, cit., pp. 117 y 121, entre otras.

²³ *Iuris universi distributio*. Lutetiae, 1578. Ed. de W. Wolodkiewicz. reprint de Jovene, Napoli, 1985.

²⁴ Cfr. *Les six livres de la republique*. Paris, 1583. Aalen, Reprint de Scientia, 1977, lib. I, cap. X, p. 221.

²⁵ El francés Hughes Doneau (1527-1590) considera, en la segunda mitad del XVI, que la acepción auténtica de la palabra *ius* es la de mandato procedente del poder político: «*Ius, quod proprie vocamus, est constitutio omnis iubens in publicum, permittensve, quae recta sunt, prohibensque contraria; iis quibus posita est, parendi necessitatem imponens*», *Commentariorum iuris civilis libri viginti octo*, Francofurti, 1596, lib. I, cap. V, p. 9.

bien por el hecho del desarrollo de las monarquías nacionales en Europa²⁶.

Una prueba de ello puede ser la presencia de esa «politización» del Derecho en la Segunda Escolástica Española. Francisco Suárez define el derecho bien como facultad, bien como ley, aunque considera a ésta la acepción más propia²⁷. La ley, para ser tal, debe poseer ciertas características. Suárez destaca la exigencia de un contenido justo, que requiere una intervención de la prudencia. Sin embargo, matiza añadiendo que la ley, «formalmente» hablando, no es un acto de la prudencia: ésta señala cuál es la decisión correcta, pero el acto mismo de la decisión pertenece a la voluntad. Por eso, «formalmente», la ley es un acto de la voluntad²⁸. Suárez explica que en toda comunidad existe una potestad suprema en su orden; en el temporal también, ejercida por un rey, una aristocracia, o por toda la república. Como la ley debe ser un acto de voluntad, es la voluntad de esa potestad suprema la que crea la ley²⁹. Afirma, además, que el derecho sólo puede existir si pro-

²⁶ M. Göhring afirma que los grandes cambios modernos en la política no vinieron de la mano del pensamiento Humanista del XVI. Cfr. *Weg und Siege der modernen Staatsidee in Frankreich*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1946, p. 80. V. Piano Mortari sí ve relaciones entre las pretensiones de los Humanistas y la realidad política, e indica que en el siglo XVI aparecieron exigencias de racionalización y simplificación de la vida pública mediante un poder central; estas exigencias comprendían la unificación del Derecho. Cfr. «Bodin e l'idea cinquecentesca della Codificazione», en *Itinera Iuris. Studi di Storia giuridica dell'Etá Moderna*, Jovene, Napoli, 1991, pp. 81, 82 y 85. Por otra parte, desde la Baja Edad Media se afianzan —de hecho y doctrinalmente— comunidades políticas nacionales que aspiran a la soberanía; los juristas romanistas no eran ajenos a esa evolución. Cfr. SKINNER, Q., *Los fundamentos del pensamiento político moderno. I El Renacimiento*, Trad. de J. J. Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, pp. 29 y ss. BLACK, A., *El pensamiento político en Europa 1250-1450*, Trad. de F. Chueca, Cambridge University Press, 1996, pp. 178 y 179. Sin embargo, el mismo Skinner señala que las concepciones de Bodin superaron las propuestas de romanistas anteriores, para los que la labor del rey era más bien la de juez y conservador de las leyes de la república. Cfr. *Los fundamentos del pensamiento político moderno. II. La Reforma*, Trad. de J. J. Utrilla, F.C.E., México, 1993, pp. 295-297.

²⁷ Cfr. SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus...*, cit., lib. I, cap. II, 11, p. 14.

²⁸ «Unde solum fit, ad legem ferendam maxime necessaria esse prudentiam, quod recte probant fundamenta prioris sententiae, non tamen fit, esse formalem actum prudentiae. Sicut iusta distributio, et recta electio a prudentia pendet, et tamen formaliter est actus voluntatis per iustitiam distributivam, vel per aliam virtutem moralem operantis», *op. cit.*, lib. I, cap. III, 15, p. 28.

²⁹ «Nunc solum adverto in omni communitate esse aliquam potestatem supremam in suo ordine, ut est in Ecclesia Pontifex; in regno temporali, Rex, in republica, quae aristocratice gubernatur (id est per se ipsam) tota respublica». «Ad confirmationem respondetur, solam honestatem, vel iustitiam actionis, quae per legem humanam praescribitur, non esse satis ad propriam obligationem legis, et ideo licet in condendis illis legibus sit necessaria prudentia, et ideo intervenire debeant et soleant consilia sapientiam; tamen illa non sufficiunt sine voluntate habentis potestatem, a qua potestate, et voluntate lex accipit vim esse legis, ut supra dictum est», *op. cit.*, lib. I, cap. VIII, 9-10, pp. 46 y 47. Suárez precisa que «Sed haec responsio intelligi non potest, quia solum dictamen intellectus sine voluntate non potest habere rationem praecepti respectu alterius, nec inducere in illum specialem obligationem, Quia obli-

viene de una voluntad ordenante³⁰. Es cierto que a lo largo de la Edad Media los juristas romanistas habían insistido en la jurisdicción creadora de leyes como una potestad producto de la soberanía³¹, pero al mismo tiempo trabajaban dentro de un *ius commune* que no era producto del poder político entonces existente. Ellos entendían al Derecho como una realidad más amplia que la legislación. La novedad suareciana es que, al identificar el derecho con la ley, lo convierte en mero producto de la voluntad soberana. Es cierto que Suárez reconoce la primacía de la ley natural, sobre la positiva, pero la *lex naturalis* también depende de la voluntad de Dios, aunque el jesuita pretenda unificar las posiciones intelectualistas y voluntaristas mediante una teoría un tanto alambicada. Desde luego, en el plano metodológico formal, la prolijidad argumentativa de Suárez está lejos de las exigencias de orden y claridad de los metódicos del Humanismo, pero las ideas que recorren esa prolijidad tendrán gran éxito en la Modernidad, al convertir al poder político en el único centro creador de Derecho.

LOS MÉTODOS DE LA CIENCIA MODERNA

El verdadero rigor sistemático aparecería poco después. Franz Wieacker ha afirmado que hay dos generaciones en la «Prehistoria del Derecho racionalista de la Modernidad». La primera está constituida por autores como Hugo Grocio, Johannes Althusius o los teólogos de la Segunda Escolástica Española. La segunda, fundamentalmente, por Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf, entre otros. Esta segunda fase aporta ya un método suficiente para establecer un sistema jurídico racionalista, precisamente gracias a la labor de Hobbes, muy influido por Galileo y Descartes³².

Antes de analizar las relaciones entre la nueva ciencia y la reflexión jurídica, me parece necesario hacer una precisión sobre la pluralidad de métodos que se cobija bajo la etiqueta del sistematismo moderno. Al discutir sobre la influencia en el derecho del llamado método geométrico, G. Otte distingue el método analítico, elaborado por Descartes, del axiomático-deductivo, extraído de la Geometría euclídea que encontramos, por ejemplo, en Spinoza. Este último sería el auténtico método geométrico, que parte de la existencia de unos axiomas

gatio est motio quaedam ad agendum: movere autem alium ad operandum, opus voluntatis est», *op. cit.*, lib. I, cap. 6, 22, p. 127. Sobre la relevancia del imperativismo jurídico de Suárez, cfr. CARPINTERO, F., *Historia breve...*, cit., pp. 135-138.

³⁰ «Ergo actus, quae praecipit non est simpliciter necessarius ad honestatem morum ex vi solius rationis; ergo nec est praeceptus, nec sub obligatione naturali, nisi accedat aliqua voluntas, quae inducat necessitatem», SUÁREZ, F., *op. cit.*, lib. II, cap. XV, 29, p. 172.

³¹ Vide CALASSO, F., *I Glossatori e la teoria della sovranità*, Giuffrè, Milano, 1957, *per totum*.

³² Cfr. *op. cit.*, pp. 254 y 257.

evidentes e indiscutibles a partir de los cuales se desciende hasta conclusiones más concretas mediante deducciones rigurosas³³. Sin embargo, las ciencias de la naturaleza, como la Física optaron por una combinación de dos métodos ya propuestos por Galeno: el análisis y la síntesis. Este proceder analítico-sintético o resolutivo-compositivo (según escojamos términos procedentes del griego o del latín), desmenuza la realidad en sus componentes más simples, y una vez establecidos construye todo un cuerpo doctrinal mediante pasos exquisitamente racionales. La forma ideal de esta forma de pensamiento es la matemática, por lo que a veces provoca que también se le denomine «geométrica»; es una confusión que ya existía en el siglo XVII³⁴. Esa confusión no es casual, porque en ambos casos estamos ante métodos que pretenden establecer un punto de partida unitario desde el que puedan ser extraídos todos los elementos de la realidad estudiada. Los une lo que puede ser denominado, de manera genérica, «espíritu sistemático», pero la variedad metodológica debe ser tomada en cuenta a la hora de estudiar las novedades que caracterizan la modernidad jurídica³⁵.

Frente a los varios intentos sistematizadores más o menos explícitos mencionados hasta ahora, la aparición del verdadero rigor metodológico se produciría con Thomas Hobbes. El pensador inglés habría conseguido el matrimonio entre la metodología de origen científico natural y la reflexión jurídico-política.

Sus declaraciones no parecen dejar lugar a dudas. En los *Elementos de Derecho Natural y Político* escribe que la ciencia avanza mediante inferencias sucesivas desde los principios más elementales³⁶. Tanto en sus *Elementos de Filosofía* como en el *Leviathan* afirma que el razonamiento no es otra cosa que una suma o sustracción de fragmentos. Esta descripción parece referirse sólo a los números, pero aclara que puede aplicarse a todos los saberes, incluso a la Política y al Derecho³⁷. Esto es comprensible porque, para él, todos los saberes

³³ Cfr. «Der sogenannte Mos Geometricus in der Jurisprudenz», *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico*, 8, 1979, pp. 180 y 181.

³⁴ Cfr. RÖD, W., *op. cit.*, p. 10. En el artículo citado en la nota anterior, G. Otte critica el título de este libro porque realmente no trata del método geométrico en sentido estricto, sino del analítico, aunque Röd tenga clara esa distinción.

³⁵ E. Cassirer ha destacado las diferencias metodológicas existentes entre la Filosofía del XVII y la del XVIII, pero al mismo tiempo ha resaltado la coincidencia de fondo en el espíritu sistematizador. Cfr. *La Filosofía de la Ilustración*, Trad. de E. Imaz, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, cap. I, *per totum*.

³⁶ Cfr. HOBBS, T., *Elementos de Derecho natural y político*, Ed. crítica y trad. de D. Negro, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, parte I, cap. XIII, 3, p. 195.

³⁷ «Per ratiocinationem autem intelligo computationem. Computare vero est plurium rerum simul additarum summam colligere, vel una re ab alia detracta, cognoscere residuum. Ratiocinari igitur idem est quod addere et substrahere...». HOBBS, T., *Elementorum Philosophiae, sectio prima De corpore, en Opera Philosophica quae latine scripsit omnia*, Ed. por W. Molesworth, Londres, 1889, p. 3, vol. I (Reprint, Aalen, Scientia, 1966). «When a man reasoneth, he does nothing else but

vienen a ser lo mismo, ya que todos forman parte de la Filosofía o «ciencia de las consecuencias»; éstas pueden ser de dos tipos: las de los accidentes de los cuerpos físicos y las de los cuerpos políticos. En el primer caso, estamos ante la «Filosofía natural», en el segundo ante la «Filosofía civil» o «política». La Ética, en cambio, estaría comprendida en la Filosofía natural, en la medida en que no es sino producto de las consecuencias de unos animales concretos: los hombres³⁸. Hobbes identifica la comunidad política con un sistema mecánico en el que los hombres se mueven de forma necesaria como los engranajes de una máquina³⁹. En su tratado *De cive* escribe que, en cuanto al método apropiado para estudiar la sociedad política, no es suficiente con el orden de las oraciones. Es preciso comenzar por la materia de la *civitas*, estudiar su origen y forma, para después tratar del origen de la justicia, pues todas las realidades se conocen mejor partiendo de las partes que las forman. Así como en un reloj mecánico o cualquier otra máquina no se conoce su funcionamiento si no se desmenuza en todas sus partes, al investigar el Derecho de la ciudad y los oficios de los ciudadanos es necesario que consideremos a la ciudad como si estuviera disuelta, es decir, que atendamos a la naturaleza humana, qué cosas son aptas y cuáles inadecuadas para la convivencia social y de qué modo los hombres deben organizarse entre sí⁴⁰.

Explica que el uso de la razón no consiste en encontrar algo a partir de la verdad de una o algunas consecuencias alejadas de las definiciones iniciales, sino empezar con esas definiciones y proceder de una consecuencia a otra, «porque no puede haber certeza en la última conclusión sin la certeza de todas las afirmaciones y negaciones, sobre las cuales se ha fundamentado e inferido [la conclusión]»⁴¹. El conocimiento debe partir de proposiciones indudables y todos los pasos sucesivos deben poseer esa misma certidumbre. La

conceive a sum total, from addition of parcels; or conceive a remainder, from subtraction of one sum from another...». Cfr. «Leviathan, or the matter, form and power of a Commonwealth ecclesiastical and civil», en *The English Works of Th. Hobbes*, ed. de W. Molesworth, Vol. III, J. Bohn, London, 1839. Aalen, Second Reprint de Scientia, 1966, p. I, cap. 5, pp. 30 y 31.

³⁸ Cfr. «Leviathan...», p. I, cap. 9, pp. 71 y 72.

³⁹ Cfr. DILTNEY, W., «La conexión entre la autonomía del pensar, el Racionalismo constructivo y el monismo panteísta en el siglo XVII», en *Hombre y mundo en los siglos XVI y XVII*, trad. de F.C.E., México, 1998, pp. 445 y 468; DIESSELHORST, M., *Ursprünge des modernen Systemdenkens bei Hobbes*, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, Kohlhammer, 1968, pp. 10 y 11; TÖNNIES, F., *Hobbes. Vida y doctrina*, trad. de E. Imaz, Alianza, Madrid, 1988, pp. 137 y 138, y RÖD, W., *op. cit.*, p. 12.

⁴⁰ Cfr. HOBBS, T., «Elementorum Philosophiae, sectio tertia. De cive», en *Opera Philosophica*, cit., vol. II, *praefatio*, pp. 145 y 146.

⁴¹ «The use of reason is not finding of the sum and truth of one, or a few consequences, remote from the first definitions, and settled significations of names, but to begin at these, and proceed from one consequence to another. For there can be no certainty of the last conclusion, without a certainty of all those affirmations and negations, on which it was grounded and inferred», HOBBS, T., *Leviathan...*, cit., p. I, cap. 5, p. 31.

verdad inapelable es una característica necesaria de un conocimiento serio. Hobbes distingue entre «matemáticos» y «dogmáticos». Los primeros parten de principios elementales y demostraciones evidentes. Los dogmáticos, en cambio, sólo trabajan con opiniones extraídas de la autoridad, la costumbre o el discurso habitual de la lengua; son ellos los que provocan las controversias al hacer pasar por verdades sus opiniones⁴².

Consecuentemente, Hobbes procede de forma externamente rigurosa al tratar las cuestiones jurídicas y políticas (que para él vienen a ser lo mismo). Primero establece cuál es la forma de conocimiento seria y metódica. Después analiza las características del ser humano—sus móviles y pasiones— para inferir de ahí una correcta construcción de la sociedad política. Curiosamente, el punto de partida de su reflexión jurídica, al que supuestamente le lleva su método, es un tópico ya secular por entonces: el estado de naturaleza. La descripción del estado natural del hombre como una situación de libertad e igualdad, difundida durante la Edad Media, tuvo escasa relevancia teórica hasta que Vázquez de Menchaca se fijó en ella para defender la igualdad de todos los hombres. Hobbes la retoma, aunque en unos términos siniestros ausentes en los romanistas. Lo describe como una situación de rivalidad permanente, de la que el individuo necesita salir si quiere preservar la vida. El recurso es un pacto general entre todos, mediante el cual los individuos ceden su derecho natural y forman una entidad independiente, el soberano (*Paramount*). La constitución de esa entidad política viene aconsejada por las leyes de la naturaleza. Hobbes las describe como reglas técnicas que indican lo que debe hacerse si uno quiere vivir en paz. La primera prescribe hacer todo lo necesario para conservar la vida. La segunda, transferir el derecho natural al estado. La tercera, derivada de la segunda, cumplir los acuerdos (*covenants*). A partir de ahí Hobbes desarrolla una cadena de leyes naturales que prescriben: la gratitud para los que nos conceden favores, la adaptabilidad a los comportamientos de los demás, el perdón de las ofensas, la atención al bien que se pretende en el caso de tener que vengar una ofensa, el rechazo de la contumelia, del orgullo y la arrogancia, la equidad en el juicio, el disfrute en común de lo que no puede ser dividido, usándolo de forma alternativa, el respeto a los que negocian la paz, el sometimiento a árbitros, la abstención de arbitraje en la propia causa, o en una en la que se tenga interés, y, finalmente, la necesidad de testigos en ciertos asuntos⁴³. Hobbes pretende haber deducido esta serie desde la primera ley natural, aunque el carácter tradicional de muchas de ellas hace un tanto dudosa esa afirmación.

⁴² Cfr. HOBBS, T., *Elementos de Derecho natural...*, cit., parte I, cap. XIII, 4, pp. 196 y 197.

⁴³ Cfr. *Leviathan...*, cit., p. I, cap. 15, pp. 130 y ss. En el tratado *De Cive*, la enumeración es ligeramente diferente.

Especialmente importantes son las tres primeras, ya que en ellas se funda su edificio jurídico-político. Sostiene que la segunda es la fuente y origen de la justicia, porque si no hay un acuerdo precedente no hay transferencia de derechos y cada hombre sigue teniendo el derecho a hacerlo todo; en consecuencia, ninguna acción puede ser considerada justa o injusta⁴⁴. Una vez cedido el derecho, ya es posible hablar de justicia e injusticia, puesto que hay un poder externo a los individuos. Y es que para Hobbes el derecho es una cuestión de poder, no de razón. Escribe que, para declarar lo que es equitativo y justo en las diferencias de los sujetos privados, son necesarios los mandatos del poder soberano⁴⁵. Rechaza abiertamente la *iurisprudencia* en sentido romanista, porque no es la sabiduría de los jueces la que hace el Derecho, sino la razón y los mandatos del hombre artificial que es la comunidad política⁴⁶.

Una de las competencias exclusivas del soberano es la de establecer la propiedad privada⁴⁷. Hobbes recuerda que los antiguos llamaban a la ley (*law*), *nomos*, es decir, «distribución», y definían la justicia como dar a cada uno lo suyo⁴⁸. Tras la creación de la propiedad mediante la división de la tierra⁴⁹, el soberano produce las leyes que permiten el intercambio de los bienes⁵⁰. Hobbes parece conceder una condición relativamente preeminente a la propiedad, de la que derivarían otras instituciones, como las reguladoras de los contratos. Algo no muy diferente del papel predominante que el *dominium* ocupa en las ordenaciones del material jurídico redactadas a partir del Humanismo del XVI y que continuará con los sistemas del iusnaturalismo moderno⁵¹.

⁴⁴ «And in this law of nature consisteth the fountain and original of Justice. For where no covenant hath preceded, there hath no right been transferred, and every man has right to every thing; and consequently, no action can be unjust», *Leviathan...*, cit., p. I, cap. 15, p. 130.

⁴⁵ «For in the differences of private men, to declare, what is equity, what is justice, and what is moral virtue, and to make them binding, there is need of the ordinances of sovereign power», *Leviathan...*, cit., p. II, cap. 26, p. 253.

⁴⁶ «... and therefore it is not that «jurisprudencia», or wisdom of subordinate judges; but the reason of this our artificial man the commonwealth, and his command, that maketh law», *Leviathan...*, cit., p. II, cap. 26, p. 256. En el tratado *De cive* insiste en que lo justo y lo injusto sólo lo determinan las leyes, ya que esa tarea no pertenece a los particulares, sino a la autoridad. Cap. V, 16, p. 229 y cap. XII, 1, pp. 366 y 367. Cfr. también HOBBS, T., *Elementos...*, cit., p. II, cap. I, 10, p. 260 y cap. X, 8, pp. 366 y 367.

⁴⁷ «The distribution of the materials... is the constitution of mine and thine, and his; that is to say in one word propriety; and belongeth in all kinds of commonwealth to the sovereign power», *Leviathan...*, p. II, cap. 24, p. 233.

⁴⁸ «And this they well knew of old, who called that Nomos, that is to say, distribution, which we call law; and defined justice, by distributing to every man his own», *Leviathan...*, p. II, cap. 24, p. 234.

⁴⁹ Cfr. *ibídem*.

⁵⁰ Cfr. *Leviathan*, p. II, cap. 24, p. 237.

⁵¹ Sobre este asunto vide mi estudio «Derecho y propiedad en la Modernidad», en *El derecho subjetivo en su Historia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, en prensa.

A pesar de sus exigencias metódicas, su desprecio de la razón jurídica le impide a Hobbes la creación de un conjunto de normas ordenadas sistemáticamente, ya que el contenido del derecho depende de la decisión del soberano. Sin embargo, sí ha creado una Filosofía jurídica verdaderamente sistemática. Ha escogido un punto de partida claro, el individuo independiente que, carente de cualquier vínculo objetivo, crea el Estado mediante un pacto; a partir de entonces sólo el poder político centralizado podrá crear derecho. Utilizando términos posteriores podríamos decir que Hobbes ha diseñado un sistema formal, en el que —salvo las derivaciones de leyes naturales y la relación entre propiedad y contratos— no hay concatenación entre contenidos. En realidad, al identificar el derecho con el poder, primero el del individuo y luego el del Estado, el sistema jurídico-político propuesto por Hobbes no es sino una forma de administrar ese poder. Aunque no de forma totalmente arbitraria, porque él admite que no todos los derechos son alienables y la actividad del soberano sólo tiene sentido en la medida en que proteja eficazmente la paz y seguridad de los individuos⁵².

Cabe preguntarse hasta qué punto esta construcción teórico-política es producto de la aplicación de un método científico. La discusión sobre el método hobbesiano es amplia. El filósofo inglés ha sido considerado un representante del proceder geométrico-euclídeo, del resolutivo-compositivo cartesiano o como un autor que parte de los datos empíricos para elaborar sus hipótesis⁵³. El asunto es complicado, porque Hobbes utiliza elementos de todos ellos. Pero la discusión sobre su pureza epistemológica debe tener en cuenta las advertencias de Leo Strauss, que ya en los años treinta puso de manifiesto cómo los presupuestos de la Filosofía política hobbesiana no los proporcionó el método científico; éste se limitó a proporcionar una forma externa adecuada para exponer sus argumentos⁵⁴. Strauss destaca, además, la

⁵² Cfr. *Leviathan*, cit., p. I, cap. 14, p. 120. Sobre este carácter individualista de Hobbes, cfr. VILLEY, M., «El derecho del individuo en Hobbes», en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Trad. de P. Pierry, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1976, p. 218; y NEGRO, D., «Thomas Hobbes. De la razón estética a la razón política», *Revista de Estudios Políticos*, 212, 1977, pp. 26 y 29. A M. Villey debemos atribuir buena parte del mérito de desvelar la relevancia del derecho subjetivo en el surgimiento de la mentalidad moderna. Vide, por ejemplo, *La formation de la pensée juridique moderne*, Les Éditions Montchretien, Paris, 1975, pp. 176 ss. y 635 ss., especialmente.

⁵³ W. RÖD cree que Hobbes aplica el método resolutivo-compositivo de la Física, influido por Descartes, aunque sobre todo por las ciencias naturales y la Matemática. Cfr. *op. cit.*, pp. 14 y ss. J. W. N. Watkins lo considera un método geométrico demostrativo de tipo euclidiano. Hobbes se asemeja a Spinoza, y tras enunciar unos principios primeros extrae de ellos «magistralmente» todas sus implicaciones. Cfr. *Hobbes's System of Ideas*, Hutchinson, London, 1965, p. 68. Según M. Diesselhorst, Hobbes aplica el método cartesiano, pero, según el propio Hobbes, no sería deductivo, sino basado en la experiencia. *Ursprünge des modernen Systemdenkens bei Hobbes*, W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1968, pp. 8, 50 y 51.

⁵⁴ Cfr. *The Political Philosophy of Hobbes. Its Basis and its Genesis* (Trad. del manuscrito alemán por E. M. Sinclair), The University of Chicago Press, Chicago &

imposibilidad de tratar adecuadamente los asuntos políticos con el procedimiento científico-natural⁵⁵. Ésa sería la causa de las dificultades para precisar el auténtico método de Hobbes. En ese sentido, M. Diesselhorst ha destacado que Hobbes no actúa de forma realmente deductiva. Aunque pretende partir de la experiencia para elaborar sus hipótesis y derivar desde ellas las conclusiones, de hecho, sólo tiene en cuenta una experiencia incompleta que sólo abarca la protección del egoísmo individual; otros ámbitos de la realidad jurídica son dejados de lado. Además, su análisis concreto de los institutos jurídico-políticos no se deriva deductivamente desde un principio fundamental teórico, sino a partir de su conocimiento del Derecho positivo⁵⁶. Por otra parte, W. Röd ha detectado que Hobbes introduce en su discusión elementos valorativos que no pueden ser extraídos con un método puramente científico-natural⁵⁷.

En cualquier caso, y a pesar de sus declaraciones, el filósofo de Malmesbury parece haber obtenido su punto de partida jurídico-político —el individualismo radical— aplicando el instrumental de la Física. La descripción del *status naturae* y la identificación del derecho como una facultad o poder personal proceden de la tradición jurídica y escolástica anterior⁵⁸. Efectivamente, como he indicado anteriormente, fue Vázquez de Menchaca el primero en erigir el pacto entre individuos libres fundamento de toda *iurisdictio*; el contractualismo individualista de Hobbes sigue esa línea, aunque no haya referencias expresas a esa obra, ni a ninguna de la tradición jurídica o teológica⁵⁹. El inglés

London, 1963, p. 152, p. ej., aunque es una tesis difusa por el libro. W. Forster opina que sus estudios de óptica, del método de Euclides, la Geometría, etc., sólo le sirvieron para encontrar apoyo intelectual a su pensamiento político ya formado. Cfr. *Thomas Hobbes und der Puritanismus*, Dissertation, Hamburg, 1969, pp. 68 y 69. En cambio, Watkins opina que las doctrinas puramente filosóficas de Hobbes fundamentan sus teorías políticas, aunque no las determinen en su totalidad. Cfr. *op. cit.*, p. 23.

⁵⁵ Cfr. *op. cit.*, p. 153.

⁵⁶ Cfr. DIESELHORST, M., *Die Ursprünge des modernen Systemdenkens...*, cit., pp. 50-53. Este autor menciona la influencia del Derecho inglés, pero no menciona la importancia de nociones romanistas como la de «estado de naturaleza», que también debieron de influir en Hobbes.

⁵⁷ Cfr. *op. cit.*

⁵⁸ Ya Otto v. Gierke había llamado la atención acerca de la conexión entre las teorías medievales (jurídicas y teológicas) sobre el Estado de naturaleza, y las elaboraciones modernas, como la de Hobbes. Vide *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Aalen Scientia, 1981, esp. cap. 2. Vide también GOUGH, J., *The Social Contract. A Critical Study of its Development*, Clarendon Press, Oxford, 1967. F. Wieacker afirma que el *Vernunftrecht* moderno no surge de la nada, y que en el caso de Grocio entronca con la Teología escolástica española, y en el de Hobbes y Pufendorf con el Voluntarismo. Cfr. *op. cit.*, pp. 265 y 266. De todas formas, para Wieacker, la clave de la Modernidad jurídica está en la asunción de los métodos de la ciencia moderna, *op. cit.*, p. 256.

⁵⁹ La línea que sigue el iusnaturalismo moderno a partir de Vázquez de Menchaca, pasando por Hobbes, ha sido puesta de relieve por CARPINTERO, F., «Voluntarismo y Contractualismo: una visión sucinta de la Escuela de Derecho Natural», *Persona y Derecho*, 13, 1985, pp. 67 ss. Más recientemente, A. S. Brett ha señalado también la

sólo cita la Biblia y algunas autoridades de la Antigüedad, pero tenía un conocimiento amplio de pensadores antiguos, medievales y contemporáneos⁶⁰. Es razonable pensar que de ellos pudo extraer la idea del estado de naturaleza y del derecho como un poder o facultad individual⁶¹.

Ese punto de partida es el que le permite una sistematización exitosa. Identifica el derecho con un poder personal, ilimitado en principio; posteriormente es trasvasado al Estado mediante un pacto; a partir de ahí el Leviatán es el único legitimado para administrarlo mediante leyes que amplían o restringen el ámbito de poder de los ciudadanos. Todo el Derecho existente en una sociedad política está fundamentado en el Estado que, a su vez, se remite al pacto originario. Es innegable que Hobbes ha conseguido esta construcción sistemáticamente rigurosa porque participa de una mentalidad fascinada por el orden, la claridad y el deductivismo, pero también porque contaba con el punto de partida adecuado. En efecto, la concepción del Derecho a modo de poder personal resultaba enormemente favorable para esa finalidad.

Desde la Edad Media, los romanistas habían entendido el Derecho como un conjunto de reglas (*ars*) que servía para determinar lo justo y lo injusto. Sin embargo, esa determinación debía tener en cuenta la diversidad de exigencias humanas que constituían los problemas jurídicos. La multiplicidad de problemas producía una variedad de causas, razones y justificaciones; por eso, el *ius commune* tenía un carácter heterogéneo que impedía una exposición unitaria. Cuando en el siglo XVI los romanistas influidos por el Humanismo elaboraron sus compendios ordenadores de Derecho Romano, tampoco consiguieron la unificación absoluta, porque no rompieron de manera radical con el entendimiento de lo jurídico propio de los medievales. Los humanistas también vieron al derecho como una ordenación de realidades diversas; entendían que el Derecho correspondiente a las personas poseía especificidades diferentes a las de los testamentos, las obligaciones contractuales, o las relaciones familiares. En la medida en que la determinación de lo jurídico debe tener en cuenta las circunstancias de los asuntos enjuiciados, no es posible describir todo el derecho desde un punto de vista unitario⁶².

relación entre la noción de libertad en el estado de naturaleza propia de los romanistas en general y de Vázquez en particular, y las tesis hobbesianas. *Vide Liberty, Right and Nature. Individual rights in later scholastic Thought*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, pp. 205 ss.

⁶⁰ Cfr. FORSTER, W., *op. cit.*, p. 136.

⁶¹ Es cierto que Hobbes niega a veces la libertad humana, o que el estado de naturaleza sea un situación jurídica, pero la descripción del derecho natural del individuo como un poder genérico de actuación coincide con lo que la Modernidad entenderá como libertad individual. Y no es ajeno a las ideas de los juristas sobre el *status naturae*.

⁶² Vid. mi estudio, *La Modernidad discutida*, cit., pp. 345-347.

La situación cambia rotundamente cuando el teórico deja de lado esa complejidad y reduce todo lo jurídico a un poder que emana del individuo ⁶³. En ese caso, el Derecho adquiere una consistencia homogénea. Puede transmitirse, delegarse, ordenarse, etc. Puede estar escalonado según sus diferentes titulares, e incluso deducirse partir del titular último del poder. Entre todos esos planos no hay una diferencia sustancial de contenido, ya que ha desaparecido la pluralidad de razones jurídicas sostenidas por la mentalidad romanista. De esa forma es posible establecer una imagen unitaria del derecho; eso es justamente lo que hace Thomas Hobbes ⁶⁴. En consecuencia, el método interviene para articular una construcción coherente de la realidad política a partir de esas nociones, pero no para encontrarlas.

La obra de Samuel Pufendorf también es una muestra del papel ambiguo que los métodos científicos representan en el nacimiento de la Modernidad jurídica. En sus primerizos *Elementos de Jurisprudencia Universal*, y en un tono que recuerda al de los juristas humanistas, lamenta que hasta ahora la jurisprudencia no haya rechazado críticamente a los que han pensado que en ese ámbito no era posible una «certeza infalible», sino sólo una opinión probable ⁶⁵. Cita como modelos admirables a Eberhard Weigel, Grocio y Hobbes, y basa su propio método en la búsqueda de principios a partir de los cuales deducir necesariamente definiciones, principios y proposiciones ⁶⁶. En su obra más destacada, los *De Jure Naturae et Gentium libri octo*, insiste en los mismos reproches: falta de un estudio correcto de los asuntos morales, a diferencia de lo que ha ocurrido en las ciencias de la naturaleza ⁶⁷. Defiende la posibilidad de demostraciones en los saberes prácticos y explica que la demostración consiste en la deducción silogística a partir de principios ciertos, entendidos como causas indudables, para conocer las cosas con certeza necesaria ⁶⁸. Considera que la ciencia es lo que inquirimos mediante demostraciones, esto es,

⁶³ Vid. un estudio de este proceso en BASTIT, M., *Naissance de la loi moderne*, P.U.F., Paris, 1990, *passim*.

⁶⁴ W. KERSTING ha destacado cómo la clave del sistema hobbesiano es la autorización del individuo al Estado. Cfr. «Rechtsverbindlichkeit und Gerechtigkeit bei Thomas Hobbes», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LXXXIV, 1998, pp. 367-369. Kersting reconoce la importancia de la Metodología científica en Hobbes, pero al analizar las propuestas hobbesianas se centra en la base moral individualista que le lleva al inglés a racionalizar la existencia del Estado mediante el pacto. Sobre esta mentalidad jurídica, que basa el sistema en una serie de actos de voluntad, cfr. BASTIT, M., *op. cit.*, p. 355-366.

⁶⁵ Cfr. *Elementorum Jurisprudentiae Universalis libri duo*, Ed. 1672, Reprint de Clarendon Press, Oxford, 1931, *praefatio* VI-VIII.

⁶⁶ Cfr. *Elementorum...*, *cit.*, *praef.* IX.

⁶⁷ Cfr. *De Jure Naturae et Gentium libri octo*, Ed. de G. Mascovius, Francofurti/Lipsiae, 1759 (Reprint, Frankfurt a.M., Minerva, 1967), I, I, I, p. 3.

⁶⁸ «... est, rerum propositarum certitudinem necessariam e certis principiis tanquam suis de causis indubitato cognoscenda, syllogistice deducere», *De Jure Naturae...*, *cit.*, I, II, II, pp. 22 y 23.

un conocimiento cierto, claro, perpetuo cuando es considerado en sí mismo⁶⁹. En realidad, no está demasiado claro cuál es exactamente el método empleado por Pufendorf, si es el *mos geometricus* –más presente en sus primerizos *Elementos de Jurisprudencia*– o el analítico-sintético, unido al empirismo basado en la observación⁷⁰. Lo que sí parece tener clara es la necesidad de un punto de partida exclusivo para la explicación del derecho.

Ese punto de partida es el entendimiento del derecho como una libertad o poder que dimana de la propia persona. Pufendorf lo engloba bajo el estudio del concepto más general de «ente moral». Frente a los entes físicos, determinados por leyes mecánicas, los morales son imposiciones producto de una voluntad, bien la divina, bien la humana. De esa forma, Pufendorf separa la naturaleza física de la realidad del derecho, y considera a éste una cualidad moral, identificada con la libertad⁷¹. Ésta es una de las claves de la Modernidad, y quizá cabría ver aquí una manifestación de la nueva científicidad aplicada al derecho, que lo desliga de los referentes ontológicos propios de la mentalidad propia de los Escolásticos⁷². Sin embargo, Pufendorf hereda la

⁶⁹ «Scientia est illud quod per demonstratione quaerimus, id est cognitio certa, liquida, undiquaque et perpetuo sibi constans», *De Jure Naturae...*, cit., I, II, III, p. 24.

⁷⁰ H. Welzel afirma que Pufendorf parte de un principio supremo, pero no a la manera de axioma evidente, sino como resultado de la observación, porque está influido por las ciencias de la naturaleza de tipo experimental y no por la Matemática deductiva. Cfr. *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, De Gruyter, Berlin/New York, 1958 (Reprint de 1986), p. 14. L. Krieger considera que el alemán utiliza el método geométrico en su primera obra y luego mezcla a Hobbes y a Descartes, siempre preocupado por establecer la certeza demostrativa en el ámbito ético. *The Politics of Discretion. Pufendorf and the Acceptance of Natural Law*, University of Chicago Press, Chicago/London, 1965, pp. 51 y 53. A. Dufour ve en él un esfuerzo empírico-deductivo mediante la combinación de los datos de la experiencia (como hace la ciencia moderna) y la utilización de axiomas, sobre todo en su primera obra. Pero en él lo fundamental es el uso del método analítico-sintético. *Le mariage dans l'École Allemande du Droit Naturel Moderne au XVIII siècle*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1972, pp. 106 y 107 y 127. J. Brufau habla de influencias de Descartes y Hobbes y de la unión del método analítico-sistético con el método sistemático para llegar a un primer principio, aunque contando también con la observación. Cfr. *La actitud metódica de Pufendorf*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 89 y ss. V. Fiorillo señala la influencia inicial del método euclídeo sustituido luego por el analítico-sintético. Cfr. *Tra egoismo e socialità. Il Giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*, Jovene, Napoli, 1992, p. 17.

⁷¹ Vid. *De Jure Naturae...*, cit., lib. III, cap. IV ss. Christian Thomasius recuerda el papel básico de los entes morales en Pufendorf: «Postissimum autem scholasticorum doctrinas morales in Germania primus impugnavit, non solum demonstrationes, in doctrinam moralem cadere, evidentissime ostendit, sed et perseitatem scholasticam actuum, qui iuris naturae objectum sunt (quam cum socialitate conjunxerat Grotius), fortiter oppugnavit, naturam entium moralium distincte exposuit, eaque sub certis generibus et classibus collocavit», *Paulo Plenior Historiae Juris Naturalis. Halae Magdeburgicae*, 1719, cap. VI, § XIV, p. 92.

⁷² Es la opinión, por ejemplo, de V. Fiorillo, «Von Grotius zu Pufendorf. Wissenschaftliche Revolution und theoretische Grundlagen des Rechts», *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 75, 1989, *per totum*.

definición de derecho de Grocio y los Escolásticos tardíos, y la une a la idea de estado de naturaleza⁷³.

Él describe el *status naturae* de forma aparentemente más benigna que Hobbes, ya que lo considera una situación jurídica. No obstante, admite la inadecuada protección de los derechos naturales del individuo en esa situación. Es preciso, por tanto, abandonar el estado de naturaleza. Pufendorf fundamenta esa necesidad mediante lo que denomina principio de sociabilidad. A pesar de su nombre, este principio no expresa sino la necesidad de proteger las facultades, poderes o libertades del individuo. De él, Pufendorf infiere la exigencia del pacto; dado que todos son libres, la existencia de normas jurídicas objetivas requiere la presencia de la voluntad de los obligados. Este pacto es el creador del derecho. En este punto, Pufendorf incurre en una contradicción típica del iusnaturalismo moderno; escribe por una parte que en el estado de naturaleza hay Derecho, pero, por otra, que ese derecho es incompleto, ya que le falta el elemento coactivo que Pufendorf —al igual que Hobbes— considera algo esencial del Derecho⁷⁴.

A partir de ahí es posible afirmar que el principio de sociabilidad desempeña el papel fundamentador de su sistema, pero es preciso admitir al mismo tiempo que dicho principio no es inteligible, sino como una etiqueta para denominar la protección de la libertad individual. Efectivamente, el auténtico referente inicial es la consideración del hombre libre en el estado de naturaleza; la inseguridad propia de esa situación le lleva a pactar y crear un orden jurídico positivo que proteja los derechos individuales⁷⁵. Consecuentemente, es la libertad del individuo la clave del planteamiento de Pufendorf⁷⁶.

⁷³ No sólo está presente la noción de derecho como facultad en los Escolásticos. Suárez afirma con claridad la diferencia existente entre el ámbito físico y el ámbito moral, dominado éste por el juego de voluntades. Al estudiar los problemas atinentes a la voluntad del legislador como creadora de derecho, este jesuita escribe: «Denique intrinseca forma tantum est una; haec autem est significatio ipsa verborum, ut supra visum est; ergo non voluntas legislatoris. Respondeo huiusmodi formam non esse Physicam, sed moralem, et ideo nihil repugnare, ut secundum diversas rationes, actus imperans sit, et forma actus imperati. Sicut actus exterior Physice spectatus procedit efficienter ab interiori voluntate, et nihilominus in esse actus moralis per illam formaliter constituitur, et cum illa componit unum actum humanum, qui ab interiori actu habet totum suum esse morale», SUÁREZ, F., *op. cit.*, lib. III, cap. XX, 9, p. 284).

⁷⁴ Cfr. CARPINTERO, F., *Voluntarismo y Contractualismo...*, cit., pp. 79 y 80.

⁷⁵ V. Fiorillo afirma que la *socialitas* de Pufendorf encubre la protección del interés individual. Cfr. *Tra egoismo e socialità. Il Giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*, Jovene, Napoli, 1992, pp. 44, 50 y 51.

⁷⁶ Sin embargo, los primeros intérpretes y críticos de Pufendorf vieron el principio de sociabilidad como el pretendido fundamento de una cadena sistemática. J. J. Ludovicus escribía que «Puffendorfius rejecta scholasticorum perseitate et Hobbesii utilitate singulorum, jus naturae in *socialitate communi omnium hominum* consistere, idque principium *verum, adaequatum et evidens* esse docet. Propositio autem fundamentalis, ex quo ad eius mentem omnes conclusiones deducendae sunt, haec est jus naturae praecipit omnia illa, quae faciunt ad promovendam socialitatem,

En consonancia con la primacía de la libertad, el punto de partida inicial de su tratamiento del Derecho está constituido por la prestación del consentimiento mediante promesas y pactos. La importancia del consentimiento radica en la consideración originaria del derecho a modo de facultad; si el derecho es una potestad que emana del sujeto, toda obligación deberá nacer de una manifestación de voluntad de ese sujeto; sigue, por tanto, la doctrina de Grocio. Es la idea de derecho como cualidad personal y no la obligación la clave del sistema⁷⁷. Será también el punto de partida de toda la Escuela de Derecho Natural moderno desde el XVII hasta el fin de la escuela kantiana⁷⁸. Es cierto que Pufendorf expone con cierta extensión unas obligaciones (las llama *officia*) que no brotan del consentimiento, pero aclara que no tienen carácter propiamente jurídico.

Promesa y pacto están en la cúspide del sistema. Mediante el pacto se juridifica la ocupación de los bienes y aparecen la propiedad privada y los demás derechos reales. La necesaria transmisión de los «dominios» lleva a la aparición de los testamentos y otras formas de sucesión hereditaria y a la creación de los diferentes contratos⁷⁹. Tras explicar esos institutos jurídicos, expone el origen y naturaleza de *imperium* o poder político humano. Como el «imperio» sólo puede existir en una relación entre varios hombres, antes de analizarlo estudia otras formas de asociación humana como el matrimonio, las familias y otras «sociedades menores» en las que los hombres están organizados⁸⁰. En ellas el consentimiento es fundamental. El matrimonio,

pacem et tranquillitatem communem, et vicissim prohibet ea quae hanc socialitatem directo turbant», *Delineatio Historiae Juris Naturalis et Positivi Universalis*, Halae Magdeburgicae, 1701, p. 44 (la cursiva es de Ludovicus). En realidad la sociabilidad de Pufendorf era bastante utilitarista, pero lo que ahora quiero resaltar es la importancia concedida al papel generador de un principio supremo en el derecho. En ese mismo sentido, J. F. Wucherer, escribiendo sobre los primeros iusnaturalistas, señala que antes de Grocio el Derecho natural carecía de orden. Al instaurar el principio de la *societatis custodia*, se había establecido una «fundamentalem quandam propositionem ex qua omnia juris naturalis derivari possit capita», *Dissertatio de quibusdam iuris naturalis restauratoribus*, Jenae, 1710, pp. 12 y 13.

⁷⁷ Cfr. CARPINTERO, F., «El cambio decisivo de la "Jurisprudencia": Samuel Pufendorf y la teoría de la "cualidad moral" en la Modernidad», en *Actas del XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del derecho Indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1997, p. 361-383. En cambio, H. Denzer opina que es la noción de obligación la clave de la construcción de Pufendorf. Cfr. *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf*, C. H. Neck, München, 1971, pp. 90 y 91 y 133, entre otras.

⁷⁸ Sobre la importancia del pacto en los kantianos vide CARPINTERO, F., *La cabeza de Jano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 1988, pp. 98 y ss.

⁷⁹ Vid. *De Jure Naturae...*, cit., lib. IV, cap. III, pp. 503 y ss., y lib. IV, cap. IX, pp. 594 ss.

⁸⁰ «Sed cum imperium non nisi inter plures possit intelligi, et vero sacrarum literarum auctoritate constet, abs Deo unum duntaxat, par hominum ab initio fuisse productum, ad quod, quidquid est mortalium, suas refert origines; igitur priusquam de imperio civili agamus, dispiciendum fuerit de matrimonio, ex quo familias proveniunt, et unde imperiis et civitatibus constituendis velut materies oritur. Nam quemad-

por ejemplo, tiene origen en un pacto entre hombre y mujer, que se hallan en pie de igualdad natural; como por naturaleza nadie posee imperio sobre otro sujeto, el matrimonio también tiene origen en el consentimiento⁸¹. Según Pufendorf, la atracción entre los sexos o la necesidad de cuidar la prole no son la causa del matrimonio, ya que ningún individuo concreto tiene obligación de contraerlo.

El poder político también tiene un origen contractual. Una de las competencias de ese poder es la regulación de la actividad del ciudadano mediante leyes. Pufendorf sostiene que las materias que pertenecen al derecho civil pueden ser reducidas a dos cabezas principales: la prescripción de fórmulas y modos mediante los que se transfiere el derecho o nace alguna obligación, con firmeza en el foro civil. La otra trata de los modos para perseguir el derecho propio en el foro⁸². Aunque Pufendorf no cite a nadie en este punto, sus palabras recuerdan a autores como el francés Hughes Doneau (1527-1590)⁸³. La influencia estrictamente romanista también aparece en sus apreciaciones sobre las reglas de interpretación de las leyes; tomando mucho de Grocio, Pufendorf reconoce la necesidad de tener en cuenta las circunstancias del caso a la hora de determinar el significado de la ley⁸⁴. El rigor sistemático parece quedar para la construcción del edificio iusnaturalista; a

modum corpus humanum ex diversis membris componitur, quae et ipsa in se considerata corporum instar prae se ferunt: ita et civitates ex minoribus societatibus constat; quarum quaedam vocantur simplices et primae, caeterae paulo magis compositae, et fere collegiorum nomine veniunt. Illarum tres sunt, societas maritalis, paterna et herilis», *De Jure Naturae...*, cit., lib. VI, cap. I, I, pp. 3 y 4, vol. II.

⁸¹ «Praesupponimus ergo heic initio, naturaliter omnes homines esse aequalis iuris, ac nulli imperium in alterum competere, nisi id suo vel alterius actu fuerit quaesitum. Licet enim fere sexus masculinus foemininum superet viribus corporis et animi, illa tamen praestantia hautquidquam per se est idonea imperium illi in hunc producere. Ergo quidquid iuris mas habet in foeminan, id tanquam in sibi aequalem ex ipsius consensu, aut per iustum bellum erit quaerendum», *De Jure Naturae...*, lib. VI, cap. I, IX, p. 17, vol. II.

⁸² «Pleraque ad disciplinam iuris civilis pertinentm, quae ad duo praecipue capita possunt reduci. Vel enim praescribuntur certae formulae, certique modi, qui observari debeant in negotiis, quibus ius in alterum confertur, aut obligatio in aliquo nascitur, ut illa firmitatem in foro civili obtineant; vel traditur modus, quo quisque ius suum in foro debeat persequi», *De Jure Naturae...*, cit., lib. VIII, cap. I, I, p. 287, vol. II.

⁸³ Este jurista humanista francés había estudiado el Derecho romano desde el punto de vista de las facultades jurídicas propias de cada sujeto. Había dividido ese tratamiento entre lo propio de cada uno y las acciones procesales destinadas a proteger ese ámbito. Así, escribe: «Una, eaque ordine naturae et intelligentiae prima, ut norimus, quid suum cuiusque sit, nam neque suum petere quisquam potest, neque quod alterius est, ei tribuere, nisi qui noverit, quid suum sit, quid alienum, id est, quid suum cuiusque. Alterius, ut cum sciemus, quid nostrum sit, tum si nobis a volente non tribuetur, sit constituta ratio, qua id obtineamus etiam ab invito. Ita ius omne, cum de nostro obtinendo agitur, duabus his in rebus tanquam partibus versatur: cognitione iuris nostri, et eius iuris obtinendi ratione», *Commentariorum Iuris Civilis...*, cit., lib. II, cap. I, p. 66. No parece que haya relación directa entre Doneau y Pufendorf.

⁸⁴ Vid. *De Jure Naturae...*, cit., lib. V, cap. XII. Pufendorf estudia conjuntamente las reglas de interpretación de contratos y leyes, ya que a éstas también las considera pactos.

la hora de describir la actividad jurídica más concreta, Pufendorf opta por ideas más propias de la tradición del *ius commune*. No es extraño, porque J. Schröder nos informa de que hasta el siglo XVIII la ciencia jurídica es concebida al modo de un saber jurisprudencial incluso por los integrantes del iusnaturalismo moderno⁸⁵. Por otra parte, Pufendorf no utiliza de forma rigurosa el razonamiento desde axiomas cuando estudia materias concretas, sino que emplea testimonios de autoridades, muchas veces de la Antigüedad clásica, el Derecho romano, etc⁸⁶. Un eco del proceder del Humanismo jurídico.

A partir de entonces surgieron diversos intentos para erigir un principio único que fundamentase toda la explicación de lo jurídico⁸⁷. Christian Thomasius, un seguidor de Pufendorf, proclama, por ejemplo, que la utilidad individual desempeña ese papel⁸⁸. Pero, como señala Carpintero, este principio solía variar de un autor a otro y, de hecho, no desempeñaba un papel claramente deductivo⁸⁹. Esos defectos ya fueron advertidos entonces. En el siglo XVIII, Anselm Desing, uno de los primeros críticos del Derecho Natural moderno, proclamaba la inadecuación de los principios únicos de autores como Pufendorf para explicar el origen de todas las reglas y obligaciones jurídicas⁹⁰. Los diversos intentos de diseñar un sistema material mediante el *mos geometricus*, elaborados por los discípulos de Christian Wolf, por ejemplo, fracasaron; no era posible controlar la inevitable complejidad del Derecho⁹¹.

⁸⁵ Cfr. *Wissenschaftstheorie und Lehre der «praktischen Jurisprudenz» auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M., 1979, pp. 12 y 13, entre otras.

⁸⁶ H. E. Troje destaca que la pretensión pufendorfiana de un sistema jurídico basado en la Matemática es una ilusión; de hecho, el de Pufendorf es un modo de pensar «problemorientierte» a partir de materiales y cuestiones tradicionales. Cfr. «Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts», en *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, Ed. por Blüdhorn, J./Ritter, J., Vittorio Klostermann, Frankfurt, a.M., 1969, pp. 66-68. En el mismo sentido, cfr. KRIEGER, L., *op. cit.*, pp. 60 y 61.

⁸⁷ Aunque crítico con las teorías del iusnaturalismo moderno, Samuel Cocceius explicaba adecuadamente la mentalidad sistematizadora cuando escribía que «Est vero principium juris primum et adaequatum illud, ex quo omnia iuris naturae praecepta ultimo per legitimae consequentiae leges inferuntur, atque in illud denique iterum resolvuntur», *Tractatus Iuris Gentium, de principio iuris naturalis unico, vero et adaequato*, Francofurti ad Viadr., 1702, quaestio II, § 4, p. 17.

⁸⁸ «Norma universalis quarumvis actionum et fundamentalis propositio juris nat- et gentium late sic dicti est: Facienda esse, quae vitam hominum reddunt et maxime diuturnam et felicissimam; et evitanda, quae vitam reddunt infelicem et mortem accelerant». *Fundamenta Iuris Naturae et Gentium ex sensu communi deducta*, Halae et Lipsiae, 1718, lib. I, cap. VI, § XXI, p. 172.

⁸⁹ Cfr. CARPINTERO, F., *Historia breve...*, cit., pp. 203 ss.

⁹⁰ Cfr. CABRERA, L., *Modernidad y Neoescolástica: Anselmo Desing*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2001, pp. 133 ss., 155 ss. Desing critica en general el planteamiento sistemático de la ciencia jurídica propio de la Modernidad.

⁹¹ Vid. OTTE, G., *Der sogennante mos geometricus...*, cit., *passim*.

UNA RECAPITULACIÓN FINAL

A pesar de las quiebras del planteamiento sistemático, queda un punto de partida originario, que para los iusnaturalistas modernos es el pacto entre individuos libres; del poder político nacido del pacto obtienen su juridicidad todas las normas. De esa forma queda satisfecha la exigencia de sistema, aunque el contenido de la norma dependiese a veces de circunstancias variables. Este aspecto de su teoría triunfó históricamente, porque a partir de entonces la línea dominante de la Escuela de Derecho Natural Moderno seguirá ese camino. Y esta construcción teórica favoreció la sistematización del Derecho. No permitió una derivación material desde el principio único fundamentador elegido, pero sí el establecimiento de un centro unificador de lo jurídico: el Estado. En este sentido, era menos importante el que, efectivamente, no hubiera una deducción en cadena de contenidos desde el principio supremo. De forma un tanto anacrónica, es plausible afirmar, siguiendo a Kelsen, que estos autores desarrollaron sistemas dinámicos y no estáticos⁹².

Desde ese punto de vista, la Modernidad participó de un innegable espíritu sistemático. Y ese espíritu no habría sido posible sin la idea de derecho subjetivo. Aunque esa denominación sea posterior, la noción misma triunfa ya en la primera Modernidad. Grocio, Hobbes y Pufendorf entienden el derecho como una realidad estrictamente personal; al consistir en un poder hacer, que no depende de instancias objetivas externas, el diseño del orden jurídico no podía ser otra cosa que una ordenación colectiva de poderes; como señalé anteriormente, el carácter homogéneo de esa consideración del Derecho facilitó la construcción sistemática⁹³. Por otra parte, en los casos en los que encontramos cierta derivación material eficaz en sus análisis jurídicos (como es perceptible en el caso de Pufendorf), es posible gracias también a la presencia de las facultades; así, la cualidad personal se plasma en la propiedad, a partir del intercambio de la propiedad se ordenan los contratos, etc.

Esa idea de derecho subjetivo no la encontraron los modernos mediante el empleo de métodos procedentes de las ciencias naturales o de la Filosofía cartesiana. La identificación del *ius* con una facultad

⁹² Cfr. KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*. Wien, Franz Deuticke, 1960, pp. 197 y ss. Hay diferencias muy claras entre Kelsen y los iusnaturalistas; pero en ambos el planteamiento gira alrededor de la idea de delegaciones de poder. La diferencia estriba en la fundamentación moralizante-individualista del *Naturrecht*, pero en ambos casos el Derecho es cuestión de poder y voluntad.

⁹³ Es cierto que actualmente la noción de sistema se ha diversificado y que ya no es aceptada en general la comprensión deductivista del mismo. Pero, de hecho, la idea de sistema que triunfa en la Modernidad, y que ha influido enormemente en nuestra cultura, es la que lo concibe como una construcción racional desde un principio único y supremo.

originariamente personal, o la consideración del hombre libre en el estado de naturaleza ya estaban ahí. Los nuevos métodos sirvieron para elaborar una teoría coherente a partir de esos contenidos, pero no para crearlos. Ernst Cassirer ha escrito que los iusnaturalistas modernos no pretendieron trasladar a la ciencia jurídica el razonamiento estrictamente deductivo, propio de la Matemática. Situaron al saber matemático como modelo porque pretendieron construir el derecho desde el interior de la propia razón humana, sin contaminación de realidades externas a esa razón, tal y como trabajan la Matemática⁹⁴. A partir de esta apreciación de Cassirer es razonable pensar que la metodología sistemática de los modernos no fue ajena a una fuerte querencia individualista, pero ese individualismo no lo produjo esa misma metodología. La Epistemología del siglo XX ha puesto de manifiesto cómo el científico no se mueve desde un vacío de conocimientos, sino que parte de una serie de horizontes cognoscitivos, situaciones y saberes previos⁹⁵. Además, los expertos en razonamiento deductivo no prejuzgan la calidad de los puntos de partida; su justificación sería extrasistemática⁹⁶. En consecuencia, fue una común querencia individualista, que poseyó a juristas y científicos, la que produjo los tratados de Derecho natural que nos ha legado la Modernidad.

⁹⁴ CASSIRER, E., «Vom Wesen und Werden des Naturrechts», en *Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis* 6 (1932-1933), pp. 4-6.

⁹⁵ Cfr., por ejemplo, la opinión de GONSETH, F., *La Géométrie et le problème de l'espace. VI. Le Problème de l'espace*, Dunod/Du Griffon, Paris/Neuchatel, 1955, pp. 580 ss.

⁹⁶ Cfr. WEINBERGER, O., «Topik und Plausibilitätsargumentation», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LIX, 1973, p. 18; VON SAVIGNY, E., «Topik und Axiomatik: eine verfehlt Alternative», p. 249; en la misma revista. GARCÍA AMADO, J.A., «Teorías de la tópica jurídica», Madrid, Civitas, 1988, pp. 216 ss.

Del imperio mercantil a la democracia posible

Por JOSÉ MARÍA SECO MARTÍNEZ

y

RAFAEL RODRÍGUEZ PRIETO

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

SUMARIO: En este trabajo queremos contribuir, desde la modestia de nuestras posibilidades, a conformar un estado de opinión en torno a uno de los debates, si cabe, de mayor actualidad: nos encontramos ante una reconfiguración del sistema mercantil como sistema imperial o ante un nuevo post-fascismo de nostalgias imperialistas en manos de los Estados Unidos. Nos proponemos conocer qué ha propiciado que el sistema mercantil adquiera rápidamente una nueva dimensión planetaria. Pretendemos rastrear las razones que han justificado que el capitalismo se haya visto en tan poco tiempo en condiciones de ejercer su *imperium* en todas partes. Hablaremos, por tanto, de su pretendida «eficacia» histórica y la colonización de todo el imaginario; de la virtualidad profética de su discurso ideológico, si queremos comprender mejor por qué el mercado viene rubricando su disposición para arbitrar *mecanismos de ordenación económica perfecta*; y de su superioridad contemporánea sobre la acción política, esto es, sobre la democracia.

1. INTRODUCCIÓN

Con la desaparición del bloque soviético y sus expectativas de transformación histórica del mundo, el mercado se afianza como el único sistema económico viable con capacidad de autoridad, técnica e institucional, para gestionar los cambios y organizar económicamente nuestras relaciones de reproducción social. Sin fronteras geográficas que limiten su desarrollo expansivo, el capitalismo no ha tardado en

descubrir sus potencialidades de ocupación/transformación planetaria. Los países socialistas representaban algo más que un sistema con diferencias estructurales irreconciliables. Constituían una frontera natural, de naturaleza geopolítica, pero infranqueable a sus parámetros de funcionamiento. El miedo a una nueva deflagración a escala mundial y la imposibilidad estructural de los inversores de acceder a las poblaciones de los países socialistas ahora son descartadas. La apertura progresiva de nuevas zonas a sus expectativas de desarrollo y la desaparición política del movimiento obrero, como proyecto histórico de ocupación del poder, fueron aquilatando desde principios de los noventa una nueva fisonomía para el mundo.

Por eso, una vez solo, sin más límite que el de sus propias disfunciones estructurales, el mercado no tiene reparos en concebirse a sí mismo como el único dotado de racionalidad. Es más, está convencido de que la realidad anida en él. Sabe que ya no hay alternativas ni hombres que las sostengan. Que si estos existen, su resistencia tiene límites demasiado breves, por su falta de realismo y porque son irracionales. Sabe que ha persuadido a sus detractores, en primer lugar, de que su fracaso era previsible, que formaba parte del orden de las cosas, y que la mundialización de sus sistemas es ya hoy un hecho irreversible e incuestionable. Nada puede detener ya el avance, rayano en lo mágico, de un fenómeno que sintetiza la realidad con lo inevitable, que pretende re-situar la vieja configuración paradigmática de la sociedad occidental capitalista, y lo que es peor, que se jacta de haber extendido su *imperium* a todo el planeta.

En este trabajo queremos contribuir, desde la modestia de nuestras posibilidades, a conformar un estado de opinión en torno a uno de los debates, si cabe, de mayor actualidad: nos encontramos ante una reconfiguración del sistema de producción capitalista (mercantil) como sistema imperial o ante un nuevo post-fascismo de nostalgias imperialistas en manos de los Estados Unidos.

Por eso, debemos comenzar por distinguir entre imperio e imperialismo. El primer término respondería a su vieja acepción latina *imperium* —que habría de perdurar hasta bien entrado el siglo XVI—, de «poder» autónomo, absoluto y universal, que hoy estaría representado en el imperio mercantil como nuevo orden mundial. El segundo, con el mismo origen etimológico, respondería a una de sus acepciones históricas más recientes de «dominio territorial» o hegemónico, esto es, como aspiración política de ocupación territorial o de expansión del poder nacional, que hoy identificaríamos en el imperialismo estadounidense como actitud política de afirmación sobre el mundo y sobre las relaciones internacionales. Esta actitud imperialista —que no imperial— se visualiza no ya en el desprecio del multilateralismo o en el cuestionamiento del derecho internacional, sino en la absolutización mítica de sus adversarios (el adversario es ahora enemigo absoluto que se inscribe en «el eje del mal») o en su capacidad de intervención y aniquilación militar en cualquier momento y en todas partes, si

fuere necesario. El caso de Irak y Afganistán, con sus campañas relámpago, son un buen ejemplo de ello.

Por tanto, pese a la tendencia generalizada a confundir las razones de la nueva vocación imperialista que preside el funcionamiento de todas nuestras relaciones con las razones de dominación de los Estados Unidos, lo cierto es que la construcción del nuevo orden imperial ha sido posible merced a los esfuerzos no solamente de un país o una nación. Antes al contrario, ha sido el resultado de un fenómeno más amplio y expeditivo por su eficacia histórica y su capacidad de persuasión. El papel de los Estados Unidos en este proceso planetario de transformación de las relaciones sociales, será el de mero catalizador.

Nos proponemos, por tanto, conocer a grandes trazos, qué ha propiciado que el sistema mercantil adquiriera rápidamente esta nueva dimensión planetaria. Pretendemos rastrear las razones que han justificado que el capitalismo se haya visto en tan poco tiempo en condiciones de ejercer, parafraseando a Sami Naïr o a Hardt y a Negri, su imperio (en su sentido más etimológico, de poder absoluto) en todas partes. En principio, sin la pretensión de naturalizar lo más mínimo, sin hacer un relato muy extenso y desde el planteamiento de algunas preguntas, hablaremos aquí de las razones que se agolpan a la hora de explicar su vocación imperialista. Repararemos, en primer lugar, en su pretendida «eficacia» histórica, que ha extendido la idea general de que el mercado es sinónimo de progreso, y en su capacidad de persuasión que ha propiciado la colonización de todo el imaginario. En segundo lugar, deberemos insistir en la virtualidad profética de su discurso ideológico, es decir, en sus propias declamaciones utópicas, si queremos comprender mejor por qué el mercado viene rubricando su disposición para arbitrar *mecanismos de ordenación económica perfecta*. Finalmente, trataremos de diagnosticar en qué consiste la superioridad contemporánea de lo mercantil sobre la acción política, esto es, sobre la democracia. Aquí en lugar de arriesgar respuestas dejaremos abierto el camino con algunos interrogantes.

2. EL IMAGINARIO MERCANTIL COMO CONTEXTO SOCIAL COMPARTIDO

Que el sistema mercantil es flexible a la hora de procesar y reutilizar la información necesaria para los intercambios comerciales y para proveer de incentivos al actuarario empresarial, constituye hoy un hecho más o menos contrastado. Como también lo es su capacidad para coordinar la distribución y/o asignación de recursos, por medio del juego de la escasez y la promesa de beneficios. Esta demostrada aptitud y su sorprendente elasticidad como sistema económico pre-estruc-

turado, han servido para avalar el entendimiento general de que el sistema de economía de mercado o de producción capitalista es inmejorable. Que en sus manos de hierro y plata está la eficiencia económica. Que sólo a él cabe atribuir, en tanto que mediación racional e institución social, la responsabilidad de seguir fabricando «*realidades de hombros altos*» para sociedades demasiado viejas, ahítas de problemas y contradicciones estructurales. No en vano, la disponibilidad de los factores productivos es limitada como inacabables son las necesidades humanas. Enfrentando así nuestras carencias confía en haber cubierto todas nuestras necesidades.

Quizás sea este el hechizo más audaz del sistema mercantil moderno: la colonización de todo el imaginario. En él participan hasta sus detractores, muchos de los cuales residencian su ambivalencia teórico/práctica en la necesidad de aguzar sus contradicciones por medio de su reprobación intelectual y el usufructo de la facilidad y el confort. El único imaginario social que es prácticamente compartido por todos, tanto por la izquierda como por el conservadurismo de la derecha, ahora es el imaginario mercantil. No hay otro modo de manifestación antropológica del mundo. Nos guste o no, nuestro contexto hoy es el capitalista. Ya fuere como capitalismo popular o capitalismo de hierro es el único que hoy puebla nuestra cotidianidad y alimenta nuestros sueños. El capitalismo global hace hoy posible el reinado de lo mercantil sobre el mundo. Es él quien nos ha hecho consumistas y ha extendido el tabú del dinero incluso a las clases que nunca soñaron con tenerlo. Y lo ha hecho de tres modos distintos:

El primero de ellos se podría sintetizar en la expresión «*el primado del capital-productor sobre el consumo*». Lo cual resulta de todo punto comprensible si reparamos en la moral de crecimiento indefinido, que obra en los mismos cimientos del sistema capitalista. Se expresa en la dolorosa desamortización ética del concepto de necesidad (mercado y no necesidades, *sine quo non potest vita transigi secundum proprium statum et negotia ocurrentia*), que ha dado paso al deseo, y en la escasez social de la utilidad del consumo (precios y no valores), que ha perdido su valor de uso y su valor de cambio. En otras palabras, ha creado un clima de tranquilidad social y psicológica, de certidumbres y seguridades, donde la aventura humana se reduce a meros deseos silenciosos de consumo. Solo queda el aguardo efímero de necesidades estériles. El deseo de acceder a ellas se instala en los cerebros, como si de una suerte de melodía de fondo se tratara. La significación del consumo deviene ahora simbólica y cultural. Las necesidades del consumidor, lejos de determinar la producción y la oferta, se van forjando al son de los dictados estandarizados de los mercados (marketing), que ensalzan el arrojo simbólico de determinados hábitos de consumo.

El segundo, sobre el que más se ha escrito, es la huida del capital de los circuitos productivos. El nuevo compás de preocupación por el beneficio inaplazable determina que el provecho capitalista trate

de huir de los fueros tradicionales de rentabilidad, léase retribución normal por la prestación productiva de bienes y servicios determinados. Desde que Richard Nixon suspendiera en 1971 el patrón que le había deparado —entre otros factores— la primacía económica de los EEUU sobre el planeta, esto es, la convertibilidad del dólar en oro, el desplazamiento progresivo de la confianza de los agentes económicos hacia sectores de reproducción especulativa del capital, ha sido una constante. Esta decisión, que cambió la naturaleza esencialmente productiva del capitalismo, propició cambios estructurales tan decisivos como la postergación del mundo del trabajo y la disipación de la clásica expectativa de creación de riqueza de la actividad productiva. Emerge así una forma de provecho diferente —huidizo y elástico—, sin servicio real o transformación material, esto es sin ganancia industrial, que sólo puede dimanar del juego ocioso del dinero sobre el trabajo de los demás. Su ordenación no se halla vinculada al afrontamiento de las necesidades. Su valor no es real, porque no es sinónimo de riqueza. Su eficacia enraíza, no tanto en los fundamentos de la economía real, cuanto en los diversos resortes de generación reproductiva y/o fecunda (financiera) del dinero. Desde aquella histórica y calculada decisión, el sistema económico capitalista se ha transformado en un inmenso juego de azar, indiferente a las consecuencias de sus contrapartidas económicas y humanas. En un aparato desproporcionado de generación instantánea de riquezas artificiales, ilimitadas y fáciles de conquistar, cuya correa de transmisión hoy son la banca y los mercados de renta. Es un sistema opaco, pues no es transparente. Es un sistema cerrado, porque no es libre y su funcionamiento no es democrático. Pero, a su vez, es muy sugestivo. La inmediatez con que satisface las expectativas de los inversores, la escasez de sacrificios y la promesa de rentabilidad, acampan con fuerza en el imaginario social, sometiéndolo a sus propias reglas, enjuagues y principios: al precio, a la deuda, a la seguridad, a la certidumbre psicológica, a la falsa necesidad y, ¿por qué no?, a la trampa especulativa —llámese *Enron*, *Global Crossing*, *Arthur Andersen*, *WorldCom*, *Qwest*, *Bristol...*—.

Existe, por último, un tercer modo, ligado a este proceso de apropiación global de la economía, que consiste en la re-situación de la propiedad intelectual como el eje cristalizado del comercio internacional. Podría decirse que se manifiesta en el consenso de los países desarrollados en el papel inestimable que la protección de la propiedad intelectual, puede llegar a desempeñar en la eliminación del auténtico registro de la mala situación económica de los países menos desarrollados: el vacío productivo. Pero no es así. En realidad responde al deseo de someter toda creación humana —incluso las más íntimas—, sea cual fuere su carácter y/o finalidad, al imperativo mercantil, de transformar sus realizaciones en valores mercantiles, para poder cuantificarlas, transmitir las y/o adquirirlas. Lo que no deja de tener su aquel, sobre todo si no olvidamos que la pauta constitutiva de la

expansión del sistema mercantil, reside precisamente en la mediación mercantil como sostén «antropológico de la humanidad»¹. Cuantos más sectores –sanidad, educación– y actividades –energía, tecnologías, biomedicina, farmacología, etc ...– se expongan a ese proceso de cuantificación y de valoración en términos de rentabilidad, tanto mejor para un sistema cuya fuerza se basa en esta experiencia directa, a veces brutal, de cálculo racional de eficiencia y/o rentabilidad.

3. UTOPIA NEOLIBERAL: EL MERCADO COMO MECANISMO DE ORDENACIÓN PERFECTA DE LA REALIDAD

Claro que, tras esta confianza en los mercados y sus mecanismos de funcionamiento –que han desplazado al Estado como la principal fuerza reguladora de nuestro entorno social– se abre paso, sin más resguardo que la savia finalista de su propio discurso profético, una nueva ideología excluyente y totalitaria, de ribetes neo-conservadores y añoranzas calladas de imperialismo. Su apuesta será un nuevo capitalismo más recio y vocacional de hombres secretos, graves y austeros, que apenas se retraen a la hora de celebrar el colosalismo de un sistema de producción económica, con raptos de materialismo y genialidad mecanicista.

Este nuevo discurso ideológico –individualista, inmovilista y liberal– auto-proclamado justo, legítimo y moral, se siente con capacidad suficiente para re-orientar la acción política en orden a la felicidad y paz universales, mediante la idealización teológica, *milagrosa* que diría el propio Hayek, del mercado². Muchas de sus realizaciones son sólidas y audaces. Ha esculpido grandes metrópolis que rutilan como *Sion*, con una luz casi edénica. Ha reinventado la democracia y ha improvisado un nuevo orden para el mundo en apenas un cuarto de siglo. Pero al igual que otras supersticiones sus promesas, con las que despeja el camino de su propia con-substanciación, están vacías de futuro. La ilusión de un planeta más armonioso, más próspero, menos lívido y desdibujado, es nuevamente el naipe marcado con que despliega sus ambiciones y sostiene el silencio negro con que hoy se ocupa la economía, la política, la propiedad, el derecho y la libertad.

La eclosión internacional del comercio a lo largo del siglo XIX, la revolución industrial y el auge del transporte fueron aquilatando de

¹ SAMI NAÏR, *El imperio frente a la diversidad del mundo* (título original *L'empire face a la diversité*, R. H. Mondadori, 2003, trad. a cargo de Sara Barceló y María Cerdón), Círculo de Lectores, Barcelona, 2003, p. 20.

² Vid. en este sentido las páginas enervantes de ZOLO, D., *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Milán, Feltrinelli, 1995.

manera imparable una nueva forma de ver el mundo, en el que se alterarían los resortes ya congestivos del orden social, las formas de vidas de los sujetos y sus modales, el léxico de sus relaciones, la manera de conocer e interpretar el acontecimiento y, sobre todo, las estructuras económicas. Esta nueva situación y el influjo, todavía por aquel entonces, de las ciencias de la naturaleza, propiciaron el nacimiento de los primeros intentos de teorización científica del mercado. Claro que estos esfuerzos no pudieron sustraerse a la incidencia del principio (leibniziano) armonioso natural, de tal suerte que parecía imposible que el mercado no tendiera, a causa del automatismo intrínseco de sus mecanismos de funcionamiento, al mejor de los horizontes posibles. La imagen con la que Smith apura geométricamente su visión apologética del mercado como productor armónico de la realidad, no deja lugar a dudas. Me refiero a esa mano *invisible*, siempre oculta que nos cerca y nos protege, remendando los desengaños y las soledades de un orden social de relaciones individualistas y de hombres enloquecidos bajo un cielo indiferente. Una mano anónima, con un anclaje profundo en la teología de la teodicea, que nos ampara de nuestras aflicciones, por la vía de la depuración egoísta de nuestra responsabilidad frente a la vida de los demás, con tanta presteza que hace ilusoria la intervención de los poderes públicos, aquí representados en el dedo admonitor y errático de otra mano, esta vez externa y visible.

Este es el punto de partida del sistema socioeconómico, el que moviliza la construcción social perfecta del orden: el deseo de dar satisfacción a nuestras iniciativas privadas, de concitar y dar alcance a nuestras ambiciones más íntimas y fragmentarias. Veamos sino la rotundidad con se manifiesta en este punto el sociólogo norteamericano D. Bell: «El principio económico —el cálculo racional de la eficiencia y el rendimiento— ha sido eficaz en la elección de medios, a fin de incrementar la producción, pero el motor que comenzó a impulsar el sistema socioeconómico (tanto en su forma comunista soviética como en su forma burguesa occidental) ha sido la pródiga idea de los deseos privados y los fines ilimitados»³.

El mercado rubrica así desde entonces su verdadera disposición técnica para arbitrar mecanismos de ordenación económica perfecta. Antes no había sido posible. En el contexto social de las llamadas sociedades irracionales o sociedades precapitalistas la acción económica de los sujetos no adquiere tanta relevancia en la construcción del orden social. Antes bien, se manifiestan y se disuelven en él⁴. Por tanto, pese al incremento de las desigualdades en la distribución de la riqueza (de los ingresos), que ya se reflejaba en la numerosa literatura

³ BELL, D., *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Madrid, Alianza Universidad, 1977, p. 213.

⁴ Vid., ADDA, J., *Globalización de la economía*, Madrid, Sequitur, 1999, pp. 5 a 30.

social de la época⁵, el sistema mercantil, en un momento especialmente crucial donde se fraguaba la industrialización, la división progresiva del trabajo y la consolidación de los sistemas de mercado como organizadores de la actividad económica, se siente con capacidad para la construcción social perfecta del orden, sin otra colaboración política del Estado, que la de justificar jurídicamente los procesos económicos⁶. Es decir, en la prevención y sanción de los ilícitos contra la vida y la libertad (por desgracia no las de todos los sujetos), y, sobre todo, contra la propiedad, la seguridad y el tráfico mercantil por medio del cumplimiento de los contratos (el auténtico respiradero de la paz pequeño burguesa)⁷. Para ello pondrá en marcha un marco categorial jalonado básicamente por la competencia perfecta y la teoría del equilibrio.

La competencia perfecta es la metáfora geométrica del pensamiento neo-liberal. Es la representación ideal, impoluta e imposible de los mercados de bienes y servicios, en los que la interacción recíproca de la oferta y la demanda, determina siempre el precio. No en vano,

⁵ El creciente interés social por la oportuna distribución de los ingresos (de la riqueza) entre capitalistas (Ricardo) o propietarios de medios de producción (Marx) se reflejaba en la literatura de Kingsley, Carlyle, Jefferson, etc. Qué mejor forma de comprenderlo que a través del texto de 1875, cargado de realismo y atribuido a SIMILES, S., en *Frugalidad: «Cuando estallan el tifus o el cólera, nos dicen que nadie tiene la culpa. ¡Ese terrible Nadie! ¡De cuantas cosas tiene que responder! No hay en el mundo quien haga tanto mal como Nadie. Nadie adultera nuestra comida. Nadie nos envenena con bebidas malas. Nadie nos suministra agua hedionda. Nadie difunde la fiebre en los callejones y en las callejas sin barrer. Nadie deja las calles sin alcantarillas. Nadie llena las cárceles, penitenciarías y comisarías. Nadie hace furtivos, ladrones y borrachos. Nadie tiene una teoría, además (...) una teoría horrible. Está encarnada en dos palabras: laissez faire (...) «dejadnos en paz». Cuando envenenan a la gente con yeso mate mezclado con harina, el remedio es «dejadnos en paz». Cuando se utiliza *Cocculus indicus* en vez de lúpulo y los hombres mueren prematuramente, es fácil decir: «Nadie lo hizo». Dejad que quienes puedan descubran cuándo se les engaña: Caveat emptor. Cuando la gente vive en viviendas hediondas, dejadla en paz. Dejad que la desgracia haga su trabajo; no pongáis obstáculos a la muerte». Vid., GORDON, S., *Historia y filosofía de las ciencias sociales*, Ariel, Barcelona, 1995, p. 256.*

⁶ Vid., ARIÑO, G., *Principios de Derecho público económico*, Granada, Comares, 1999, pp. 5 ss.

⁷ No en vano, el derecho moderno, como objetivación fuerte y concentrada del Estado, no ha sido ajeno en su configuración categorial a la consolidación progresiva del orden burgués y su replanteamiento de las relaciones de comercio. El derecho privado es una prueba inequívoca de la idoneidad de los distintos institutos jurídicos a la acumulación capitalista. Vid. GALGANO, F., *Las instituciones de la economía capitalista*, Valencia, Fernando Torres Ed., 1980, pp. 42 y ss. El contrato se constituye en el instrumento jurídico por excelencia para la regulación del tráfico patrimonial y la formalización de las relaciones de empresa, al tiempo que servirá de referente para la formación del derecho público. Vid., en este sentido, CAPELLA, J. R., *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 123 a 153. Vid., asimismo, SOMBART, W., *El apogeo del capitalismo*, FCE, México, 1984, pp. 10-13. Cfr. BARCELLONA, HART y MÜCKENBERGER, *La formación del jurista. Capitalismo monopolítico y cultura jurídica*, Civitas, Madrid, 1983.

siempre en un plano ideal, la escasez de un bien y su consiguiente incremento de precio alimenta las expectativas de beneficios de los agentes empresariales que asumen el riesgo de nuevas inversiones en sectores escasos de bienes. La escasez alimenta la expectativa empresarial de mayores precios, y a mayores precios, mayores posibilidades de beneficios. En la medida en que va desapareciendo la escasez se van nivelando los precios.

De esta manera, se articula un sistema de aproximaciones constantes a un juego recíproco de equilibrios entre precios, producción y beneficios, que aseguraría un manadero casi eterno de recursos. ¡He aquí el milagro! La fuerza motriz que ya evocara el profesor Hayek en 1952. A sus palabras nos remitimos: «El milagro consiste en que en el caso de escasez de una materia prima, decenas de miles de hombres pueden ser llevados a ahorrar ese material y sus productos, cuya identidad se podría establecer solamente en investigaciones de largos meses, y sin que se den órdenes algunas y sin que más que un puñado de hombres conozcan las causas (...). Eso es suficientemente milagroso»⁸.

Pero, para que este proceso milagroso tenga lugar deben concurrir cuatro factores diferenciados, no menos abstraídos y providenciales:

a) Existencia de un elevado número de compradores y vendedores en el mercado, de tal manera que ninguno de ellos pueda influir en los precios de los bienes. De este modo, los precios pueden ser tenidos en cuenta como datos no cuestionables, *id est*, inequívocos.

b) La indiferencia del actuario mercantil, ya se trate de compradores o de vendedores, sobre quienes acceden a comprar o deciden vender. Quiere esto decir, que cada unidad de un bien determinado deberá ser idéntico a cualquier otro, sean cuales fueren las condiciones para su adquisición o venta, pues caso contrario, de mediar cualquier variación cualitativa por pequeña que esta fuere propiciaría el control de sectores de actividad económica a manos de algunos de sus agentes en detrimento de los demás.

c) La disposición de todos aquellos que compran y vendan de un conocimiento pleno, esto es, perfecto de las condiciones generales del mercado. O sea, que los compradores sepan perfectamente a que precios desean vender los productores, como estos han de conocer a que precios aquellos desean comprar.

d) Y, por último, la libre circulación de todas y cada una de las empresas tanto para permanecer como para abandonar el mercado sin restricciones o condicionamientos de clase alguna.

Uno cree ver en la confluencia de estas condiciones no más que previsiones ideales para un mercado demasiado depurado y de perfiles

⁸ HAYEK, F., *Individualismus und Wirtschaftliche Ordnung*, en HINKELAMMERT, F., *Crítica de la Razón Utópica*, Bilbao, Desclée, 2002, p.160.

inalcanzables. Sin embargo, la concurrencia de estos factores fabricaría la realidad del equilibrio, su único paraíso posible. La teoría del equilibrio⁹, por tanto, es otra idealización con la que se pretende obtener mercados simultáneamente en equilibrio, por medio de una sucesión lógica de ecuaciones sincrónicas con soluciones matemáticas idénticas, en los que el valor de la oferta alcance al de la demanda y viceversa en condiciones perfectamente competitivas.

Así puede decirse que en una situación de equilibrio, siempre desde el espacio geométrico e idealizado de un mercado perfectamente competitivo, el coste que requiere la producción de un bien determinado coincide con el valor que el usuario/consumidor atribuye a ese bien. El precio debe ser idéntico tanto al valor marginal del consumidor como al coste marginal de la producción. De esta manera, todos contentos. Unos y otros se hacen más grandes en el mercado. El consumidor maximiza la utilidad de su actividad de consumo y el productor se ufana de sus ganancias ya maximizadas. Ambos maximizan y ambos recuentan «lo mismo que sus posibilidades de vida eterna», que dijo el maestro Camus. Todos optimizan sus intervenciones y maximizan sus resultados. Unos y otros, todos a coro y en acción de gracias, flotan en el espacio sagrado de lo mercantil.

Como advertirá de sobra el lector a estas conclusiones acerca del equilibrio se ha llegado imaginando un escenario irreal en el que la interdependencia entre todos los precios y el conocimiento recíproco perfecto entre oferta y demanda dentro del sistema económico parece posible¹⁰. Empero, esta representación del equilibrio jamás podrá verificarse, de la misma forma que no hay paraíso posible. No es más que una composición ideal de una situación irrealizable entre otras cosas, porque necesita del concurso de condiciones competitivas extremas, es decir, perfectas, desconocidas e insalvables: ausencia de incertidumbre, mercados para todos los bienes, inexistencia de influencias externas, etc. Sin embargo, los deseos de dar alcance a esa genialidad lineal, pero sin oxígeno, de este modelo ascético de com-

⁹ A este planteamiento orientó buena parte de sus esfuerzos L. WALRAS cuando recreaba un escenario figurado de licitación multitudinario, ahora sería global, en el que compradores y vendedores anunciaban públicamente el condicionado de sus pretensiones, así como de las vicisitudes de cada cambio comercial, posibilitando que tanto unos como otros rebajaran y adaptaran recíprocamente sus pretensiones. El objeto de esta simulación no era otro que demostrar la existencia de procesos con capacidad de posibilitar un equilibrio en todos los mercados, en el que interactuaran todas las actividades económicas.

¹⁰ Véase, en este sentido, nuevamente al Profesor Hayek, F., en el texto que se extracta a continuación: «Es cierto que sus sistemas de ecuaciones que describen el modelo de equilibrio del mercado están contruidos de tal manera que, si pudiéramos rellenar todos los espacios de su fórmulas abstractas, es decir, si conociéramos todos los parámetros de las ecuaciones podríamos calcular los precios y cantidades de todas las mercancías y servicios vendidos». HAYEK, F., «La pretensión del conocimiento», en *¿Inflación o pleno empleo?*, U. Editorial, Madrid, 1976), en HINKELAMMERT, F., *Crítica de la ...*, op. cit, p. 136.

petencia, pero con apariencia de factibilidad ¹¹, sigue justificando, como condición indeclinable «de aproximación al equilibrio» ¹²; por citar algunos ejemplos:

a) El mantenimiento de modelos de desarrollo demasiado voraces y expeditivos. El afán de ser cada día más competitivo, como condición constante de aproximación al equilibrio, ha dado lugar a una rotación tecnológica irracional. Los bienes son cada vez más efímeros y el consumo deviene brutal e irracional. La fluctuación de modas, la reducción de la vida media de los bienes de consumo, son buena prueba de ello. Sus efectos como la marginación social, la toxicidad ambiental, la insalubridad, la destrucción a escala de nuestro entorno natural, el aniquilamiento sostenido de otras culturas e identidades expresivas de otro modo de ser en el mundo, acaban siendo absueltos a fuerza de ignorarlos voluntariamente. El último informe anual del *World Watch Institute* no deja lugar a dudas. «Estamos atravesando la mayor ola de extinción de animales desde la desaparición de los dinosaurios hace 160 millones de años.

b) El desmantelamiento del Estado de bienestar como condición de realización de la utopía neoliberal y sus sueños de construcción social perfecta del orden. En nombre de aquélla, parafraseando a Hinkelammert, «cada paso destructivo del sistema es celebrado como un paso inevitable hacia un futuro mejor (...). Es la utopía de la sociedad perfecta del mercado total, que anuncia la destrucción como el camino realista de la construcción» ¹³. Ya no se habla de Estado del bienestar sino de sociedad del bienestar, donde la redistribución realizada antes por una política impositiva progresiva la hace ahora la mano invisible del mercado.

c) Tocante al exterior, otro que tal. La globalización de las actividades económicas y sobre todo las financieras, en manos de unos cuantos «gestores» internacionales, ha supuesto el debilitamiento operativo de los medios estatales. Los Estados ya no garantizan más que los reajustes que se les sugieren, directamente y al dictado, desde el exterior. Este capitalismo de hierro ha justificado, por ejemplo, que instituciones supranacionales, tan sensibles a las exigencias de las grandes corporaciones multinacionales, como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, condicionen el desarrollo legítimo de todos los pueblos, ya fueren desarrollados o no.

¹¹ No creo que se perciba otra cosa de la mirada de M. Friedman: «Claro, que la competencia es un modelo ideal, como una línea o un punto de *Euclides* (...). De la misma forma, la competencia "perfecta" no existe (...). Pero al estudiar la vida económica de los Estados Unidos, cada vez me impresiona más la enorme cantidad de problemas y de industrias que se comportan como si la economía fuera competitiva», como si fuera perfecta. FRIEDMAN, M, *Capitalismo y Libertad*, Madrid, Rialp, 1966, en HINKELAMMERT, F., *Crítica de la...*, op. cit., p. 171.

¹² Vid., *ibidem*, pp. 165 ss.

¹³ HINKELAMMERT, F., *El Grito del Sujeto*, San José (Costa Rica), DEI, 1998, pp. 239 y 240

Sin embargo, estos ejemplos son el fruto de esta necesidad de auto-referencia y tendencia al equilibrio del sistema mercantil. La exclusión social y la degradación natural tienen una explicación: el mercado va perdiendo perfiles y todo se somete al caos organizado de una vida económica demasiado regulada o intervenida, o sea porque se restringe toda actuación necesaria al equilibrio. Todo cuanto distorsione este proceso de acercamiento al equilibrio competitivo —la lógica de la solidaridad, los sistemas de protección social y laboral, la actuación sindical, las políticas medioambientales postulantes de otros modelos de desarrollo y, en general, los derechos humanos social y materialmente entendidos— deben desaparecer. La confianza generalizada en las nociones de «justicia social constituye probablemente la más grave amenaza que se cierne sobre la mayor parte de los valores de la civilización libre»¹⁴, en la medida en que obstruyen la primacía del mercado a la hora de sustituir la realidad por relaciones sociales perfectas.

4. MERCADO Y/O DEMOCRACIA

A poco que nos esforcemos, los tropiezos que se detectan hoy en las democracias representativas o poliarquías electorales occidentales, se pueden advertir en mil detalles: en la corrupción política, en la escasa transparencia de las cuentas públicas, en la ineficacia de los controles públicos sobre el funcionamiento de las corporaciones privadas, en la inflación político administrativa como respuesta coyuntural a la urgencia de determinados problemas de los ciudadanos, en el desprestigio ético de los actores de la vida pública, en la colonización mediática de los procesos políticos, en la restricción de los mecanismos de participación ciudadana en la toma de decisiones, en la estamentalización de los partidos, en los sistemas electorales con sus índices desiguales, en la corporativización de los intereses económicos, etc. Grave papeleta ésta para nuestro sistema político, que, en buena medida, se ve en manos de una nueva racionalidad des-democratizadora, visible no ya en una *criminalización* de la vida pública¹⁵, sino en una «fenomenología de la ilegalidad del poder»¹⁶ y en la desformalización del derecho.

Por eso, el esclarecimiento de las contradicciones que el capitalismo democrático, viene registrando en el funcionamiento de los Estados, viene ocupando desde hace algunos años los cerebros de buena

¹⁴ HAYEK, F., *Derecho, legislación y libertad*, Madrid, Unión Editorial, 1994, vol. II, p. 118.

¹⁵ Vid. A. IBÁÑEZ, P., *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 103-109.

¹⁶ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 15

parte de los autores de amplio predicamento. Cabe advertir que decimos capitalismo democrático y no liberalismo democrático. Pues una cosa es el sueño demo-liberal y sus expectativas de interdependencia e indivisibilidad de los derechos (libertad e igualdad), y otra bien distinta es la materialización de la democracia capitalista liberal, que precipita la idea de desigualdad económica como condición de participación en el orden objetivo del poder, esto es, como condición de realización de los viejos afanes de la libertad política.

Y es que, al parecer, el mercado parece implicar la democracia como forma política. No es este, digámoslo así, un hecho excepcional. Ambos, ello va de suyo, se condicionan hoy recíprocamente. La democracia se ha impuesto como el régimen más eficaz, el más templado, desde el punto de vista de las exigencias del mercado y el capital. Tanto es así que capitalismo y democracia han sido, en no pocas ocasiones, confundidos. Es más, hay quien considera que la verdadera originalidad del sistema mercantil moderno radica precisamente en su legitimidad democrática (Wallerstein). Ahora bien, cabe preguntarnos si bajo el carnaval de la prosperidad, que conlleva la idealización de lo mercantil, la democracia, regazo de prácticas y tradiciones, de luchas sociales, no deviene imprecisa, bordeando acaso el abismo y asimilando estrictamente su forma y acepción burguesas. Es decir, si la democracia es capaz de jugar con estos naipes sin ensuciarse las manos, sin estremecer los cimientos de los regímenes democráticos existentes, sin devorar nuestros recuerdos y esperanzas de democracia o, sin ir más lejos, de mediatizar la necesidad histórica de que esta se extienda.

Debemos comenzar, por tanto, con la entereza de decirlo con claridad: la disonancia estructural que, a la manera de nuevos desórdenes sociales e institucionales, apareja la nueva dimensión global que adquieren ahora los procesos de transformación económica y política, ha insinuado la insuficiencia de la acción política (democrática) frente a un sistema económico (mercantil), pre-estructurado de relaciones de dominación. Esta superioridad de lo mercantil sobre lo político se puede detectar en los siguientes fenómenos, desde luego habituales en nuestro entorno, que sintetizan algunas claves del momento histórico en el que ahora nos encontramos:

a) En la disipación de las aspiraciones del Estado social y democrático en la consumación de su destino materialista e igualitario¹⁷. Quiere decirse que estamos ante la depuración del Estado democrático y social con sus políticas intervencionistas¹⁸. Al fin y al cabo, el

¹⁷ Vid., DE CABO MARTÍN, C., *La crisis del Estado Social*, Eds. PPU, Barcelona, 1985.

¹⁸ Lo que contrasta sobremanera con la realidad muy diferente de las diversas ayudas públicas que se han prodigado tanto en EEUU —que ya desvelará el Informe Aschauer bajo la presidencia de Bill Clinton— como en algunos países de la Unión Europea para la reactivación económica y la revitalización productiva de grandes empresas, especialmente en los ramos de infraestructuras, transporte, telecomunica-

Estado Social se ha significado desde su infancia de post-guerra en una misma ambición: atajar las no pocas contradicciones existentes entre mercado, democracia y producción social del orden¹⁹, entre capital y trabajo. Estamos ante un nuevo romanticismo de banda ancha y burocracias privadas, donde los Estados primero se desnudan de sus capacidades de gestión pública de los recursos y luego de sus funciones de mediación democrática. El lirismo de la información y el grado cero de la economía han terminado por remover las bases políticas y materiales que posibilitaron el Estado social. Pese a sus innumerables conquistas históricas en orden a la igualdad sustancial, no ha sabido, mejor aún, no ha podido superar sus no pocas contradicciones y/o tensiones, inherentes al propio pacto social como fundamento de su esquema político. La disonancia existente entre la necesaria universalización de las prestaciones sociales y el reparto de la riqueza, o entre el control racional por el poder político de la economía y la crisis fiscal del Estado keynesiano o distributivo, son un buen ejemplo de ello. Atravesado por ráfagas contradictorias ha terminado por desdibujar los contenidos y los procedimientos que siempre le caracterizaron. Ha abandonado sus coordenadas históricas.

b) En la des-regulación del marco de protección social ideado por el Estado Social. De manera más diáfana, en la transformación del Estado mediante la previsión de un nuevo sistema de regulación más apropiado a los intereses sistémicos del mercado: libre circulación de capitales, potenciación de la oferta, investigación y desarrollo tecnológico, flexibilización de los mercados de trabajo, descentralización empresarial, etc. El Estado pierde de este modo los perfiles que le han caracterizado conceptualmente en buena parte del siglo xx. Su papel ahora se reduce a potenciar la competitividad, alentando la oferta y la innovación tecnológica, y a meras funciones de control represivo de la Sociedad Civil. Deviene, pues, en un agente más del sistema mercantil planetario o imperial.

c) En el re-dimensionamiento de la democracia, al desaparecer de los mecanismos de determinación de los nuevos centros de decisión internacionales el consenso democrático necesario para que estos se considerasen legítimos. Esta imposibilidad de participar democráticamente en la toma de unas decisiones que van a incidir en todo el planeta, equivale a cruzar el umbral de lo que la democracia como proyecto histórico ha significado siempre en el campo político, esto es, como distribución del poder. La des-localización estratégica del

ciones y energía. Una práctica que pondría en entredicho la pretendida «falta de virtualidad productiva» predicable del sector público a manos de este nuevo liberalismo.

¹⁹ Vid. MONEREO J. L., «El derecho de la economía (Estudio Preliminar)», en RIPERT, G., *Los aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Comares, Granada, 2001, pp. XXV y ss. Cfr. también HABERMAS, J., *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus, Madrid, 1989, pp. 428 ss.

poder estatal, ahora en manos de sujetos institucionales regionales y transnacionales²⁰, arruina el sueño democrático de distribución política del poder.

La pregunta es: ¿debemos transigir con este redimensionamiento de la democracia, con la depuración democrática de las instituciones internas y supranacionales, con la cancelación de las políticas sociales²¹, con la disolución nacional de la idea de Estado y de proyecto político? ¿O bien trataremos de trasponer pasos prohibidos y deletrear las causas de los problemas actuales de la democracia? Aceptar sin más el remate de esta nueva fascinación neo-liberal, que confunde mercado con democracia y el descubrimiento de lo mercantil con el descubrimiento de la libertad, equivale a frustrar de plano las condiciones de su misma legitimación²².

En conclusión, resulta urgente liberar a la sociedad civil, emboscada en una rutina con demasiadas tramas y mediaciones, de esta democracia de bronce y luces urbanas, pero «con ciudadanos de perfil» —en palabras del Prof. Soriano Díaz²³—. El ciudadano, ahora expectante y lacónico, demasiado anónimo, permanece prácticamente mudo. No sabríamos decir si este silencio es la escenificación de una respuesta de desengaño al funcionamiento desangelado de las instituciones o el resultado de ese otro tipo de escepticismo o inhibición, que florece con el atardecer de las democracias. Pero, tenga o no este silencio voluntad de reproche, lo cierto es que se nos ha desposeído de la posibilidad de manifestarnos, de participar de manera activa en la vida pública y en el orden objetivo del poder, es decir, en la vida política. La presión sobre el pensamiento y los reflejos continúa siendo la metáfora reciente de la democracia. La clase política, mejor aún, la *ruling class* o clase gobernante, que ya dijera G. Mosca, con sus «dossieres» y sus endogamias, ha desposeído al ciudadano de sus potencialidades de participación democrática en el funcionamiento del sistema, pero ha tenido buen cuidado en entronizar a la libertad económica como metáfora humana de la democracia.

¿Acaso no nos encontramos en una situación en la que, digámoslo así, la práctica ordinaria de la democracia encierra un malestar de

²⁰ Un conglomerado público privado que algunos no reparan en tildar de poder anti-soberano (LUCIANI, M., «L'antisovrano e la crisi delle consituzioni», en *Revista di Diritto Costituzionale*, núm. 1, 1996, pp. 124-188) o de vectores de imperialización (NAÏR, S., *op. cit.*, p. 19; Cfr. asimismo con HARDT, M., y NEGRI, A., *Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 2000).

²¹ Cfr. MAESTRO, G., «Reforma del Mercado de trabajo y Estado Social», en *Sociología del Diritto*, núm. 1, pp. 73-107.

²² Cfr. JESSOP, R., «The transition to post-Fordism and the Shumpeterian welfare state», en Burrows, R., y Loader, B. (eds.) *Towards a Post-Fordist Welfare State*, Routledge, Londres, 1994, pp.14 a 37.

²³ Muy sugestivas en este punto son las páginas de SORIANO DÍAZ, R., *Democracia vergonzante y ciudadanos de perfil*, Comares, Granada, 2002.

buena parte de los ciudadanos, que no conciben la disociación creciente entre decisión y responsabilidad, entre poder y organización democrática, entre democracia y realidad? Por más que nos finjan un imaginario de proezas, utopías y epopeyas de democracia, debemos preguntarnos ¿acaso la auténtica democracia podría subsistir sin ciudadanos activos, es decir, sin una sociedad civil con capacidad para disponer políticamente de los instrumentos de participación apropiados a sus exigencias de participación en los procesos de decisión? La democracia pierde perfiles y la política ya no es cosa de todos. Tiempo ha en que ambas despertaban emociones. Ahora sólo nos queda el lirismo de la metrópoli y el grado cero de la economía. Frente a esta dinámica habría que subrayar que la democracia no es un descubrimiento mercantil. El imperio mercantil es superable. ¿Cómo?, con democracia posible, léase participativa, pluralista y transparente.

III

DEBATES



Utopía y derecho. Una ocasión para el debate sobre derechos sociales ¹

Por CRISTINA MONEREO ATIENZA

Universidad de Málaga

1. La utopía es un tema desarrollado desde los más diversos ámbitos de conocimiento y sirve de comodín y centro de referencia para tratar asuntos dispares. El resultado es la ambivalencia en el término «utopía» que no sólo pasa a formar parte del lenguaje coloquial sino que también adquiere los más diversos significados en ámbitos técnicos. A ello se agrega el sentido peyorativo que ha venido acompañando la denominación: de ilusión o empeño irrealizable más propio de una imaginación más o menos novelesca.

En cierta manera, esa especie de ilusión que acompaña a la utopía tiene algo de verdad si se entiende ésta como una propuesta totalizante de sociedad ideal. Ramiro Avilés explica que han de distinguirse dos sentidos de «utopía». Está, por un lado, el sentido más amplio de la expresión, el que viene a concebir la utopía como sinónimo de *pensamiento utópico*. Por otro, el restringido, relaciona utopía con *determinado tipo de sociedad ideal* (noción que aún queda más reducida por el condicionante de identificación en el caso de la sociedad ideada por Tomás Moro en 1516). Aunque ambas acepciones del término son generalmente utilizadas en la obra, el autor parece, sin embargo, optar por la segunda, pues sostiene que confundir «espíritu utópico» y «utopía» equivaldría a situar en el mismo plano a Moro, Campanella, Bacon y Andreae y versiones tan diferentes como los de Dante (*Monarchia*), Erasmo (*Instituto Principis Christiani*), Sannazaro (*Arcadia*), González de Mendoza (*Historia de China*), Cervantes

¹ Sobre el libro de RAMIRO AVILÉS, M. A., *Utopía y derecho. El sistema jurídico en las sociedades ideales*, Prólogo de J. C. Davis y Presentación de E. Fernández García, Universidad Carlos III de Madrid y Marcial Pons, Madrid, 2002.

(*Don Quijote*) o D'urfé (*Astrée*) (p. 40). En definitiva, considera que cabe utopismo sin utopía; es decir, una obra puede mantener un diálogo crítico con la realidad, pero no con la intención de hacer una propuesta totalizante de sociedad.

Por tanto, me parece que el análisis de Ramiro Avilés se centra en las sociedades ideales y no en las obras encuadradas dentro del pensamiento utópico. Esta visión ideal no es ya frecuente. Actualmente, se rechazan las propuestas totalizantes de las sociedades ideales, puesto que tal simplificación presenta dificultades para plantear el mundo en toda su complejidad. Es por eso que se habla ahora de *utopías realizables* en un nuevo sentido: ya no es un lugar ideal, el dibujo perfecto de un objetivo modélico más o menos construible, sino que, mucho más modestamente, lo que empieza a ser utópico es que las cosas no empeoren demasiado². Se es consciente de la imposibilidad de generalizar propuestas utópicas³. La práctica común pasa por la crítica respecto de determinados aspectos de la realidad. No estoy afirmando que el análisis histórico de las sociedades ideales sea inútil. Por el contrario, es interesante e ilustrativo. Sin embargo, hay que reconocer que propuestas utópicas en el sentido acogido por el A. no son ya plausibles, o concluyen precisamente en una discusión más que plausible.

2. Ramiro Avilés continúa explicando que utopía puede significar «no lugar», pero también puede proceder de *eu* (buen) y *tópos* (lugar) con lo cual podría estar significando simplemente «buen lugar». Entendida así la utopía, desaparece la connotación negativa de impracticabilidad, de tal manera que esta «sociedad ideal siempre es una sociedad cualitativamente superior a la realidad, lo cual no implica sólo la presencia de un sueño escapista sino también la posibilidad de constituir un plan de acción» (p. 46). Un plan, en definitiva, sobre lo que se considera «bueno» o «mejor». La utopía es, así, una cara de la moneda social que tiene inevitablemente un reverso: lo «malo» o lo «peor». De este modo, el mensaje de las utopías no se ciñe a reivindicaciones positivas sino a reconstrucciones o críticas negativas implícitas. Se ha de afirmar, no obstante, que lo que sea «bueno» o «malo» lo será dependiendo del punto de vista ideológico del que se parta. Y es que, como certeramente afirma el A., las utopías no vienen adscritas exclusivamente al pensamiento socialista. Todas las ideologías pueden describir una sociedad ideal o lo que sería más correcto, en realidad la lectura de todas las utopías esconde un doble sentido ideológico sobre «lo bueno» descrito y «lo malo» implícito, o viceversa. En este

² GÓMEZ CAFFARENA (ed.), *Utopía hoy*, Instituto Fe y Secularidad, Madrid, 1985. Vid., asimismo, CAPELLA, J. R., *Los ciudadanos siervos*, Trotta, Madrid, 1993.

³ Por ejemplo, existen propuestas de ecoanarquistas que proponen formas comunales de vida autárquicas y desurbanizadas (Vid. BOOCHKIN, M., *Por una sociedad ecológica*, Gustavo Gili, Barcelona, 1978), de fundamentalismo ecológicos anti-industriales como los de Bahro de índole religiosa o Alvin Tofler que propone la salvación ecológica a través del microchip (Vid. FRANKEL, B., *Los utópicos postindustriales*, Alfans el Magnànim, Valencia, 1989).

sentido, la distopía⁴, es decir, la descripción de la peor sociedad deseable, viene a ser, en síntesis, lo mismo si se mira desde un punto de vista distinto. A pesar de la íntima relación entre ambas categorías, el tema de las distopías es poco desarrollado en el libro, como también poco tratado es el tema de las ideologías.

3. Efectivamente, el A. realiza un análisis muy limitado de las sociedades ideales que participan de un gobierno óptimo descrito mediante la técnica de narración literaria. Como oportunamente se nos explica esa estructura narrativa, a menudo del tipo de aventura, ha sido la razón fundamental por la que se ha cuestionado la importancia de las propuestas materiales. Se ha dicho que son ficciones que están muy lejos de ser propuestas serias y reales⁵. Ramiro Avilés insiste, no obstante, en que si bien es mayoritariamente compartido que no se trata de ensayos de filosofía política ya que la forma externa no parece la más apropiada⁶, tampoco son simples modelos novelescos puesto que sus proposiciones van más allá de un imaginario horizonte e intentan hallar a partir de la realidad histórica métodos que hagan posible su plasmación real (aunque es bien cierto, que algunos de estos métodos y modelos resultan más fáciles de transportar a la realidad histórica que otros). En definitiva, en el libro se defiende que son narraciones pormenorizadas que, con la intención de llegar al mayor número de personas posible, acuden a recursos y licencias literarias, pero no cabe duda que representan y constituyen propuestas a tener en cuenta ya, pues en todas ellas están presentes las funciones crítica y compensatoria que favorecen y dan lugar a una valoración negativa de la realidad e idean y articulan mecanismos de cambio total. Algunas poseen, además, una función terapéutica y hasta «escapista», para utilizar la expresión del autor, pero, en cualquier caso, ningún modelo se aleja de la realidad y prueba de ello es la influencia histórica que en efecto obtuvieron y que es fácilmente rastreable.

Existe un tema que, insisto, no haber merecido la suficiente atención en el análisis del autor. Me refiero a la visión actual de las utopías, a la representación utópica en el discurso más contemporáneo. Como adelanté, hoy día no es una práctica habitual la descripción totalizante de una sociedad como crítica reconstructiva de la misma. Se suelen utilizar más bien mecanismos encuadrados dentro de la sig-

⁴ Como ejemplo de distopia véase GOLDING, W., *The Lord of the Flies* (*El señor de las moscas*, trad. C. Vergara, Alianza, Madrid, 1987) y DWORKIN, R., «What Is Equality? Part. 2: Equality of Resources», en *Philosophy and Public Affairs*, n.º 10 (1981), pp. 238-345, en espc. Pp. 285-287, con el recurso a la situación de unos naufragos supervivientes en una isla desierta. Agradezco al Prof. Calvo esta referencia.

⁵ Se recuerda, no obstante, que la filosofía política puede adquirir la forma de relato. Vid. MOREAU, P.F., *La utopía. Derecho Natural y novela del Estado*, con epílogo de I. Cuña de Silberstein, Hachette, Buenos Aires, 1986.

⁶ A pesar de ello, parece tener provecho en algunos trabajos. Vid., por ejemplo, PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986, en espc. pp. 107-111 (parábola del hombre topo) y Lukes, S., «Cinco fábulas sobre los derechos humanos», en *Claves de Razón Práctica*, n.º 41 (1993), pp. 2-10.

nificación más general de utopismo o pensamiento utópico. Ello es producto de la misma experiencia histórica demostrativa de que la puesta en práctica de propuestas totalizantes lleva más a un fracaso. La teoría marxista engendró la utopía comunista basada en la idea de reducción de la libertad en aras de la seguridad, lo que se tradujo en una dictadura y una violación sistemática de los derechos humanos. Todo lo que se oponía a la visión comunista era desechado y destruido. La sospechosa relación entre totalitarismo y utopía fue puesta de manifiesto por K. Popper. Frente a la «ingeniería social totalizante» que limitaba la libertad individual, Popper apostó por un perfeccionamiento gradual de las instituciones, mecanismos y técnicas de coexistencia humana⁷. Autores como Havel se han mostrado un acuerdo básico con Popper⁸ y piensan que es muy improbable transformar el mundo en su totalidad. La solución es la perseverancia aunque sólo conduzca a reformas parciales. Es imposible conocer todas las interconexiones del mundo. Creerse algo como un Dios que impone un determinado modo de unir los hilos es ser demasiado arrogante.

Desde el fracaso de los países comunistas como sistemas totalizantes de organización de una sociedad que despreciaban los métodos liberales y especialmente el modelo capitalista de la economía y la propiedad privada, se ha impuesto un modo determinado de pensar la utopía que relaciona utopía-comunismo-totalitarismo. A partir de entonces, el ideal comunista de sociedad se considera un modelo negativo e irrealizable que va unido al totalitarismo. No niego, sin duda, que históricamente, ha sido así⁹. Pero se ha de advertir, que la crítica de autores como Popper conlleva otras afirmaciones que no se alejan mucho tendencialmente de una reinterpretación totalizante. La expansión del capitalismo a nivel mundial parece ser una demostra-

⁷ POPPER, K., *The open society and its enemies*, ed. ampliada, London and Henley, Routledge and Kegan Paul, 1974 (1.ª ed. 1945), vol. I, pp. 86-119 y vol. II, pp. 100-110, 135-145 y 193-198. *Vid.*, también, del mismo autor «Utopía y violencia», NEUSÜSS, A., *Utopía*, trad. M. Nolla, Barral, Barcelona, 1971 (1.ª ed. 1968), pp. 129-139.

⁸ HAVEL, V., ¿Orfandad política de los intelectuales?, estudio preliminar, traducción y notas de J. Calvo González y F. Navarro Martínez, en *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, vol. VIII (2003), pp. 195-201.

⁹ MAGRIS, C., *Utopía y desencanto. Historias, esperanzas e ilusiones de la modernidad*, trad. J. A. González Sainz, Anagrama, Barcelona, 2001: «La caída del comunismo parece a menudo arrastrar consigo, en un descrédito generalizado, no sólo al socialismo real, sino también a las ideas de democracia y progreso, a la utopía de la redención social y civil: el fracaso de la pretensión de poner fin de una vez por todas al mal y a la injusticia de la Historia afecta a veces a cualquier otra concepción de la solidaridad y la justicia. Pero el final del mito de la Revolución y el Gran Proyecto tendría que dar por el contrario más fuerza concreta a los ideales de justicia que ese mito había expresado con potencia, pero pervertido con su absolutización e instrumentalización; tendría que proporcionar más paciencia y tesón para perseguirlos y por lo tanto mayores probabilidades de realizarlos, en esa medida relativa, imperfecta y perfectible que es la medida humana. El final de esos mitos puede aumentar la fuerza de aquellos ideales, precisamente porque los libera de la idolatría mítica y totalizante que los ha vuelto rígidos...» (p. 11).

ción de la «naturalidad» de este sistema. El capitalismo se ha mantenido como modelo único posible y ello ha arrastrado a la negación de numerosas concepciones políticas, jurídicas y sociales contrarias o diferentes a muchos o parte de los aspectos de este sistema, e incluso al sistema mismo. Me refiero, por poner un ejemplo, a la concepción que desde algunos sectores se sostiene de los derechos sociales como derechos débiles dependientes de las políticas públicas.

La defensa a ultranza del capitalismo no sólo se produce desde los sectores más conservadores que defienden su expansión más devastadora de privatización de mercados y desregulación económica, sino también desde posturas sociales reformistas que pretenden el paso a un capitalismo «edulcorado», de baja intensidad, que palie los problemas mediante las oportunas intervenciones estatales. No niego que en su época y aún hoy, el Estado deba intervenir en la solución de los problemas de exclusión y pobreza de masas que ha causado el capitalismo, pero está claro que ello no es suficiente y es necesario reclamar una transformación más profunda¹⁰. Continuando con el ejemplo de los derechos sociales, éstos suponen la satisfacción de las necesidades materiales mínimas que confieren al individuo la *capacidad* suficiente sin la cual el ser humano no es un ser digno en su plenitud. De ahí que hacer depender los derechos sociales fundamentales de las políticas públicas y de los recursos existentes, me parece una opción muy endeble. Las injusticias económicas no son solo consecuencia de crisis económicas coyunturales, sino efecto de unas crisis estructurales y permanentes, esto es, del sistema socioeconómico dominante a escala mundial¹¹. La escasez como miseria de grandes masas sociales no es consecuencia de una ineficacia productiva, no es mera disfunción del sistema, sino de una específica concepción de la apropiación y distribución de los bienes. De ahí, asimismo, la necesidad de promover una democracia económica a nivel mundial que favorezca realmente la solidaridad y el desarrollo, y asegure un mínimo de recursos necesarios, es decir, lo que ha sido llamado, por ejemplo, por Barcellona *derecho a la supervivencia*¹². En definitiva, se trata de repensar íntegramente el sistema para que éste proteja de forma *total* la dignidad de *todos*. Las utopías, en su nuevo sentido, deben de seguir siendo defendidas como propuestas constructivas de mejora de la realidad existente.

¹⁰ Pietro Barcellona señala que la izquierda social no puede seguir adoptando una estrategia tendente a volver a poner en pie el «Estado de Bienestar», una estrategia de «conquista de derechos», sino que debe dirigirse a la constitución de mecanismos de articulación y vinculación social, una política de poderes de las poblaciones (BARCELLONA, P., *Postmodernidad y comunidad*, Trotta, Madrid, 1992).

¹¹ LÓPEZ CALERA, N., «Escasez y cambio de modelos», en VV. AA., *Problemas actuales de los derechos humanos*, ed. a cargo de José M.^a Sauca, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1994, p. 266. Vid, asimismo, GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., «Derechos humanos y escasez: entre la economía y la moral», en ídem, pp. 273-284.

¹² BARCELLONA, P., «I diritti economici, sociali e culturali nell'ordinamento interno», en AGNATI, A. et al., *Diritti economici, sociali e culturali nella prospettiva de un nuovo stato sociale*, CEDAM, Padova, 1990, pp. 19-29.

4. Las diferencias entre las sociedades ideales estudiadas por el A. son expuestas de forma muy clarificadora en la segunda y tercera parte de la obra, especialmente a partir de los elementos materiales como el entorno natural, la naturaleza humana, el hombre en sociedad, el clima, el constructor de la sociedad ideal y la necesidad de normas. Sociedades como *Abundantia* y *Naturalia* pretenden reformar la sociedad a partir de la idealización del entorno natural que permite la satisfacción de las necesidades y deseos de las personas, bien porque la naturaleza concede ilimitadamente lo que se desea (*Abundantia*), o bien porque los deseos se han vuelto moderados (*Naturalia*). Otras, así, *Moralia* y *Milenium* ponen énfasis en la reforma de la sociedad a partir de la transformación moral de las personas ya sea por la acción misma del ser humano (*Moralia*) ya sea gracias a la intervención de una fuerza transcendental (*Millenium*). Por último, Utopía basa la perfección social en la presencia necesaria de normas jurídicas. Esta sociedad ideal es la única en la que el Derecho no sólo se mantiene, sino que además es *necesario* instrumento de organización externa e cohesión social interna¹³. Precisamente esta característica permite al autor distinguir entre sociedades ideales anómicas y utopía (única sociedad nómica).

5. Desde este planteamiento adentramos la *ratio assedi* del libro, la que viene a justificar la necesaria relación entre utopía y Derecho. Afirma el A. que en *Abundantia*, *Naturalia*, *Moralia* y *Milenium* carece de sentido mantener la presencia de normas puesto que la necesidad de Derecho se deriva de la escasez de bienes y la imperfección de la naturaleza humana. Una vez resueltos estos problemas, el mal necesario que era el Estado y el Derecho desaparecen. Por el contrario, en el modelo de utopía no se transforman ni el entorno natural ni la naturaleza humana. Se acepta que los bienes son limitados y los deseos humanos ilimitados y no se oculta que el hombre es un ser egoísta y tendente al conflicto. Por tanto, la solución para alcanzar una sociedad armoniosa viene de la mano del Derecho. La idealización no es aquí ni de la naturaleza ni del hombre, sino de la organización, que ya no es un mal sino un bien para todos. Ramiro Avilés la califica acertadamente de *utopía de Derecho* debido a que el sistema jurídico se mantiene si bien reformando sus instituciones. Ello permite la configuración de un sistema vinculado a la idea de Justicia; un sistema formado por pocas normas, comprensibles para todo el mundo, públicas, eficaces al ser aplicadas rigurosamente y sin necesidad de interpretaciones que desvíen su sentido original.

Esta perspectiva, que destaca la vinculación de una sociedad ideal (utopía) con el Derecho, permite acercarnos a la realidad más actual

¹³ No obstante, a veces este proceso de cohesión social interna está reforzado por metarrelatos. Véase BACON, F., *La Nueva Atlántida* [en MORO, CAMPANELLA, BACON, *Utopías del Renacimiento*, trad. A. Miralles Carlo y A. Mateos, y Estudio Prel. de E. Imaz, FCE, México: 1973 (3.ª reimp.)] y la importancia del descubrimiento de coincidencias fundamentales como pueden ser la identificación religiosa.

pues ciertamente hoy resulta inconcebible una sociedad sin Derecho¹⁴. Una sociedad compleja y desarrollada ha de ser en gran medida una «sociedad jurídica» (jurídicamente organizada). El A. ya adelantó este enfoque en algún trabajo anterior a la aparición de este libro: «Aunque todos los modelos de sociedad ideal (anómico o nómico) mantienen la relación entre la solución propuesta y los problemas sociales y políticos denunciados, creo que es imposible crear y mantener una sociedad anómica porque la naturaleza humana y el entorno natural deberían ser reformados hasta llegar a ser perfectos, y son elementos que escapan al control de la voluntad humana. Tanto en un caso como en otro, las reformas propuestas basadas en la alteración de la naturaleza humana son difícilmente practicables en la realidad»¹⁵. Por el contrario, las propuestas de las sociedades utópicas valorizan positivamente los instrumentos jurídicos. Pero es más, el cambio que lleva de las sociedades anómicas a las sociedades nómicas (utopías) podría ser interpretado como tránsito de una concepción liberal del Estado y del Derecho como recursos jurídicos mínimos que no deben entorpecer la libertad de las personas, a una concepción social de los mismos¹⁶. Es decir, la opción por considerar el Estado y el Derecho como instrumentos para la reforma y transformación de la sociedad no es más que una opción ideológica, ya que se opta por el intervencionismo frente a una actitud liberal partidaria de una minimalización (Nozick) o retroceso de las funciones estatales¹⁷. Ello se refleja en la misma concepción de la igualdad, libertad y tolerancia religiosa. Desde la perspectiva social, los derechos humanos ya no son entendidos como derechos naturales y límites al poder, ya que el Estado actúa no privando o entorpeciendo a los particulares, sino buscando el interés general.

La intervención estatal es positiva y se enfatiza la importancia de los derechos sociales como derechos que buscan satisfacer las necesidades humanas básicas. Ahora bien, el énfasis de estos derechos no supone afirmar que las utopías son sólo utopías sociales, ya que en utopía se disfruta tanto de la igualdad como de la libertad, y prueba de ello es que los mismos derechos sociales permiten el ejercicio del resto de los derechos de libertad. Esto es, parece difícil argumentar la tesis según la cual la libertad es diferente a la capacidad, puesto que lo que hace importante a la libertad es aquello que se puede hacer con

¹⁴ Contrario o polemizable con esta posición es la postura de de ATIENZA, M. (*Tres lecciones sobre teoría del Derecho*, Club Universitario, Alicante, 2001, p. 22) respecto de las variables *ubis societas ibi ius— ibi ius ubis societas*.

¹⁵ RAMIRO AVILÉS, M. A., «Utopía de Derecho», en *Anuario de filosofía del Derecho*, tomo XIX, 2002.

¹⁶ Sobre las concepciones liberal y social del Estado de Derecho, *vid.* DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1974.

¹⁷ El asunto se relaciona directamente con las teorías contractualistas. *Vid.* KLIEMT, H., *Filosofía del Estado y criterios de legitimidad*, trad. E. Garzón Valdés, Alfa, Buenos Aires, 1979; FERNÁNDEZ, E. *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, Cap. IV, pp. 127-173; VALLESPÍN, F., *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick, James Buchanan*, Alianza, Madrid, 1985.

ella¹⁸. Así, los derechos sociales no sólo son reflejo de la igualdad sustancial sino, al mismo tiempo, son derechos de integración que permiten crear las condiciones para una participación efectiva de los ciudadanos en una sociedad democrática¹⁹. Es precisamente por esta noción por lo que insisto en que la intervención correctora estatal no es suficiente. Cabe la defensa del Estado como medio más perfecto para la regulación de la vida en sociedad, aunque en la versión más moderna de Estado social renovado más universalizante²⁰ que haga uso de los mecanismos adecuados que permitan asegurar el disfrute de todos los derechos, es decir, que parta, por ejemplo, de una ciudadanía civil, política y social no excluyente.

La nueva concepción de ciudadanía ha de evitar la exclusión respecto a los extranjeros que no pertenezcan a un Estado; pero, además, es necesario terminar con la ya muy extendida visión de la ciudadanía que también comporta exclusión en el interior del propio Estado nacional. En los nuevos fenómenos de globalización, ha entrado en crisis el Estado como Estado nacional. El nuevo paradigma abre, en principio, las fronteras y demuestra que no existe tal homogeneidad en los territorios, sino que, por el contrario, con el intento de crear igualdad se diluyeron diferencias que subsistían inevitablemente. Esto junto a los nuevos movimientos de inmigración, ha dado lugar a la asociación entre ciudadanía y trabajo. El extranjero que viene a trabajar en un país adquiere un estatus ciudadano que, sin embargo, no le permite ejercitar todos los derechos. Y el ciudadano que no encuentra trabajo no puede hacer otra cosa que considerar su situación un privilegio.

De esta manera, se ha de crear una ciudadanía que no comporte exclusión respecto a los extranjeros que no pertenezcan al Estado, ni tampoco dualización o subdivisión en clases y subclases de ciudadanos. En orden a erradicar esta noción (¿utópica?) aún vigente de ciudadanía, se ha de diferenciar, por un lado, ciudadanía y nacionalidad-pertenencia, y, por otro, acabar con todas las fuentes de exclusión, esto es, con los principios de exclusión dentro de los grupos que tienen que ver con el mercado, el mérito, la necesidad. En definitiva, se ha de actuar en los dos frentes de exclusión: el que se refiere a los de fuera y el que se produce también desde dentro²¹. Respecto de los

¹⁸ AÑÓN ROIG, M. J., y GARCÍA AÑÓN, J., *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p.190.

¹⁹ Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, BOE/UCIII, Madrid, 1999 (1.ª ed. 1995).

²⁰ DE LUCAS, J., «En los orígenes de la legitimidad. Exclusión y ciudadanía», en *Doxa*, n.º 15/16 (1994), p. 359.

²¹ La Ley 8/2000 diferencia jurídicamente varios escalones. En el plano interno, entre los propios españoles que gozan de los bienes de la ciudadanía pero cuya integración depende de la posición social que ocupen. A nivel externo, en relación a los extranjeros, según se trata de comunitarios (más fácilmente integrables) o extracomunitarios entre los que se distinguen los no comunitarios cuya situación económica privilegiada sirve para compensar las carencias que genera la falta de ciudadanía, y los extranjeros inmigrantes (sujetos más débil). Vid. SOLANES CORELLA, A., «La

fuera, porque el conflicto ya no se mira ni siquiera en términos laborales o económicos, sino de «seguridad nacional» u «orden público» en un intento de hacer política con la inmigración²². En cuanto a los segundos, porque el proceso de vulnerabilidad de ciertos colectivos, cuyo origen está principalmente en la precarización del trabajo, hace que la ciudadanía aparezca como un privilegio, no ya derecho, que viene a centrar el problema en aquellos que se supone pueden privarnos de ella dado que amenazan la pretendida homogeneidad social. Todo esto crea un ambiente hostil, de xenofobia y racismo que margina aún más a los inmigrantes y fomenta las mafias y la delincuencia.

La ciudadanía, además, ha de ser completa. Existe una tesis conservadora según la cual los derechos sociales suponen la dependencia pasiva del Estado y la reducción de la responsabilidad ciudadana. En contra de esta tesis, se afirma que los derechos sociales son esenciales para la garantía de la autonomía personal en cuanto son mínimos materiales para una vida digna sobre cuya base se pueden articular el resto de los derechos. La tesis, por tanto, es que los derechos sociales son condición indispensable para la responsabilidad y actividad ciudadana²³. En este sentido se debe promover una ciudadanía social integrada por una serie de derechos que tienen una eficacia desmercantilizadora, es decir, que sostenga que «la prestaciones sociales que reciben los individuos no derivan de su posición real en las relaciones de mercado, por lo que su concesión determina una cierta desmercantilización del estatus del individuo respecto al mercado»²⁴. Sólo al reducir la dependencia del individuo del mercado, se ahonda en la libertad real del individuo²⁵.

Se debe promover una ciudadanía completa, integrada por todos los derechos, pero que, además, suprima la estratificación social y la colisión, o lo que es lo mismo, que sea una ciudadanía conflictiva. Una ciudadanía de los derechos y una ciudadanía política a modo de integración de ambas estrategias²⁶.

En la necesidad de participación política de la ciudadanía adquiere una relevancia especial el fenómeno asociativo²⁷. Se trata de un

situación jurídica del extranjero irregular en España», en FERNÁNDEZ SOLA, N./CALVO GARCÍA, M. (coord.), *Inmigración y derechos*, op. cit., pp. 237 y ss.

²² DE LUCAS, J., «Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración», en FERNÁNDEZ SOLA, N./CALVO GARCÍA, M. (coord.), *Inmigración y derechos*, Mira, Zaragoza, 2001, pp. 33-59.

²³ ZAPATA, R., «La responsabilidad ciudadana como fundamento de los derechos sociales: una cuestión polivalente», en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), n.º 94 (oct/dic 1996), pp. 147-170.

²⁴ MONEREO PÉREZ, J. L., «La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de “desmercantilización”», en *Revista del Trabajo y la Seguridad Social* (jul/sept, 2000), p.17.

²⁵ LA TORRE, M., «Cittadinanza e diritti sociali: una prospettiva europea», en *Inchiesta*, n.º 28/120 (1998), pp. 73-80.

²⁶ MONEREO PÉREZ, J. L., «La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de “desmercantilización”», op. cit., p. 37.

²⁷ ROSALES, J. M., «Del altruismo espontáneo a la solidaridad organizada», en RUBIO CARRACEDO, J./ROSALES, J. M./TOSCANO MÉNDEZ, M., *Educación para la ciuda-*

«reaprendizaje de la experiencia de la ciudadanía que permite civilizar de nuevo el ámbito de lo político»²⁸. En definitiva, como afirma Barcellona, la globalización conlleva una nueva capacidad de darse instituciones no sobre la base de una racionalidad abstracta y metafísica (no a través de un Estado que reconoce y descentraliza), sino moviendo a los ciudadanos para darse reglas de convivencia y reconocerse recíprocamente como ciudadanos²⁹.

6. En conclusión, el libro ofrece una oportunidad para debatir los errores tanto formales como materiales que han afectado y que aún afectan al sistema jurídico, poniendo de manifiesto que tienen cabida las más diversas soluciones. Este trabajo es, en definitiva, una apuesta por la imaginación en *proyektiva* de la mejora real de las sociedades históricas, incluida la presente. Es una forma de presentar alternativas radicales para desmentir situaciones consideradas como naturales e insalvables. Todo puede ser objeto de un cambio en profundidad y el mantenimiento de un *status quo* puede justificarse por razones ideológicas, pero jamás «naturales».

Este ensayo de Ramiro Avilés analiza propuestas ideales, sus características, funciones, defectos... retomando de manera sugestiva y muy documentada un tema clásico. Le propongo ahora que exprese su opinión sobre la función de las utopías en la transformación de los problemas que necesitan un tratamiento a escala *global*. El libro, en realidad, persigue que el lector adquiera la fuerza suficiente para idear un mundo distinto en el que actualmente vive disfrutando o padeciendo por él. Todo puede ser transformado, sólo hace falta la suficiente imaginación capaz de proponer reformas. La utopía es la fuerza que desafía hacia el cambio, al salto cualitativo que supera lo viejo, y abre el camino a lo nuevo.

danía: perspectivas ético-políticas, Contrastes, Málaga, 2003, pp. 281-227. Vid. asimismo, PAPISCA, A., «I diritti economici, sociali e culturali nel sistema delle relazioni internazionali», en AGNATI, A., et al., *Diritti economici, sociali e culturali nella prospettiva di un nuovo stato sociale*, CEDAM, Padova, 1990, pp. 30-53.

²⁸ ROSALES, J. M., *Política cívica. La experiencia de la ciudadanía en la democracia liberal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 252-253. Vid., también, CALVO GONZÁLEZ, J., «Doce preludios a la filosofía jurídico y política del siglo XXI», en *Anuario de Filosofía del Derecho* (nueva época), tomo XVII (2000), pp. 419-438: «comienzan a transparentar asimismo signos de una sociedad avanzada, de una democracia más real y profunda: nuevas experiencias de participación y de nuevos valores sociales cohesionales que ya anuncian a los derechos de ciudadanía como los derechos humanos del s. XXI» (pp. 426-427).

²⁹ BARCELLONA, P., *Le passioni negare. Globalismo e diritti umani*, Città aperta, Troina, 2001, p. 144.

La función y actualidad del pensamiento utópico (respuesta a Cristina Moreneo) *

Por MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS
Universidad Carlos III de Madrid

La profesora Cristina Monereo me ha propuesto un reto que gustosamente he aceptado. El reto consiste en responder tanto a sus comentarios como observaciones críticas a mi libro *Utopía y Derecho. El sistema jurídico en las sociedades ideales* (Ramiro, 2002) cuanto a señalar qué función y qué actualidad tiene, en mi opinión, el pensamiento utópico. Con esta finalidad he redactado las siguientes páginas que he dividido en tres apartados. El primero trata de responder a los comentarios y las observaciones críticas al libro; el segundo está dedicado a reflexionar sobre la actualidad de un concepto, «utopía realista», que se ha puesto de moda desde que lo usara John Rawls en *The Law of Peoples*; el tercero y último entra de lleno en el tema de la función y la actualidad del pensamiento utópico en aquellos temas políticos que tienen una escala global.

I

Empiezo, por lo tanto, señalando los principales comentarios y observaciones críticas que la profesora Cristina Monereo hace, en concreto, sobre mi libro y, en general, sobre el pensamiento utópico

* Me gustaría agradecer a la profesora Cristina Monereo Atienza la amabilidad que ha tenido al hacer una lectura crítica del libro, sus comentarios y la pregunta que me lanza en la última página de su trabajo. De igual quiero agradecer a la dirección de *Anuario de Filosofía del Derecho* que haya considerado conveniente este debate académico y la paciencia que ha tenido por mis continuos incumplimientos en la entrega del original.

con los que, debo confesar, estoy plenamente de acuerdo. Mis desacuerdos con ella, salvo en un punto que señalo y respondo al concluir este apartado, son simples cuestiones de matiz.

En primer lugar tiene razón al señalar que tanto el tema de las distopías como el tema de la conexión entre el pensamiento utópico y las ideologías están muy poco tratados en el libro. Ambos temas son, en efecto, muy importantes y merecen un estudio más detallado del que les dedico.

La literatura distópica que se representa en obras como *1984*, *Un Mundo Feliz* o *Nosotros*, por citar tres ejemplos de los más conocidos, ocupa un lugar muy importante en el ámbito de los estudios utópicos y la bibliografía secundaria que existe al respecto es muy importante y extensa¹. La singularidad de esta forma de pensamiento utópico reside en que trastoca las claves interpretativas hasta ese momento existentes. A diferencia de las obras anti-utópicas, como la de Joseph Hall *Mundus Alter ed Idem*, que utilizan la forma literaria para mofarse del género (Morton, 1952, p. 25), las obras distópicas hacen uso de las imágenes y las descripciones vívidas para advertir contra la construcción de un determinado tipo de sociedad. Hasta la aparición de las distopías, el pensamiento utópico era eutópico pues se había encargado de mostrar estampas de sociedades que eran mejores que las realmente existentes. El pensamiento distópico, por el contrario, consiste en la descripción detallada de una sociedad que se rige por unos principios políticos y sociales diferentes, que está regulada por unas instituciones jurídicas y económicas distintas a las existentes en la realidad, pero dicha descripción no tiene como objetivo lograr adhesión en el lector, sino prevenir, denunciar y, en la medida de lo posible, evitar una serie de peligros y abusos (Huxley, 1996, pp. 9-18)². Creo que ninguna persona del siglo xx podría tener buenas razones para desear convivir con Winston Smith sabiendo que «El gran hermano te vigila» (Orwell, 1983, p. 9), mientras que un hombre o una mujer del siglo xvi sí podría tenerlas para entender la isla de Utopía que describe Rafael Hitlodeo como un lugar placentero en el que la vida se desarrolla por unos derroteros mejores: «Si hubieras estado en Utopía, como yo he estado; si hubieses observado en persona las costumbres y las instituciones de

¹ Véanse al respecto con carácter general Baccolini y Moylan, 2003; Booker, 1994; Booker, 1994b; Calcagno, 1992; Codignola, 1987; Codignola, 1992; Kateb 1963; Kateb, 1979; Kumar, 1987; Manuel y Manuel, 1984; Moylan, 2000; Sargent, 1994; Trousson, 1987; Trousson, 1995. Obviamente esta lista sólo tiene un carácter ejemplificativo y no es exhaustiva.

² Uno de los últimos ejemplos de pensamiento distópico lo ofrece Susan George en *The Lugano Report* pues la autora reconoce que «el libro es parte hechos muy serios, parte fábula, parte predicción pero no veo el escenario como inevitable por completo. Si la pregunta es en cambio si quería asustar a la gente y ponerla en movimiento para prevenir que tal escenario ocurriera, entonces la respuesta inequívocamente es sí» (George, 2003, p. x).

los utopianos, entonces, no tendrías dificultades en confesar que en ninguna parte has conocido república mejor organizada» (Moro, 2001, p. 107).

La omisión de una referencia más concreta a la distopía en un estudio sobre la relevancia y la presencia del Derecho y del Estado en el pensamiento utópico puede, por lo tanto, considerarse como imperdonable porque ese cambio en las claves interpretativas hace que, a diferencia de lo que ocurre en el modelo de sociedad ideal de Utopía (Ramiro, 2002, pp. 257-446), en las distopías de George Orwell o Aldous Huxley el Estado y el Derecho sean presentados como instrumentos de opresión de la población y evaluados como un mal. El tipo de organización político-jurídica que se presenta al lector en las obras distópicas no puede ser evaluado como benéfico para las personas que viven en dicha sociedad sino como un mal que necesariamente debe ser eliminado para que las personas vivan mejor. El papel que cumplen el Estado y el Derecho en las distopías es, por lo tanto, radicalmente opuesto al que cumplen en el modelo de Utopía porque ha desaparecido la *eunomía*; porque el Estado y el Derecho ya no se entienden como instrumentos con una función social positiva que, a través del establecimiento de un nuevo sistema jurídico o de un novedoso entramado institucional, crean libertad eliminando el gobierno arbitrario de los hombres sino que se representan como elementos que restringen la libertad hasta hacerla desaparecer. La tradición de lucha contra la tiranía política que representan obras como *Utopía* de Tomás Moro o *La República de Océana* de James Harrington (Ramiro, 2002, pp. 345-358; Dorado, 2001, pp. 357-427) irremediablemente se quiebra con las distopías del siglo xx. Mientras que en el modelo de Utopía el Estado y el Derecho se representan como un *deber ser* al que hay que tender, siempre y cuando se haya reformado material y formalmente (Ramiro 2002, pp. 311-331), en las distopías se presentan como un *no deber ser* que ha de evitarse. En las distopías no podría aplicarse el famoso último párrafo de *Utopía*, o si se quiere aplicar –como a veces se ha pretendido– debería hacerse una interpretación diferente no respetuosa con el sentido original dado por Tomás Moro: «Entre tanto tengo que confesar que no puedo asentir a todo cuanto me expuso este docto varón, entendido en estas materias y buen conocedor de los hombres. También diré que existen en la república de los utopianos muchas cosas que quisiera ver impuestas en nuestras ciudades. Pero que no espero lo sean» (Moro, 2001, p. 210).

Por lo que se refiere a la relación entre el pensamiento utópico y las ideologías políticas algo, muy poco, digo en mi libro y algo, un tanto, se quedó sin publicar y está recogido en el texto de la tesis doctoral que está depositado en la Biblioteca de la Universidad Carlos III de Madrid. Aprovechando parte de ese material, recientemente he escrito un artículo titulado *Ideología y Utopía: Una aproximación a la conexión entre las ideologías políticas y los modelos de sociedad*

*ideal*³ en el que reflexiono sobre el tipo de relación que mantienen «ideología» y «utopía». En este trabajo defiendo que las dos posturas que básicamente se han ido perfilando a la hora de abordar el tema han sido la de *contrariedad* y la de *complementariedad* entre «ideología» y «utopía». La primera postura es la que predomina en la obra de Karl Mannheim pues sostuvo que la nota principal de la relación entre «ideología» y «utopía» era la de contrariedad o contraposición porque, aunque ambos tipos de mentalidad suponen una distorsión de la realidad, la mentalidad ideológica trata de mantener la situación social mientras que la mentalidad utópica trata de transformarla radicalmente (Mannheim, 1993, pp. 35-49, 86-95 y 169-230). La segunda postura ha sido propuesta, entre otros, por Paul Ricoeur al considerar que, aunque pertenecen a géneros semánticos distintos, «el punto decisivo en ambas está efectivamente en el mismo lugar, es decir, en el problema de la autoridad» (Ricoeur, 1997, pp. 45-61). Pues bien, partiendo de la postura de la complementariedad, sostengo que es posible observar dicha complementariedad más allá de las consabidas equiparaciones entre utopía y socialismo o entre pensamiento utópico y totalitarismo⁴, pues aun siendo posibles no son las únicas ni tampoco son necesarias o inevitables (Goodwin, 1980, p. 395).

En mi opinión, la complementariedad entre el pensamiento utópico y las ideologías políticas se debe, en primer lugar, a que en ambos casos está presente un componente epistemológico que permite la posibilidad del conocimiento y la representación de la realidad (Eccleshall, 1993, p. 33). En este sentido, Daniel Innerarity afirma que «lo que toda utopía pone en discusión es el concepto mismo de realidad, las posibilidades que encierra y las alternativas que permite. Por eso puede decirse que la mejor utopía comienza con una buena descripción de la realidad» (Innerarity, 2004, p. 205). Por su parte, Franz Hinkelammert llega a decir que «sin utopía no hay conocimiento de la realidad» (Hinkelammert, 2002, p. 380). Este conocimiento de la realidad es básico tanto en la ideología política como en el pensamiento utópico para realizar la tarea de crítica de las instituciones sociales, políticas, jurídicas o económicas y promover la reforma de las mismas. No obstante esta coincidencia, no puede sostenerse que el pensamiento utópico sea una ideología política, lo cual se debe a que carece de una propuesta política específica pues las cuestiones sobre el problema de la autoridad o sobre la determinación del gobierno óptimo, ambas presentes en el pensamiento utópico, constituyen el elemento material común de todas las obras encuadrables en el ámbito de la Filosofía Política y, además, han sido cuestiones representadas de muy diversas formas a lo largo de la historia del propio pensamien-

³ En estos momentos está siendo sometido a evaluación *per peer* en la revista *Utopian Studies*.

⁴ Es interesante observar la equiparación entre utopismo, socialismo y totalitarismo que MARTIN AMIS hace en *Koba el temible* (2004).

to utópico (*vid.* Ramiro, 2002, pp. 270-272). El pensamiento político utópico no va a aportar nuevos temas políticos, ni soluciones más originales (Skinner, 1987, p. 154) sino simplemente una forma diferente de presentar las propuestas. Así, en segundo lugar, es posible la complementariedad entre «ideología» y «utopía» porque el pensamiento utópico únicamente presta a la ideología política una forma literaria –género semántico, en palabras de Ricoeur– de exposición. La reflexión política utópica adopta una forma de (re)presentación diferente de la propuesta política, más atractiva y a veces más comprensible, basada en un relato detallado, novelado, de unos principios, reglas, objetivos y fines que deberían regir o estar presentes en la sociedad. Por otro lado, ese género semántico se mantiene en cada uno de los cinco modelos de sociedad ideal (Cucaña/Abundantia, Arcadia/Naturalia, República Moral Perfecta/Moralia, Millennium y Utopia) pero cada uno de los modelos tiene una configuración material particular (Davis, 1985, pp. 28-49). Este dato de la singularidad de cada uno de los cinco modelos de sociedad ideal es necesario tenerlo en cuenta para poder establecer la relación de complementariedad. Así, en mi opinión, habrá casos en que la complementariedad entre una ideología política concreta y un modelo singular de sociedad ideal sea imposible debido a los elementos definitorios de una y otro (Utopia y anarquismo), debiéndose investigar, no obstante, la posibilidad de acomodar la ideología en algún otro modelo de sociedad ideal (Moralia y anarquismo). De igual modo habrá casos en que atendiendo a las características que configuran el modelo de sociedad ideal sea posible establecer la relación con más de una ideología política (Utopia y socialismo democrático o Utopia y fascismo).

Obviamente el tema de la relación entre el pensamiento utópico y las ideologías políticas, entre «utopía» e «ideología», no se agota aquí sino que todavía queda un amplio espacio para futuras investigaciones. En este sentido, sería muy interesante hacer un estudio de cómo y por qué va desapareciendo el lenguaje de las utopías del pensamiento político y cómo y por qué ocupa su lugar el lenguaje de las ideologías.

En segundo lugar, creo que es muy oportuna la reflexión que la profesora Cristina Monereo hace en torno al sentido utópico que tiene la lucha por los derechos económicos, sociales y culturales. Sin duda alguna, reivindicar la positivación, la generalización, la internacionalización o la especificación de esos derechos entronca directamente con las exigencias de mejora en las condiciones de vida que podemos encontrar en las obras que conforman el pensamiento utópico. En este sentido, creo que podría ser interesante estudiar en profundidad hasta qué punto el pensamiento utópico puede ser considerado como un antecedente o un precedente en el proceso de reivindicación y de positivación de los derechos sociales. Así, por ejemplo, en la sociedad descrita por Tomás Moro en *Utopía* encontramos que el Estado garantiza a todos los utopianos los derechos a la educación, al vestido, al alimento, a la atención sanitaria, al ocio, etc., siendo este un tema que

se repite tanto en obras de los siglos XVI y XVII como *La Ciudad del Sol* de Tomás Campanella, *Nueva Atlántida* de Francis Bacon, *La Reppublica Immaginaria* de Ludovico Agostino, *La Città Felice* de Francesco Patrizi da Cherso, cuanto en *Looking Backward* de Edward Bellamy o *News from Nowhere* de William Morris que son obras de finales del siglo XIX o ya en el siglo XX en *Ecotopía* de Ernest Callenbach.

No limitaría, sin embargo, la existencia de espíritu utópico a la reivindicación de los derechos sociales sino que dicho espíritu también puede encontrarse en las pasadas, actuales y futuras reivindicaciones de extensión de los derechos civiles y políticos a grupos de personas que estaban, están o estarán excluidos (p.e. mujeres, población inmigrante o parejas formadas por personas del mismo sexo). Las reivindicaciones que provienen de los grupos minoritarios que representan la moral crítica de una sociedad –*los excluidos*– para que sus exigencias éticas, en forma de derechos humanos, sean positivizadas y gocen de los beneficios de la protección y del desarrollo que otorga la ley, tienen, en mi opinión, un fuerte espíritu utópico porque proponen una nueva configuración de la sociedad que todavía no es pero que debería ser. En general, creo que la cuestión de la reivindicación de los derechos humanos siempre ha estado presente de una u otra forma en las diferentes etapas de la historia del pensamiento utópico. Todavía está por hacer un estudio riguroso que muestre la influencia del pensamiento utópico y de los autores que lo conforman –empezando en Tomás Moro y *Utopía*, terminando en Ernest Callenbach y *Ecotopía*– a lo largo de la historia de los derechos humanos. En mi opinión, tanto los temas que caracterizan el inicio de la historia de los derechos humanos, y que de alguna forma siguen estando presentes en la actualidad, estos son, los límites del Poder, la tolerancia religiosa y la humanización del Derecho penal y procesal frente al abuso del poder (Peces-Barba, 1997, pp. 113-144), cuanto sus funciones objetiva y subjetiva (Barranco, 2000, pp. 73-121), pueden encontrarse reflejados en las obras de Tomás Moro, James Harrington o Gerrard Winstanley (Ramiro, 2002, pp. 402-432).

Así pues, la lucha por la positivación de los derechos humanos o por su generalización bien pueden explicarse, por lo tanto, como reivindicaciones con espíritu utópico pues en ellas se expresan exigencias éticas que pretenden mejorar la vida de las personas. En este ámbito encuadraría, por ejemplo, la propuesta del Estado democrático de Derecho que desde 1966 viene defendiendo el profesor Elías Díaz en su libro *Estado de Derecho y Sociedad Democrática* (Díaz, 1966, pp. 89-127). La tesis que sostiene el profesor Elías Díaz, por todos conocida, consiste en exigir la democracia socioeconómica para lograr una mayor democracia política. La verdadera sociedad democrática será aquella que haga conjugar, por una parte, una efectiva incorporación de todas las personas en los mecanismos de decisión política y, por otra parte, una real participación de todas las personas

en los rendimientos de la producción. Una vez logrado esto, se alcanzará el Estado democrático de Derecho, lo cual supondrá la construcción de una verdadera sociedad democrática. Aún reconociendo que faltaría el elemento formal para ser una utopía literaria *a lo Moro* (Ramiro, 2002, pp. 49-76), el profesor Elías Díaz aporta el elemento material necesario para la reivindicación de un nuevo modelo de Estado que supere los problemas que, en su opinión, han sido detectados en el Estado social de Derecho, profundizándose con su consecución el ideal de la democracia no sólo en el ámbito político sino también económico.

En tercer lugar, creo que la profesora Cristina Monereo tiene parte de razón cuando afirma que las propuestas utópicas que hacen una propuesta totalizante de la sociedad no son plausibles en la actualidad pues presentan «dificultades para plantear el mundo en toda su complejidad». En efecto, algunos utopistas pueden tener serios problemas a la hora de representar y aceptar la complejidad y pluralidad de la sociedad; a la hora de comprender las innumerables causas que pueden intervenir en los diferentes problemas o cuestiones sociales; a la hora de analizar los múltiples motivos que participan en las diferentes políticas públicas; o a la hora de evaluar las repercusiones encadenadas a las decisiones políticas (Vallespín, 2001, p. 211). Su representación del mundo en ocasiones es excesivamente simple al concentrar en una sola causa tanto los problemas que convierten a la realidad en distópica como la solución de los mismos para lograr la sociedad ideal. Por otro lado, también creo con Cristina Monereo que no sería plausible una propuesta utópica que pretendiera su realización alcanzando «el dibujo perfecto de un modelo modélico más o menos construible». Sería terrible, una auténtica pesadilla, que el utopista accediera a o tuviera influencia sobre el poder político y tratase de construir con total exactitud el mundo que hasta ese momento sólo existía en las páginas de un libro. Ello supondría hipostasiar el presente, el cual se repetiría eternamente sin ningún tipo de cambio o innovación. Esa pretensión significaría la desaparición de cualquier tipo de libertad ya que los seres humanos no serían considerados ni como personas ni como ciudadanos sino como simples personajes de una obra de teatro obligados a repetir siempre el mismo papel.

Como ya he señalado, mi acuerdo con Cristina Monereo es sólo parcial en este punto por lo que ahora diré. Mi desacuerdo vendría dado, en primer lugar, por el hecho de que no todos los utopistas tienen esa pretensión de ver realizado *in toto* el proyecto de reforma. El pensamiento utópico no provee necesariamente un esquema de un sistema social que deba ser ejecutado o implantado literalmente. El utopista, por lo general, no quiere transformar la sociedad siguiendo exactamente el patrón que proporciona las imágenes de la sociedad ideal que proyecta, pues es consciente de que esas imágenes constituyen un simple recurso heurístico, al cual muchas veces se recurre para evitar problemas políticos o eludir la acción de la censura (Eliav-Feldon, 1982, p. 2). Las siguientes

palabras de Johann Valentin Andreae son ilustrativas de esto: «Dado que nadie quiere que se le reprenda y yo tampoco lo quiero hacer, me construí yo mismo una ciudad –a la que si tienes por mi personilla no has adivinado mal– en la que poder ejercer mi dictadura» (Andreae, 1996, pp. 111-112). Otras veces, en cambio, la forma literaria se utiliza para hacer más comprensible la propuesta. Eso es lo que ocurre en el caso de William Godwin pues en su novela *Things as they are; or the Adventures of Caleb Williams* plasma los principios y postulados políticos que defendió en *Enquiry Concerning Political Justice* con la intención de que muchas personas accediesen a ellos, se ilustraran y se produjese el deseado cambio social. Como dice David McCracken «para enseñar a estas personas –la multitud o lectores no filosóficos– Godwin escribió la novela, la cual decía que actuaba como un vehículo para comunicar importantes verdades desde los pocos filósofos a la multitud no filosófica» (McCracken, 1970, p. 118). El propio William Godwin manifestó mientras escribía su novela *Caleb Williams* que su deseo era «escribir una historia» que constituyera «una época en la mente del lector, nadie, después de haberla leído, será exactamente el mismo hombre que era antes» (Godwin, 1998, p. 338). En este sentido, Raymond Trousson afirma que el utopista tendrá en cuenta «la complejidad de la demostración que propone [y] elegirá la novela como la forma más apta para realizar su propósito» (Trousson, 1995, p. 43). El pensamiento utópico permite de esta forma que muchas ideas se *traduzcan* a un lenguaje más comprensible para las personas (*vid.* Lassman, 2003, p. 53).

La pretensión del utopista realista (Eliav-Feldon, 1982, p. 108) simplemente sería la de reformar la sociedad según los principios (éticos, filosóficos, religiosos, políticos o económicos) que defiende o los valores o convicciones que sostiene y que, una vez realizados, transformarían radicalmente la sociedad. Su perfección es, por lo tanto, vocativa. Así, Tomás Moro afirmó que mientras no se transformara el sistema de propiedad privada que se estaba imponiendo en Inglaterra, no habría esperanza: «si no se suprime la propiedad privada, es casi imposible arbitrar un método de justicia distributiva, ni administrar acertadamente las cosas humanas» (Moro, 2001, p. 106). Su proyecto de reforma política ciertamente pasaba por abolir el sistema de propiedad privada, fundamentalmente de la tierra, y establecer un sistema de propiedad comunal de la misma, pero no pretendía que la nueva realidad reprodujese con total exactitud las imágenes relacionadas con esta institución que nos muestra de la vida cotidiana en la isla de Utopía. Además, tal y como hemos visto anteriormente en la cita del último párrafo de *Utopía*, el utopista tiene claro que muchas veces va a proponer reformas pero no espera que todas ellas se alcancen (*vid.* Hudson, 2003, p. 6).

La precisión anterior determina, a su vez, que el proyecto de reforma «totalizante» pueda llegar a ser realizable pues, en verdad, cabe la posibilidad fáctica de que se adopten las decisiones oportunas por

quien detenta el poder político (Ramiro, 2002, pp. 366-372) para que se acojan esos valores, principios y convicciones y con ello se trastoque la realidad. La realizabilidad de la propuesta de reforma no va a depender tanto de la plausibilidad de las reformas que se propongan cuanto de que se respeten, en primer lugar, la posibilidad histórica, esto es, para que un proyecto político sea posible realizarlo no sólo es necesario indicar los medios o recursos imprescindibles sino que además éstos tienen que poder realizarse en el momento histórico en el que se propone esa reforma (Moylan, 1986, p. 3); en segundo lugar deben acatarse, como es obvio, las leyes de la naturaleza pues es imposible modificarlas al no depender de la voluntad humana; en tercer lugar debe respetarse la configuración antropológica básica de los seres humanos (p.e. la vulnerabilidad humana). La realizabilidad del proyecto, como vemos, no depende ni de la idea que se tenga acerca de la maldad o bondad humana ni de las repercusiones políticas y jurídicas que puede llegar a tener dicha idea. Este último dato afectará, en todo caso, a su grado de éxito, a su mayor o menor permanencia en el tiempo y a la configuración del tipo de sociedad, pero no a su realizabilidad. En este sentido, las terroríficas experiencias históricas que tenemos en las llamadas *ciudades santas* de Niklashausen o Münster durante el siglo XVI son una prueba fehaciente de esto (Cohn, 1993, pp. 223-280). Pero, por otro lado, las propuestas totalizantes de reforma así entendidas tampoco están necesariamente abocadas a la construcción de esos infiernos, lo cual supone reconocer las múltiples posibles relaciones de complementariedad entre el pensamiento utópico y las ideologías políticas. La fundación de la isla eutopía o de la ciudad distopía (Ramiro, 2000, p. 245) dependerá para cualquier observador externo, en última instancia, del tipo de sociedad que se pretenda construir, de los principios y valores en que se inspire el proyecto de reforma social del utopista.

II

En otro orden de cosas, el trabajo de Cristina Monereo me ha permitido reflexionar sobre un interesante fenómeno que ha sucedido recientemente con la repercusión de la expresión «utopía realista» lanzada por John Rawls en su libro *The Law of Peoples* (1999)⁵. En esta obra, que cerraría las aportaciones a la teoría de la justicia que él mismo revitalizó con la publicación de *A Theory of Justice*, John Rawls se sumerge en el ámbito de las relaciones internacionales entre Estados para explicar cómo sería posible construir un mundo mejor y con ello resolver los problemas políticos a escala global.

⁵ Los significados de «utopía realista» y «utopía realizable» que aquí expongo difieren de los que utiliza la profesora Cristina Monereo en sus páginas.

John Rawls comienza afirmando que su trabajo se dedica a subrayar «ciertas cuestiones relacionadas con la posibilidad de una utopía realista y sus condiciones» en el ámbito internacional (Rawls, 1999, pp. 5-6), lo cual, según Chris Brown, es muy valioso ya que problematiza desde una nueva perspectiva muchas cuestiones de la teoría de las relaciones internacionales entre Estados (Brown, 2002, pp. 16-17). La utopía que concibe Rawls consiste en un mundo que es mejor porque se han eliminado los grandes males de la humanidad (las guerras injustas, la opresión, la persecución religiosa, la esclavitud, la denegación de libertad de conciencia, el hambre y la pobreza, el genocidio, el asesinato en masa) y se han establecido, una vez levantado el *velo de la ignorancia*, «instituciones básicas justas o al menos decentes por parte de los pueblos liberales y decentes que cumplen el derecho de gentes» (Rawls, 1999, pp. 5-6 y 126). En esta nueva configuración del mundo se logra combinar «equidad política y justicia» lo cual –según Rawls– es altamente deseable (Rawls, 1999, pp. 6 y 17). En su opinión esta utopía aplicada al ámbito internacional es realista, y no un simple sueño quijotesco, «en cuanto describe un mundo social alcanzable», «que podría y puede existir» «si no ahora, entonces en un futuro más feliz» porque, entre otras cosas, «acepta a las personas como son, según las leyes de la naturaleza, y las normas constitucionales y civiles como pueden ser» (Rawls, 1999, pp. 6-7, 12-13 y 44). John Rawls defiende su propuesta señalando que «la idea de utopía realista nos reconcilia con nuestro mundo social al enseñarnos que es *posible* una democracia constitucional razonablemente justa como miembro de una sociedad de los pueblos razonablemente justa. Establece que un mundo como tal puede existir en algún lugar y en algún momento, mas no tiene que existir o que existirá» (Rawls, 1999, p. 150). Rawls destaca la importancia que tiene la simple posibilidad de dicha existencia al afirmar que «la posibilidad de dicho orden puede reconciliarnos con el mundo social. La posibilidad no es simplemente lógica sino que guarda relación con las tendencias e inclinaciones profundas del mundo social. Pues mientras creamos por buenas razones que es posible un orden político y social autosuficiente y razonablemente justo, en lo interno y en lo externo podemos esperar de manera razonable que nosotros u otros, en algún momento y en algún lugar, lo alcanzaremos» (Rawls, 1999, p. 128)⁶.

Es curioso observar cómo esta idea de la «utopía realista» ha ido apareciendo y se ha comentado reiteradamente en diferentes trabajos (Brown, 2002; Tasioulas, 2002; Sadurski, 2003; por citar tres ejemplos) desde que John Rawls hablase de ella y cómo sistemáticamente se desconoce su origen. Esto me lleva a pensar que muchas veces no importa qué se dice sino cómo se dice o quién la dice. La idea no es ni

⁶ Hasta qué punto la propuesta de Rawls sea realizable es algo que desconozco aunque ya ha habido voces que han destacado que la propuesta es más realista que utópica (Ansuategui, 2002, p. 622; Sadurski, 2003, p. 15).

mucho menos originaria de Rawls, ni creo que él pretendiese hacerse con el *copyright* sobre la misma, aunque en *The Law of Peoples* aparece indexada no menos de diez veces. En el ámbito de los estudios utópicos se viene hablando de las «utopías realizables» o de las «utopías realistas» desde mucho antes de que Rawls lo hiciese en su libro y posiblemente los autores que han hablado de o han configurado ese tipo de pensamiento utópico lo hacían desde un profundo conocimiento de la historia del pensamiento utópico o de las características que definen a los modelos particulares de sociedad ideal, pero lamentablemente no existe ningún Rawls entre ellos (nosotros). Como prueba de esto puede consultarse el libro de Miriam Eliav-Feldon *Realistic Utopias. The Ideal Imaginary Societies of the Renaissance 1516-1630*, en el que desde el inicio se destaca el realismo de una parte significativa del pensamiento utópico porque consiste en la «presentación de una alternativa positiva y posible» (Eliav-Feldon, 1982, p. 1). En su opinión, el utopista genuino «no se entrega a fantasías sobre Jardines del Edén inalcanzables, sino que propone remedios prácticos, aunque a veces muy drásticos, para los defectos de su sociedad» (Eliav-Feldon, 1982, p. 2). El pensamiento utópico realista educa nuestros deseos y expande nuestro sentido de lo posible, retando de esa manera a las instituciones jurídico-políticas existentes (Hudson, 2003, p. 4). El realismo de una parte del pensamiento utópico se acentúa por el hecho de que no depende de una condición supranatural o de una intervención divina que cambie el cosmos, la naturaleza humana o el curso de la historia, y permanece dentro de las posibilidades científicas y tecnológicas de su época (Eliav-Feldon, 1982, p. 129). La idea de que las utopías son realizables o realistas se basa, pues, en que muchas de las obras que forman parte del pensamiento utópico no son simples *jeux d'esprit* sino verdaderos programas de reforma que pueden implementarse siempre y cuando existan voluntad y poder⁷.

Por otro lado, la obra de John Rawls, al igual que ocurre con la aportación del profesor Elías Díaz, no es una utopía porque nuevamente faltaría el elemento formal, esto es, la descripción detallada de una sociedad ideal que se rija según los principios del Derecho de los pueblos. Lo más cerca que se encuentra del pensamiento utópico es cuando inventa una sociedad, a la que llama Kazanistán, para ejemplificar cómo sería una sociedad no liberal pero decente (Rawls, 1999, pp. 75-78), pero le seguiría faltando, o al menos sería deseable, un mayor detalle en la descripción. Mi insistencia en la necesidad del elemento formal, tanto en este caso como en el anterior de Elías Díaz, se debe a que la originalidad del pensamiento utópico es fruto de una extraña simbiosis entre literatura (elemento formal) y filosofía política (elemento material) que determina que en el pensamiento utópico

⁷ G. WINSTANLEY tituló la obra en que incluye uno de sus proyectos utópicos de reforma como *The Law of Freedom in a Platform*, la cual dedicó a Cromwell, precisamente para recalcar que era realizable.

deba analizarse conjuntamente continente y contenido (Suvin, 1973, p. 123; Kuon, 1992, pp. 41-42). Si solamente se insiste en uno de ellos, cobrando mayor protagonismo que el otro, entonces tenemos el peligro de escorarnos hacia una novela con trasfondo político (*El agente secreto* de Joseph Conrad) o hacia el simple uso de imágenes en el pensamiento político (*Leviatán* de Thomas Hobbes). En vez de hacer una exposición abstracta de los principios (políticos, filosóficos, éticos, religiosos, económicos, etc.), el utopista plantea su propuesta con un ropaje literario. A diferencia de otras propuestas políticas de reforma, el pensamiento utópico describe una sociedad completa, en funcionamiento, convirtiéndose de ese modo en un escaparate en el que observar las intenciones del autor acerca de la sociedad (Eliav-Feldon, 1982, p. 1). Por tal motivo, el elemento literario sabiamente mezclado con la reflexión política es clave en la caracterización del pensamiento utópico y la falta de actualidad de éste bien puede deberse a que muy pocos autores usan la literatura en la reflexión política más allá de lo meramente decorativo. Las imágenes en política se han convertido en elementos que embellecen un determinado trabajo y se les ha quitado toda la fuerza reivindicativa y educativa que pueden llegar a tener (Whitebrook, 1995, p. 56). Este elemento heurístico promueve un proceso activo de meditación sobre una serie de cuestiones políticas relevantes, sobre la potencial relevancia de ciertas reformas en futuros desarrollos. El elemento literario, como señala Barbara Goodwin, da grandeza al método utópico: «El hombre tiene la facultad de la fantasía; puede imaginar lo que no existe. El empirista se abstiene de usar esta facultad, confinándose a las observaciones de lo que es. El utopista la emplea para construir posibles alternativas y al hacerlo selecciona de modo natural un método que hace de la teoría relevante, no un simple hecho» (Goodwin, 1980, p. 390).

III

El tercer y último apartado voy a dedicarlo a contestar a la pregunta que lanza Cristina Monereo y que plantea, en mi opinión, dos cuestiones muy importantes en el campo de los estudios utópicos: cuál es la función y cuál es la actualidad del pensamiento utópico.

Daniel Innerarity afirma en *La Sociedad Invisible* que el debate acerca de la actualidad del pensamiento utópico debe partir de «la suposición de que lo que ha llegado a su fin no es la utopía sino determinadas formas del pensamiento utópico. Por eso no se trata de renunciar completamente a la utopía, sino de llevar a cabo una nueva determinación de lo utópico» (Innerarity, 2004, p. 204). En este proceso de determinación de lo utópico vamos a encontrarnos, en primer lugar, con que el pensamiento utópico, en general, no está presente de un modo explícito, ni implícito, en el discurso político actual (sobre

todo en el de los partidos democráticos de izquierda) porque «utopía» ha sido considerado uno de los conceptos malditos en el campo de la Teoría y Filosofía Política. Esa maldición se debe a que desde ciertas *cátedras* se ha fomentado, y no se ha combatido suficientemente, la equiparación entre el ideal utópico y el totalitarismo y el fanatismo. El estudio de la historia del pensamiento utópico hubiera sido una de las armas más eficaces para luchar contra este argumento porque si algo muestra dicho estudio es que muchos autores que cultivaron el género utópico mantenían, como ya he señalado, una clara postura antitiránica y de defensa del sometimiento del Poder al Derecho y de reconocimiento de derechos y libertades básicas. No todos los autores utópicos han pretendido imponer por la fuerza de las armas la sociedad que se vislumbraba en el texto, sino que muchos de ellos se conformaban, como ya he señalado, con que los nuevos principios propuestos inspirasen las instituciones de gobierno de su sociedad. Como afirma Barbara Goodwin, la constatación de que en la historia del pensamiento utópico han estado presentes algunos casos en que la coerción y la violencia han sido utilizadas para cambiar la sociedad no justifica que se establezca una relación universal, necesaria, permanente entre el pensamiento utópico y los métodos violentos. El utopista no tiene que usar necesariamente la violencia para ver realizado su proyecto sino que también puede, y a menudo lo hace, promover el cambio a través del ejemplo que proporcionan comunidades experimentales o de la educación. El utopista no está obligado a imponer coactivamente sus ideas en los otros, sino que simplemente puede promoverlas haciendo uso de la autoridad de la razón (Goodwin, 1980, pp. 395-396) y, gracias a esa mezcla única de forma externa y contenido material, puede llegar a tener un gran poder persuasivo.

El uso de la violencia no es, por lo tanto, una parte inevitable en el programa político que señala los pasos que hay que dar para la construcción de la utopía, para pasar de aquí a allí, aunque en determinados casos bien podría estar justificado su uso si fuese el único camino para acabar con un sistema político que sistemáticamente negase los derechos y libertades básicas de las personas; si fuese una de esas sociedades *indecentes* o *fuera de la ley* de las que habla John Rawls. En este sentido, el propio Tomás Moro considera que está legitimado el uso de la guerra si la finalidad es «liberar del yugo y esclavitud de un dictador a algún pueblo oprimido por la tiranía» (Moro, 2001, pp. 178-179).

No obstante, el utopista serio, con mayor realismo, con un verdadero sentido político de la realidad —no olvidemos los estrechos lazos y vinculaciones políticas que muchos autores utópicos han mantenido, empezando por Tomás Moro y siguiendo con Gerrard Winstanley o William Morris—, consciente de que sus reformas no van a producirse por interdicción divina o por concesión caprichosa de la naturaleza (Davis, 1985, p. 46), «se persuade de buen grado —como afirma Raymond Trousson— de que bastaría poca cosa para que su pensamiento

abstracto afrontara victoriosamente la realidad, para que se reconociera la superioridad de su construcción sistemática respecto de la existente. Hay en él un legislador impaciente por trabajar en lo concreto, en la materia viva. En la calma del despacho en el que ha construido su ciudad ideal, patalea al pensar en lo que podría realizar, si tuviera el poder (...) *Sueña*, literalmente, con el poder que le permitiría transformar su teoría en realidad. Si acaso, se contentaría con inspirar a alguien que tenga dicho poder, con ser el genio benefactor que dicte su uso, aceptaría reinar por persona interpuesta. Así se explica la ingenuidad de algunos utopistas que ofrecieron a los poderosos de su tiempo la immaculada maqueta de su ciudad» (Trousson, 1995, p. 40). Así, una utopía es un sueño que podría convertirse en realidad si suficiente gente la lee, está de acuerdo con los principios que se proponen, y actúa en la dirección adecuada para implementarla (Stillman, 2001, p. 15).

Salvado este obstáculo, el carácter emancipador de la utopía debe recuperarse en el programa político de los partidos democráticos de izquierda para gestionar los problemas políticos tanto a escala local como a escala global. Como ha señalado Eusebio Fernández, «la izquierda política humanista y democrática (es decir, la única que merece la pena) da la impresión de que siente vergüenza de que se la tome por utópica, cuando este calificativo debería ser la verdadera seña de identidad y la característica definitiva de la izquierda» (Fernández García, 2002, p. 15). La izquierda democrática no tiene que avergonzarse de su herencia utópica y debe sacudirse los complejos históricos frente al pensamiento conservador que la ha tildado de ilusa e inocente⁸. El talante utópico, en todo caso, debe ser serio, responsable, realista, esto es, debe describir la posibilidad real de alcanzar un nuevo mundo en el que se combine equidad política y justicia para todas las personas y todos los pueblos (*vid.* Rawls, 1999, p. 6). Este tipo de utopista no vende humo, simples ensoñaciones o castillos en el aire sino que teniendo los pies en el suelo trasciende la realidad y el futuro inmediato, aumentando «lo que ordinariamente pensamos sobre los límites de la posibilidad política práctica» (Rawls, 1999, p. 6). Como sostiene Daniel Innerarity comentando la obra de Rawls, «las utopías comienzan siempre definiendo ideales y aspiraciones, y terminan generando una discusión acerca de qué entendemos por realidad, qué es lo posible y cuáles son nuestros márgenes de acción (...) un examen de la utopía permite volver a revisar la idea que tenemos

⁸ Como ha podido comprobarse recientemente en las críticas que ha recibido el primer discurso del Presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero, ante la Asamblea General de Naciones Unidas. El discurso completo puede obtenerse dentro del apartado de intervenciones del Presidente en la página web www.la-moncloa.es. Dos ejemplos de las críticas vertidas por parte del pensamiento conservador español pueden consultarse en www.elmundo.es/elmundo/2004/09/22/espana/1095852324.html y en www.libertaddigital.com/opiniones/opi_desa_20639.html. Las tres páginas fueron consultadas el día 1 de diciembre de 2004 entre las 15:00:04 y las 15:10:19.

de nuestros límites, analizar las posibilidades alternativas, ponderar el alcance de lo razonable y recuperar una noción de futuro en el que proyectar nuestras aspiraciones de manera que no falsifiquen la estructura abierta del porvenir humano» (Innerarity, 2004, p. 200).

Esto hace que desde la utopía la construcción del nuevo discurso político deba ser más ingeniosa, menos monótona en lo social y menos previsible en lo económico; debe diversificar caminos y procedimientos; debe incorporar a las personas y grupos sociales que tradicionalmente han sido excluidos y/o han estado alejados de la política (Harris, 2001); debe ser un discurso en el que se vislumbre la construcción de *un lugar para todos* (Barber, 2000); y debe resaltar y evidenciar las diferencias sustanciales que existen entre el tipo de sociedad que propone la izquierda democrática y la derecha conservadora. Debe ser un discurso que transmita la esperanza de que es posible otra forma de hacer política, de ordenar la sociedad, de que hay una alternativa política seria que no ignora los rasgos básicos de las condiciones presentes (Vallespín, 2001, p. 210). En este sentido de nuevo Innerarity afirma: «La función de la utopía podría formularse del siguiente modo: ser el ángulo ciego de la política. Los sistemas democráticos no hacen otra cosa que mantener abiertas las posibilidades futuras de elección. Que el futuro está abierto significa que las cosas *pueden* cambiar. El futuro abierto proporciona un espacio en el presente para comprar futuros presentes alternativos» (Innerarity, 2004, p. 215).

Esta nueva forma de hacer política debe enfrentarse al pragmatismo político ramplón *cortoplacista* que parece que se ha apoderado de todo y debe reivindicar el talante utópico de nuestra conciencia política, esto es, un talante crítico, inconformista y reformista, deseoso de una sociedad mejor, más solidaria, justa e igualitaria; abandonándose la creencia de que la actual sociedad es el mejor mundo posible —como algunos defenderían—, que no se puede ir más allá, que más vale conservar lo que tenemos que embarcarnos en aventuras de ingeniería constitucional o en innovaciones sociopolíticas no carentes de riesgos (Vallespín, 2000, p. 11). El propio John Rawls reclama este talante utópico en el modo de hacer política pues, en su opinión, no puede permitirse que los males del pasado y del presente afecten a nuestra esperanza en el futuro. Si se rechaza por imposible la idea de que es factible alcanzar una sociedad más justa y mejor ordenada, se afectará y determinará de manera muy significativa a nuestras actividades políticas, a su calidad y a su tono (Rawls, 1999, pp. 22 y 128)⁹.

⁹ Esta actitud reformista utópica es la fuente en que se inspira el libro escrito por S. GEORGE, *Otro mundo es posible si...* (2004), cuyas ideas han calado muy hondo, por ejemplo, entre los organizadores del Foro Social Mundial. Susan George defiende la posibilidad de configurar otro modelo político, social, económico siempre y cuando se identifiquen claramente cuáles son los adversarios, los problemas, las soluciones que se proponen y los medios para llevarlas a cabo.

El pensamiento utópico no debe hacer simples pronósticos o previsiones sino que debe proponer reformas de largo alcance y a largo plazo que tengan como objetivo gestionar los problemas tanto a escala local como a escala global y con ello transformar radicalmente la sociedad. En el plano global la transformación requeriría la redefinición del papel de las Naciones Unidas para que pueda llegar a construir una verdadera *Comunidad de Naciones* (Kant, 1985; Kant, 1994) y con ello salir del estado de naturaleza hobbesiano en el que se encuentra la comunidad internacional (Lumia, 1960, p. 122). Sé que es difícil que esto suceda pero no creo que sea imposible, ni tampoco inútil su formulación. Como señala Innerarity, «Por supuesto que cuando se habla de utopías nos estamos refiriendo a situaciones cuya realidad sobrepasa la experiencia alcanzable. Pero lo que se pretende, aunque sea inalcanzable ha de tener sentido. No hay nada que objetar contra los principios regulativos que respetan esta condición. Cuando respetan lo humano, aun cuando apunten más allá de lo humanamente posible, producen una tensión creativa entre el presente y el futuro, entre lo realizado y lo irrealizable. Las ideas que tensan nuestras expectativas de este modo son un antídoto eficaz contra la utopía fantasmiosa» (Innerarity, 2004, p. 212). ¿Por qué no imaginar una reforma de la Organización de Naciones Unidas que suponga construir una Federación de Estados de Derecho a escala global en el que todos sus miembros estarán sometidos al imperio de la ley y en todos se positivizan, se protegen y se desarrollan de un modo real y efectivo una determinada concepción de los derechos humanos? ¿Por qué no imaginar un mundo en el que exista un Tribunal Penal Internacional verdaderamente eficaz? En el plano local o *glocal* (español y europeo) tenemos ejemplos recientes de dos transformaciones en que, en mi opinión, el *espíritu utópico* ha estado muy presente. Me refiero, en primer lugar, a la propuesta de reforma legislativa que hace posible que en España las parejas formadas por personas del mismo sexo puedan casarse legalmente y, en segundo lugar, a la entrada en funcionamiento del *euro* como moneda única en casi todos los países que forman parte de la Unión Europea. ¿Cabía imaginar hace 25 años, cuando la Constitución entró en vigor en España, que algún día las parejas formadas por personas del mismo sexo, amparándose en el artículo 32, podrían contraer matrimonio? ¿Cabía en la mente de los *padres fundadores* del Mercado Común que llegaría el día en que los países miembros abandonarían sus monedas nacionales y adoptarían una moneda europea? Creo que cualquier persona a la que se hubiera preguntado hace 10 ó 15 años habría dicho que ese tipo de reformas políticas y legislativas eran utópicas, siendo aquí el adjetivo usado en la peor de las acepciones posibles pues equivaldría a algo deseable pero irrealizable.

Lo utópico en esas propuestas estaba precisamente en trascender la realidad e imaginar otra sociedad. El pensamiento utópico nos invita a realizar un experimento mental con el que imaginar cómo sería la

sociedad si se llevasen a cabo una serie de reformas. Invito a las/os lectoras/es a hacer ese ejercicio mental e imaginar cuál podría ser, o le gustaría que fuese, la próxima reforma legislativa o decisión política que tuviera un espíritu utópico similar a las anteriores. Obviamente esta pregunta admite múltiples respuestas, dependiendo del plano local o global en el que nos movamos, siendo unas más serias que otras: una verdadera Constitución para Europa; selecciones deportivas autonómicas compitiendo en Olimpiadas; la constitución de un Estado libre asociado; la equiparación económica de las pensiones más bajas con el salario mínimo interprofesional, etc. Yo, por mi parte, siguiendo la tradición de Johann Valentin Andreae o de Robert Burton, sostengo como una parte concreta de *mi* utopía (Ramiro, 2002, p. 32) que las normas que regulen la materia de extranjería y de ciudadanía tanto a nivel nacional como europeo recojan las propuestas que, entre otros, hace el profesor Javier de Lucas en sus innumerables obras sobre la materia (De Lucas, 1994; De Lucas, 1996). La libertad de circulación en la Unión Europea no debe garantizarse sólo a los bienes y los capitales sino también a las personas. Si Europa quiere ser algo más que una simple zona de libre comercio no debe olvidar la cuestión de los derechos humanos. Eso supone que Europa no puede convertirse en una fortaleza inexpugnable que es asediada todos los días por miles de personas y que se cobra todos los días víctimas inocentes. En *mi* utopía África deja de ser el continente olvidado, maldito, abandonado; no es más nuestro *patio trasero* en el que enterramos nuestros residuos radiactivos o ensayamos sin los debidos controles nuestros medicamentos. ¿Por qué no se ha aprovechado la oportunidad que ha ofrecido la iniciativa de dotar de una Constitución a la Unión Europea para disponer de las instituciones jurídicas y los medios económicos con los que garantizar a todas las personas que se encuentren en su territorio un mínimo común tanto de derechos civiles y políticos como de derechos sociales? Otra parte de *mi* utopía consistiría en la redefinición del ámbito de la política con el fin de que los *nuevos* ciudadanos recuperen el interés por los asuntos públicos y no se encierren en la esfera privada. Así, entre los nuevos cauces de participación política instauraría de forma obligatoria los presupuestos participativos en el ámbito local. ¿Estas propuestas normativas serían la solución, o al menos parte de ella, de los problemas políticos que nos rodean? Sólo la puesta en funcionamiento de alguna de las propuestas nos podría sacar de la duda. Como puede leerse en el Libro I de *Utopía*, llamado «Del Consejo», «No es fácil adivinar –dijo entonces el Cardenal– si el cambio del sistema penal sería ventajoso o no, toda vez que no tenemos la menor experiencia de ello (...) Si una vez experimentado el sistema, se ve que da resultado, no hay inconveniente en regularlo» (Moro, 2001, p. 91).

Como muy bien sentencia Cristina Monereo, «Todo puede ser transformado, sólo hace falta la suficiente imaginación capaz de proponer reformas. La utopía es la fuerza que desafía hacia el cambio, el

salto cualitativo que supera lo viejo, y abre camino a lo nuevo». O como afirma John Rawls, «los límites de lo posible no vienen dados por lo real porque, en mayor o menor grado, podemos cambiar las instituciones políticas y sociales, y muchas otras cosas. De ahí que tengamos que apoyarnos en conjeturas y especulaciones, y esforzarnos en sostener que el mundo social que soñamos es factible y puede existir realmente, si no ahora, entonces en un futuro más feliz» (Rawls, 1999, p. 12). La historia del pensamiento utópico está repleta de obras en que se han imaginado otros mundos posibles, otras utopías realizables, esto es, otras formas de organizar la sociedad bajo principios y valores diferentes de los que informaban las instituciones vigentes en la realidad. En esas obras se aprende que toda institución social, incluso la considerada más inamovible, puede ser transformada pues su existencia, en última instancia, depende de un acto de voluntad humana, afectándose con dicha transformación a la propia identidad de la sociedad. Obviamente la transformación debe ser responsable, con todo lo que esto supone e implica en el ámbito de la política, para no causar más daño que el que pretende evitarse. En este sentido, creo que un simple cálculo del incremento de la felicidad global no sería suficiente a la hora de proponer o pretender realizar un nuevo modelo de sociedad pues esto podría llevarnos, por una *pendiente resbaladiza*, a considerar que ningún coste es relevante para alcanzar esa felicidad global. Deben evitarse las soluciones únicas *utópicas* que científicamente pretenden resolver todos y cada uno de los problemas políticos y sociales, alcanzando la *cuadratura del círculo*, eliminando lo contingente; estableciendo un pensamiento único que acabe con las alternativas y las disconformidades parciales; sacrificando algunos de los valores en que fundan los derechos humanos. En todo caso, creo que la utopía actual no debe renunciar a construir un entramado institucional que permita convivir con la contingencia, la dialéctica, las alternativas, las disconformidades parciales. Como sostiene Wayne Hudson, el pensamiento utópico debe contribuir a la reforma social, cultural y política sin promover la aparición de mentalidades totalitarias (Hudson, 2003, pp. 1-2).

Con todo lo anterior creo que puede afirmarse que la función del pensamiento utópico es clara pero lamentablemente, por la razón antes adelantada, su actualidad no lo es. En todo caso, y a pesar de su falta de presencia, el pensamiento utópico no ha fallecido, como algún autor se ha aventurado a declarar (Kolakowski, 1983), y no puede prescindirse de él; más bien todo lo contrario: «la reflexión utópica es irrenunciable para el pensamiento político social» (Innerarity, 2004, p. 217), o como dice Zygmunt Bauman «comparar la vida “que es” con la vida “como debería ser” es un atributivo definitorio, constitutivo de la humanidad» (Bauman, 2003, p. 11). El pensamiento utópico, al expresar lo que falta o lo que está mal en la sociedad, nos ofrece un buen camino para llegar a conocer la misma sociedad. Debe continuarse con la formulación de propuestas de proyectos de reforma

política que tratan (aunque algunos no lo consigan) de mejorar las condiciones de vida de las personas y, como señala Rawls, «más bien debemos alimentar y fortalecer nuestra esperanza con el desarrollo de una concepción razonable y eficiente de la justicia política para las relaciones entre los pueblos» (Rawls, 1999, p. 22). Por otro lado, siguen estando aun hoy vivas comunidades utópicas intencionales (p.e. Twin Oaks)¹⁰ que son buenos laboratorios en los que se experimentan otros modelos de convivencia, siendo uno de los mayores retos que se plantean idear los mecanismos institucionales adecuados para gestionar la pluralidad social o multiculturalidad que hoy se presentan como piezas clave de nuestro entramado social. En muy pocas obras utópicas se ha planteado hasta el momento ese reto pues suelen partir de la idea de una comunidad de personas muy o bastante homogénea.

En definitiva, la reflexión utópica no se ha perdido porque nunca ha tenido una materia específica sino que siempre se ha alimentado de la desafección con la realidad, y dicha desafección sigue estando presente con la actual distribución de las cosas y con el actual gobierno de las personas. No se ha alcanzado el mejor de los mundos posibles, la forma óptima de la república, sino que todavía queda mucho por hacer. La utopía marca el objetivo hacia el que debe encaminarse la acción política en ese camino interminable, agotador, con avances y retrocesos, lleno de obstáculos hacia la sociedad ideal. Como señala Eduardo Galeano en su obra *Las palabras andantes*: «Ella está en el horizonte –dice Fernando Birri–. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. ¿Para qué sirve la utopía? Para eso sirve: para caminar» (Galeano, 2001, p. 310).

BIBLIOGRAFÍA

- AGOSTINO, L. (1957): *La Repubblica Immaginaría*, a cura di L. Firpo, Edizioni Ramella, Torino.
- AMIS, M. (2004): *Koba el temible*, trad. A.-P. Moya, Anagrama, Barcelona.
- ANDREAE, J. V. (1996): *Christianopolis*, ed. E. García, Akal, Madrid.
- ANSUATEGUI, F. J. (2002): «Kant, Rawls y la moralidad del orden internacional», *Revista de Ciencias Sociales*, 47, pp. 593-631.
- BACCOLINI, R.; MOYLAN, T. (eds.) (2003): *Dark Horizons: science fiction and the dystopian imagination*, Routledge, London.
- BACON, F.: (1993): «La Nueva Atlántida», en *Utopías del Renacimiento*, trad. A. Millares y A. Mateos, FCE, México, pp. 235-273.

¹⁰ La comunidad intencional de Twin Oaks mantiene una página web, www.twinoaks.org, en la que puede encontrarse información útil sobre sus principios, organización y funcionamiento, así como enlaces con páginas web de otras comunidades.

- BARBER, B. R. (2000): *Un lugar para todos*, trad. C. Ossés, Paidós, Barcelona.
- BARRANCO, M. C. (2000): *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid.
- BAUMAN, Z. (2003): «Utopia with no topos», *History of the Human Sciences*, 16:1, pp. 11-25.
- BELLAMY, E. (1996): *Looking Backward*, ed. C. Tichi, Penguin.
- BOOKER, M. K. (1994): *The dystopian impulse in modern literature: fiction as social criticism*, Greenwood Press, London.
- (1994b): *Dystopian literature: a theory and research guide*, Greenwood Press, London.
- BROWN, C. (2002): «The construction of a “realistic utopia”: John Rawls and international political theory», *Review of International Studies*, 28, pp. 5-21.
- BURTON, R. (1997) *Anatomía de la Melancolía*, trad. J. Mateo, Asociación Española de Neuropsiquiatría, Madrid.
- CALCAGNO, G. C. (1992): «La scienze in distopie», en *Per una definizione dell'utopia*, a cura di N. Minerva, Longo Editore, Ravenna, pp. 339-367.
- CALLENBACH, E. (1980): *Ecotopía*, trad. B. Berlin y M. Gaviria, Trazo Editorial, Zaragoza.
- CAMPANELLA, T. (1993): «La Ciudad del Sol», en *Utopías del Renacimiento*, trad. A. Millares y A. Mateos, FCE, México, pp. 141-231.
- COHN, N. (1993): *En pos del Milenio. Revolucionarios milenaristas y anarquistas místicos de la Edad Media*, trad. R. Alaix, C. Bustamante y J. Ortega, Alianza Editorial, Madrid.
- DAVIS, J. C. (1985): *Utopía y la sociedad ideal. Estudio sobre la literatura utópica inglesa 1516-1700*, trad. J. J. Utrilla, FCE, México.
- DE LUCAS, J. (1994): *El desafío de las fronteras: derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid.
- (1996): *Puertas que se cierran: Europa como fortaleza*, Icaria, Barcelona.
- DÍAZ, E. (1966): *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid.
- DORADO, J. (2001): *La lucha por la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ECCLESHALL, R. (1993): «Introducción: el mundo de la ideología», en R. Eccleshall, V. Geoghegan, R. Jay & R. Wilford, *Ideologías Políticas*, trad. J. Moreno, Tecnos, Madrid, pp. 13-40.
- ELIAV-FELDON, M. (1982): *Realistic Utopias. The ideal imaginary societies of the Renaissance 1516-1630*, Clarendon Press, Oxford.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (2002): «Presentación», en Miguel A. Ramiro Avilés, *Utopía y Derecho. El sistema jurídico en las sociedades ideales*, Marcial Pons, Madrid, pp. 13-19.
- GALEANO, E. (2001): *Las palabras andantes*, Siglo XXI, Madrid.
- GEORGE, S. (2003): *The Lugano Report*, Pluto Press, London.
- (2004): *Otro mundo es posible si...*, trad. B. Wang, Icaria, Barcelona.
- GODWIN, W. (1998): «Godwin's Account of the Composition of *Caleb Williams*», en William Godwin, *Caleb Williams*, ed. D. McCracken, Oxford University Press, Oxford, pp. 335-341.
- GOODWIN, B. (1980): «Utopia defended against the liberals», *Political Studies*, 28:3, pp. 384-400.
- HALL, J. (1981): *Another world and yet the same (Mundus Alter et Idem)*, trans. J. M. Wands, Yale University Press, New Haven.

- HARRINGTON, J. (1987): *La República de Océana*, trad. E. Díez-Canedo, FCE, México.
- HARRIS, T. (2001): «Introduction», en *The Politics of the Excluded*, ed. T. Harris, Palgrave, Houndmills, pp. 1-29.
- HINKELAMMERT, F. J. (2002): *Crítica de la razón utópica*, ed. J. A. Senent, Desclée de Brouwer, Bilbao.
- HUDSON, W. (2003): *The reform of Utopia*, Ashgate, Aldershot.
- HUXLEY, A.. (1996): *Un Mundo Feliz*, trad. R. Hernández, Plaza & Janés, Barcelona.
- INNERARITY, D. (2004): *La Sociedad Invisible*, Espasa, Madrid.
- KANT, E. (1985): «Idea de una historia universal en sentido cosmopolita», en Emmanuel Kant, *Filosofía de la Historia*, trad. E. Ímaz, FCE, México, pp. 39-65.
- (1994): *Sobre la Paz Perpetua*, trad. J. Abellán, Tecnos, Madrid.
- KATEB, G. (1963): *Utopia and its enemies*, The Free Press of Glencoe, London.
- (1979): «Utopías y utopismo», *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, dir. D.L. Sills, vol. 10, Aguilar, Madrid, pp. 597-600.
- KOLAKOWSKI, L. (1983): «The Death of Utopia Reconsidered», *The Tanner Lectures on Human Values*, 4, pp. 227-248.
- KUMAR, K. (1987): *Utopia and anti-utopia in modern times*, Basil Blackwell, Oxford.
- KUON, P. (1992): «Le primat du littéraire. Utopie et Méthodologie», en *Per una definizione dell'Utopia*, a cura di N. Minerva, Longo Editore, Ravenna, pp. 41-49.
- LASSMAN, P. (2003): «Political theory as utopia», *History of the Human Sciences*, 16:1, pp. 49-62.
- LUMIA, G. (1960): *La dottrina kantiana del Diritto e dello Stato*, Giuffrè, Milano.
- MANNHEIM, K. (1993): *Ideología y Utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*, estudio preliminar L. Wirth, trad. S. Echevarría, FCE, México.
- MANUEL, F. E.; MANUEL, F. P. (1984): *El pensamiento utópico en el mundo occidental*, 3 vols., trad. B. Moreno, Taurus, Madrid.
- MCCRACKEN, D. (1970): «Godwin's Literary Theory: the alliance between fiction and political philosophy», *Philological Quarterly*, 49:1, pp. 113-133.
- MONETI CODIGNOLA, M. (1987): «Sul rapporto utopia-distopia», en *Utopia e distopia*, a cura di A. Colombo, Franco Angeli, Milano, pp. 321-340.
- (1992): *Il paese che non c'è e i suoi abitanti*, La Nuova Italia Editrice, Firenze.
- MORO, T. (2001): *Utopía*, trad. P. Rodríguez Santidrián, Alianza, Madrid.
- MORRIS, W. (1995): *News from Nowhere*, ed. K. Kumar, Cambridge University Press, Cambridge.
- MORTON, A. (1952): *The English Utopia*, Lawrence & Wishart, London.
- MOYLAN, T. (1986): *Demand the impossible: science fiction and utopian imagination*, Methuen, London.
- (2000): *Scraps of the untained sky: science fiction, utopia, dystopia*, Westview, Oxford.
- ORWELL, G. (1983): *1984*, trad. S. Brownell, Editorial Debate, Madrid.
- PATRIZI DA CHERSO, F. (1991): «La Ciudad Feliz», en *Las ciudades ideales del siglo XVI*, ed. y trad. E. Moreno, Sendai, Barcelona, pp. 64-83.

- PECES-BARBA, G. (1997): *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- RAMIRO, M. A. (2000): «The Law based Utopia», *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 3, numbs. 2-3, pp. 225-248. También publicado en *The Philosophy of Utopia*, ed. B. Goodwin, Frank Cass, London, 2001, pp. 225-248.
- (2002): *Utopía y Derecho. El sistema jurídico en las sociedades ideales*, Marcial Pons, Madrid.
- RAWLS, J. (1999): *The Law of Peoples*, Harvard University Press.
- RICOEUR, P. (1997): *Ideología y Utopía*, trad. A. L. Bixio, Gedisa, Barcelona.
- SADURSKI, W. (2003): «“The last thing he wanted”: Realism and Utopia in *The Law of Peoples* by John Rawls», EUI Working Paper Law n° 2003/16, European University Institute, Florence.
- SARGENT, L. T. (1994): «The three faces of utopianism revisited», *Utopian Studies*, 5:1, pp. 1-37.
- SKINNER, Q. (1987): «Sir Thomas More *Utopia* and the language of Renaissance humanism», en *The language of political theory in early-modern Europe*, ed. A. Pagden, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 123-157.
- STILLMAN, P. (2001): «“Nothing is, but what is not”: Utopia as practical political philosophy», en *The Philosophy of Utopia*, ed. B. Goodwin, Frank Cass, London, pp. 9-24.
- SUVIN, D. (1973): «Defining the literary genre of Utopia: some historical semantics, some genology, a proposal and a plea», *Studies in the Literary Genre*, 6:2, pp. 121-145.
- TASIOULAS, J. (2002): «From Utopia to Kazanistan: John Rawls and the Law of Peoples», *Oxford Journal of Legal Studies*, 22, pp. 367-396.
- TROUSSON, R. (1987): «La distopia e la sua storia», en *Utopia e distopia*, a cura di A. Colombo, Franco Angeli, Milano, pp. 19-34.
- (1995): *Historia de la literatura utópica*, trad. C. Manzano, Península, Barcelona.
- VALLESPÍN, F. (2000): *El futuro de la política*, Taurus, Madrid.
- WINSTANLEY, G. (1965): «The Law of Freedom in a Platform», en *The Works of Gerrard Winstanley*, ed. G.H. Sabine, Russell & Russell, New York, pp. 499-602.
- ZAMYATIN, Y. (1993): *Nosotros*, trad. J. López-Morillas, Alianza Editorial, Madrid.

IV

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA



AL-HAKIM, Tawfiq, *Diario de un fiscal rural*, trad. y prólogo de Emilio García Gómez, Ediciones del Viento, A Coruña, 2003, 159 pp.

Acostumbra a ser el juez la figura que ocupa el principal protagonismo en los relatos cuya trama involucra la acción de la Administración de Justicia. Que ello suponga una fortuna o una desventura es ya otra historia. Le sigue luego, a muy corta distancia, el abogado defensor, quien a menudo termina por cosechar mayor popularidad que aquél. En último lugar aparece siempre el fiscal que, además de por uno u otro preterido e incluso a veces en todo postergado, para llegar a abandonar la posición a que —contra toda lógica— le conduce atraerse con gran facilidad la antipatía social, acaso también muy poco suelen ayudar a evitarlo —justo, no obstante, es reconocerlo— los propios méritos. Las tareas de esa magistratura postulante, por lo general presentada como de exclusiva función acusatoria, se convierten en una inconveniencia que a pocos sugiere demasiadas posibilidades literarias. Supo aprovecharlas sin embargo Julian Barnes (n. 1946. Leicester) en *El puercoespín* (1992)¹, revistiendo metafóricamente de púas los guantes que cubrían las manos del fiscal Peter Solinsky, encargado de dirigir la acusación del Estado en el proceso contra el viejo dictador comunista Stoyo Petkanov, trasunto literario del líder búlgaro Todor Zivkov, en un enjuiciamiento inmerso en la presión mediática, televisiva, y rodeado de la atmósfera de frivolidad *poscomunista*², que asimismo más tarde transfundió de la ficción a la realidad en el del albanés Ramiz Alia (1999). Aunque, bien pensado, antes Ivan Klíma (n. 1931. Praga), en *El juez juzgado* (1986)³, se había hecho ya eco de varias contradicciones latentes en la responsabilidad personal y política de un personaje semejante, pero utilizando en su caso al juez praguense Adam Kindi, un juez de escrúpulos imperfectos llamado a administrar una justicia deficiente.

¹ Julian BARNES, *El puercoespín* (1992), trad. de Francisco Javier Calzada, Anagrama, Barcelona, 1993, 174 pp.

² Representada en el joven cínico Atanas que defiende la «libertad de no ponernos serios», del «derecho a ser frívolo el resto de mi vida», que en la época anterior fue «comportamiento antisocial. Gamerrismo» y ahora, con el nuevo estado de cosas, su «derecho constitucional» (p. 169).

³ Ivan KLÍMA, *El juez juzgado* (1986), trad. del checo de Frantisek Bakes y rev. de René Palacios More, Edit. Debate, Madrid, 1993, 521 pp.

También *Knight's Gambit* (1949), de William Faulkner (1897-1962)⁴, se cuenta entre los reducidos ejemplos que acuden a un representante del Ministerio Público para protagonizar la narración. Gavin Stevens, licenciado en Filosofía por Harvard y Heidelberg, es el fiscal de distrito (*District attorney*) del imaginario condado de Yoknapatawph, al noroeste del Estado de Mississippi, escenario ético-geográfico que fue igualmente el de *¡Absalón, Absalón!* (1936), al sur de la Unión, y sur del Sur, donde en verdad reverbera el condado de Lafayette, y se localiza la ciudad de Oxford, y en ella la Universidad que le vetó para catedrático honorífico tras recibir el Premio Nóbel de Literatura, el año de la misma fecha de publicación de *Gambito de caballo*. No puede afirmarse que esta obra sea realmente una novela, pero tampoco una mera acumulación de relatos independientes. Las cinco historias que lo integran, además de la última que presta el título que las reúne, se organizan en unidad de conjunto y continuidad a través de la voz narrativa de Stevens, quien nos las relata, si bien el narrador de aquella es parte del tiempo su sobrino, Charles Weddell, hasta que a partir de determinado momento, ya para el final, de nuevo y directamente Stevens recupera el relato, que en el fondo es una historia de amor, donde el fiscal impide un delito de asesinato, aunque no sólo por razones de justicia sino en el afán de recuperar –cuando frisa la cincuentena– a una amada, perdida para veinte años atrás. Fuera de este particular asunto su competencia más regular interesa la investigación, por medio de conjeturas e inferencias, de las conductas criminales cuya autoría corresponde a seres mentalmente retrasados, a individuos primitivos y desclasados, a blancos pobres y a negros sometidos, resultando en la comisión de los violentos hechos una rompedora mezcla, entre acción y reacción, de amor y odio que necesariamente abocan la condición humana de todos los personajes a la autodestrucción y el desastre. Sólo el juez Dunkinfield, «con un porte digno y erguido que los negros llamaban “echado para atrás”», camina lento y señorial por encima de esos destinos miserables y devastadores. No menos ruín es el ambiente que circunda el caso que más recientemente nos presentó la historia de *El río Sabbathday*, de la norteamericana Jean Hanff Korelitz⁵, alegoría de la vida civil en pequeñas poblaciones de los EE.UU., cuya acción arranca con el descubrimiento en el río, a las afueras de Godbard, New Hampshire, por Naomi Roth, judía y fundadora de una cooperativa de mujeres, del cadáver de un recién nacido, imputando el fiscal Robert Charter de infanticidio a una madre soltera, Heather Pratt, que habría mantenido relaciones con un hombre casado⁶. Logra aquél una primera declaración de culpabilidad obtenida de manera ilegal, guiado por las sospechas y prejuicios sociales que infunden las habladurías y el doble rasero moral de la comunidad presidida por la falta de tolerancia y el resentimiento. Construida según las reglas del *suspense* que nutren el género *mystery & thriller*, ofrece su mejor pulso narrativo durante el episodio procesal, en la *cross-examination* que retrata, a través de las ligerezas en los informes de médicos y psicólogos, las debilidades de la acusación, finalmente laminada bajo el formida-

⁴ William FAULKNER, *Gambito de caballo* (1949), trad. de Lucrecia Mereno de Sáenz (1964), Alianza, Madrid, 1972, 231 pp.

⁵ Jean Hanff KORELITZ, *El río Sabbathday* (1999), trad. de Susana Bertuzzi Argüello, Siglo XXI, Madrid, 2000, 544 pp.

⁶ Condicionantes religiosos y legales propios del rigorismo calvinista francés y del puritanismo holandés reflejados desde el pasado literario estadounidense por la clásica *The Scarlett Letter* (1850) de Nathaniel HAWTHORNE (1804-1864).

ble peso de una demoleadora defensa, encomendada a la newyorkina Judith Friedman. Lo aparentemente inverosímil, de tan antimoderno (pero como dice Aristóteles, «es verosímil que a veces las cosas ocurran en contra de la verosimilitud»⁷) y, al propio tiempo, naturalmente, tan cargado de machismo (mas si «por un lado era inverosímil; por otro, era natural», pudo escribir Camus⁸), no obsta poder identificar la realidad de un caso sucedido en Irlanda el año 1984.

En algo similar, y distinta a las anteriores para casi todo lo demás, es el *Diario de un fiscal rural* publicado en 1937 por el egipcio Hussein Tawfiq Al-Hakim (1899-1987), que el prof. García Gómez tradujo para el Instituto Hispano-Árabe de Cultura en 1955. Trasluce en efecto, como alguna de las anteriormente citadas, ciertos rastros de la biografía de su autor e igualmente registra parecidos con la realidad no son mero producto de la coincidencia. Hijo de un magistrado de carrera, Al-Hakim —comprometido con la Revolución de 1919— fue enviado a París en 1925 para proseguir los estudios jurídicos, que allí concluyó. No sería el Derecho, sin embargo, aquello que ya entonces más profundo interés le despertaba, atraído principalmente por la cultura literaria francesa de la época y, en especial, por el estudio de su teatro contemporáneo. Con todo, de regreso a su país en 1929 ejerce durante cuatro años labores jurisdiccionales, nombrado representante de los tribunales civiles del Estado en ciudades como Tanta, Darmanhour y Dessouk, enclavadas en zonas rurales de Egipto. De esa experiencia arracima vivencias directas sobre el funcionamiento de la Justicia en las áreas campesinas y más tradicionales, que luego aprovechará al armar en su *nouvelle* de 1937 una mordaz crítica de los procedimientos judiciales egipcios vigentes. Ciertamente que a la fecha de su publicación parecería hallarse muy alejado de empeñar la insistencia en semejante propósito, al menos por abandonada ya toda dedicación jurídica y su ocupado su esfuerzo, desde 1934, al frente de la Dirección General de Investigación del Ministerio de Educación. Esa circunstancia, y el sucesivo acceso a otros cargos —Director en 1939 del Consejo Social del Ministerio Asuntos Sociales, más adelante académico de la Lengua (1954), Director de la Biblioteca Nacional (1951-58), y por último miembro permanente en París de la delegación egipcia para la UNESCO (1959-60)— así como las temáticas más conocidas en el posterior rumbo de su narrativa, de su creación teatral y en el intelectual como ensayista han llevado a considerar el *Diario de un fiscal rural* desembarazado de inquietud por la denuncia, al menos sería, dado el tono supuestamente humorístico de algunos de los pasajes que integran la confesión diarista del Sr. Fiscal, cuyo nombre nos omite acudiendo sólo a tratamientos de respeto. No comparto esta interpretación.

Lo que esencialmente caracteriza a esta obra y la distingue de otras a las que he ido refiriéndome es atrevimiento que su crítica supone respecto de la situación gubernativa de la justicia y la aplicación de la ley al ciudadano. Reprobación de hábitos y rutinas, desaprobación de la formalidad procedimental que desampara al justiciable, censura del distanciamiento entre ley y realidad, con una falta relación tal que es en ocasiones del todo enajenante. La indolencia, el descuido, la desatención, el abandono, la incuria que todo ello origina son el objeto de su incisivo reproche. Diferente es que la forma

⁷ ARISTÓTELES, *Poética*, 1461a-1461b.

⁸ Albert CAMUS, *El extranjero* (1947), trad. de Bonifacio del Carril, Alianza Edit., Madrid, 1971, p. 92.

de mostrarlo no se entorpezca con un humor inteligente, siempre el más difícil de soportar por la indiferencia. Pero reducir esa intencionalidad, ocultarla y hasta hacerla desaparecer, postulando la obra como un ejercicio de costumbrismo social y pintura de la vida rural de Egipto a comienzos del s. XX es un error completo. Mi punto de vista se acerca al del prologuista allí donde señala: «Lo satírico tiene un fondo amargo. Lo terrorífico se disuelve en un humor sarcástico. Como en una buena limonada, el ácido y el azúcar se contrarrestan sin desfigurarse. Es un poco, *avant la lettre*, la solución del estilo llamado *neorrealista* en el cine italiano. Su receta es fácil, pero su realización resulta muy difícil» (p. 17). Es así, en efecto, como se resume, en elocuente tono de acibarada confesión, la amontonada sabiduría más de veinte años de experiencia del *hayy* Jamis, ordenanza del Tribunal: «no aprovecha en los Tribunales más que el té amargo, con el gusto del *Fernet*», a lo que el fiscal únicamente puede reponer: «El té de los Tribunales y el trabajo de los Tribunales, todo es amargo» (p. 67). Y es así también que la comicidad de escenas como la del cadí lento (cap. II) o del galopante (cap. VI), ésta de tanta analogía con algunos «juicios rápidos» actuales, no provoca la hilaridad sino el bochorno y sonrojo. Tampoco resulta divertido comprobar ciertas corruptelas de la oficina judicial y fiscal (visita a los calabozos, intervención y arqueo de la caja de depósitos, estado e inventario del almacén de pruebas). Nada jocosas acaban por ser las diligencias de reconocimiento judicial, inspección ocular, autopsias o exhumaciones. En añadido, ante los intentos de inmisión del poder político que en trance de elecciones locales amenaza la imparcialidad en ejercicio y vigilancia del orden público, no es precisamente obligarse a contener desatadas carcajadas la actitud que ese asunto puede producir.

En España, dos novelas han presentado el tema; una, con las objeciones de estilo y fuerza narrativa que se quieran⁹, pertenece a Manuel Ciges Aparicio (1873-1936), novelista social todavía en la órbita generacional del 98¹⁰, que con el esclarecedor título *El juez que perdió la conciencia* (1925)¹¹ expone las maniobras electorales propias de la «vieja política» con fondo de dilatado pleito sobre una herencia de tierras y las mandas que de sus rentas habrían debido aplicarse en fundaciones pías y sostenimiento de pobres, y explica las ataduras con que los caciques amordazan y dominan la independencia de Ernesto Marsán, juez del imaginario distrito de Neblino, que luego ascenderá a magistrado, nombrándosele más tarde Teniente Fiscal de la Audiencia que promoverá la acusación de las víctimas cuya misma parcialidad ocasionó; la otra es *El Juez de Tinieblas*¹², de Rafael Pérez Escobar, donde se cuenta de un juez de talante liberal, titular del Juzgado de Instrucción de Tinieblas, población en la comarca burgalesa de Demanda, aportando una idea bastante fiel de las dificultades en la imparcialidad e independencia judiciales durante la década de los 50, el tramo más duro de la dictadura franquista.

⁹ Vid. Pablo GIL CASADO, *La novela social española (1920-1971)*, Seix Barral, Barcelona, 1973 (1.ª ed. 1968). Cita por la 2.ª ed. y reimp. de 1975, pp. 88-89.

¹⁰ Vid. José ESTEBAN-Gonzalo SANTONJA, *Los novelistas españoles (1929-1936)*. *Antología*, Ayuso, Madrid, 1977, p. 11.

¹¹ Manuel CIGES APARICIO, *El juez que perdió la conciencia*, Edit. Mundo Latino, Madrid, 1925, 300 pp.

¹² Rafael PÉREZ ESCOBAR, *El Juez de Tinieblas*, Plaza & Janés Editores, Barcelona, 1995, 304 pp.

Finalmente, volviendo de nuevo a la de Al-Hakim, creo que ni al espasmo muscular ni al hacer saltar lágrimas de risa convocan las notificaciones y despachos de la Fiscalía, a cuya burocracia orgánica sólo preocupa del buen curso de la política judicial la regular remesa de minuciosas circulares sobre el obligado cumplimiento de determinada sistemática, por encima de sus absurdas exigencias, para proceder a una correcta redacción de los atestados, o el alarde permanente y la puntual respuesta a estadísticas sobre los asuntos resueltos y pendientes, alentando en la demora funcional o el sobreabundante papel a proveer con el remedio de un maquinal archivo de las causas.

Es la transcripción de ese malestar, alimentado por tanta esterilidad y tanto tedio, el que se desvela con privada elocuencia en las confidencias que el anónimo fiscal rural de Al-Hakim hace a su diario personal. Decidirse a ponerlo por escrito y entregarlo a los lectores excede el simple límite de una queja testimonial más o menos lúcida. Se trata de una forma de compromiso buscado y aceptado que trae en su interior un verdadero desafío al desengaño. Tampoco estar circunscrito a un lugar y momento concretos le resta posibilidades simbólicas y extrapolables. Para algunos problemas no ha pasado el tiempo ni su percepción depende de la tópica espacial. Quiero dar un ejemplo de esto último refiriéndome a una cuestión cuyo planteamiento alcanza más allá del *genius loci* y el preciso dibujo de las fronteras geográficas. Ataño al tema de la lógica de la motivación y la argumentación justificatoria de las decisiones. En el diario de nuestro fiscal rural se asienta el apunte del diálogo con un joven auxiliar de la Fiscalía, que mueve al siguiente comentario:

«Los magistrados comienzan por pronunciar la sentencia, y es luego cuando proceden a escribir los fundamentos, siendo así que a él le parecía más lógico que fuera al revés. Esta observación es muy valiosa. De hecho, un magistrado sincero me contó que, cierto día, después de haber dictado sentencia en una causa importante, al volver por la noche a su despacho, con los papeles y legajos del pleito, para escribir su informe, reparó en dichos y expresiones que aparecían en el sumario de la vista de aquel día y en los anteriores, así como en la instrucción de la Fiscalía, de los cuales su mente, ahora serena y reposada en medio de la tranquilidad de la noche, dedujo cosas que, de haberlas conocido antes de dictar sentencia, habrían alterado en gran medida los términos de ésta. Pero ¿qué podía hacer ahora, una vez que la sentencia estaba definitivamente dictada y no había modo posible de cambiarla? No cabía hacer nada, y dedicó aquella noche su esfuerzo a extraer del sumario todos los fundamentos que podían justificar la sentencia dictada. Y, en definitiva, ¡cuántos largos informes se escriben así, para justificar y fundamentar una sentencia rápida ya dictada, y no para poner en claro la justicia ni para hacer resplandecer la verdad!» (p. 126).

Pues bien, en las antípodas de Oriente Medio, en lugar tan distante como pueda ser una pequeña aldea del oriente andino chileno, Esteban Solaguren, nombrado juez de la subdelegación rural 13 y 14 del departamento de Santiago y protagonista de la novela que Pedro Prado (Santiago, Chile, 1886-1952) tituló *Un juez rural* (1924)¹³, cavila la siguiente meditación: «Pensar, derivar, obtener una conclusión ¡oh! Sócrates... —murmuraba para sí Solaguren—. El pensamiento es como el agua: dame un ligero desnivel, y llevo el pensamiento donde tú quieras. Creemos juzgar por riguroso razonamiento lógico, y no

¹³ Pedro PRADO, *Un juez rural* (1924), Nascimento, Santiago de Chile, 1968 (6.ª ed.), 200 pp.

hacemos sino rellenar *a posteriori* el espacio que media entre el caso que se nos presenta a examen y nuestra intuición inmediata sobre él. Se engaña o miente quien cree construir razonamientos como algo ajeno a la conclusión espontánea que entrevió desde el primer instante. No por quedar oculta a los que no saben observarse, desde el primer momento, ella deja de estar menos presente. Después, para fingir una aparente continuidad que dé vigor a los que decimos, o que nos libre de culpa por las conclusiones al parecer deducidas, rellenamos el espacio en blanco con huecas trabazones lógicas»¹⁴.

Creo que la comunidad en inquietudes de estas dos novelas, una chilena y la otra egipcia, ambas escritas en el mismo siglo y a escasos años entre sí, es poco borrosa en este punto. Pero existen también ciertas diferencias imborrables. Solaguren dimitió del cargo para el que había sido nombrado, tal vez en un ejercicio de coherencia, tal vez en una generosa concesión a su desconcierto y personal consternación. En cuanto al fiscal rural de Al-Hakim, nada hay que incline a figurarse su renuncia, a pesar del desconuelo y las contrariedades. Es claro que la perplejidad nunca puede servir de evasiva plausible.

José CALVO GONZÁLEZ
Universidad de Málaga

¹⁴ *Ibíd.*, p. 36. Vid. acerca del autor, en la estirpe modernista de Ruben Darío, y de su novela. Guillermo GOTSCHLICH REYES, «Un juez rural de Pedro Prado. Del documento a la creación artística», en *Revista Signos*, XXVII, 37, 1995, pp. 19-32.

ALEXY, Robert; KOCH, Hans-Joachim; KUHLEN, Lothar; RÜßMANN, Helmut, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Nomos, Baden-Baden, 2003, 544 pp.

Asistimos a esta especie de alumbramiento colectivo que es la definición del nuevo paradigma cuyos efectos se hacen notar en todas las esferas del fenómeno jurídico. En este proceso de formación y expansión de un nuevo modelo jurídico-político en el que estamos inmersos y del que somos parte, el razonamiento jurídico ha pasado a ocupar, por diversos motivos (filosóficos, políticos y jurídicos), una posición privilegiada, como pone de manifiesto el grado de desarrollo alcanzado en las últimas décadas por las denominadas «Teorías de la argumentación jurídica». El abandono, tiempo ha, de una concepción mecanicista de la razón jurídica, propia de un enfoque estructural y estático del Derecho, dominada por el *método* y el *conocimiento*, en su acepción más científica, esto es, entendido como aproximación valorativamente neutral a la norma, ha dejado paso a una concepción del razonamiento jurídico gobernada por la idea de razón práctica que convierte la *justificación* o *fundamentación* (aquí términos equivalentes e intercambiables) en máxima aspiración de legitimidad de las decisiones jurídicas. Estos *Materiales para una teoría de la fundamentación jurídica* que ahora presentan Alexy, Koch, Kuhlen y Rüßmann participan del objeto principal de la moderna teoría de la argumentación jurídica, esto es, del concepto de justificación jurídica (o dicho de otro modo, de justificación racional en el marco del ordenamiento jurídico). La obra no es sino una reunión sistemáticamente ordenada de trabajos ya publicados dispersos en diversas revistas y obras colectivas. En ellos se abordan, haciendo uso del instrumental conceptual de la filosofía analítica y de la teoría de la ciencia, distintos aspectos de una metodología jurídica transformada ya por la amplitud de su objeto —que abarca desde la clásica teoría del silogismo jurídico o la argumentación relativa a hechos hasta el actual método de la ponderación— en auténtica *teoría comprehensiva de la fundamentación jurídica*.

Si la fundamentación jurídica consiste en una actividad lingüística orientada a justificar racionalmente las decisiones jurídicas (en el marco del ordenamiento jurídico), desde un punto de vista estrictamente formal, no es distinta a cualquier otro tipo de razonamiento teórico o práctico. Por ello, el primer elemento de una teoría de la fundamentación jurídica se refiere necesariamente a la estructura lógica del razonamiento o *postulado de la deductividad* (*Deduktivitätspostulat*), que establece como condición necesaria de todo razonamiento, también el jurídico, que éste pueda ser reconstruido como una inferencia deductiva, esto es, que la conclusión (decisión) derive lógicamente de las premisas. Pero, en la medida en que esta exigencia es únicamente condición necesaria, pero no suficiente, de la validez de un razonamiento, resulta obvio que la idea de fundamentación jurídica y la de deductividad no son coextensivas. En este sentido, la mayoría de los teóricos de la argumentación suelen distinguir entre dos aspectos de la fundamentación jurídica: la *justificación interna*, que intenta mostrar que la conclusión (decisión) del razonamiento se sigue lógicamente de las premisas, y la *justificación externa*, cuyo objeto es la verdad, corrección o aceptabilidad de las premisas aducidas en la justificación interna¹. Puede afirmarse, por tanto,

¹ WRÓBLEWSKI, J. «Legal Decision and its Justification», en Hubien, H. (ed.) *Legal Reasoning. Proceedings of the World congress for Legal and Social Philosophy*.

que mientras la justificación interna es una cuestión lógica o formal, la justificación externa es el ámbito propio del discurso jurídico, entendido éste como una práctica compleja en la que se despliegan argumentos de naturaleza diversa (en última instancia, teóricos o prácticos) en función del tipo de justificación que corresponde a cada una de las premisas (empíricas o normativas) que componen el razonamiento.

En un trabajo anterior, Koch y Rüßmann² analizan los distintos tipos de premisas que puede incorporar un esquema deductivo complejo hipotético cuya reconstrucción podría formularse del siguiente modo³:

- (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
- (2) $(x) (M^1x \rightarrow Tx)$
- (3) $(x) (M^2x \rightarrow M^1x)$
-
-
-
- (4) $(x) (Sx \rightarrow M^n x)$
- (5) Sa
- (6) $ORa (1)-(5)$

Según este análisis, las premisas de un razonamiento jurídico complejo pueden consistir en:

- (a) Normas jurídicas establecidas a partir de uno o más preceptos jurídicos y que, en todo caso, formulan una norma universal $[(x) (Tx \rightarrow ORx)]$;
- (b) Enunciados que expresan la/s interpretación/es semántica/s de las expresiones jurídicas $[(x) (M^1x, M^2x, \dots, M^n x \rightarrow T)]$;
- (c) Enunciados que completan el supuesto de hecho de una norma y no constituyen una interpretación semántica de la misma [por ejemplo, enunciados del tipo $C \rightarrow (P_1 \text{ P } P_2)$, que establecen una relación de

Bruylant. Bruselas. 1971; Id. «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision». *Rechtstheorie* 5 (1974). Planteamientos similares al respecto pueden verse en PECZENICK (*On Law and Reason*. Kluwer. Dordrecht / Boston / London. 1989, p. 117); AARNIO (*Lo racional como razonable*. Trad. E. Garzón Valdés. CEC. Madrid. 1987, pp. 168 y ss.); MacCormick, que distingue entre «justificación deductiva» o «de primer orden» y «justificación de segundo orden» (*Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford University Press. Oxford. 1994 (2.^a ed.), pp. 67-68 y 101); KOCH y RÜßMANN, que se refieren a un «Hauptschemata» (esquema principal) y un «Nebenschemata» (esquema secundario) en la justificación jurídica (*Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*. Beck. München. 1982, pp. 56 y ss.); o BUCHWALD, que distingue entre «Kernbegründung» (núcleo) y «Mantelbegründung» (cubierta) (*Der Begriff der rationalen juristischen Begründung. Zur Theorie der juristischen Vernunft*. Nomos. Baden-Baden. 1990, pp. 277 y ss.).

² *Juristische Begründungslehre*, p. 119.

³ Este esquema es similar al formulado por Alexy en su *Teoría de la argumentación jurídica* como forma (J.1.2) de la justificación interna (Trad. M. Atienza e I. Espejo. CEC. Madrid. 1997, p. 219), donde « (x) » es un cuantificador universal («para todo x vale que...»); « T » es un predicado descriptivo del supuesto de hecho de la norma; « x » es una variable individual; « \rightarrow » es un condicional («si..., entonces...»); « O » es el operador deóntico (intercambiable por cualquiera de los valores deónticos: obligación, prohibición o permisión); « R » es un predicado descriptivo de una acción que, junto a O , conforma la consecuencia jurídica de la norma; « $M^1x, M^2x, \dots, M^n x$ » son propiedades intensionales de T ; « S » es un predicado descriptivo de unos hechos; y « a » es una constante de individuo (un valor de x , por ejemplo, un nombre propio).

precedencia condicionada entre dos principios $-P_1 (OR)$ y $P_2 (O\rightarrow R)$ — y constituyen auténticos tipos normativos abstractos y universalizables que prescriben la consecuencia jurídica del principio precedente en determinadas condiciones (C), de donde resultaría que $C (= T) \rightarrow OR$ o lo que es lo mismo, vale la norma $(x) (Tx \rightarrow ORx)$];

(d) Enunciados descriptivos de los hechos $[(Sa)]$;

(e) Enunciados que expresan una relación empírica entre las propiedades resultantes de (b) y (c) y estas mismas propiedades en la descripción de los hechos $[(x) (Sx \rightarrow M^n x)$ y, por tanto $(x) (Sx \rightarrow Tx)]$;

(f) Normas extrajurídicas.

(a), (b), (c) y (f) son enunciados normativos; (d) y (e) enunciados empíricos⁴.

La estructura sistemática de *Materiales para una teoría de la fundamentación jurídica* sigue este esquema analítico, de manera que cada uno de los capítulos de la obra en que están agrupados los trabajos guarda correspondencia con un tipo de premisa de las que pueden formar parte del razonamiento jurídico y sus procedimientos de justificación.

Exigencia ineludible de la teoría de la fundamentación jurídica es que el esquema justificatorio se sustente en una premisa consistente en un enunciado jurídico que formule una norma universal $[(x) (Tx \rightarrow ORx)]$, ya se encuentre esta recogida como tal en el ordenamiento, ya pueda derivarse del mismo de un modo u otro. Esta condición presenta, además de un sentido lógico evidente (pues no es posible el razonamiento deductivo sin enunciados universales), una importante dimensión política en relación a los, fundamentales en el Estado de derecho, postulados de sujeción a la ley (*Gesetzbindungpostulat*) e igualdad formal, de cuya realización es condición necesaria el carácter deductivo del razonamiento. Estas cuestiones son tratadas en el primer capítulo de la obra.

El conjunto de trabajos que componen el segundo capítulo establecen las bases para la fundamentación de los enunciados interpretativos de las expresiones jurídicas. Los enunciados interpretativos son afirmaciones acerca del sentido de las expresiones jurídicas, esto es, establecen la intensión de los términos o conceptos utilizados en las expresiones jurídicas $[(x) (M^1 x, M^2 x, \dots, M^n x \rightarrow T)]$; se trata, por tanto, de enunciados extrajurídicos acerca de cuya corrección nada dice las premisas jurídicas. Con base en distintos argumentos interpretativos —lingüísticos, genéticos (subjetivo/objetivo), sistemáticos o prácticos⁵— son posibles distintas atribuciones de sentido a las expre-

⁴ Podría objetarse que las premisas de tipo (b) no tienen carácter normativo si consideramos que $M^1 \dots M^n$ describen los usos lingüísticos existentes. Sin embargo, aunque, en efecto, las interpretaciones semánticas de las expresiones jurídicas puedan sustentarse en el uso convencional de los términos empleados en su formulación, la afirmación de que $(M^1 x, M^2 x, \dots, M^n x \rightarrow T)$, esto es, que $M^1 \dots M^n$ (y únicamente $M^1 \dots M^n$) son propiedades de T relevantes para el razonamiento jurídico, establece qué propiedades de T generan consecuencias jurídicas. Se trataría, por tanto, de un enunciado normativo.

⁵ Sigo aquí la clasificación propuesta por ALEXY en «Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs», en pp. 113-122 (p. 120). RÜBMANN, se refiere, en lo que sin duda se trata de una mera diferencia terminológica, a «lo dicho» (*gesagte*) o «lo querido» (*gewolte*) por el legislador o «lo racional» (*vernünftige*), como argumentos interpretativos («Möglichkeit und Grenzen der Gesetzesbindung», pp. 135-154, en especial, p. 139).

siones jurídicas; la necesidad de discriminar entre las distintas opciones interpretativas, tomando en consideración las dimensiones institucional (especialmente la constitucional) y sustantiva de los distintos argumentos en que éstas se sustentan, vendría a poner de manifiesto el sentido práctico (y, por ende, político), tanto de la teoría de la interpretación jurídica, como de su aplicación.

El método de la ponderación en el Derecho es objeto de estudio en el tercer capítulo. Como es sabido, se denomina así al razonamiento práctico que establece, tomando en consideración circunstancias determinadas, preferencias entre principios, valores u objetivos cuyo valor en abstracto es equivalente $[C \rightarrow (P_1, P_2)]$. El encaje de este método en el esquema planteado tiene lugar en la determinación de la premisa jurídica en cuanto que el resultado de la ponderación no hace sino definir o completar el supuesto de hecho de una norma; no se trata, sin embargo, de una interpretación semántica de la norma, sino de la dilucidación de las condiciones en las que, considerando la/s norma/s jurídica/s concurrentes (no necesariamente varias normas, como es el caso de las normas de discrecionalidad de planificación y actuación administrativas) y las circunstancias fácticas concretas, está justificado seguir o imponer un curso de acción determinado.

El cuarto capítulo está dedicado, asumiendo como presupuesto la posibilidad de su delimitación, a la relación entre las cuestiones de hecho y las cuestiones de Derecho. Se trataría aquí del establecimiento de relaciones de identidad semántica entre el supuesto de hecho de la norma jurídica y la descripción de los hechos, o más exactamente, entre las propiedades que definen el supuesto de hecho de la norma jurídica y la concurrencia de estas mismas propiedades en la descripción de los hechos. En este proceso de asociación (subsunción) de enunciados sobre un hecho acaecido y enunciados que describen el supuesto de hecho de la norma presentando aquél como un caso de éste $[(x) (Sx \rightarrow Tx)]$ la dificultad reside, como es sabido, no ya en establecer la identidad de las propiedades que definen el supuesto de hecho y aquéllas de éstas que concurren en la descripción de los hechos, sino en determinar cuándo concurren o no [esto es, cuándo $(x) (Sx \rightarrow M^n x)$]; lo primero es una cuestión empírica, lo segundo implica en muchos casos algún tipo de valoración.

Únicamente la determinación de los hechos es una cuestión puramente empírica. Las dificultades que se plantean en la justificación de la premisa que formula la descripción de los hechos $[(Sa)]$ vienen dadas por la imposibilidad de contar siempre y en todo caso con los elementos necesarios para la construcción de un razonamiento demostrativo del que resulte inequívocamente la verdad del enunciado. A suplir este déficit de certeza en el discurso de los hechos sirven los trabajos acerca del razonamiento indiciario y probabilístico (de la presunción racional, en definitiva) que componen el quinto capítulo del libro.

El sexto capítulo agrupa, bajo el epígrafe *Gesetzespositivismus oder Radbruchsche Formel* («positivismo legal o la Fórmula Radbruch»), una serie de artículos que reproducen algunos de los argumentos del debate entre positivistas y no positivistas en sus términos más actuales. Según la *Fórmula Radbruch*, una norma positiva (aparentemente válida) carece de naturaleza jurídica si es extremadamente injusta, o dicho en otros términos, la validez jurídica es dependiente en última instancia del contenido de las normas. En el marco de la teoría de fundamentación jurídica que desarrolla esta obra, la discusión acerca de la validez jurídica sobre la base de una apreciación moral

afecta tanto a las premisas normativas extrajurídicas –así, el enunciado que establece la extrema injusticia de una norma positiva, que es un enunciado normativo moral⁶–, como a las premisas que contienen normas jurídicas, ya que las premisas normativas extrajurídicas están orientadas a justificar la validez o invalidez de una norma $[(x) (Tx \rightarrow ORx)]$ y, por tanto, de su incorporación o expulsión del razonamiento jurídico justificatorio.

La perspectiva analítica que proporciona esta obra constituye, en fin, una notable aportación para la teoría de la argumentación jurídica. Más que cada uno de los trabajos que la componen –ninguno inédito, por otra parte– es el conjunto y, especialmente, el esquema analítico a que responde su ordenación sistemática lo que proporciona un valor añadido a estos *Materiales para una teoría de la fundamentación jurídica*. Esto mismo justificaría la referencia a una teoría comprensiva de la fundamentación jurídica, aunque con alguna matización al respecto, ya que, y esto es algo unánimemente admitido, la incorporación de juicios de valor es inevitable en el razonamiento jurídico, de manera que la teoría de la fundamentación jurídica debe acompañarse –al modo de Alexy– de una teoría del razonamiento práctico general. En otros términos, la aproximación analítica no agota la cuestión de la fundamentación jurídica, pero, en cambio, sí muestra qué y de qué modo debe ser fundamentado en el razonamiento jurídico.

José Manuel CABRA APALATEGUI
Universidad de Málaga

⁶ Además de los enunciados normativos de naturaleza moral, tienen cabida en esta categoría los de tipo pragmático (adecuación medios-fines).

BIGOTTE CHORÃO, Luis, *O periodismo jurídico português do século XIX. Páginas de história da cultura nacional oitocentista, Prefácio de Martim de Albuquerque, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2002, 401 pp. (Coleção Temas Portugueses).*

A veces me da el pensar que en la investigación también actúa, como sucede con tantas otras cosas en la vida, el efecto de la mecánica de los sueños. No desearía que los lectores renunciaran a probar en este preámbulo cualquiera de las alternativas que la interpretación de su sentido tolera. Propendiendo, como es mi natural, a un ponderado pesimismo, lo instalé sin embargo con idea de suscitar razonable inquietud acerca de que todo tienda, más tarde o temprano, al olvido. Merced al interior mecanismo fisiológico del sueño olvidamos y, como nosotros y tal vez a nuestra propia imagen, acaso igualmente las escrituras reunidas en las bibliotecas también se sumergen bajo el sueño del olvido. Las bibliotecas, más en particular las públicas y muchas de las universitarias, son a menudo lugares donde, paradójicamente, menos ligero es ese sueño, donde más profundo es el olvido. Tres tiempos, declara Petrarca en su poema *África*, transcurren en el ser humano, y junto a él en todas sus obras, mientras duerme el sueño de la muerte: se muere primero de acabamiento, de olvido más tarde y luego, al cabo y definitivamente, de más olvido. Llegando a esa hora las resurrecciones son imposibles. Suele existir en las bibliotecas un lugar remoto, olvidado de casi todos, donde permanecen en silenciosa dormición el conjunto de los fondos que en el orden temporal de los libros se conoce como «antiguos». Todavía hay no obstante un paraje que aún penetra más hacia las tierras profundas del olvido irreparable: la parte de la hemeroteca dispuesta para ubicación de las colecciones de primeras épocas de revistas científicas. Esa zona representa algo semejante a la forzosa desembocadura al unánime olvido, a la íntegra derogación de la vigilia. Parecería que nadie fuera capaz de despabilarla. Tampoco falta hallar a su entrada alguna imaginaria siempre en vela por estorbar que ocurra lo contrario. Aquel es el dormitorio, cementerio, del conocimiento que en nadie despierta interés, donde el interés por conocer ya está muerto, muerto de olvido y más olvidado. Y la palabra escrita, adormecida en el trámite de esa continuada somnolencia, se desliza por las soñeras que preceden la gestión del olvido y sucesivo más olvido. Pero en ocasiones pueden registrarse trastornos del sueño, y la durmiente hemeroteca tiene despertares imprevistos, y logra espantar el sueño, y alcanzar otra vez la vigilia, y recordar. Testimonia uno de estos raros casos la despertante obra que ha desadormecido de su pesado y persistente sueño a la hemeroteca jurídica portuguesa decimonónica, muy metida ya en desmemoria y a punto del recodo al más definitivo olvido. Esa valiosa recuperación trae la salvaguarda que vence ahora la fatal inclinación al aniquilamiento de la memoria, evocándonos un episodio de la cultura del Derecho en el país vecino, hacia el que con desparramada negligencia es tan frecuente nuestra indolente desatención intelectual como desconcertante la insistente perseverancia. Contadas son las excepciones que han explorado *lo impar, lo parejo y lo dispar* entre ambas culturas¹.

¹ Vid. el trabajo de José Ignacio LACASTA ZABALZA, *Cultura y gramática del Leviatán portugués*, Universidad de Zaragoza, 1988, y la trad. por Aurelio de Prada García al artículo de Mário REIS MARQUES, «El krausismo de Vicente Ferrer Neto Pavia»,

Contiene el trabajo del que me ocupó un primer acierto en la elección de su mismo rótulo titular. Adelantar desde él lo que irá desarrollado como «periodismo jurídico» auspicia e introduce un enfoque innovador en el campo más tradicional de la investigación dedicada a la «imprensa jurídica». De ese modo, entiendo, se plantea en forma enteramente original un capítulo hasta hoy inédito de la cada vez más necesaria historia literaria del derecho moderno y contemporáneo. Una variante de los proyectos editoriales y producción de medios concretada en la existencia de una prensa de *élite*, como identificada ideológicamente por la instrucción, dominio y transmisión de un saber determinado —el jurídico-teórico, técnico y práctico— pero cuyo objetivo social más amplio en absoluto renuncia a la posibilidad de intervenir en el debate cultural de la época, haciendo que para proceder a su adecuada reconstrucción, así como para definir el propio concepto de Cultura, se convierta en elemento muy a tener presente. Subrayo lo justamente elogiado que en ello se trae.

Excede la treintena el conjunto de publicaciones que en específico son examinadas, recorriendo un camino que abre y cierra en la ciudad lisboeta, comenzando por los *Annaes da Sociedade Jurídica* (1835) y el *Boletim dos Tribunais* (1838) y concluyendo en la *Revista de Direito Internacional, Diplomática e Consular* (1899), pero que asimismo transita las de Coimbra, Oporto, Portalegre, Picôto da Maia o Vila Real ofreciendo el detalle de las que también allí aparecieron². Todo ese itinerario contiene, además, oportuno pormenor bio-bibliográfico acerca los protagonistas en aquellas ediciones. El género de su asunto editorial abarca una gama de materias jurídicas múltiple y muy dilatada; sobre el ejercicio profesional de la abogacía, curia y práctica del foro, de tribunales, legislativas, noticieras, de Derecho administrativo, civil, comercial, aduanero y eclesiástico, del Notariado... No menos diversa resultaba la colección de sus destinatarios: letrados, procuradores, magistrados, escribanos, fedatarios públicos y otra varia gente dedicada a la burocracia de la Justicia y a la administrativa en general.

Soy convencido de los importantes dividendos, historiográficos y culturales, que la puesta en valor de este patrimonio periodístico habrá de producir. Y serían mayores de cundir su ejemplo. Prémiese a su autor además de con el merecido reconocimiento a una competente y positiva labor, mediante emulación. No se distrajo aquél de esa intención al recibir y aprovechar la sensibilidad de que ya otras literaturas, así la italiana³ o la

Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 79 (1991-1992), pp. 291-319, o el estudio de Purificación Mayobre, *O Krausismo en Galicia e Portugal*, Edicions do Castro, A Coruña, 1994. Otras perspectivas en J. V. VIQUEIRA, «La filosofía española y portuguesa en el siglo XIX y comienzos del XX», epílogo a Karl Vorländer, *Historia de la Filosofía*, 2 vols., Lib. Extranjera y Española de F. Beltrán, Madrid, 1922, Julio GARCÍA MOREJÓN, *Unamuno y Portugal*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1964, y Manuel CORREIRA FERNANDES, *Literatura portuguesa em Espanha. Ensaio de uma bibliografia (1890-1985)*, prefácio de José A. de Freitas Carvalho, Porto, Telos, 1986.

² Justifica el A. haber ceñido el límite de su presente estudio al territorio del Portugal peninsular, ofreciendo no obstante referencia a materiales de interés en oportunidad de ulterior ampliación a las Açores y Madeira, y colonias ultramarinas (Angola, Moçambique, Macau, Nova Goa). Vid. pp. 22-23, n. 23-24. De los inicios del periodismo jurídico en Brasil se da noticia en pp. 42-45.

³ Se ha acudido con provecho a Sabino CASSESE, «Giolittismo e burocrazia nella cultura delle riviste», en *Storia d'Italia. Annali*, 4, *Intelletuali e Potere*, Torino, 1981, pp. 473 y ss., Paolo Grossi (ed.), *La «Cultura» delle Riviste Giuridiche Italiane*. Atti

francesa⁴, habían dado muestras. Y hubo de afrontar y partir en la propia de una situación de escasez heurística en fuentes⁵ y de penuria en medios y recursos que ni comparativamente puede ser la que en la actualidad enfrente cualquiera de nuestros investigadores. Hoy existen modelos biblioteconómicos muy elaborados y eficientes bases de datos. Pero cuando entre nosotros aún se carecía de tal disponibilidad no faltó dedicación. A ella respondieron sobre todo, ciertamente, la historia social de la política⁶ y de la cultura⁷. Su experiencia metodológica en absoluto es despreciable. Sin embargo, la diligencia en suscitar aplicaciones al campo jurídico ha sido muy menor. Incluso, a excepción de algunos trabajos precursores que adelantan información de interés⁸, entre los historiadores del derecho⁹. Pero nada tan opuesto a la realidad como una aparente infertilidad

del Primo Incontro di Studio. Firenze, 15-16 de aprile 1983, Biblioteca Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, 13, Giuffrè Editore, Milano, s.a., y Carlo MANSUINO (ed.), *Periodici Giuridici Italiani (1850-1900). Repertorio*, Biblioteca Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, 43, Giuffrè Editore, Milano, 1994. No alcanzó la fecha de su libro a consultar el de Patrizia DE SALVO, *La cultura delle riviste giuridiche siciliane dell'ottocento*, Giuffrè Editore, Milano, 2002. Noticias salpicadas y eruditas pueden encontrarse asimismo en Pascuale BENEDEUCE, *Il corpo eloquente. Identificazione del giurista nell'Italia liberale*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1996

⁴ Vid. André-Jean ARNAUD (ed.), *La Culture des Revues juridiques françaises*, Biblioteca Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, 29, Giuffrè Editore, Milano, 1988.

⁵ Apenas dos trabajos: *O Direito. Revista de Jurisprudência e Legislação (1868-1969). Antologia de Estudos Jurídicos publicados nas suas páginas, vol. I (1868-1919), vol. II (1919-1943)*, Lisboa, 1968, y Guilherme BRAGA DA CRUZ, *A Revista de legislação e de Jurisprudência. Esboço da sua história*, Publicação Comemorativa do Centenário da Revisra (1868-1968), vo. I, Coimbra, 1975.

⁶ Entre otros los trabajos de Iris M. ZAVALA, «La prensa ante la Revolución de 1868», y Clara E. LIDA, «Notas sobre la prensa anarquista», en Clara E. Lida-Iris M. Zavala (sel.), *La Revolución de 1868. Historia, Pensamiento, Literatura*, Pról. de Vicente Llorens, Las Américas Publishing Company, New York, 1970, resp. pp. 293-310 y 311-315; Iris M. ZAVALA, *Románticos y socialistas. La prensa española del siglo XIX*, Siglo XXI, Madrid, 1972; Manuel PÉREZ LEDESMA (comp.), *Antonio García Quejido y La Nueva Era. Pensamiento socialista español a comienzos de siglo*, Eds. del Centro, Madrid, 1974; Manuel Tuñón de Lara, Antonio Elorza y Manuel Pérez Ledesma (eds.), *Prensa y sociedad en España (1820-1936)*, Educisa, Madrid, 1975; Santiago CASTILLO, «De El Socialista a El Capital. (Las publicaciones socialistas, 1886-1900)», en *Negaciones. Revista crítica de teoría, historia y economía*, 5 (1978), pp. 53 y ss., «Fuentes para la historia del movimiento obrero: El Socialista (1886-1900)», en VV. AA., *Metodología de la historia de la prensa española*, Siglo XXI, Madrid, 1982, pp. 177-184, y Santiago CASTILLO-Luis E. OTERO CARVAJAL, *Prensa obrera en Madrid, 1855-1936*, Eds. Alfoz, Madrid, 1987, y Luisa SANTAMARÍA, *Revistas obreras en España (1868-1936)*, Universidad Complutense, 1983. Vid. también, Eloy FERNANDEZ CLEMENTE, «La prensa, "material" de trabajo para el historiador», en Manuel Tuñón de Lara y Jean-François Botrel (ed.), *Movimiento Obrero, política y literatura en la España contemporánea*, Edicusa, Madrid, 1974, pp. 211-221.

⁷ Domingo PANIAGUA, *Revistas culturales contemporáneas I (1897-1912). De «Germinal» a «Prometeo»*, Punta Europa, Madrid, 1964, y Evelyne LÓPEZ CAMPILLO, *La «Revista de Occidente» y la formación de minorías (1923-1936)*, Taurus, Madrid, 1972.

⁸ Manuel TORRES CAMPOS, *Catálogo sistemático de las obras ilustradas existentes en la biblioteca de la Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Imp. del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1867, y *Estudios de Bibliografía Española y Extranjera del Derecho y del Notariado*, Est. Tip. de Eduardo Cuesta, Madrid, 1878.

de nuestra ciencia jurídica decimonónica a la hora de, imitando la pionera experiencia alemana de comienzos de siglo, generar la aparición y desarrollo de la edición periodístico-jurídica. Prácticamente la totalidad de los círculos intelectuales y las corrientes de pensamiento jurídico que orbitaron en su entorno crearon revistas y publicaciones periódicas que sirvieran de vehículo de expresión a sus movimientos doctrinales. Dan prueba de esa pujanza las noticias reunidas en trabajos de referencia que, desde nuestra propia disciplina¹⁰, han contribuido a facilitar la tarea de inventario y relevancia de buen número de aquéllas. Con todo, prescindiendo de estudios sectoriales ligados al proceso de autonomía científica de determinadas disciplinas, todavía se halla pendiente de realizar un exhaustivo registro y completo análisis de esas revistas, del signo de sus líneas editoriales, de sus colaboradores y de la influencia que en el devenir jurídico-intelectual español contemporáneo pudieron ejercer. Tampoco se ha explorado aún, como convendría, las relaciones y vinculación de ese tipo de publicaciones, cuya periodicidad fue generalmente efímera pero en ocasiones capaz de una continuidad resistente hasta nuestros días, a otros productos de la industria editorial¹¹. Se trata, es muy posible, de una labor ingrata, y casi nunca demasiado festejante, pero necesaria y sin duda utilísima. Interesarse por el tratamiento informativo del derecho científico y práctico, así como de las novedades legislativas y jurisprudenciales, observar la evolución del «periodismo jurídico» desde sus inicios y elucidar el fenómeno y espacio de esa escritura en tanto que parte del proceso de difusión cultural emergido desde élites profesionales en contribución al favorecimiento de un nuevo cauce participativo y crítico —la generación de opinión pública jurídica es también un instrumento para su transformación—, constituye una faceta del estudio de las fuentes escritas y de la construcción social del conocimiento acerca del Derecho que no puede continuar por más tiempo marginado. Me resta sólo felicitar al autor de esta preciosa redención documental por su esfuerzo de sistemática y la alta exigencia de experto buen hacer en su oficio investigador, rescatando del barranco del olvido, ya apunto de resbalar al abismo del más olvido, lo que ciertamente nunca debería haberse abandonado al sueño de la desmemoria.

José CALVO GONZÁLEZ
Universidad de Málaga

⁹ Vid. Víctor TAU ANZOATEGUI (coord.), *La Revista jurídica en la cultura contemporánea*, Eds, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997. Recoge las Actas del Seminario sobre «Las revistas jurídicas españolas y argentinas», en el que participaron historiadores del derecho españoles como Bartolomé Clavero o Carlos Petit.

¹⁰ Vid. Juan José GIL CREMADES, *El reformismo español. Krausismo, Escuela Histórica y Neotomismo*, Edit. Ariel, Barcelona, 1969, *Krausistas y liberales*, Seminarios y Ediciones S. A., Madrid, 1975, (2.ª ed., Dossat, Madrid, 1981), y «El pensamiento jurídico en la España de la Restauración», en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en Memoria y homenaje al Catedrático Luis Legaz Lacambra (1906-1980)*, CEC, Madrid, 1985, T. II, pp. 33-66 y Eusebio FERNÁNDEZ, *Marxismo y positivismo en el socialismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

¹¹ Un reciente trabajo ha abordado este enfoque colmando parte del vacío. Vid. Juan Antonio YEYES, con la colaboración Fernando J. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Mercedes TATÓN OLALLA, *La España moderna: catálogo de la editorial, índice de las revistas*, pról. de Hipólito Escolar Sobrino, Libris, Madrid, 2002.

CASANOVAS, Pompeu (ed.), *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*, editorial Comares, Granada, 2003, 336 pp.

Nadie duda de la importancia que para la sociedad en general ha supuesto el surgimiento y desarrollo de las nuevas tecnologías y en particular de Internet, a la que no es ajena el mundo jurídico. Este es el presupuesto de que parte este libro, fruto de la colaboración entre la Diplomatura de Relaciones Laborales de la Universidad Autónoma de Barcelona, que coordina la Dra. María Jesús Espuny y el Observatorio de Cultura Judicial dirigido por el Dr. Pompeu Casanovas. Los trabajos que aquí se incluyen corresponden a juristas, científicos y técnicos, y abordan el tema de Internet y pluralismo jurídico desde perspectivas diversas tomando como objeto de análisis cuestiones que van desde problemas relativos a la libertad de expresión, la responsabilidad penal por los contenidos de Internet, los nombres de dominio, los problemas que plantea desde el punto de vista fiscal, etc.

El libro comienza con un artículo de Pompeu Casanovas titulado «Cambio tecnológico, pluralismo jurídico, Estado de Derechos», en el que mantiene dos tesis: que la sociedad de la información genera múltiples formas de regulación, que los modelos de derecho deben ajustarse a una realidad social que está transformando su naturaleza. Después de mencionar la clasificación de S. Biegel de los tres modelos regulativos básicos para el control de Internet (leyes, nacionales, cooperación internacional y cambios en la arquitectura misma de Internet), señala que hay medios de actuación que no pueden incluirse en ninguno de ellos, como son la asunción de derechos por parte de la población con independencia de su posición en el mercado y la elaboración de un nuevo conocimiento que incida en la organización del poder desde el interior (p. ej. convirtiendo los «conceptos jurídicos» en entidades del lenguaje «orientados al objeto» en los contextos creados por las estructuras profesionales). El autor sostiene que, en relación con la gobernabilidad de la sociedad de la información, nos encontramos con dos modelos: los modelos políticos de gobernabilidad, y las propuestas iuspluralistas. Pues bien, según P. Casanovas, «para entender como opera el discurso de los derechos como tecnología cognitiva es necesaria la integración de ambos tipos de modelo en una misma estructura. La representación conceptual del “Estado de derechos” apunta a este objetivo, con el fin de recoger las formas regulativas nuevas que emergen a través de la red y que se resisten a ser descritas mediante las dicotomías clásicas (hetero o autorregulación, público o privado e, incluso, jurídico o no jurídico» (p. 20).

El resto del libro se encuentra dividido en cuatro partes. La primera lleva por título «Regulación de Contenidos y Control Público de la Red», la segunda «Nombres de Dominio, Comercio Electrónico y Regulación Financiera», la tercera «Teletrabajo, Formas de Aprendizaje y Nuevas Actitudes Laborales» y la cuarta «Ciencias Sociales, Derecho y Tecnología».

Dentro de la primera parte, el capítulo I corre a cargo de M.^a Jesús García Morales y lleva por título «Libertad de expresión y control de contenido en Internet». En él la pregunta que se plantea es cómo garantizar en Internet las libertades de expresión e información de un lado, y de otro proteger bienes igualmente legítimos como los relativos a la protección de los menores, la dignidad humana o los derechos de terceros, cuestiones éstas pertinentes si tenemos en cuenta que, dadas las características de Internet, los instrumentos

tradicionales son insuficientes. La autora analiza las diferentes formas de encarar el problema en los Estados Unidos, el Consejo de Europa, la Unión Europea y España (en este último caso a través de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico –LSSI–). Se centra en esta Ley analizando sucesivamente su ámbito de aplicación, su contenido, los diversos instrumentos previstos para el control del contenido en Internet, y el problema de la responsabilidad por la difusión de determinados contenidos. A modo de conclusión señala que el control de contenidos en Internet requiere un amplio consenso internacional, pero que a su vez esto es poco realista pues los estándares de protección de los contenidos en los diferentes países son muy diversos. Esta situación plantea tres grandes problemas: quién, por qué y cómo se aborda el control de contenidos en Internet.

El capítulo II, «Bases de datos, intimidad y comunicaciones electrónicas. La obligación de retención de los datos de las comunicaciones y la vigilancia de las Comunicaciones electrónicas en la empresa», es obra de Antoni Roig. En este estudio se analizan tres cuestiones: la obligación de retención de datos en la Ley 34/2002, antes citada (LSSI) y, la protección de Datos en el ámbito laboral (concretamente la vigilancia del correo electrónico y el uso de Internet en el lugar de trabajo) analizando las repercusiones de diversas Directivas Europeas en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal. Por lo que a la LSSI se refiere se analizan aspectos siguientes respecto de la protección de datos en el ámbito laboral: cuáles son los destinatarios de la obligación de retener los datos relativos a comunicaciones electrónicas, cuáles son los datos objeto de retención, los motivos que justifican las mismas, el deber de custodia y la duración de la retención. De las conclusiones a las que llega el autor merecen destacarse las siguientes. De un lado, que dentro de las obligaciones de los prestadores de servicios de la sociedad de la información está la de retener los datos de las comunicaciones, y que la idea de obligación de eliminación de los datos una vez finalizada la comunicación debe quedar sustituida por un deber de custodia de los mismos. De otro, que el uso de Internet y del correo electrónico con finalidad personal por parte del trabajador es inevitable, lo que no impide la vigilancia empresarial, vigilancia que deberá estar presidida por su adecuación, necesidad y ponderación, y realizarse con respeto de los derechos fundamentales.

El capítulo III corresponde a Esther Morón y se titula «Derecho Penal y nuevas tecnologías: Panorama actual y perspectivas futuras». En él se abordan algunas cuestiones que plantean las nuevas tecnologías desde el punto de vista penal. El punto de partida es que en Internet coexisten bienes susceptibles de entrar en conflicto, por lo que no resulta admisible un ejercicio irrestricto de la libertad de expresión. De aquí la necesidad de establecer un control sobre el contenido de Internet. El artículo se centra en el aspecto penal, analizando en primer lugar el diferente tipo de contenidos que circulan en la red. A este respecto se distingue entre contenidos dañosos o nocivos y contenidos ilícitos, de manera que sólo estos últimos deben ser combatidos desde el Estado. En relación con esto la autora destaca algunas propuestas que deben orientar la actuación legislativa, y propone «la aprobación de normativa específica, de dimensión necesariamente supranacional, ..., que persiga, como fin básico, la eficaz represión de los autores de contenidos penalmente ilícitos, pero que no por ello deje,.... de proponer específicas obligaciones jurídicas de control, respecto de los operadores profesionales y de prever, en consecuencia su sanción en caso de inoperancia» (p. 102). En

este sentido, mientras que la Directiva 2000/31 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 regula en sus artículos 12 a 15 la responsabilidad penal de los prestadores de servicios intermedios, la LSSI no recoge ninguna previsión penal. A continuación analiza la responsabilidad por el modo de ataque en la red: ilícitos que pueden agruparse en los supuestos siguientes: a) conductas lesivas de la privacidad informática, b) conductas de piratería informática, y c) conductas de mero intrusismo informático.

La segunda parte (Nombres de dominio, Comercio Electrónico y Regulación Financiera) comienza con un capítulo IV, «Conflictos entre nombres de dominio y signos distintivos» que corre a cargo de Jorge Miguel Rodríguez. El autor analiza en primer lugar el problema de los nombres de dominio genéricos (p. ej. *.com*) y en concreto los criterios para la resolución de conflictos previstos en aplicación de la Política Uniforme de Resolución de Conflictos de la ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*). Más adelante examina la cuestión de los nombres de dominio territoriales (como *.es*, *.fr*, *.uk*), centrándose en el nombre de dominio *.es* y la normativa española referida al mismo, dentro de la que se destacan dos leyes de especial relevancia: la Ley 37/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, y la LSSI.

El capítulo V, redactado por Joseph Suquet, lleva por título «Páginas Web: cláusulas de sumisión en condiciones generales en el comercio internacional por Internet». En él se analiza el tema de las condiciones generales de la contratación (CGC) en las páginas Web que se aplican a la mayor parte de transacciones efectuadas en Internet. Como ocurre con gran parte de contratos en los que rigen CGC también aquí hay una gran desigualdad entre las partes, en la medida en que el adherente al contrato debe necesariamente someterse a esas CGC, favorables al predisponente. Pues bien, J. Suquet analiza los siguientes aspectos de las CGC. De un lado, la cláusula de sumisión por la que se atribuye competencia a los tribunales del domicilio del predisponente (lo que, dado que la empresa puede estar situada en cualquier lugar del mundo, impide *de facto* al demandante su acceso a la justicia). De otro lado, la limitación o control que por medios legislativos suelen imponerse a dichas CGC a través de dos controles. Uno, es el control de incorporación, referido a una serie de requisitos formales en aras a garantizar que las CGC se incorporen al contrato, y cuya finalidad es posibilitar el conocimiento del texto de las CG al adherente. Otro medio es el control de contenidos estableciendo qué CGC son tan perjudiciales para el adherente que no pueden considerarse válidas (entre ellas, la cláusula de sumisión).

El capítulo VI, elaborado por José Antonio Fernández Amor aborda el tema de «El poder tributario de los Estados frente al fenómeno del comercio electrónico». Uno de los ámbitos en los que ha influido Internet ha sido el poder tributario de los Estados, desde el momento en que el comercio electrónico implica la existencia de una actividad lucrativa y mercantil, lo que conlleva singularidades que inciden en su tratamiento fiscal. En este trabajo se analiza la tendencia de los Estados a realizar un tratamiento internacional de sus problemas fiscales, y en este sentido se han realizado diversas aportaciones, entre las que se destacan los realizados por parte de la OCDE como de la UE. De entre los problemas que afectan a los Estados se analizan los que tienen que ver con la imposición directa (que gravan la renta que puede proceder de una actividad de carácter comercial y que puede dar lugar a un problema de doble imposición) y con la imposición indirecta (imposición sobre el consumo).

La parte tercera (Teletrabajo, Formas de Aprendizaje y Nuevas Actitudes Laborales) comprende tres estudios. El primero de ellos (Cap. VII), de Javier Thibaut, se titula «El trabajo en la sociedad digital». Como señala el autor en la introducción, las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) han influido en el ámbito de las relaciones laborales. De las múltiples implicaciones jurídico-laborales de las utilización de las TIC en las empresas, el autor se centra en las cuatro siguientes: el teletrabajo, el control empresarial del uso de Internet por los trabajadores, el tratamiento de datos de carácter personal y el sindicalismo virtual. Entre las conclusiones puede destacarse la propuesta de que una protección adecuada para el trabajador podría lograrse por dos vías: legislativamente y a través de la negociación colectiva. Por lo que a la primera se refiere, revisando determinadas normas legales del Estatuto de los Trabajadores; concretamente el artículo 13 (que además de la regulación existente del trabajo a domicilio debería regular cuestiones específicas relativas al teletrabajo), el 61.1.4 (ampliando al tratamiento de datos de carácter personal de los trabajadores las prerrogativas de información y consulta que este artículo reconoce a los representantes de los trabajadores), y el 81 para evitar el desequilibrio entre los medios de información de que dispone el empresario gracias a Intranet e Internet y los que disponen los trabajadores.

El siguiente trabajo (Cap. VIII), «Análisis de la implantación del *e-learning* en el ámbito empresarial y universitario», capítulo VIII, está dedicado al impacto de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) en la educación y formación y es obra de Joan-Lluís Capelleras. En primer lugar, se analiza la implantación del *e-learning* en el ámbito empresarial a través de un estudio llevado a cabo por Soluziona (2002), en el que se muestra el grado de implantación y utilización del *e-learning* en las principales empresas españolas, así como las ventajas y desventajas del mismo. En segundo lugar, se da cuenta de la incorporación de *e-learning* en el ámbito universitario, poniendo de relieve las diferentes utilidades del mismo: la gestión de cuestiones administrativas, la comunicación entre investigadores, el acceso a fondos bibliográficos y la docencia. En este sentido, en España hay que mencionar la Universitat Oberta de Catalunya (UOC) que ha implantado el *e-learning* en la educación universitaria. Por último el autor menciona las ventajas (la superación de la dimensión geográfica, y de tiempo, la gran cantidad de información y de recursos que puede suministrarse) e inconvenientes (la falta de estímulos, la costumbre de emplear material impreso, la mayor dedicación en tiempo por parte del profesorado dadas las múltiples consultas que pueden realizarse, etc.) de este medio de formación.

El capítulo IX lleva por título «Del estrés a la motivación. Por el aprendizaje de las nuevas tecnologías en el entorno laboral», y es obra de Miquel Torregrosa, Maite Matinez y Susana Pallarés. El trabajo aborda desde una perspectiva psicológica la relación entre las personas y las nuevas tecnologías. Concretamente se plantea cómo se afronta la tecnologización tanto en el ámbito personal como profesional. En primer lugar se analiza la definición de estrés, exponiendo el modelo de autores como Jordi Fernández y Silvia Edo, que da cuenta del núcleo del estrés, las consecuencias que el mismo tiene en el rendimiento y salud de las personas. En segundo término se analiza el fenómeno del tecnoestrés, es decir, la reacción a la tecnología y el cambio que se produce en las personas dada su influencia. Otro aspecto importante es cómo se produce la adaptación de las personas a las nuevas tecnologías: por un lado se habla del «afrontamiento reactivo o curativo»:

referido a los problemas consecuencia de una inmersión tecnológica no planificada o con desajustes entre la planificación y la aplicación, y de otro del «afrontamiento preventivo o proactivo», relativo a las necesidades y obligaciones de adaptación de nuestra organización a las nuevas tecnologías.

La parte cuarta (Ciencias Sociales, Derecho y Tecnología), la componen tres trabajos. El primero de ellos se titula «Un reto para los profesionales del Derecho: explotar y poner a su servicio las potentes posibilidades de la minería de datos y textos», de Mercedes Ayuso, Mónica Bécue y Miguel Santolito. En él se parte del hecho de que las decisiones judiciales se toman no sólo en función de la ley sino también en base a la jurisprudencia, lo que conlleva un razonamiento por analogía y un aprendizaje a partir de casos anteriores; de aquí que el juez debe empelar «lecturas» de decisiones anteriores, sirviéndose para ello de las diferentes bases de datos existentes. Esto plantea afrontar problemas de diferente tipo. De un lado, la gran cantidad y diversidad de bases de datos existentes en nuestro país: bases de datos administrativas (a cargo del Consejo General del Poder Judicial y del Centro de Documentación Judicial), bases textuales (Aranzadi, La Ley, El Derecho: Jurisprudencia y El Derecho: Legislación), y otras especializadas (bases de datos de encuestas a cargo del Consejo General del Poder Judicial y del Centro de Investigaciones Sociológicas, y una nueva Base de datos «Jueces-Jóvenes-2002/2004»). De otro lado, hay que tener en cuenta que a través de las bases de datos de lo que se trata es de proporcionar al juez información y herramientas automáticas para consultarlas. De aquí que se hable de «minería de datos» como instrumento cuyo objetivo es extraer información de las grandes bases de datos, a fin de revelar los «los tesoros que esconden» y, de «minería de textos» como el conjunto de herramientas que permiten extraer información de los textos, pero teniendo en cuenta la particularidad de los textos. A modo de apéndice, contiene una relación de las diferentes bases de datos existentes en España, con sus correspondientes direcciones web: Bases de datos, Bases de datos *on line*, Bases de Datos del Centro de Investigaciones Sociológicas, y Barómetros del CGPJ.

El capítulo XI, desarrollado por Pompeu Casanovas, V.R. Benjamism, Jesús Contreras, Lissette Lemus y Cristina Urios, lleva por título «Juriservice: un FAQ inteligente para los jueces en su primer destino». Se describe un sistema inteligente capaz de dar respuesta a los problemas a que se enfrentan los jueces salientes de la Escuela Judicial cuando se incorporan a su primer destino, asistiendo a los jueces a través de un sistema de preguntas/respuestas. Se diseña un sistema compuesto por una listas de las preguntas más frecuentes planteadas por los jueces (*FAQs*); una ontología, es decir, un modelo semántico para interpretar el significado de las preguntas realizadas en lenguaje natural, y las respuestas a dichas preguntas basadas en el conocimiento judicial profesional. Técnicamente el sistema se basa en los desarrollos actuales de la *Web* semántica (<http://semnanticweb.org>)

El libro finaliza con el cap. XII, «¿Qué es el movimiento de software libre? Regulación y autoorganización?», redactado por Miguel Ángel Zarza. Comienza definiendo el «Software Libre» (SL) como «la libertad de los usuarios para ejecutar, copiar, redistribuir, estudiar, cambiar y mejorar el software» (p. 297), e indica cuatro premisas básicas que son aceptadas por toda la comunidad. Seguidamente describe el origen del SL, señalando a Linux como uno de los pilares del mismo. Entre las ventajas del SL se resaltan las siguientes. De un lado, que es un trabajo conjunto de todos los usuarios: parte de la base de la comunicación entre iguales e indica que «un usuario tiene el mismo peso estructural e importancia que el autor de un pro-

grama debido a que son los mismos usuarios quienes publicitan, promulgan y hacen de soporte técnico de los programas» (pp. 299-300), de manera que cuando alguien descubre un fallo lo notifica al autor, lo que le permite mejorar el programa. De otro, que se produce un acercamiento entre los mejores programadores del mundo y los usuarios finales. Advierte que uno de los problemas que plantea el SL es su necesidad de protección legal mediante un sistema de licencias de protección contra patentes; para lo cual se ha ideado el sistema de licencias *General Public License*, detallándose en qué consiste el mismo. El autor finaliza con una preocupación del futuro de SL, señalando los elementos positivos del mismo como el gran número de usuarios que lo utiliza, su seguridad, pero mostrando el temor a que se promulguen leyes (especialmente en EE. UU.) referentes a patentes para la protección de empresas privadas, que podrían dar lugar a la ilegalización del SL.

El libro se cierra con una relación de palabras-clave utilizadas en los diferentes trabajos, además de un índice de textos legales y sentencias mencionadas a lo largo del volumen.

El número de trabajos incluidos en este volumen no me ha permitido sino hacer una breve mención de cada uno de ellos, brevedad que espero quede compensada con la estimulación a su lectura. En primer lugar no puedo sino dejar constancia del rigor de cada uno de los artículos incluidos en el mismo. Pero quizá lo más relevante sea resaltar que el libro tiene un interés fuera de toda duda, porque pone de manifiesto las múltiples vertientes que, en relación con el Derecho, genera el fenómeno Internet, y consigue, como se dice en la introducción, poner de relieve que «el desarrollo reciente de Internet implica también el de sus fórmulas regulativas» y que «(i) la sociedad de la información genera múltiples formas de regulación, y (ii) los modelos de derecho que podemos imaginar en la actual situación son diversos, pero deben ajustarse a una realidad social que está transformando su naturaleza» (p. 1).

Victoria ITURRALDE SESMA
Universidad del País Vasco

DÍAZ, Elías y COLOMER, José Luis (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 477.

Se trata ésta de una obra multidisciplinar que, llevada a cabo en el seno de la Universidad Autónoma de Madrid, reúne trabajos de expertos en filosofía del derecho, filosofía moral y política, sociología e incluso economía política. En ella se aporta una reflexión sobre muchos de los temas claves de la actual doctrina. Por tanto, es un libro que, a través de una estructura unificante, resulta un objeto de consulta imprescindible en investigaciones de la más diversa índole. Se ha de advertir, no obstante, que a pesar de la pluralidad en los asuntos tratados muestra una intención común: elaborar una obra bajo la convicción de la inevitable conexión real de los objetos de conocimiento en el impulso de una filosofía práctica que posibilite una convivencia pacífica basada en los valores de la libertad, la igualdad y la seguridad.

Con este objetivo, el libro se estructura en tres partes. En la primera de ellas, «Estado, legalidad, legitimidad» se realiza una exposición muy significativa del Estado social y democrático de Derecho y las bases en las que se sustenta. Quizás, el texto de Elías Díaz debería haber abierto esta sección ya que presenta una visión general del Estado de Derecho y su evolución histórica, basada en sus muy conocidas obras *Estado de Derecho y sociedad democrática* y *Curso de filosofía del Derecho*¹, que no es necesario repetir aquí. Sin embargo, no es así, y esta serie de artículos comienza con la investigación llevada a cabo por Liborio L. Hierro sobre la justicia y la relación que ésta tiene con los derechos humanos. De este modo, se inicia el análisis de uno de los pilares del Estado de Derecho: los derechos fundamentales y los valores en los que se apoyan dichos derechos (la ya mencionada libertad, igualdad y seguridad).

Liborio Hierro parte de una concepción discutible que define los derechos humanos como derechos subjetivos morales, esto es, que tienen un fundamento moral y ello exige, aunque sea algo contingente a la existencia misma del derecho, que sean jurídicamente protegidos. Con lo cual está afirmando que no es necesario que los derechos estén incorporados en un ordenamiento jurídico para ser considerados como tales. El gran debate que esto plantea no sólo tiene que ver con la misma denominación que se dé a este tipo de derechos (derechos humanos, derechos morales, derechos fundamentales...), sino también con la posibilidad de separar concepto y fundamento, esto es, de defender la tesis según la cual los derechos son conceptualmente históricos y jurídicos, mientras su justificación es moral. Particularmente, me decanto por la denominación de *derechos fundamentales* ya que ello pone de manifiesto la doble virtualidad jurídica (concepto) y moral (fundamento) de los derechos. Por el contrario, Liborio Hierro parece formar parte del grupo de autores que contrariamente piensan que el concepto y el fundamento están estrechamente unidos, y, por tanto, dado que el fundamento es moral, también lo es el concepto. En definitiva, mientras la primera visión, a lo que personalmente me adhiero, afirma que los derechos fundamentales no son tales si no son recogidos en textos jurídicos, la segunda defiende que los

¹ DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1974; *Curso de filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

derechos humanos son verdaderos derechos independientemente de pertenecer o no a un ordenamiento jurídico ².

Dejando este aspecto claro, al proseguir en el análisis del estudio de Hierro, éste afirma que el fundamento de los derechos se corresponde con la exigencia de autonomía de la persona. No obstante, creo más acertado afirmar que el fundamento moral de los derechos es *la dignidad humana* ya que esta dimensión protege los ámbitos básicos del ser humano considerado éste agente moral autónomo ³.

Seguidamente, el autor analiza aquellos valores o razones morales que sirven de justificación a los derechos. También en esta explicación encuentro aspectos bastante discutibles o incompletos. En primer lugar, trata de la libertad y la igualdad en el mismo plano que la seguridad. También otros autores como G. Peces-Barba consideran la seguridad como un valor básico del sistema ⁴. Sin embargo, es posible entender que la seguridad más que un valor que informa el sistema jurídico como lo son la libertad y la igualdad es una condición previa y necesaria de un ordenamiento, esto es, no existiría la noción misma de sistema si no fuera posible la seguridad. En segundo lugar, a mi parecer, el tratamiento de los valores presenta una laguna si no se hace referencia a la solidaridad ⁵. Este valor permite «el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de resolución con intervención de los poderes públicos y de los demás» ⁶, con lo cual se fomenta el diálogo y la extensión de la cultura de los

² Respecto de esta discusión, vid, entre otros muchos, BARRANCO AVILÉS, M. C., *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Madrid, 1996; DE ASÍS, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Dykinson, 2001; DE LUCAS, J. «Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos», en BALLESTEROS, J., *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992; FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Teoría de la justicia y Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1987; MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, «Los derechos humanos como derechos fundamentales del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual», en BALLESTEROS, J., *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, BOE/UCIII, Madrid, 1999 (1.ª ed. 1995); PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984; RUIZ MIGUEL, A., «Los derechos humanos como derechos morales. Entre el problema verbal y la denominación confusa», en MUGUERZA, J. (y otros), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989.

³ Desde esta perspectiva se entiende por fundamento de los derechos «aquellas razones morales que derivan de la dignidad del hombre y que son condiciones sociales de la realización de la misma, es decir, sin cuya presencia en la vida social las personas no pueden desarrollar todas las virtualidades insertas en ella», en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, op. cit. Vid, asimismo, de idéntico autor *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, y *La dignidad humana de la persona desde la filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002.

⁴ Para Peces-Barba «la seguridad es un valor procedimental que pretende crear las condiciones mínimas para la existencia de la libertad moral, a través de una libertad de elección, garantizada frente al temor y a la violencia de los demás», en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, op. cit., p. 246. También del mismo autor, *Los valores superiores*, op. cit.

⁵ De nuevo, vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, op. cit. y *Los valores superiores*, op. cit.

⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, op. cit., pp. 279-280.

derechos. La solidaridad relacionada con la igualdad se conecta directamente con los derechos económicos, sociales y culturales. Ahora bien, Liborio Hierro se demuestra partidario de una visión quasi-utópica de la igualdad e implícitamente de la solidaridad como valores que puedan satisfacerse realmente. Literalmente afirma que «el horizonte de una igualdad entre todos los seres humanos parece exigir, por ello, una especie de ciudadanía universal que [...] implica enseguida una caída de las fronteras y una libertad de movimientos que redujera la nacionalidad a un rasgo irrelevante, así como una especie de igualación universal de las oportunidades mediante una redistribución universal de los recursos [...] este panorama nos conduce a magnitudes inconmensurables»⁷. En fin, que se mantiene bastante escéptico con la idea de que los seres humanos puedan mostrar cierta solidaridad para defender una ciudadanía universal que permita una igualación cada vez mayor entre todos. La consecuencia de esta limitada idea de los valores de la igualdad y la solidaridad es el debilitamiento de los derechos en general, pero más aún de los denominados económicos, sociales y culturales, en la medida en que tradicionalmente se han considerado «derechos de igualdad» en contraposición con los «derechos de libertad» (derechos individuales, civiles y políticos). De ahí que Liborio Hierro justifique la necesidad de jerarquizar los derechos. Así, siguiendo a Rawls, antepone los derechos individuales y políticos a los derechos económicos, sociales y culturales. Ahora bien, no se puede llevar a cabo una división tan tajante de los derechos. Por el contrario, esta idea que proviene sin duda del mayor reconocimiento hacia el valor de la libertad es, sin embargo, reduccionista, puesto que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales son derechos de libertad y de igualdad, sólo que en ambos casos esos valores tienen una configuración distinta (que no atañe a la menor o mayor transcendencia). Así, los primeros se basan principalmente en una libertad e igualdad formales, mientras los segundos se fundamentan más en una libertad e igualdad reales. En definitiva, todos los derechos en mayor o menor medida participan de la libertad y de la igualdad, y son, por tanto, instrumentos protectores de la llamada dignidad humana⁸. Es decir, razonablemente pienso que no se pueden clasificar o jerarquizar los derechos como lo hace este autor, y tampoco veo justificado presentar unos derechos más débiles que otros. La lucha por la satisfacción de todos los derechos ha sido y tiene que ser fruto de la necesidad de mantener la dignidad humana.

Otro de los principios que caracterizan a un verdadero Estado de Derecho tal y como lo definió Elías Díaz, es el imperio de la ley y la fiscalización de la Administración. En este mismo bloque trata de ello Francisco J. Laporta quien conecta estas nociones con la propia seguridad jurídica. El centro del trabajo de Laporta son los rasgos formales de las reglas (generalidad, abstracción y estabilidad) junto con otras características como la accesibilidad, imparcialidad y racionalidad que son requisitos imprescindibles para conseguir la mayor certeza posible en la aplicación del derecho. Es decir, se ocupa de aquellas nociones que permiten afirmar que *tal* conjunto de reglas es efectivamente un sistema jurídico. En definitiva, este texto refuerza mis opinio-

⁷ Vid., pp.48 y 49.

⁸ Respecto a esta idea, vid., por ejemplo, ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

nes sobre la seguridad jurídica como condición previa y no tanto valor que guía al sistema.

En la segunda parte de la obra «Autonomía e igualdad», se analizan desde la perspectiva liberal de los derechos humanos tanto la autonomía personal y la libertad como la igualdad. El trabajo de Silvina Álvarez abre este conjunto y lo hace, como lo hacía Liborio Hierro, a partir de una determinada concepción de los derechos humanos en la que éstos quedan identificados con derechos morales fundamentales que garantizan la autonomía personal. Es decir, su teoría opta también por definir los derechos en su concepto y fundamento como «morales» independientemente de que éstos sean reconocidos o no por un determinado ordenamiento jurídico. Insisto en que ésta es una opción teórica bastante discutible que necesita una honda reflexión. Además de este apunte, respecto a la exposición se ha de añadir que la conexión que realiza la autora entre la libertad como *libertad para* (libertad positiva) y la autonomía personal como la posibilidad real o capacidad de que los sujetos realicen elecciones efectivas, es desde mi punto de vista acertada pero insuficiente, ya que no se analiza la relación que pueda existir entre la autonomía personal y la igualdad, concretamente, la igualdad material o igualdad en los resultados a través de la implantación de las condiciones reales (satisfacción de necesidades básicas y medios de actuación) que permitan elegir adecuadamente.

Por su parte, J. L. Colomer, también dentro de esta tercera parte, realiza un estudio de la libertad individual en su versión de *libertad de* (libertad negativa). En este sentido, defiende la tesis de la abstención, imparcialidad o neutralidad del Estado y afirma que no es justificada la crítica dirigida al liberalismo según la cual el Estado incurre necesariamente en un principio moral al seguir la consigna de quedar al margen en determinadas discusiones morales. El argumento es que el principio que rige el liberalismo es la autonomía y ésta es «una concepción del bien “abstracta” o “de segundo orden”, en la que no se especifica en qué consiste realmente el bien, como ocurre con las “concepciones concretas” o “de primer orden” sobre cómo hemos de vivir y entre las cuales las personas eligen cuando ejercen su autonomía»⁹. Se enfrenta de esta manera con las concepciones comunitaristas que supeditan al individuo a la noción del bien común. Ahora bien, la postura excesivamente individualista del liberalismo defendido por este autor no deja ver la necesidad de intervención (hoy por hoy del Estado, pero también de la sociedad civil en general a través de instituciones no gubernamentales, por ejemplo) en determinadas situaciones en las que el sujeto, por la situación real en la que se encuentra, es incapaz de optar o elegir.

Por último, es de destacar el análisis realizado por A. Ruiz Miguel en torno a la concepción liberal-igualitaria de la igualdad, esto es, la llamada igualdad de recursos al estilo de J. Rawls. Ello es un ejemplo más de la convicción que mueve a los autores liberales para supeditar la igualdad a la libertad¹⁰.

La tercera parte «Obligación política, ciudadanos y otros sujetos de derecho» reúne finalmente un conjunto de trabajos muy dispares como las reivindicaciones feministas, el multiculturalismo, los derechos colectivos o los derechos de los animales. Me parece de especial interés el trabajo de Cristina

⁹ Vid., p. 204.

¹⁰ Vid. también de este autor «Derechos liberales y derechos sociales», en *Doxa*, núm. 15/16, 1994, pp. 651-674.

Sánchez Muñoz sobre la historia del feminismo en la que se muestra que la lucha de las mujeres por los derechos no sólo se ha topado con las dificultades comunes al género masculino, sino además las propias de su condición marginal y de sexo débil. También deja apuntado que el estudio de los derechos sociales (derecho a la educación y derecho al trabajo) desde la perspectiva de los grupos feministas sería de gran trascendencia, ya que fueron precisamente éstas sus primeras exigencias. Finalmente, destacar la exposición de Luis Rodríguez Abascal que niega la defensa de los derechos *de* grupo al considerar que los derechos son más bien *del* grupo, esto es, derechos que pueden ser descompuestos en derechos individuales.

Como conclusión, incidir en la idea de la faceta multidisciplinar buscada por los autores en un libro que parte de concepciones arraigadas en una idea de liberalismo quizás no lo suficientemente matizada, pero que sin duda pretende estrechar los lazos de la filosofía teórica y práctica, aportando una no desestimable contribución a la mejora de un sistema y su mejor justicia.

Cristina MONEREO ATIENZA
Universidad de Málaga

DORADO PORRAS, Javier, *La lucha por la Constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*, prólogo Gregorio Peces-Barba, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 2001, 523 pp.

Javier Dorado Porras es actualmente profesor en el área de filosofía del Derecho y miembro del Instituto Bartolomé de Las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid. Esta publicación tiene su origen en el trabajo realizado en su tesis doctoral, el cual ha sido merecidamente objeto de dos importantes premios: el premio extraordinario de Doctorado (programa de derechos fundamentales) de la Universidad Carlos III y el premio «Nicolás Pérez Serrano» del Centro de Estudios Constitucionales y Políticos.

Con estos antecedentes es fácil imaginar la maestría con que aborda un tema no lo suficientemente estudiado en España y que sin duda reviste enorme relevancia en la construcción de la teoría actual de los derechos fundamentales en clave histórica¹. A lo largo de estas páginas expone la historia del constitucionalismo inglés del siglo XVII en un esfuerzo doble de análisis de la teoría y, a la vez, de su plasmación sobre las coyunturas políticas de la Inglaterra de aquella época. De este modo, Dorado facilita al lector un panorama previo acerca de los protagonistas intelectuales desde donde adentrar una profundización en las tesis sostenidas por aquellos y asimilar la evolución que fueron experimentando como consecuencia de los avatares políticos.

La tesis principal que se sostiene a lo largo de toda la obra insiste sobre la necesidad de controlar la monopólica acción del monarca, pero también la del Parlamento como institución que, abarcadora de todo el poder, puede convertirse en despótica. En la historia de las Constituciones se había insistido en la limitación de las monarquías absolutas, puesto que usurpaban los derechos tradicionales y/o naturales de los sujetos. Sin embargo, se había considerado poco que, en efecto, también otros poderes podían actuar restrictiva con los derechos, e incluso, tal vez, más de lo que lo hacía la misma monarquía. A partir de entonces, se intentaron articular e idear instrumentos de control aplicables a toda institución que a lo largo de los años darían lugar al llamado Estado constitucional de Derecho, definido y defendido hoy por el *garantismo constitucional* o *constitucionalismo*.

Esta noción de Estado creo que no debe confundirse con aquel que había sido perfilado hace ya algunos años por Elías Díaz². Elías Díaz presentaba al Estado de Derecho a partir de cuatro características básicas, ya presentes en los Estados liberales del siglo XVIII y XIX: 1) Imperio de la ley como expresión de la voluntad popular manifestada a través de un órgano de representación popular libremente elegido; 2) División de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) que se debe entender como distribución o división de funciones; 3) Principio de legalidad de la Administración, o dicho de otro modo, sometimiento de la Administración a la ley para lo que establece un control jurisdiccional.

¹ La perspectiva histórica es de gran importancia para el estudio de los derechos fundamentales y sus características, sobre todo si se considera que los derechos fundamentales son un concepto histórico con fundamento moral, esto es, que son unas exigencias morales que se han ido plasmando históricamente en textos jurídicos (visión del positivismo *matizado* encabezado por Peces-Barba).

² DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1974.

diccional: 4) Garantía y seguridad jurídica para los DDFF que constituyen hoy el elemento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya el Estado de Derecho.

Ciertamente, algunos de estos rasgos pueden coincidir con el sistema anglosajón. No obstante, el imperio de la ley o la concepción de derechos fundamentales creados por el legislador no fueron compartidos en los sistemas ingleses y americanos. Por el contrario, en Inglaterra primero y en América después se desconfiaba del Parlamento y la figura más trascendente era la del juez. En este sentido también, el Estado constitucional de Derecho se caracteriza por una doble artificialidad de su «ser» y de su «deber ser» con lo que «la legalidad positiva o formal [...] no es sólo condicionante, sino que ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales»³. Esta nueva validez de las normas jurídicas se refleja en un innovador papel del juez. Como afirma Ferrajoli, «la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de legalidad por parte de los poderes públicos»⁴.

Teniendo en cuenta estas diferencias, Dorado analiza los controles que estaban presentes, algunos de forma incipiente, en muchas de las teorías y de la práctica de la Inglaterra del siglo xvii. Para ello, divide su trabajo en dos secciones. La primera se centra en el personaje del juez Coke e indaga en la concepción historicista de los derechos que sirve de base al conocido *judicial review* como instrumento que, alegando el *Fundamental law*, hace de freno a la monarquía (en su versión *general*) y al parlamento (en su versión *constitucional*). La segunda de las partes analiza el pensamiento de los autores *whigs* radicales, es decir, los republicanos liberales influidos por el iusnaturalismo y el contractualismo en defensa de las libertades religiosas.

El juez Coke identifica el primero de los mecanismos de control de los poderes, esto es, la alegación del llamado *Fundamental Law*, entendiendo por tal los derechos que históricamente habían sido adquiridos por los ingleses y que se encontraban principalmente recogidos en la Carta Magna, la cual iba siendo adaptada a los nuevos tiempos gracias a las interpretaciones de los tribunales. De ahí, la unión entre historia y razón *artificial*, esto es, la idea perceptible en los escritos de Hume de que «la razón predispone a la cooperación mediante un juicio de experiencia (del hecho y de sus medios), no inhibiendo la meta del *self-interest* sino mostrando la vía de una estable y óptima satisfacción a través del *common interest*, o sea a través del respeto a las reglas de derecho que garantizan una interpretación general del interés público»⁵. Esta es la versión de los derechos fundamentales dada por Coke. Ahora bien, no se puede decir, según se deduce del propio texto, que las tesis aquí sostenidas correspondan sólo al tradicional modelo historicista tal y como lo había explicado Fioravanti.

³ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2001 (1.ª ed. 1999), p. 19.

⁴ Ídem, p. 26.

⁵ PALOMBELLA, G., *Filosofía del Derecho moderna y contemporánea*, trad. José Calvo González, Tecnos, Madrid, 1999, p. 25. Vid, asimismo, *Diritto e artificio in David Hume*, Giuffrè, Milano, 1984; PÁRAMO ARGÜELLES, J. R., «La ilustración británica», en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., y DE ASÍS, R., *Historia de los derechos fundamentales*, vol. I, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 254-307.

Para Fioravanti el *modelo historicista* tiene como país representativo a Inglaterra y sitúa las libertades en la historia considerándolas como derechos adquiridos que el mismo tiempo ha confirmado como indisponibles a la voluntad del poder político. De este modo las sustrae lo más posible a las intromisiones arbitrarias de los poderes constituidos, por lo que se tiende a privilegiar las libertades negativas que consisten más en una ausencia de impedimentos o de obligaciones. Este modelo se diferencia del *individualista* representado por Francia que pretende, más bien, a enfrentarse al pasado fundamentando los derechos no a través de su confirmación histórica sino, por un lado, alegando las teorías iusnaturalistas que los conciben como algo propio de la naturaleza de todos los seres humanos; y, por otro, acudiendo a los argumentos contractualistas que permiten el paso del estado de naturaleza a la sociedad civil y luego política por medio de un contrato voluntario y ficticio que se transforma en la fuente de legitimidad del nuevo poder. Así, la sociedad de individuos es anterior al Estado y las libertades son reconocidas por él pero no creadas, y, además, las libertades políticas quedan afianzadas por la Asamblea Constituyente representante de la soberanía popular. En definitiva, Fioravanti distingue en cuanto a los derechos fundamentales, un modelo historicista inglés, un modelo individualista y estatalista francés, y un modelo mixto (historicista e individualista) americano ⁶.

Aquí precisamente se sitúa una de las tesis más significativas que se desprenden de la obra comentada. Dorado parece demostrar que la influencia inglesa en el constitucionalismo americano como sistema que a través de los derechos intenta limitar el poder, no se reduce a la visión historicista que reclama los derechos históricos de los sujetos sino que, además, los derechos como límites al poder son fruto, asimismo, de las teorías iusnaturalistas y contractualistas, las cuales enrolaron defensores no sólo en Francia sino también en Inglaterra. El problema es que el éxito que estos autores ingleses disfrutaron en las colonias americanas no se corresponde con el que tuvieron en Inglaterra (quizás cegados por las teorías desde luego brillantes de Locke) y, por eso, han permanecido un tanto en el olvido. Este sería el caso de los Levellers, Milton, Harrington, Sydney y Catón, autores que acentuaron las libertades negativas, especialmente las religiosas, en las que incluyen la libertad de con-

⁶ FIORAVANTI, M., *Historia de los derechos fundamentales. Apuntes para una historia de las constituciones*, trad. Manuel Martínez Neira, Trota, Madrid, 1993 (3.^a ed.). Vid., asimismo, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1999. En este libro explica que son tres los modelos de derechos. En primer lugar, el *modelo inglés* vinculado a la historia, arrancando de una evolución del constitucionalismo medieval y del viejo y buen derecho inglés. En segundo lugar, el *americano* que se trata de un modelo mixto que tomando el modelo de derechos inglés también viene muy influenciado por el iusnaturalismo racionalista de los derechos naturales y el contractualismo. Por último, el *modelo francés*, que rechaza el constitucionalismo histórico francés para reconstruirse en un racionalismo laico que contrasta también con el modelo americano más impregnado de valores religiosos (p. 146). También, PALOMBELLA, G., *Filosofía del Derecho moderna y contemporánea*, op. cit.: «A diferencia de Inglaterra, cuya historia se caracteriza por una progresiva consolidación y potenciamiento de las tradiciones constitucionales, Francia afrontará el absolutismo, a su vez fuertemente enraizado en las tradiciones, con una transformación histórica y con el recurso al poder constituyente del pueblo [...] Es característico de este punto de vista [...], distanciar, más que otros, la constitución tradicional en Inglaterra de la que toma forma en Norteamérica» (pp. 37-44).

ciencia y la libertad de expresión junto con ideas como la separación de la Iglesia y el Estado o la tolerancia religiosa; pero que, igualmente, trataron otros derechos de participación como el derecho a voto, elecciones periódicas, y, sobre todo, el derecho a la resistencia contra el poder tiránico.

Se ha de advertir, empero, que el hecho de que estas teorías individualistas procedieran también de Inglaterra no significa que Dorado niegue la influencia francesa en la concepción de los derechos y el constitucionalismo americano. En lo que firmemente se insiste es sobre la evolución de las ideas surgidas en Francia y también en Inglaterra, y su distinto desarrollo constitucional⁷. De nuevo traigo a colación a Fioravanti, quien al respecto del proceso constitucional tras las revoluciones inglesa, francesa y americana, señala tres aspectos de interés. En primer lugar, en Inglaterra se respetaron los derechos adquiridos desde la Carta Magna medieval de 1215 y, por tanto, no se rompió con el pasado. En segundo lugar, en Francia se une el individualismo y el estatalismo para enfrentarse al historicismo. Y, en tercer lugar, en las colonias americanas se combinan historicismo e individualismo contra estatalismo. Así, lo que está claro, como afirma Zagrebelsky, es que en las Declaraciones americanas «los derechos eran un patrimonio subjetivo existente por sí mismo que debía mantenerse inalterado y protegido de todas las posibles amenazas, primero de las externas provenientes del Parlamento inglés y luego de las internas que hubiesen podido nacer de un legislador omnipotente»⁸. De esto, se infiere que los garantes de los derechos fundamentales frente a la acción del Parlamento eran los tribunales a través de la interpretación del *Fundamental Law constitutional*, mientras que la protección de éstos frente al monarca era el mismo Parlamento quien alegaba el *Fundamental Law general*. Una cadena ésta que, en definitiva, era pues el modo más adecuado para salvaguardar las libertades de todos.

Erróneamente, entiendo, se ha interpretado que la importancia de los tribunales como limitadores del Parlamento ha restado trascendencia a la institución parlamentaria. Ahora bien, creo que en los sistemas anglosajones el Parlamento sigue teniendo un papel clave en la matización de las libertades, y que las actuales teorías del garantismo constitucional actuales han sobrevalorado la importancia del juez frente a la supuesta decadencia del legislador. Según Zagrebelsky «la unidad el derecho, según las exigencias del Estado constitucional, nos ha llevado a reconocer la excepcional importancia de la función jurisdiccional. Podríamos así terminar considerando a los jueces

⁷ Así, no difiero totalmente con Jellinek cuando intenta demostrar que la Declaración de derechos francesa de 1789 fue fruto de la influencia de la Carta Magna inglesa y luego de las Declaraciones de las 13 colonias americanas, y que, por tanto, el origen de los derechos universales humanos se encontraba en las luchas religiosas que tuvieron lugar en Inglaterra primero y en las propias colonias después. (JELLINEK, G., *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, trad. y estud. prel. de Adolfo Posada, estud. introd. Miguel Carbonell, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000). Ello es porque la Declaración de 1789 también concebía la existencia de derechos naturales que no podía ser transgredidos. Ahora bien, el problema es que posteriormente, al ser constitucionalizados, esos derechos pasaron a considerarse derechos positivos obra del legislador, y, por tanto, no servían como límite al poder legislativo.

⁸ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2002 (4.ª ed.; la 1.ª ed. incluye el Epílogo de Gregorio Peces-Barba: «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», pp. 157-173), p. 54.

como los actuales señores del derecho, pues en ellos, en efecto, se dan cita todas las dimensiones del derecho: la ley, los derechos y la justicia [...]. La transformación del Estado de derecho legislativo decimonónico en el Estado constitucional del siglo XX parece haber comportado este cambio de mano»⁹. Con esta afirmación, Zagrebelsky pretende demostrar que el antiguo imperio de ley, característica básica del Estado de Derecho, ha dejado de serlo para ceder su lugar al poder de los tribunales. Con todo, pienso que todavía hoy es necesario valorar la función legislativa como defensora de los derechos fundamentales. Simplemente, se ha de añadir que esta función no es ahora exclusiva del Parlamento o de la Administración, sino que ha de ser compartida por jueces independientes que decidan razonablemente y conforme a la Constitución los casos prácticos que se le presenten¹⁰.

Por último, se ha de mencionar otro de los mecanismos de control del poder que se analiza en la obra: la división de poderes, si bien en la Inglaterra del siglo XVII esta teoría no estaba aún desarrollada. En primer lugar, porque no se diferenciaban los tres poderes tan sólo las funciones legislativa y ejecutiva; la judicial entraba dentro de la última de ellas. En segundo lugar, debido a que estas funciones no se localizaban de forma absoluta en diferentes manos. Por ejemplo, tradicionalmente el poder legislativo se había compartido por el Rey y las Cámaras (gobierno mixto). Muy interesantes son los debates acerca de quién debía decidir en última instancia en caso de existir discordancia entre ambos. El libro cita autores como Dignes y Ferne favorables de la prerrogativa regia, o Parker, Herle, Prynne, Hunton defendiendo la competencia del Parlamento (soberanía parlamentaria) y alegando en muchas ocasiones su identificación con el pueblo inglés y, por tanto, su carácter indivisible, absoluto e irrevocable (la teoría del *Leviatán* de Hobbes aplicada a la institución parlamentaria). No obstante, la soberanía parlamentaria, tal y como se defendió por Hobbes, superaría sin dificultad los límites de los derechos fundamentales y quedaría fuera del control pretendido por estos autores. De ahí que algunos como Hale, pero sobre todo los Levellers, Milton, Harrington, Sydney y Catón incidieran en la necesidad de limitación del Parlamento a través de su división (teoría del gobierno mixto), revocabilidad (derecho de voto y elecciones periódicas), respeto de los derechos fundamentales (libertades religiosas) y derecho de resistencia e incluso de revolución. Todo ello con una impronta iusnaturalista a veces muy influencia por el talante aristocrático del gobierno de unos *pocos*.

Concluyendo, la obra de Dorado, sin duda, es un buen ejemplo científico de defensa y respeto de los derechos fundamentales a partir de concepciones que están siendo referencia habitual a partir de la llamada crisis de la ley. La importancia de los tribunales, los peligros de absolutismo del mismo Parla-

⁹ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, op. cit.*, p. 150.

¹⁰ Sobre el neoconstitucionalismo vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y Positivismo*, Distribuciones Fontamar, México, 1997; *Ley, principios y derechos*, Dykinson, Madrid, 1998; «Neoconstituzionalismo e ponderazione giudiziale», en *Ragion pratica*, 18 (2002), pp. 169-200; *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra Editores, Lima (Perú), 2002; y *Justicia constitucional y Derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003. Vid. también DE VEGA GARCIA, P., «El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional», en *Teoría y realidad constitucional*, 1 (1998), pp. 65-88; SASTRE ARIZA, S., *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw-Hill, Madrid, 1999; y CARBONELL, M., Trotta, Madrid, 2003.

mento, son elementos que han ayudado a superar deficiencias en nuestros sistemas actuales. Ahora bien, no quiere decirse con ello que el modelo anglosajón sea mejor defensor de los derechos, ni que tenga y presente un positivo funcionamiento. Simplemente, puede ser una manera de fundir eclécticamente ambos sistemas tomando lo mejor de cada uno de ellos, es decir, potenciando la importancia de los tribunales, pero a la vez intentando no anular completamente al legislador. Quizás sea éste un equilibrio difícil, pero desde luego, no es razonable optar por uno de los poderes en perjuicio del otro, puesto que ambos, en cualquier caso, han de respetar los contenidos constitucionales y, en especial, los derechos fundamentales.

Cristina MONEREO ATIENZA
Universidad de Málaga

ENDICOTT, Timothy A. O., *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, 213 pp.

La doble condición de Timothy Endicott de filólogo y teórico del Derecho es una garantía del análisis —excelente— que realiza el Profesor de Oxford sobre las relaciones entre el Derecho y el lenguaje. La relevancia de la vaguedad y de las indeterminaciones resultantes en el Derecho son el tema central que desarrolla este libro. Como no es posible comentar todas las cuestiones que se plantean en el texto, me voy a centrar en las que he considerado más importantes desde el punto de vista de la Teoría del Derecho y de la adjudicación.

En el ámbito de la vaguedad e indeterminación lingüística, Endicott atribuye dos características a la aplicación de las palabras *vagas*. La primera característica hace referencia a las *dudas* y los *desacuerdos* que surgen cuando se aplican palabras vagas. En el Derecho, esta característica es la principal responsable de la existencia de los casos *marginales* (*borderline cases*). La segunda característica es el «principio de tolerancia», según el cual las palabras vagas, precisamente porque al ser vagas no tienen ningún contorno definido en su aplicación, parecen tolerar diferencias que se presentan como insignificantes. Por ejemplo, parece que un montón de arena o una persona con melena seguirán siendo un montón de arena o una persona no calva aun en el caso de que se le detraigan respectivamente *un* grano de arena o *un* cabello. Pero estas diferencias insignificantes que *toleran* las palabras vagas generan, sin embargo, la «paradoja de sorites» o «paradoja del montón», según la cual la aplicación repetida de acciones que producen en principio diferencias insignificantes conduce a la conclusión *lógica*, pero *falsa*, de que sigue existiendo un montón de arena o de que una persona no es calva cuando *todos* los granos de arena o *todos* los cabellos respectivamente han sido retirados del montón o de su cabeza.

Esta paradoja plantea una objeción a algunas conocidas teorías del Derecho y de la adjudicación, que se centra en la noción de vaguedad de «orden superior» («higher-order vagueness»). En ella se basa el autor para rechazar el «modelo de definir límites» («boundary model») como teoría del significado consistente en buscar delimitaciones nítidas y claras en la aplicación de las palabras vagas; y asimismo como forma de resolver la paradoja de sorites. El Profesor del Balliol College entiende que la paradoja de sorites no es solucionable en razón de que no es posible definir contornos nítidos si lo que estamos tratando es la aplicación de palabras vagas; pero ocurre que cualquier solución a la paradoja de sorites tiene siempre que postular encontrar lindes claros (Capítulo 5), por lo que resulta que la misma noción de localizar contornos en la aplicación de las palabras vagas es una noción *engañosa*. El modelo alternativo de Endicott es el «modelo de la similitud» («similarity model»), que no plantea definir contornos sino concebir la aplicación de expresiones vagas al modo de su aplicación a objetos que son suficientemente similares a *paradigmas*. (Capítulo 7).

Asimismo, el libro también contiene un estudio detallado de las fuentes de la indeterminación de las expresiones del lenguaje (Capítulo 3), siendo la «*vaguedad*» una de las fuentes más relevantes de la indeterminación lingüística. Mientras que las palabras «*ambiguas*» (otra fuente de la indeterminación) tienen más de un significado y puede no estar claro en algunos casos cuál es éste —eso depende del uso—, las palabras vagas sólo tienen un signifi-

cado pero su aplicación puede no estar clara en algunos casos. Según Endicott, «una expresión es vaga si hay casos marginales en su aplicación». La mayor parte del trabajo de análisis de la vaguedad que realiza el autor consiste en explicar qué son los casos marginales. Una de las ideas que más destaca el autor a lo largo del libro, es que a diferencia de la ambigüedad, la vaguedad no es sólo una característica de las expresiones lingüísticas –también del lenguaje del Derecho– sino una característica de los recursos *no-lingüísticos* del Derecho, y por tanto, una característica *necesaria* del Derecho. Otros términos relacionados con la vaguedad, otras formas de vaguedad en definitiva, que son fuente de la indeterminación del lenguaje, son las que expresan los términos «*imprecisión*», «*incompletitud*», «*inconmensurabilidad*», «*inmensurabilidad*» o «*contestabilidad*». Frente a la opinión de Endicott, Dworkin considera que el desacuerdo en que consiste la contestabilidad en la aplicación o no aplicación de las palabras no tiene como causa que las palabras sean vagas, sino que se trata de un desacuerdo sobre «casos centrales» («*pivotal cases*»), en los que cada una de las partes litigantes afirma respecto a su posición que ésta constituye un caso *claro*, y, por tanto, desde este punto de vista no nos encontramos ante un caso *marginal* o dudoso. Las «*semejanzas familiares*», base del modelo de la similitud, se refieren a la aplicación de las palabras vagas a partir de la semejanza suficiente de similitudes de una palabra vaga con el paradigma de su aplicación. Esto parece establecer «*estándares tipo*», una de cuyas características es que son estándares *vagos*. Los estándares tipo introducen además la discusión de la «*vaguedad semántica*» (vaguedad sobre el significado de las expresiones lingüísticas) y la «*vaguedad pragmática*» (vaguedad en el uso de dichas expresiones).

Respecto a la indeterminación jurídica, el Derecho es indeterminado cuando una cuestión referida a su aplicación no tiene una *única* respuesta correcta. Entonces hay *indeterminación jurídica*. El autor canadiense trata la «vaguedad» como una característica del Derecho y de las expresiones lingüísticas, y la «indeterminación» como una característica de la aplicación del Derecho, o de una expresión, a un caso particular (o casos) (Capítulo 2). Es importante la afirmación que repite el autor de que sólo hay indeterminación (si es que finalmente la hay) en los casos marginales. Dicha aserción tiene como punto de partida la metáfora que popularizó Hart sobre el *núcleo* de *certeza* y la zona de *penumbra* e *incertidumbre* como áreas de representación del significado de las palabras, y en este sentido ya sea de un *término* que forma parte de una norma, de todo el lenguaje en el que se expresa una regla jurídica o del significado entero de una *ley*. Afirmar que hay indeterminación cuando una controversia en el Derecho tiene más de una respuesta es lo mismo que decir que hay indeterminación cuando en tal controversia se generan «casos marginales» en su aplicación (Capítulo 2). Endicott rechaza, por una parte, las tesis que niegan la existencia de indeterminación en el Derecho, como es el caso de la teoría epistémica de la vaguedad de Timothy Williamson, que discute profusamente, aportando razones de peso para no asumirla (Capítulo 6). Asimismo, por otra parte, también rechaza las tesis que afirman la indeterminación radical del Derecho (tesis *escépticas*) que, a pesar de las apariencias, nadie sostiene realmente, pues este tipo de tesis –opina– terminan siempre por hacer en algún momento dado de su argumentación alguna clase de concesión –claudicación– a favor de la *determinación* del Derecho.

De acuerdo con el autor, uno de los efectos más importantes de la vaguedad en el Derecho es que cuando los operadores jurídicos aplican el Derecho

se encuentran con «casos claros» («*clear cases*») y con «casos marginales» («*borderline cases*»). Los casos *claros* son casos en los que hay una *clara* aplicabilidad de la regla al caso que planteado por un ciudadano y que se trata de resolver, o también hay una *clara* inaplicabilidad. Por el contrario, los casos marginales son aquellos en los que hay *duda* en si aplicar o no aplicar la regla al caso particular. Los casos *marginales* tienen como causa la vaguedad del lenguaje en el que se formulan las reglas del Derecho y asimismo la vaguedad de los propios recursos del Derecho, según afirma el texto. En estos casos, las reglas del Derecho y los recursos del Derecho proporcionan al operador jurídico, al juez, tantas razones para decidir en un sentido y en el contrario. Como puede verse, la tesis de la indeterminación de Endicott no es escéptica o radical, pues afirma que la vaguedad genera indeterminación en el Derecho *sólo* en algunos casos, *no* en *todos* los casos. De hecho, gran parte del libro está dedicada a justificar la existencia de casos marginales en el Derecho, y asimismo a postular la trascendencia *significativa* que tienen este tipo de casos a la hora de abordar diversos aspectos de la Teoría del Derecho. Dicha *significación* la extiende además a la fuente principal de la indeterminación, que es la máxima responsable de la presencia en el Derecho de esta clase de casos: la *vaguedad* en el Derecho.

Una vez que se han traído a colación la existencia de casos marginales, Endicott se plantea qué hacer cuando el Derecho vago deviene indeterminado en su aplicación en algunos casos (los casos marginales). En este sentido es de interés observar la *relevancia* que atribuye Endicott a la vaguedad y a las indeterminaciones resultantes en el Derecho en ámbitos como la *adjudicación*, el *ideal del imperio de la ley* y la *comprensión* del Derecho.

Analizar cómo incide la vaguedad en la reconstrucción de la práctica jurídica de los jueces en el Estado de Derecho es otro de los propósitos del autor. El punto de vista de Endicott amenaza lo que éste denomina la «perspectiva estándar de la adjudicación», como lo son la visión de Dworkin y Marmor sobre la interpretación jurídica. Desde la perspectiva estándar, la interpretación jurídica se concibe como un instrumento para *eliminar* del Derecho las indeterminaciones resultantes, en razón de que el Derecho tiene suficientes recursos (criterios interpretativos, jurisprudenciales, doctrinales,...) como para conseguir lograr tal fin. Los argumentos principales que utiliza la concepción estándar es, en primer lugar, el principio de la «bivalencia jurídica», según el cual el operador jurídico, ante los casos planteados, tiene la posibilidad de optar por decidir aplicar una regla del Derecho que lo soluciona, o por no aplicarla. La bivalencia jurídica es además una buena representación de la «estructura de deber» de los jueces en el Estado de Derecho. Enfoque que Endicott estima erróneo. Y en segundo lugar, la visión estándar se apoya también en la «tesis de la respuesta correcta», que nos viene a decir que del Derecho y de sus recursos siempre puede deducirse *una* respuesta que dé la mejor solución al caso concreto de acuerdo con el sistema jurídico (solución *correcta*); consecuentemente, no hay ningún caso que resulte *indeterminado* o sea *irresoluble*. Por tanto, la vaguedad, de existir, es *irrelevante* para el Derecho porque no llega a producir indeterminación jurídica. Como al juez nunca se le plantean casos marginales, y todos son casos claros sobre los que puede decidir correctamente, la vaguedad no tiene ninguna consecuencia ni para la teoría jurídica ni para la adjudicación.

La posición estándar es, según Endicott, idílica e irreal. Para el Profesor de la Universidad de Oxford la perspectiva estándar de la adjudicación no constituye una reconstrucción realista de la práctica jurídica de los jueces en

los Estados de Derecho. En la realidad –considera– el juez, en su tarea profesional, siempre se encuentra con un grupo de casos *dudosos* en los que ni la regla del Derecho ni los recursos del Derecho posibilitan deducir una respuesta clara (la respuesta correcta) en un sentido o en otro sobre la aplicabilidad o no de la regla al caso particular (los «casos marginales»). Esto nos sitúa ante la *indeterminación jurídica* a causa de la vaguedad en el Derecho. El autor justifica suficientemente que estas indeterminaciones están generadas por la vaguedad tanto del lenguaje de las reglas del Derecho, o sea, del lenguaje legislativo, como de los *recursos* del Derecho, que habitualmente también son vagos. ¿Qué hacer –según Endicott– cuando el sistema jurídico no proporciona al operador jurídico una respuesta clara en la que basar su decisión? La conclusión del texto es admitir que en los casos marginales la decisión del juez no se guía por el Derecho. En este sentido, la vaguedad (y las indeterminaciones resultantes que genera) constituye una de las mayores fuentes responsable de la *discrecionalidad judicial* (Capítulos 4 y 8). El autor canadiense es consciente de que afirmar que los casos marginales son aquellos casos que el juez soluciona, no sobre la base del Derecho, sino de la discrecionalidad judicial, puede resultar inaceptable para muchos teóricos del Derecho (por ejemplo para Dworkin) que comparten la concepción estándar de la adjudicación, pues haría imposible que el juez pueda tratar los casos iguales de la misma manera. Y esto significa tener que aceptar que el *ideal del imperio de la ley* es conceptualmente *irrealizable*.

Ante la aparente imposibilidad de la realización del ideal del imperio de la ley, Endicott nos propone reconstruir este ideal, abordarlo de un modo distinto, a partir de aceptar la idea de que la vaguedad y las indeterminaciones resultantes son «significativas» para el Derecho y la teoría jurídica. El texto ofrece una nueva articulación de este ideal, una reconstrucción compatible con la vaguedad como *característica* del Derecho. Habrá asimismo que admitir que el principio de la bivalencia jurídica no es una buena representación de la estructura de deber de los jueces en los Estados de Derecho. Dar solución a casos que desde las reglas y recursos del Derecho se presentan como irresolubles (indeterminados), es otro deber independiente e importante de los jueces que también forma parte del contenido del ideal del imperio de la ley. Ideal que no puede comprenderse adecuadamente si lo hacemos depender de que las exigencias del Derecho sean siempre determinadas. (Capítulo 9).

Finalmente, las conclusiones a las que llega Endicott vienen a afirmar, entre otras, que: (1) La vaguedad no puede eliminarse del Derecho, del mismo modo que no puede eliminarse del lenguaje. (2) La vaguedad es la mayor fuente de la indeterminación del Derecho. Y produce indeterminación sólo en algunos casos (los casos marginales), no en todos los casos. (3) Además, la vaguedad no es una característica del Derecho de carácter puramente lingüístico, no sólo es una característica del lenguaje de la legislación, sino que es una característica *necesaria* del Derecho, pues los recursos no-lingüísticos del Derecho también son habitualmente vagos. (4) La vaguedad y las indeterminaciones resultantes (casos marginales) son una de las mayores causas de la *discrecionalidad judicial*. (5) La vaguedad del Derecho no tiene por qué incidir negativamente en el ideal del imperio de la ley si deseamos la concepción estándar de la adjudicación que reduce la estructura de deber de los jueces en los Estados de Derecho al principio de la bivalencia jurídica. Es más, sólo desde la comprensión de la vaguedad en el Derecho podemos entender adecuadamente este ideal. (6) En síntesis, la vaguedad y las indeter-

minaciones resultantes en el Derecho son *significativas* para la teoría jurídica y para la comprensión del Derecho, y debe ser tomada en cuenta a la hora de ofrecer una mejor descripción del mismo.

En definitiva, *Vagueness in Law* es de uno de los mejores textos sobre la conexión que existe entre el Derecho y el lenguaje, muy recomendable para juristas y teóricos del Derecho que pretendan abordar esta relación en profundidad, interesados en observar los problemas que plantea en el Derecho la aplicación de las palabras vagas que forman parte del lenguaje legislativo y la potencial indeterminación que puede surgir a la hora de su aplicación.

J. Alberto DEL REAL ALCALÁ
Universidad de Jaén

HIERRO, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003, 239 pp.

Centrada en el análisis de la validez, la Teoría del Derecho no se ha planteado sistemáticamente qué grado de eficacia requiere la norma jurídica, tampoco la posibilidad de una medición cualitativa o cuantitativa, de un cálculo, esto es, qué número, qué tipo de normas, o su reverso: cuándo puede afirmarse que una norma no es eficaz.

Frente al argumento recurrente, según el cual el estudio de la eficacia de las normas pertenece al ámbito de la Sociología del Derecho, o de la Psicología Jurídica, pero que es ajeno, en general, a las denominadas Ciencias Jurídicas, el nuevo libro del profesor Liborio Hierro ofrece desde las páginas iniciales convincentes razones sobre el interés y la relevancia que para la Teoría del Derecho (y para las disciplinas jurídicas convencionales como «ciencias del Derecho») presenta el análisis teórico y empírico de la eficacia e ineficacia de las normas.

La primera de estas razones es el interrogante abierto por la consagración en los sistemas jurídicos contemporáneos de dos principios con ella relacionados, de un lado la primacía de la norma legislada sobre la costumbre contraria, la fuerza normativa de la ley frente a la costumbre, esto es, el desuso, de otro, la inexcusabilidad del incumplimiento por ignorancia. Es decir, qué ocurre con las normas ineficaces por falta de cumplimiento o de aplicación, y cómo puede justificarse que el desconocimiento de la norma no excuse de su cumplimiento. Y por otra parte, si generalmente se acepta que 1) la eficacia de un sistema jurídico es condición necesaria de su existencia, y 2) la eficacia de una norma jurídica no es condición necesaria de su existencia; y si aceptamos esto a la vez que podemos convenir en que la eficacia de un cierto número importante de normas jurídicas de ese sistema sí es condición necesaria para que sea un sistema jurídico dado, es decir un sistema jurídico *existente*, volvemos al interrogante inicial ¿qué número de normas eficaces es necesario, qué número, qué tipo de normas...? Si no abandonamos esa dificultad al análisis de tal estructura lógica (en realidad, en la paradoja de «sorites», una suerte de *modus ponens*) la pertinencia de un estudio sistemático tendente a la disolución de ese problema pendiente es difícilmente contestable. Si no fuera suficiente, otra razón que avala la conveniencia de su estudio, y ya de este estudio en sí, el del autor de *El realismo jurídico escandinavo* (1982), *Estado de Derecho. Problemas actuales* (1998) y *Justicia, igualdad y eficiencia* (2002), es que las dos ideas más familiares de la eficacia de las normas (como cumplimiento y como obligación) «no agotan los usos que del término eficacia se hacen en la realidad, en la realidad del Derecho, ni tampoco los que pueden soñar los filósofos, los filósofos del Derecho» (p. 18).

Las relaciones de la eficacia de las normas con otros importantes predicados, predicados como aquello que *se puede decir*, de los sistemas jurídicos contemporáneos, aún siendo referidos, como explícitamente plantea el autor, a un sentido concreto de la eficacia (eficacia sociológica, material o externa) son numerosos y abordables en la sede que nos ocupa.

Anticipados esos otros sentidos y establecidos aquellos propósitos iniciales, el capítulo que abre el libro aborda los antecedentes que precedieron a las tajantes soluciones normativas que para los problemas ya citados, el desuso de la norma legal y la inexcusabilidad de su ignorancia, hubo de articular la Codificación. Desde el nacimiento del «Código de Napoleón», aquel que

habría de servir de modelo a nuestro Código Civil y a otros tantos en Europa de los que forma piedra angular la afirmación de la primacía de la ley frente a la costumbre y el desuso, se reconoce que ese efecto derogatorio («ese poder invisible») del desuso, aunque no se autoriza normativamente, no puede ponerse en duda. Es «la mala conciencia del Señor Portalis», lo que hoy catalogaríamos como «una contradicción pragmática» (p. 25).

Recorridos los antecedentes, la influencia romana, la discusión escolástica, la visión ilustrada, y recordado el complejo proceso que hubo de seguir la codificación, lo que la dilatada pero amena reconstrucción histórica del autor muestra es que no basta que el legislador apruebe una disposición que prescriba la prevalencia de ley sobre la costumbre y el desuso, o niegue la fuerza exculpatoria de la ignorancia de la norma. «Una disposición de este tipo es obviamente autorreferente, lo cual implica que si no llegase a ser eficaz, en el sentido de que no llegase a ser regularmente cumplida o aplicada, su falta de eficacia tendría un doble efecto: no sólo que esta disposición sería ineficaz sino que por su falta de eficacia, todas las demás normas serían derogadas por la falta de observancia, el desuso o la costumbre o práctica en contrario» (p. 68).

Autorreferencia que puede ser dramática o divertida: dramática en el caso de la prevalencia de la ley, en la prescripción de derogación sólo por leyes posteriores –sólo si aquella norma es eficaz, la validez de todas las demás normas puede ser independiente de su eficacia–; divertida en el caso de la difícil disposición que prescribe que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento porque, recurriendo Hierro a la cita de Costa, «una disposición de este tipo parece implicar que las leyes deben ser conocidas y, sobre todo, que debe ser conocida la ley que establece que las leyes deben ser conocidas» (p. 69). La solución a ambos problemas –qué es lo que ocurre con las disposiciones que resultan ineficaces porque no se cumplen ni se aplican y cómo puede explicarse el caso de la ignorancia– requiere acudir previamente al uso más tópico –la eficacia como cumplimiento y la eficacia como aplicación– a cuyo análisis Liborio Hierro dedica los capítulos segundo y tercero.

El primero de ellos «La eficacia de las normas jurídicas como cumplimiento» aborda la eficacia como *motivadora* de la conducta de sus destinatarios, particularmente, las diferentes razones y motivos que inducen al cumplimiento de las normas jurídicas. El recordatorio del rigor en las precisiones conceptuales y terminológicas previas referentes a los diversos sentidos de los términos «eficacia», «motivos» y «razones», acompaña una compleja discusión, respetuosa de los diferentes matices que de tales términos proporcionan, entre otros, Nino, Raz, Grice o Juan Carlos Bayón. En relación con los esquemas teóricos donde cabe englobar las distinciones anteriores, y rescatando los conocidos argumentos clásicos acerca de la legitimidad (Weber), el paradigma positivista (Kelsen), o la teoría de la elección racional, y absorbidas correspondencia y aceptación, el capítulo recoge de modelos sociológicos y psicológicos ya clásicos (Piaget, Kohlberg) el material necesario para, en un cruce con las «insinuaciones» de los sociólogos del Derecho, trazar un cuadro de las diferentes formas que adopta la función legitimadora de las normas jurídicas. Hierro acomete aquí los motivos de obediencia hasta llegar a Hart en su conocida propuesta de obediencia por adhesión pero también más allá, argumentando que la mera correspondencia, a la que propone llamar «coincidencia», es una dimensión de la eficacia de las normas apenas significativa. «La denominada *aceptación*, es, en realidad, uno de los posibles motivos de cumplimiento y, probablemente, no es el más rele-

vante» (p. 124). Encaminado a la comprensión de una problemática que aún pervive, el recorrido por los vectores motivacionales, la obediencia irracional, la obediencia por temor a la sanción, la obediencia por utilidad, la obediencia por respeto al orden jurídico, la obediencia en el conflicto subjetivo entre Derecho y moral, la obediencia por respeto a la autoridad legítima, deviene un examen sistemático que incluye justificados reproches, o al menos argumentados desapegos, antes de concluir señalando el alcance de una pieza en la relación ontológica de la que se empieza a recelar sobre todo cuando se discute el alcance de su medición exhaustiva.

El tercer capítulo «La eficacia de las normas jurídicas como aplicación y como éxito» pone al descubierto la peculiar opacidad, y de nuevo, las posibilidades y la utilidad de su cálculo, en este caso, de la eficacia como aplicación, aplicación básicamente «como el hecho de que un órgano de adjudicación tome una decisión encaminada a forzar el cumplimiento de la norma por su destinatario y, si ello no es posible, le imponga la sanción prevista para el caso de incumplimiento» (p.139). Se desarrollan aquí consideraciones sobre las dimensiones (o sentidos) restantes de la eficacia: el éxito y la eficiencia, se discuten también los esquemas de MacLeod (p. 172), esto es, aquellas dimensiones que, como ya se anunciaba en la introducción, parecen más ajenas al interés de la Teoría del Derecho y más propias de la atención de una sociología instrumental al servicio de la política jurídica o de la política a secas. Sin embargo, apoyado en la teoría de las «normas perversas» elaborada por el psicólogo social José Miguel Fernández Dols, Hierro ha terminado un parte central, un *nudo* que permite en la parte final, antes del epílogo en el capítulo cuarto, ver como empieza a perfilarse la perfecta comprensión de su solución teórica al problema de la relación entre eficacia de las normas y de los sistemas en el seno de la Teoría del Derecho.

En efecto, si el análisis de las diferentes dimensiones de la eficacia de las normas jurídicas –coincidencia, cumplimiento, aplicación, éxito y eficiencia– ha puesto de relieve «que en todas ellas, es posible una comprobación empírica y su traducción en ciertos índices o coeficientes que expresarían la magnitud relativa de la eficacia/ineficacia de una norma objeto de estudio» (p. 182); ha razonado que la coincidencia (o mera correspondencia) no es una dimensión significativa a ningún efecto; ha puesto de manifiesto también la opacidad de la aplicación, los problemas de reconstrucción descriptiva de los propósitos que refiere el éxito, y finalmente ha señalado la controversia de los supuestos donde opera la eficiencia, es posible ya atender mejor al problema tautológico, cuantitativo (¿qué número de normas eficaces es necesario, qué número, qué tipo de normas...?) y sobre todo de circularidad inicialmente planteado.

Tras repasar las respuestas más relevantes que la Teoría del Derecho del siglo XX ha aportado al problema de la relación entre eficacia, validez y existencia de las normas jurídicas, y entre eficacia de las normas y existencia del ordenamiento jurídico (la validez como condición de eficacia de Alf Ross; la independencia entre validez y eficacia de Herbert L. A. Hart), la respuesta –en la tesis de la separación entre validez y eficacia– convoca con poderosos argumentos al abandono del empeño en asociar la validez con la eficacia a través de una ontología de la validez (o una ontología de las normas) excesivamente pretenciosa. La respuesta convoca también a prestar mayor atención a la dimensión *real* de la relación, y lo hace de una forma categórica: «No sólo es innecesario buscar alguna peculiar conexión ontológica entre la validez de las normas jurídicas –entendida ésta como su perte-

nencia a un sistema jurídico [...]– y su eficacia. Además de innecesario es inconveniente» (p. 208).

Hierro concluye, pues, suscribiendo un explícito «positivismo normativista bien entendido» en la necesidad de atender a la *realidad social*, la necesidad del jurista de plantearse cuestiones que se refieren a la existencia social del Derecho.

La sospecha inicial, la de que tales problemas encuentran mejor solución teórica cuando se tiene una idea ordenada sobre la eficacia de las normas jurídicas, demuestra ser al final una sospecha perfectamente razonable.

Jesús GARCÍA CÍVICO
Universitat de València

LA TORRE, Massimo, *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004, 304 pp.

Cualquiera que se acerque al problema de la ciudadanía podrá constatar rápidamente la diversidad de dimensiones o facetas que presenta. En efecto, la de la ciudadanía es una cuestión en la que aparecen aspectos políticos, económicos, jurídicos, culturales, éticos. Así, el político, el economista, el jurista, el antropólogo, el filósofo moral, están llamados a intervenir en el debate. Pues bien, si algo se demuestra en el presente libro es precisamente el hecho de que el problema de la ciudadanía es ciertamente «poliédrico»: presenta muchas caras o dimensiones que permiten análisis diferentes. Massimo La Torre, desde la Filosofía del Derecho y de la política, ha escrito un libro en el que aparecen muchas de estas dimensiones. Estamos frente a una obra escrita por un filósofo del Derecho que trasciende en mucho a una perspectiva concreta y determinada y en la que van apareciendo de manera sucesiva las diferentes dimensiones del problema de la ciudadanía. La concurrencia de estas dimensiones demuestra que la cuestión de la ciudadanía constituye en la actualidad un test a través del cual calibrar cuestiones básicas no sólo de la Filosofía del Derecho y de la política, sino también de la filosofía moral. De esto es consciente Massimo La Torre. En efecto, aparte de reconocerlo explícitamente en las primeras páginas del libro, utiliza la cuestión de la ciudadanía para afrontar aspectos vinculados a las diferentes aproximaciones señaladas.

Una de las primeras enseñanzas que se pueden extraer del libro publicado por el profesor de la Universidad de Catanzaro, y que reúne diversos trabajos sobre un tema que ha centrado buena parte de su atención durante el último decenio, es, precisamente, que la cuestión de la ciudadanía es un problema. Esta afirmación, que puede parecer simple por evidente, permite diversas interpretaciones. Es un auténtico problema desde varios puntos de vista. Retomando a Rodotà, La Torre señala que hoy la ciudadanía constituye el auténtico «campo de batalla» en donde se va a definir el carácter democrático de un sistema. La ciudadanía se presenta así como un criterio determinante a la hora de evaluar el grado de igualdad materializado en el seno de un modelo político identificable con el Estado social. Pero no sólo eso, ya que podemos reconocer con el autor que la ciudadanía constituye también un criterio válido para evaluar el grado en el que el «derecho a tener derechos» es reconocido y, es más, su extensión. Y ello porque el status de ciudadano es en realidad la llave que abre la puerta del reconocimiento de derechos. En función de la mayor o menor rigidez en las exigencias del reconocimiento o atribución de la ciudadanía, más o menos difícil es situarse en una posición que asegure el disfrute de derechos. Esa mayor o menor rigidez no es el resultado de un proceso azaroso sino que responde a una determinada ideología, a una determinada concepción del individuo, de la comunidad, y de las relaciones que se establecen entre ambos; en definitiva, tras la cuestión de la ciudadanía descansa una determinada percepción de la agregación social y de los criterios que la definen. Por eso, entre otras cosas, el tema del que se ocupa La Torre en su libro no es algo que ocupe y preocupe solamente a aquel que se sitúa en la perspectiva de la Filosofía del Derecho (entendida ésta de la manera más generosa posible): concierne también al sociólogo y al antropólogo.

Pero es que además, la ciudadanía, la forma en que ésta es entendida y predicada en relación con los individuos, constituye una cuestión que hay que solucionar como requisito previo de la definición del modelo social que se quiera defender. Y en este sentido, cualquier propuesta en relación con el concepto de ciudadanía implica la necesidad de enfrentarse con paradigmas de la ciencia jurídica y política contemporánea: pensemos, por ejemplo, en la vinculación entre ciudadanía y nacionalidad, o en la noción de soberanía. En realidad, la reformulación de estos paradigmas constituye el telón de fondo ante el cual el autor desarrolla su discurso. Y es precisamente lo que justifica que ya en el subtítulo del libro se haga alusión a la clave europea desde la cual se articula su reflexión. La construcción de una entidad política europea que trascienda en su sentido y en su funcionamiento a la realidad de los Estados condiciona, en efecto, el argumentario sobre la ciudadanía. En este sentido, es fácilmente comprensible que la ciudadanía europea (más allá de las críticas que su configuración concreta pueda merecer) sea el resultado de la crisis del nexo entre nacionalidad (estatal) y ciudadanía, y del papel que tradicionalmente ha jugado la idea de soberanía. En efecto, La Torre dedica numerosas páginas del libro a la revisión de la conexión entre ciudadanía y nacionalidad y a mostrar el contraste entre, de un lado, una concepción republicana de la ciudadanía, asociada a la idea de autonomía y autolegislación del ciudadano y, de otro, una comprensión de la nacionalidad en la que la idea de sujeción del súbdito al Poder del Estado se hace prevalecer sobre el reconocimiento de derechos. Y por lo que se refiere a la reflexión que en las páginas del libro se dedica al concepto de soberanía, creo que bien podría señalarse que el realismo es algo que acompaña a la misma. Y es que La Torre se muestra cauteloso en este punto en un doble sentido. Por una parte, tras un repaso de los rasgos del Derecho comunitario (caracterizado por una proliferación de los centros decisionales y de producción normativa de los que en ningún caso se puede predicar soberanía) y tras llegar a la conclusión de que éste no puede ser analizado de acuerdo con las categorías clásicas del Derecho internacional, adopta una óptica pluralista que permitiría entender el Derecho comunitario a partir de la existencia de una red informativa o decisional configurada por instancias de Poder plurales. Pero, tras ello, llama la atención sobre el peligro de que cada una de estas instancias reproduzcan en su interior aquellos rasgos que justifican la crítica al dogma de la soberanía estatal. Por otra parte, La Torre también muestra sus cautelas respecto a una conexión «demasiado estrecha» entre ciudadanía y derechos sociales: a partir de una concepción fuerte de los derechos sociales, que no se reducen a meros «beneficios sociales», el profesor de Catanzaro alerta sobre la situación en la que pueden quedar estos derechos (cuya efectividad exige la presencia de órganos con capacidad de imponer las obligaciones que dimanen de ellos) si se asocian a una ciudadanía que trascienda los ámbitos de actuación del Estado, y que haga depender su futuro de la capacidad de organizaciones supranacionales.

A lo largo del libro, La Torre va alternando el análisis conceptual con la perspectiva diacrónica. Es más, el examen de la historia del concepto de ciudadanía le permite exponer la propuesta aristotélica, que está en la base de la idea de ciudadanía que se propone. En efecto, aunque el propio autor reconoce que hay que esperar a la modernidad —y más en concreto a la Revolución Francesa— para que el concepto de ciudadanía desarrolle todas sus potencialidades, lo cierto es que los rasgos de la ciudadanía que Aristóteles señala en el libro III de la *Política* constituyen una auténtica referencia para la discu-

sión que se sucede en el pensamiento político occidental. En todo caso, lo que sí es cierto es que esos rasgos constituyen ya una toma de posición sobre extremos respecto a los cuales cualquier propuesta sobre la ciudadanía necesariamente debe definirse. Recordemos que para Aristóteles la ciudadanía es, entre otras cosas: convencional, en el sentido de artificial y construida en un determinado contexto social; participativa; tendencialmente igualitaria; a-ética, antiperfeccionista, desde el momento en que es neutral respecto a principios sustantivos fuertes, diferenciando así al ciudadano respecto al hombre bueno; es irremediamente discriminatoria, ya que la clase de los ciudadanos no coincide con la de los seres humanos; es antiindividualista en el sentido de que implica una determinada concepción del bien común en la que los sujetos participan en el marco de un proceso de racionalidad comunicativa no instrumental; en fin, es política, ya que implica la definición de un espacio político.

Ciertamente, como se ha señalado, la propuesta de La Torre respecto al concepto de ciudadanía sigue el rastro de Aristóteles. El modelo propuesto es el de una ciudadanía convencional, igualitaria y participativa, «abierta, inclusiva y constitucional». Creo que dicho modelo es el resultado de determinadas tomas de posición previas: a) respecto a una determinada concepción de la comunidad política; b) respecto a la fundamentación de los derechos; c) respecto a la vinculación ciudadanía-democracia. El discurso que sobre la ciudadanía se desarrolla en las páginas que estamos comentando supone una definición por parte del autor, al menos, en relación con estas tres cuestiones.

En efecto, a lo largo del libro es recurrente la idea según la cual la concepción que se tenga de la ciudadanía está directamente relacionada con un determinado modelo en relación con la agregación política, con la comunidad. El contraste principal es el que se produce entre dos modelos o concepciones de la identidad política. Por una parte, aquel modelo etnicista, basado en una situación de homogeneidad cultural y lingüística, y que vincula la ciudadanía a la idea de pertenencia: sólo aquel individuo que posee los rasgos de la etnia, profesa la misma religión, habla la misma lengua, puede ser ciudadano. Por otra parte, un modelo que escapa a las explicaciones metafísicas propias del primero, y que por el contrario está vinculado a la idea de participación: ciudadano es aquel que participa en la comunidad política, que se presenta como una comunidad de derechos y de principios compartidos. La defensa de este modelo supone la revisión de la conexión necesaria entre la ciudadanía y la nacionalidad. Como se ha señalado estos dos son los modelos entre los que se establece la discusión. La Torre, al final del libro, vuelve sobre ellos para, entre otras cosas, plantear los problemas que surgen cuando se intenta la aplicación de los mismos a los órdenes políticos supranacionales. En efecto, en el escenario constituido por éstos es difícil identificar la homogeneidad cultural y lingüística en la que se asienta el primero, o la homogeneidad en relación con los ideales compartidos, que permite el segundo. A partir de ahí La Torre propone un tercer modelo, que teóricamente surge de las insuficiencias de los anteriores, pero que, en mi opinión, comparte quizás algo más que un aire de familia con el segundo modelo. La Torre se refiere así a una concepción (normativa) interactiva de la ciudadanía, en la que se es ciudadano no porque se pertenezca a una religión, a una etnia («la sangre es agua»), o se hable una lengua, sino porque se comparte un proyecto común de convivencia de carácter deliberativo. Hablar aquí de proyecto

supone referirse a una aventura con vocación de permanencia y perdurabilidad en el tiempo.

La concepción de la ciudadanía que presenta La Torre está íntimamente relacionado con una determinada fundamentación de los derechos. En efecto, parece imposible a estas alturas desarrollar un discurso sobre la ciudadanía sin que exista esa relación. Es más, la reflexión sobre la ciudadanía es una reflexión sobre los criterios de reconocimiento, atribución y ejercicio de derechos en una determinada situación política. Tras esa reflexión existe siempre un cierto modelo justificativo de los derechos. En esta ocasión, La Torre nos ofrece un modelo ecléctico, que surge a partir de la combinación de diversas teorías morales y que pretende ser válido en un contexto globalizado, caracterizado por la disminución de los condicionantes espaciales y temporales y que se presenta como un único escenario de acción y tiempo. El modelo justificativo de los derechos que presenta La Torre se articula a través de un discurso jalonado por tres situaciones: la situación normativa existencia o individual, la situación normativa intersubjetiva, y la situación normativa impersonal o política. El eje de dicho discurso parte del reconocimiento del otro como criterio limitativo de la acción y desemboca en la afirmación de la universalidad del derecho a la autonomía y al bienestar.

El reconocimiento de una ciudadanía participativa es concebido en el libro como un requisito de la autonomía individual. Y si ello es así, cabe por tanto llevar a cabo una lectura de la ciudadanía en clave moral, situándonos por tanto en otra de las múltiples perspectivas a las que se aludía al comienzo de estas líneas. La ciudadanía se presenta como un criterio que define al sujeto político activo. Ciudadano es el que participa en la determinación de las reglas de la comunidad. Es esa participación la que determina la auténtica autonomía en el ámbito de la política; y la que justificaría el deber de obediencia respecto a las leyes, desde el momento en que para deber obedecer a la ley es necesario que se haya estado en grado de participar en su elaboración. Es esta vinculación entre participación y autonomía la que le permite a La Torre construir un concepto democrático y republicano de ciudadanía. Y es la defensa de dicho concepto la que permite afirmar que la ciudadanía (al menos la idea de la misma que se defiende en el libro), tiene también mucho que ver con la democracia. Así entendida, la ciudadanía participativa y republicana se presentaría como un requisito de la democracia; una democracia que incluiría así, en su estructura, un modelo de ciudadanía que se articula como una vía mediante la cual se produce la intervención del sujeto en los procesos de adopción de decisiones colectivas.

Al comienzo de este comentario aludí al carácter problemático de la noción de ciudadanía. Pero además, la definición del modelo de ciudadanía constituye también un desafío ya que en realidad dicho modelo implica un determinado modelo de sociedad, es decir un pronunciamiento en relación con el valor del individuo y con sus derechos. El desafío es político e intelectual. La decisión política deberá basarse en argumentos que en última instancia sean respetuosos con las exigencias de la democracia y de la dignidad humana. El libro de Massimo La Torre identifica el problema y afronta el desafío proponiendo un modelo normativo exigente y valiente.

Fco. Javier ANSUÁTEGUI ROIG
Universidad de Jaén

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Innovación editorial Lagares, Sevilla, 2003, 179 pp.

Esta es la crónica de un libro que parecía imposible escribir. Obviamente, el hecho de que al final se haya podido publicar invalida dicho parecer, aunque, a su vez, dicho motivo no sirva para soslayar la dificultad que entraña compendiar en unas páginas relativamente breves, pero densas de contenido, todo lo que ha significado el complejo y multiforme devenir de la Filosofía y la Teoría del Derecho en la última centuria. Esta tarea es, precisamente, la que se afronta en el libro que es objeto de este comentario, y en el que su autor, Antonio Enrique Pérez Luño, recupera la vieja tradición de estudios historiográficos en torno a los temas centrales de la Teoría y la Filosofía del Derecho contemporáneas, la misma que alcanzara su esplendor entre la década de los años treinta y los sesenta del siglo xx y que hoy parece haberse perdido en gran parte. Sirvan a este respecto, simplemente a modo de recordatorio, los trabajos (hoy ya clásicos) de Luis Recaséns Siches, Salvador de Lissarrague y Antonio Truyol y Serra en España, de Karl Larenz en Alemania, Guido Fassò en Italia o Joseph L. Kunz en Iberoamérica.

Naturalmente, en el libro que ahora se nos presenta, su autor no se conforma tan solo con retomar una tradición doctrinal y revalidar con ella una técnica de investigación iusfilosófica, sino que intenta proporcionar también una visión actualizada de las nuevas vías por las que han transitado en los últimos tiempos las diferentes corrientes dedicadas al estudio de la Filosofía y la Teoría del Derecho. Esa aproximación al universo de ambas disciplinas no es acrítica ni, por supuesto, ajena o insensible a las interrogantes y retos que el mundo de la experiencia jurídica plantea diariamente a los juristas del siglo xxi. Fiel a su idea tetradimensional del Derecho, Pérez Luño realiza una doble advertencia desde las líneas proemiales de su libro: en primer lugar, que su enfoque historiográfico del Derecho no es autopoietico ni autorreferente, es decir, que éste no aparece atrapado dentro del aura cientificista con el que habitualmente ha venido siendo rodeado por el iuspositivismo más dogmático, sino que más bien procura explicar diacrónicamente, esto es, conectando el pasado con el presente, la función que han desempeñado hasta nuestros días los sistemas normativos y los juristas en la experiencia política, científica y cultural contemporánea; en segundo lugar, se pretende dar también una respuesta teórica integradora que sea capaz de colmar los vacíos doctrinales e institucionales de las sociedades tecnológicas, así como de responder racionalmente (o sea, en clave de racionalidad práctica) a los innumerables retos que se le plantean tanto a los iusfilósofos como a los teóricos del Derecho en el friso de este tercer milenio.

A fin de poder ofrecer una imagen panorámica y fidedigna de los distintos movimientos y líneas doctrinales que han venido surcando el mapa de la cultura jurídica contemporánea, Pérez Luño ha articulado su trabajo en doce capítulos que, lejos de ser compartimentos estancos, guardan entre sí una relación de necesaria complementariedad. Así, en su primera parte, el libro se inicia con una detallada exposición de las grandes dicotomías que han surcado la Filosofía y la Teoría del Derecho y que han ido sucediéndose a lo largo del siglo xx y de los primeros años de la actual centuria: el debate intelectual entre los defensores del proyecto ilustrado de la modernidad y los postmodernos (Cap. 1); la contraposición entre las corrientes formalistas y antifor-

malistas del Derecho, para lo cual se abordan a fondo las doctrinas institucionalistas, realistas y sociológicas (Cap. 2), las diversas versiones e implicaciones del iusnaturalismo (Cap. 3), así como las múltiples versiones y modalidades del iuspositivismo —con especial énfasis en el tratamiento de la Teoría pura del Derecho kelseniana y en la interpretación del positivismo— (Cap. 4). Los siguientes cuatro capítulos forman la parte central del libro, siendo ésta, a diferencia de la primera, una parte más metodológica que conceptual (me refiero concretamente a la comprendida entre los Caps. 5-8). En este segundo bloque, Pérez Luño describe con claridad las distintas técnicas utilizadas tradicionalmente en el ámbito de la argumentación jurídica y del análisis del lenguaje normativo (Cap. 5), indaga también en torno a la función social que corresponde a los juristas y a los medios o cauces institucionales vinculados a su formación (Cap. 6), y analiza los nuevos itinerarios abiertos y las transformaciones que se han producido en la esfera del Derecho privado y del Derecho público tanto a nivel legislativo como jurisprudencial (Caps. 7 y 8). Y finalmente, en lo concerniente a la tercera parte de este libro, parte de contenido axiológico y cuya temática abarca una vasta zona intermedia compartida por la iusfilosofía, la filosofía política y la sociología, resultan de especial interés algunas de las cuestiones tratadas entre los Caps. 9-12. En este sentido, la consideración del Derecho como un producto humano y, en tanto que humano, como un fenómeno social que se manifiesta, se expresa y es perceptible en el mundo de la experiencia jurídica, ha impulsado en las últimas décadas a numerosos autores a proponer, como método alternativo al rigorismo purista y formalista del positivismo jurídico, una visión de la ciencia jurídica abierta y permeable a las filtraciones e influencias de otras disciplinas extrajurídicas aunque complementarias a ésta. Este concepto integrador y omnicomprendivo del Derecho haría posible que en sus procesos de interpretación y aplicación se permita la introducción, como elementos de apoyo al quehacer diario del jurista, de elementos y factores de contenido axiológico e ideológico (Cap. 9). A propósito de la interdependencia del Derecho respecto a los procesos económicos y de la intercomunicación social y cultural en la sociedad moderna, Pérez Luño opina que constituyen vectores que, al confluir, han provocado el inicio de una lenta pero inexorable transformación de los Estados cerrados, autosuficientes y plenamente soberanos en organizaciones políticas con una estructura mucho más flexible, abierta y susceptible de ser integrada en instituciones de carácter supranacional. Este hecho ha supuesto no solo que la soberanía de los Estados haya quedado necesariamente limitada por una *supra estatalidad normativa*, en función de su pertenencia a dichas instituciones supranacionales (dotadas de un ordenamiento jurídico jerárquicamente superior a las constituciones nacionales de sus Estados miembros), sino que también ha generado en los Estados administrativamente descentralizados un fenómeno de *infra estatalidad* normativa, produciéndose así en algunos países, como en el caso concreto de España, una situación de pluralidad de fuentes jurídicas que con frecuencia plantean serios problemas de desbordamiento a los juristas. Pero, además de esta proliferación de fuentes del Derecho y de la reforma de las rígidas estructuras jurídicas, políticas y económicas de los Estados nacionales, tanto el proceso de modernización de una sociedad contemporánea cada vez más compleja, el imparable avance de las nuevas tecnologías (con la creación de un inmenso ciberespacio que atraviesa todas las fronteras), la aparición de importantes masas de población inmigrante en las regiones más desarrolladas y prósperas del planeta (fundamentalmente Europa Occidental

y Norteamérica), la propensión de los mercados hacia la globalización económica, y en suma, el desarrollo de un Derecho internacional cada vez más decidido a hacer efectiva la universalización de los derechos humanos, ha propiciado una paulatina substitución de la tradicional imagen de los Estados nacionales con unas señas de identidad culturales y étnicas supuestamente homogéneas y bien diferenciadas, por la imagen renovada de unos Estados multinacionales, multiculturales y multiétnicos (Caps. 10-12).

Antes de terminar con la presente reseña, quisiera retomar el argumento con el que empecé mi comentario: el riesgo que conlleva escribir cualquier libro que, como éste, pretenda compendiar las principales aportaciones de la Filosofía y la Teoría del Derecho contemporáneas sin llevar a su autor al naufragio intelectual o a la pérdida fatal del rumbo científico queda conjurado cuando, como en el caso que ahora nos ocupa, quien lo escribe ha acompañado a su contrastada erudición, capacidad de síntesis y claridad expositiva, una brillante trayectoria académica de más de treinta años que le permite abordar esta inabarcable temática con criterio y propiedad, es decir, con verdadero conocimiento de causa, aspirando así a seguir ese modelo de filósofo integral que, como decía Ortega, ha sabido descargarse a tiempo del pesado lastre del especialismo y el profesionalismo para, con temple y buena disposición, «salir nuevamente a una filosofía de alta mar, plenaria, completa; en suma, a un *maximum* de filosofía».

Fernando H. LLANO ALONSO
Universidad de Sevilla

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *¿Ciberciudadaní@ o Ciudadaní@. com?*, Gedisa, Barcelona, 2003, 142 pp.

Muchas son las preguntas que acerca de la ciudadanía se plantean en el marco de las democracias actuales. Ser ciudadano hoy, cuando tanto se habla de crisis de la soberanía nacional, no puede tener las mismas implicaciones que en el momento en que se construyó el Estado de Derecho y con el se reafirmó el Estado nación. Hoy, la ciudadanía debe hacer cuentas con los procesos de globalización, con la debilidad de las fronteras y su simultánea resistencia y, sobre todo, debe enfrentarse al reto que las nuevas tecnologías constituyen a la hora de garantizar los derechos de los ciudadanos. El libro del profesor Pérez Luño aborda el estudio de la ciudadanía en este nuevo contexto y nos sitúa ante las dos caras de las nuevas tecnologías como peligro o amenaza, a nuestros derechos y libertades, y, a la vez, como esperanza, como instrumento que permite profundizar en la democracia y en el goce de los derechos.

Considera el Catedrático de Sevilla que una reflexión sobre la ciudadanía debe comenzar necesariamente, a ello dedica el primer capítulo de su libro, trazando un mapa lingüístico de los principales significados del uso del término «ciudadanía», con la voluntad de clarificar un terreno a menudo oscuro. Superada esta tarea, en el segundo capítulo se aborda el alcance jurídico-político actual de la ciudadanía en los sistemas democráticos, asumido, como el propio autor dice, desde la «conciencia tecnológica». Es decir, la alternativa entre una ciudadanía que, gracias a su instalación tecnológica, se perfecciona en *ciberciudadanía*, o que, por el empleo abusivo y perverso de las nuevas tecnologías, corre el riesgo de quedar degradada en *ciudadanía.com*. En el tercer y último capítulo se analiza la Carta de Niza y se valora su valencia a la hora de consolidar la llamada ciudadanía europea. Como el propio autor sostiene «se trata de tres indagaciones que obedecen a un único propósito que explica su continuidad y cohesión interna: dar cuenta del significado y metamorfosis de la noción de ciudadanía en la era de Internet».

Ciertamente la relación de las nuevas tecnologías con los derechos de los ciudadanos y los efectos de la Carta de Niza sobre los mismos exigen un previo análisis terminológico sobre el uso de la expresión ciudadanía, un examen que el autor nos brinda a través de los diversos usos lingüísticos y significados del término y a partir de como se comprueba en la praxis lingüística efectiva de las personas y los grupos. La ciudadanía queda, así, enmarcada y vinculada a la nacionalidad en el Estado moderno, al ámbito de la teoría jurídica y la doctrina constitucional, y por lo tanto a un escenario cuyos cimientos hace tiempo que entraron en crisis.

Como es sabido, examinar la ciudadanía en su marco teórico original y confrontarla con los actuales sistemas jurídico-políticos ha llevado a algunos filósofos del derecho a una radical crítica de ese tradicional concepto jurídico político. Para algunos, como el Prof. Javier de Lucas, en nuestro país, cabría denunciar la ciudadanía como concepto vinculado a un modelo de Estado que excluye a las minorías, que es incapaz de hacerse cargo de las realidades diferenciales. En definitiva, como un instrumento de negación de derechos a sujetos o de discriminación entre quienes tienen todos sus derechos reconocidos y quienes los ven en parte negados. Un planteamiento similar lleva por ejemplo a L. Ferrajoli a considerar la ciudadanía un concepto jurídico-político claramente a superar, abogando por su disolución en una noción de personalidad

concebida como el único centro legítimo de imputación de todos los derechos de la persona. La postura del Prof. Pérez Luño toma distancias de estas críticas; aunque tiene en cuenta las caras ocultas del concepto de ciudadanía que ambas posturas ponen de manifiesto. Antes que una disolución o negación de la ciudadanía, (deberíamos preguntarnos si esa negación es posible) se muestra a favor de la reconstrucción de un concepto explicativo de la misma en sentido multilateral. Propone, así, un distanciamiento de las tesis liberales que permita superar la ecuación entre ciudadano y nacional de un Estado y reconozca que hoy es posible detentar simultáneamente diversos vínculos políticos. A los ojos del Catedrático de Sevilla la ciudadanía multilateral es, por tanto, propia de nuestros días, cuando vivimos procesos de globalización y a la vez asistimos al renacimiento de reivindicaciones identitarias. Frente a esta paradoja, la idea de la multilateralidad nos permite no sólo ser titulares simultáneamente de varias ciudadanía sino que ofrece también la posibilidad «de ejercerlas con mayor o menor intensidad según los sentimientos de cada ciudadano hacia cada una de esas comunidades políticas».

Parece entonces que, para Pérez Luño el estatus de ciudadano no se podría universalizar, si no es a fuerza de su desaparición o disolución en la noción más amplia de sujeto jurídico. La multilateralidad de la ciudadanía no es, así, una propuesta de universalización sino de simultánea titularidad de vínculos políticos, reflejo de nuestro mundo complejo y globalizado. Vínculos de un sujeto a distintas comunidades entre las que también se podría contar, eso sí, la comunidad mundial o cosmopolita. No se trataría de abolir diferencias culturales sino de ofrecer a las mismas un cauce de expresión que evite el conflicto y sea compatible con un proyecto integrador. El paradigma de la ciudadanía multilateral tendría como meta última la reivindicación de un estatus de ciudadano del mundo un *status mundialis hominis*.

En la articulación de una ciudadanía multilateral y especialmente en la construcción de una ciudadanía cosmopolita las nuevas tecnologías pueden convertirse en un elemento clave. El Prof. Pérez Luño se aproxima al debate en torno a estos nuevos instrumentos con prudencia y examina tanto su potencialidad en la profundización del sistema democrático y del estatus de ciudadano como sus peligros, sus falsas esperanzas.

Sin duda, la teoría de la democracia se enfrenta hoy al reto de extraer los máximos beneficios del desarrollo de las nuevas tecnologías y, a la vez, ante la obligación de establecer nuevas garantías que preserven los derechos fundamentales del flujo de datos necesario para el funcionamiento de la sociedad avanzada. El ideal de la democracia directa en sustitución a la democracia parlamentaria se propone, entonces, con nueva carta de naturaleza, la carta que le brindan las nuevas tecnologías, capaces para algunos estudiosos de acabar incluso con las estructuras de los partidos políticos. Sobre esta cuestión, como insisto, la postura del Prof. Pérez Luño se mantiene en prudente distancia, considera de un lado que la democracia representativa resulta imprescindible para asegurar la deliberación y a la vez valora la democracia directa como la más eficaz forma para garantizar la participación. El Estado de Derecho no debería optar por uno de esos tipos alternativos de democracia sino reforzar su complementariedad en aras a la protección de los derechos y libertades.

Las nuevas tecnologías confluyen, así, sobre la construcción de una noción de ciudadanía abierta a cambios y a transformaciones que pueden y deben ser valoradas a la luz de procesos jurídico-políticos concretos. La construcción europea es, sin duda, un banco de pruebas y un objeto de análi-

sis privilegiado para examinar las vicisitudes del concepto de ciudadanía, para alzar propuestas en torno a su configuración o para convertirla en el terreno sobre el que verificar las potencialidades de las nuevas tecnologías. Una ciudadanía todavía por acabar a la que se dedican las últimas páginas del libro.

La Carta de Niza constituye un hito en el proceso de integración europea, como subraya Pérez Luño, una giro axiológico cifrado en la concreción de unos valores comunes que representan la conciencia de los Estados miembros de la Unión Europea. A la vez, la Carta de Niza dibuja la situación jurídica de los ciudadanos europeos, sus derechos, sus facultades frente a la Administración y su acceso a los documentos de la UE. Definiendo y consolidando la ciudadanía europea este documento jurídico constituye un paso decisivo y un testimonio en el proceso desde la ciudadanía unilateral a la ciudadanía multilateral. Basta pensar que en el seno de la UE es posible detentar cuatro ciudadanía: la europea, la estatal, la federal o autonómica y la municipal.

La trascendencia jurídica de la Carta de Niza, su vinculatoriedad ha generado, sin embargo, cierta discusión que en parte ha quedado saldada, en la medida en que ha sido integrada en la nueva Constitución europea (capítulo II). Queda, no obstante, siempre por denunciar su limitado campo de aplicación. Es decir, el hecho de que su carácter obligatorio en el ámbito interno de los Estados sea relativo. La Carta impone una obligación de respetar los derechos fundamentales en ella contenidos a los Estados miembros sólo cuando operan en el ámbito del derecho comunitario y no en el ámbito estrictamente interno, o en las actuaciones que no tienen relevancia europea.

En cualquier caso, la trascendencia de la Constitución europea y con ella de la Carta de Niza parece estar todavía por escribir como nos advierte Pérez Luño «un texto jurídico una vez promulgado, posee una vida propia o, si se prefiere, una eficacia que no siempre coincide con las previsiones del legislador».

Con el examen de la Carta de Niza el Prof. Pérez Luño cierra un análisis extremadamente interesante y de gran actualidad, en el que se integran elementos teóricos jurídico-positivos y en, el que a la vez, que se da cuenta del fenómeno de la globalización representado por el impacto de las nuevas tecnologías (especialmente Internet) en los procesos políticos. Una reflexión para la discusión, que parece hoy inevitable, y que desde luego no está cerrada, no podría estarlo, ya que la noción de ciudadanía a siglos de distancia de su formulación está todavía en construcción.

Cristina GARCÍA PASCUAL
Universitat de València

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, 306 pp.

Un título deliberadamente genérico da cobijo en este volumen a materiales de procedencia diversa, algunos de ellos ya publicados en versiones previas, cuyo común denominador es la idea de constitución normativa como límite al ejercicio del poder y el que, a juicio del autor, es su corolario: la institución del control de constitucionalidad en sus distintas modulaciones y desarrollos. Desde perspectivas de análisis también dispares, Prieto revisita tesis e ideas ya expresadas en otros lugares e introduce nuevos motivos de debate en los seis extensos estudios que componen esta entrega, todos ellos dedicados de un modo u otro a problemas asociados al marco resultante de la fusión de dos metamodelos constitucionales (de un lado, constituciones garantizadas sin contenido normativo, de otro, constituciones con denso contenido normativo pero no garantizadas): el modelo de *constitución normativa garantizada*, proceso de hibridación que en el ámbito continental puede identificarse con lo que algunos autores han denominado «constitucionalización de los ordenamientos jurídicos».

A pesar de la amplitud y la variedad de los temas tratados, resulta posible distinguir dos bloques temáticos que se acomodan al título del libro. El primero de ellos lo forman los dos estudios dedicados con mayor detalle a la justicia constitucional, a la que, más allá de sus reservas hacia el control abstracto, Prieto ve como institución garante de la supremacía normativa de la constitución, o, dicho de otro modo, de su inviolabilidad. Se diría que el ensayo que abre el volumen («Presupuestos filosóficos y doctrinales de la jurisdicción constitucional») constituye una muy razonada respuesta a la pregunta que formulara Capelletti sobre la complicación del sistema de control concentrado buscado en la Constitución austriaca de 1920-1929 (es decir, el modelo kelseniano) frente a la claridad y la simplicidad del modelo de *judicial review*. Según Prieto, la invención kelseniana —un modelo de jurisdicción constitucional orientado a la defensa del parlamentarismo que quiso compatibilizar el principio de constitucionalidad con el de supremacía de la ley— fue, por un lado, el producto de un contexto político y cultural muy distinto a aquél en que prosperó el *judicial review*, y, por otro, un sistema todavía respetuoso con la tradición legalista del Derecho europeo. La tradición estatalista y legicéntrica del Derecho continental decimonónico y el positivismo *ideológico* como programa de política legislativa serían, en este sentido, las causas del retraso de más de un siglo en la implantación de la justicia constitucional en Europa. Y el meollo del relato de Prieto es precisamente el itinerario a través del cual se forjaron dos culturas distintas, si no contrapuestas, sobre el control judicial de las leyes a ambos lados del Atlántico, remontando a la matriz común del iusnaturalismo racionalista y el impulso de las revoluciones liberales, recalcando las diferentes interpretaciones de la teoría del contrato social, del rol del poder constituyente, del estatuto de los derechos naturales, de la idea de soberanía y de las atribuciones del legislador, pero también subrayando las múltiples influencias recíprocas y el trasvase de ideas entre ambas tradiciones verificados en este dilatado «proceso cultural» (p. 32), sin que falten algunos oportunos apuntes contextuales. La generalización de la justicia constitucional en Europa tras la segunda guerra mundial es un proceso en el que sobre el molde kelseniano de constitución como norma organizativa, jurisdicción concentrada y fiscalización

sólo abstracta —«un residuo de otra época» (p. 169)— se superpone el esquema de una constitución ampliamente materializada. En este marco institucional, la compatibilización entre la garantía de los principios y derechos fundamentales como auténticas normas jurídicas de máximo rango jerárquico y el respeto a la autonomía y las prerrogativas del legislador democrático reclama, para Prieto, la reformulación del modelo de protección jurisdiccional de la constitución. En el segundo estudio centrado en la justicia constitucional («Constitución y democracia»), el autor repasa los diferentes argumentos agrupados bajo la clásica objeción o dificultad contramayoritaria para presentar cautelosamente su propio modelo de tutela judicial de la constitución, que quiere fundar en la idea de «una constitución más flexible pero mejor garantizada» (p. 173). Por una parte, el argumento intergeneracional, muchas veces vertido contra la supremacía de la constitución (y por reflejo, contra la justicia constitucional), queda desactivado no bien se pone en evidencia que las ataduras impuestas por los redactores a las generaciones venideras no son imputables a la supremacía normativa de la constitución, sino a la gravedad de los mecanismos de reforma (y aun a la intangibilidad de determinados preceptos) impuestos en la redacción originaria, es decir, a la rigidez. La justicia constitucional sale indemne de esta crítica, que Prieto acepta como un llamado legítimo a la flexibilización de los procesos de reforma capaz de depositar en el Parlamento la reactualización democrática del texto constitucional siempre que se observen determinadas formalidades específicas. Por otra parte, los argumentos nucleados en la falta de legitimidad democrática de la jurisdicción y en el riesgo de discrecionalidad interpretativa que tiende a propiciar la inevitable abstracción de los preceptos constitucionales (crítica, esta última, dirigida en realidad a la técnica de la ponderación), son enfrentados por Prieto mediante la exposición de su contramodelo, que es, en primer término, una crítica expresa a toda forma de control abstracto o con efectos *erga omnes* (que en nuestro sistema es el modo de resolver no sólo el recurso directo, sino también la cuestión de constitucionalidad) y una crítica implícita al amparo en sede del Tribunal Constitucional, y, en segundo lugar, una defensa de la atribución a la jurisdicción ordinaria de la tarea de garantizar las normas constitucionales como exigencia insoslayable de la supremacía constitucional —en particular, los derechos fundamentales— a través de la técnica de la inaplicación en casos individuales. Sin duda, esta propuesta (que aquí sólo podemos sintetizar pobremente y que merecería, por las fecundas sugerencias que contiene, un más amplio comentario) es, como afirma Prieto, la máxima expresión de respeto al sistema de democracia representativa y al Parlamento, un Parlamento que, por otra parte, «debería mejorar muy notablemente su técnica legislativa a fin de dialogar con el razonamiento judicial» (p. 173). Asumiendo el irremediable déficit democrático que tacha la actividad de una jurisdicción concentrada ejerciendo una fiscalización abstracta de las normas, cabe sin embargo conceder un papel (también dialógico) al Tribunal Constitucional en la tutela de *todos* los preceptos constitucionales no necesariamente incompatible con la preeminencia del control difuso. A medida que los Tribunales Constitucionales poskelsenianos han asumido funciones «positivas», han tenido que imaginar soluciones acordes con la complejidad de unos ordenamientos que en determinadas materias no pueden permitirse huecos jurídicos como el que eventualmente puede provocar el binomio inconstitucionalidad-nulidad. Aunque estas soluciones intermedias son muy variadas y algunas de ellas (las llamadas sentencias unilaterales, interpretativas o manipulativas, que son objeto de crítica en el texto)

pueden ser efectivamente caracterizadas como una intromisión en el campo acotado del legislador, existen otro tipo de intervenciones de la jurisdicción constitucional concentrada (las denominadas sentencias bilaterales y multilaterales, basadas en el reenvío y en el llamamiento a la cooperación del legislador) más deferentes con el Parlamento, que bajo determinadas condiciones autorrestrictivas también pueden estimular un diálogo orientado a que el legislador mejore su técnica (y su sustancia) en la tutela de los derechos, tal y como demanda Prieto.

El segundo bloque temático al que hemos hecho referencia es algo más difuso y contiene tres estudios en los que se abordan algunos aspectos vinculados genéricamente a la interpretación y la (de)limitación de los principios y derechos fundamentales. El juicio de ponderación, es decir, la técnica interpretativa y aplicativa que, a diferencia de las tradicionales reglas de segundo grado llamadas a preservar la coherencia del sistema, resuelve mediante una declaración de preferencia condicionada en el caso concreto los conflictos o antinomias contingentes entre normas de estructura principal que establecen derechos *prima facie* o, como se dice, derrotables, es objeto de un detenido análisis en el que Prieto puntualiza algunos aspectos relevantes de la teoría de los enunciados jurídicos y de la interpretación constitucional. Respecto al *objeto* de la ponderación, Prieto relativiza tanto la pretendida homogeneidad estructural de los principios como la ecuación reglas=subsunción/principios =ponderación. En lo que hace al *momento* de la ponderación, aclara que subsunción y ponderación no son alternativas, sino que «operan en fases distintas de la aplicación del Derecho» (p. 193), ya que antes y después de la ponderación es precisa una actividad subsuntiva. El *sujeto* de la ponderación no es, para Prieto, únicamente la jurisdicción (ordinaria o constitucional), dado que durante largos intervalos la ponderación del legislador desplaza a la del juez, más allá de que aquél no pueda cancelar en abstracto lo que sólo éste puede resolver en concreto. Finalmente, el *modo* y las concretas exigencias del juicio de ponderación fijadas por la jurisprudencia constitucional son examinadas y matizadas desde un punto de vista que quiere ver limitada la ponderación como instrumento aplicativo paradigmático del Estado constitucional al juicio concreto, inevitablemente discrecional pero aun así controlable racionalmente, en detrimento del juicio abstracto sobre la validez, sacrificable en aras de la preservación de la autonomía del legislador. La necesidad de ponderar aparece igualmente asociada a la delimitación de los contornos de los derechos fundamentales, compleja cuestión que es objeto de un largo estudio en el que la argumentación de Prieto desemboca casi siempre en la búsqueda de soluciones híbridas y la adopción de posturas intermedias entre las teorías sobre la limitación de los derechos y las filosofías políticas que subyacen a las mismas, entre la diversa comprensión de la cláusula del contenido esencial, entre las distintas lecturas de la indeterminación de los derechos y entre las concepciones alternativas de la norma de clausura del sistema de libertades, si bien es cierto que la hostilidad que muestra hacia las tesis de vocación objetivista y la férrea insistencia en la carga de justificación exigible a la limitación de los derechos fundamentales sitúan a Prieto en la órbita de una filosofía política y una teoría del Estado de signo liberal o, para ser más precisos, liberal-progresista. El ensayo que cierra el libro, dedicado a las relaciones entre la constitución como norma limitadora y el legislador penal, confirma estas afinidades. Partiendo de la filosofía penal ilustrada y de su legítimo heredero, el garantismo, Prieto critica lo que cabría llamar el pampenalismo de la sociedad del riesgo, un proceso de «huida hacia el Derecho

penal» que compromete la vigencia de los principios garantistas –comenzando por el metaprincipio de intervención mínima– y al mismo tiempo revela un cambio en la función del Derecho penal en las complejas sociedades actuales. En este marco, el autor asume una perspectiva externa y una concepción negativa del bien jurídico para reafirmar la carga de justificación que pesa sobre el legislador penal en la afectación de derechos fundamentales, pero se muestra partidario de reservar la potestad punitiva a la soberanía política del Parlamento. La deferencia hacia el legislador, sin embargo, no significa la plena libertad o absoluta discrecionalidad política. Prieto se detiene en el análisis («cómo y con qué alcance») del control material efectuado por el Constitucional, sirviéndose para ello de alguna jurisprudencia relevante (particularmente, la STC 136/1999, en la que detecta un significativo cambio de orientación) y concluye reservando a la ponderación eventualmente ejercida en sede jurisdiccional un papel (subsidiario) de «llamamiento a la racionalidad legislativa y al desarrollo de la argumentación» (p. 297), otra de las asignaturas pendientes del positivismo teórico.

Considerando el subtexto de todos los ensayos, *Justicia constitucional y derechos fundamentales* admite otra lectura no menos estimulante que la que proporcionan los análisis específicos que contiene. El libro es, también, un diálogo (casi siempre constructivo) entre un filósofo del Derecho iuspositivista pero muy atento a las actualizaciones de esa tradición con el heterogéneo conjunto de autores y corrientes de vocación pospositivista, cuando no antipositivista, que viene forjando una concepción del Derecho y un modelo teórico –para evitar el uso del término paradigma– programáticamente volcado en la asunción de las implicaciones de todo tipo operadas por la transformación estructural del viejo Estado de derecho liberal-legicéntrico. Prieto sienta las bases de este diálogo en el primer epígrafe (introducido en el estudio de temática eminentemente histórico-cultural quizás con intenciones programáticas) y en uno de los ensayos más cortos del volumen («Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones»), que bien puede leerse como un *postscriptum* a su difundido *Constitucionalismo y Positivismo*. En ellos asume preliminarmente (vale decir, *prima facie*) la inadecuación del positivismo *teórico*, entendido en el sentido bobbiano de la expresión, para dar razón de la complejidad estructural que presentan los principios como tipología emergente de norma jurídica en el Estado constitucional, para interiorizar una teoría de las fuentes capaz de incorporar la supremacía constitucional y la densidad material de los contenidos de la norma suprema y, finalmente, para explicar una actividad interpretativa y aplicativa que reclama una mayor carga de argumentación que la demandada por las (contradictorias) soluciones clásicas del positivismo (subsunción mecanicista y discrecionalidad). Cosa distinta es que en los planos conceptual y metodológico muestre mayor beligerancia frente a determinadas tesis que celebran la ¿definitiva? positivación de «la moral» en la cúspide del sistema jurídico y que tampoco le satisfagan las inferencias relativas a la obediencia al Derecho propiciadas por un neoconstitucionalismo paradójicamente convertido, en este punto, en una versión rediviva del positivismo ideológico o ético que cancela sin más la instancia crítica (el punto de vista externo, entendido al modo de Ferrajoli) desde la que evaluar al sistema en conjunto. Ahora bien, como el lector puede comprobar en todos y cada uno de los ensayos, aquella aceptación de las insuficiencias del positivismo teórico no es nunca incondicionada. Prieto matiza permanentemente, acota sin ahorrar digresiones, desmiente o acepta casi siempre sólo parcialmente, expone una idea en apariencia evidente y la

castiga cuando el lector ya la ha identificado con el autor, puntualiza hasta el final y se preocupa de exponer sus propias tesis de dos y hasta de tres maneras distintas. Este estilo argumentativo, que no desmiente la adscripción analítica del autor y que viene envuelto en una prosa sobria y pulida, exige esfuerzo y paciencia al lector. Pero, más allá de que se compartan o no todas y cada una de las posiciones sostenidas en esta obra (en la que, por lo demás, hubieran tenido buen acomodo algunas de las clarificadoras páginas que Prieto ha escrito sobre los derechos sociales), el esfuerzo siempre es recompensado. Volviendo a nuestro tema, al final uno se pregunta si el fecundo despliegue teórico de estos seis estudios se dirige a recusar algunas de las tesis fuertes del neoconstitucionalismo o más bien a apuntalar el *index veri* contenido en una intuición aforística de Paolo Comanducci que el propio Prieto parece suscribir, a saber, que el neoconstitucionalismo es, en algún sentido, «el positivismo jurídico de nuestros días»; una pregunta tal vez superflua, dado que ambas hipótesis no son necesariamente excluyentes.

Pablo MIRAVET
Universitat de València

ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Ley y Derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, 134 pp.

Aunque ha habido que esperar más de dos décadas para que el profesor Robles cumpliera su promesa de elaborar un estudio global sobre el pensamiento jurídico de Ehrlich, formulada con ocasión de sus trabajos sobre la polémica de dicho autor con Kelsen, parece que la cosa ha merecido la pena. Y en efecto, la presente monografía, con el ehrlichiano título *Ley y Derecho vivo*, no sólo viene a colmar una laguna de nuestra bibliografía iusfilosófica, en la que no abundan precisamente los trabajos sobre el jurista austríaco, sino que parece llamada a convertirse en referencia inexcusable a la hora de abordar el pensamiento del considerado comúnmente «padre» de la sociología del Derecho.

Un pensamiento que el profesor Robles comienza por contextualizar dedicando todo el capítulo I a la biografía del propio Ehrlich, con especial atención al «medio social» en que se desarrolló, la multiétnica Bucovina, donde convivían armenios, alemanes, judíos, rumanos, rusos, rutenos, eslovacos, húngaros y gitanos y donde, por ello mismo, se hacía especialmente patente el contraste entre el Derecho en los libros y el Derecho vivo, por decirlo en los términos de R. Pound. En cuanto al medio académico, tras examinar su formación y sus intereses intelectuales, se aborda la trayectoria intelectual ehrlichiana, con una sucinta referencia a sus principales obras, así como a su influencia posterior, haciendo hincapié en la falta de atención que, durante mucho tiempo, padeció su obra en Europa a diferencia de lo ocurrido en EE.UU. y Japón.

Fiel a su convicción de que para entender una construcción teórica es preciso comenzar por ver perfilados sus cimientos, esto es, sus fundamentos epistemológicos y aunque Ehrlich no tiene un trabajo específico sobre el tema, Robles dedica el capítulo II al análisis de dicho punto, mostrando cómo toda la obra ehrlichiana está asentada sobre una idea básica del conocimiento jurídico en la que se entrecruzan el positivismo dominante de la época y la concepción social de la historia de la Escuela histórica. Una idea que le lleva a sostener que la sociología del Derecho, como la sociología en general, de la que no es sino una parte, es una ciencia observacional cuyo proceder consiste en la observación de los «hechos jurídicos» y en la generalización de tales observaciones fácticas.

Con lo cual, y tal y como se muestra en el capítulo III, la sociología del Derecho resulta ser para Ehrlich la auténtica ciencia del Derecho. Una ciencia «pura» que excluye toda aplicación práctica, tanto la que se da en la dogmática jurídica o jurisprudencia como la que se produce en la política jurídica y cuyo concepto básico de referencia es el concepto de «sociedad»: «la clave de la evolución del Derecho, tanto en nuestra época como en todas las demás, no está ni en la legislación ni en la dogmática jurídica ni en la jurisprudencia de los Tribunales, sino en la sociedad misma. Todos esos elementos, legislación, dogmática, jurisprudencia no son desechables pero no constituyen el elemento fundamental para construir una ciencia jurídica a la altura de la epistemología positivista».

Ahora bien, la sociedad no es, a su vez, sino el conjunto de grupos humanos que están conectados entre sí, de forma que el concepto más operativo para la sociología del Derecho resulta ser el de grupo social. Y en efecto, tal y

como se muestra en el capítulo IV, comenzando el análisis de la «parte más constructiva o positiva» de la obra de Ehrlich, el concepto sociológico del Derecho sólo es alcanzable si se parte del Derecho como ordenamiento interno de los grupos sociales. Con lo cual dicho concepto, de una parte, se vincula con la tesis del pluralismo jurídico: tantos ordenamientos cuantos grupos, sin perjuicio de que puedan armonizarse en la unidad superior de la sociedad que los engloba, y, de otra, comporta una completa reconstrucción de la teoría de las fuentes, frente a la simplista reducción de éstas a la ley y la costumbre, Ehrlich propone los cuatro hechos sociales básicos que constituyen el entramado sustancial de la «constitución social y económica de toda sociedad: la práctica social, la dominación, la posesión y la declaración de voluntad». «Hechos del Derecho» minuciosamente analizados a lo largo del capítulo V.

Igual de minucioso es el análisis de la teoría ehrlichiana de las normas, desarrollado en el capítulo VI, mostrando la complejidad de las diferentes normas sociales, así como las diferentes formas que adoptan las normas jurídicas —organización, decisión y proposiciones jurídicas—, hasta llegar a la constatación del reconocimiento por parte de Ehrlich de la existencia de dos ordenamientos jurídicos: el que la sociedad genera en los hechos del Derecho y el generado mediante proposiciones jurídicas y que sólo gracias a la actividad de los Tribunales y de las autoridades del Estado se impone en la realidad social.

A ese Derecho estatal y a la consiguiente concepción estatalista del Derecho se dedica el capítulo VII, mostrando cómo dicha concepción no sólo representa el contrapunto de la concepción sociológica sino que ha conducido a la grave tergiversación de considerar el ordenamiento jurídico como coactivo. Más aún, y tal y como se muestra en el capítulo VIII, la evolución del Derecho estatal en los últimos siglos vendría a mostrar un acentuado alejamiento entre el Derecho escrito en los códigos y el Derecho realmente vivido en la sociedad, entre «ley y Derecho vivo». Un alejamiento patente en ejemplos tan del gusto de Ehrlich como el de la familia francesa o la situación de los hijos respecto del padre en la región de Bucovina y que Robles analiza minuciosamente hasta concluir en que, según Ehrlich, el jurista ha de cambiar sus hábitos, dejando de ser un «práctico aplicador de la ley», un mero intérprete para transformarse en sociólogo y dedicarse a la inmediata observación de la vida.

Y así, en plena coherencia con lo anterior, los dos siguientes capítulos analizan la crítica ehrlichiana de la dogmática jurídica tradicional y de la lógica que le es inherente con la propuesta metódica que le hizo célebre: la *freie Rechtsfindung* «el libre descubrimiento del Derecho», como acertadamente traduce Robles. En lugar de la deducción lógica a partir de la proposición jurídica para silogísticamente aplicar la norma legal al caso concreto, Ehrlich viene a propugnar un «método más abierto» que incluye ese libre descubrimiento del Derecho.

Un método que exige ciertamente un «nuevo jurista», estudiado en el capítulo XI, y que no es otro que el que ha sabido asimilar la investigación sociológica del Derecho o «libre descubrimiento» para lo que precisa una formación distinta a la tradicional. Una formación que incorpore las ciencias factualistas de la economía, la sociología y la psicología. Todo lo cual, ciertamente no sólo hace de Ehrlich un adelantado defensor de la cada vez más habitual denominación «Facultad de ciencias jurídicas y sociales», en contraposición con la tradicional «Facultad de Derecho» sino que también explica la aceptación que tuvo su obra en los EE.UU.

Retomando el momento en que profirió su promesa, el profesor Robles aborda en el capítulo XII la polémica que sostuvieron Kelsen y Ehrlich, para concluir que si bien, por una parte, aquél fue injusto con Ehrlich y no supo reconocer la importancia de la nueva disciplina emergente, éste, por la suya, no se tomó demasiado en serio el tema, toda vez que lo precedente, ante la crítica kelseniana, era una nueva edición de su obra más elaborada y fundamentada.

Por último, el capítulo XIII está dedicado a hacer una valoración de conjunto de la obra ehrlichiana, situándola en el contexto de su época —movimiento del Derecho libre incluido—, y a comprenderla desde la perspectiva sociológico-jurídica del propio Robles, quien, como es bien sabido, ha dedicado no pocas de sus publicaciones a la sociología del Derecho.

Cabría hacer, con todo, algún reparo, puramente formal, a la monografía del profesor Robles y ello por lo que se refiere a la ordenación del texto en nada menos que trece capítulos. Y así, toda vez que, como la mayor parte de la obra, se destina al análisis de la *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, capítulos IV-VIII inclusive, y al de *Die juristische Logik*, capítulos IX-XI inclusive, podría, quizás, haberse reducido el número de capítulos a sólo cuatro: uno introductorio, dos dedicados respectivamente al análisis de cada una de las obras fundamentales de Ehrlich recién citadas y uno conclusivo. Pero ello ciertamente, al margen de ser una objeción puramente formal, podría rebatirse fácilmente aduciendo que la mera lectura del índice de la obra tal y como se ha publicado ilustra mucho más sobre los temas fundamentales de Ehrlich que la alternativa que se acaba de proponer, lo cual, por cierto, vuelve a mostrar el rigor y la profundidad con que el profesor Robles analiza los textos de Eugen Ehrlich.

Aurelio DE PRADA GARCÍA
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución española*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003, 649 pp.

El libro que se comenta se trata de la edición revisada de la tesis doctoral que la autora presentó en la Universidad de Santiago de Compostela en junio de 2002, y que fue unánimemente elogiada por el Tribunal evaluador. El libro ciertamente merece elogios: aunque como es natural cada lector podrá percibir vías de mejora, es una aportación de alto nivel a la Teoría del Derecho española, y en particular al análisis de la función judicial y de los problemas filosóficos que plantea.

La función judicial y los problemas filosóficos que plantea es, en efecto, el asunto del libro. No trata, por tanto, del deber de motivar las sentencias, como parecería indicar la referencia del título al artículo 120.3 CE; ni tampoco en general de la justificación de las decisiones judiciales; sino de eso y de mucho más. Trata también de la racionalidad jurídica, del papel de los jueces y del Tribunal Constitucional en una democracia, de la interpretación del Derecho, del propio contenido de éste, de su determinación y de sus límites... Y al hilo del desarrollo de éstos y otros temas aparecen todavía discusiones sobre asuntos que son en sí mismos motivo de atracción duradera en la literatura iusfilosófica reciente, como la intervención de valores y principios en los ordenamientos jurídicos, las relaciones entre Derecho y moral, el debate entre las teorías jurídicas de Kelsen, Ross, Hart o Dworkin, etc. Precisamente en esta temática tan actual, pero tan amplia y diversa, está la clave de las características del libro, que dan lugar simultáneamente a sus principales virtudes y carencias.

Las virtudes del libro vienen dadas sobre todo, a mi juicio, por el acierto con el que la autora resume una gran cantidad de conocimientos y polémicas del mayor interés iusfilosófico, y los pone en relación con la función judicial. Con el pretexto de estudiar las posibilidades y modos de la justificación de las decisiones judiciales, la autora trae a colación una serie de temas clásicos de la filosofía del Derecho sobre los que ofrece unas notas esenciales. Se trata en su mayor parte de asuntos muy discutidos sobre los que hay abundante literatura, e incluso tesis doctorales específicas, pero la autora los afronta sin prejuicios como cualquier otro campo de investigación complementario del que refiere el título del libro. El resultado es un producto fresco, donde los problemas viejos se examinan como si fueran nuevos; y un rico mosaico que concita paso a paso una suma de discusiones y doctrinas cuyo conocimiento o repaso interesan a cualquier aficionado a la filosofía del Derecho, incluidos desde luego los jueces. La autora consigue combinar en su libro, en cada uno de los muchos asuntos que aborda, la presentación sintética de la teoría sobre el problema (enfoques, clasificaciones...), una representación de las doctrinas en juego, un resumen de sus respectivos méritos, y una indicación sobre la relevancia de la polémica y las consecuencias de seguir una u otra de las doctrinas enfrentadas.

En contrapartida a las virtudes apuntadas, el planteamiento politemático del libro conduce inevitablemente a que apenas ningún asunto tenga el tratamiento que merece. Sobre todo cuando, como ya se dijo, con mucha frecuencia se trata de asuntos extraordinariamente atendidos en los últimos años y sobre los que poco se puede aportar si se abordan de pasada. El libro comen-

tado hace un esfuerzo importante por aplicar rigor y seriedad en su aproximación a las discusiones sobre la verdad, la racionalidad teórica y práctica, el significado de justificar, la posibilidad de discrecionalidad judicial, el carácter normativo de los valores, la doctrina del precedente, la relevancia de las constituciones, la aplicabilidad de la lógica en la argumentación jurídica, las teorías sobre las lagunas del Derecho, los criterios interpretativos, el fundamento de la ponderación constitucional, etcétera. Pero es obvio que aunque se empleen más de 600 páginas no es posible dar cuenta cabal del estado de la cuestión sobre todos esos asuntos, y mucho menos aportar una posición original sobre ellos como resultado de una discusión con la profundidad que requieren. A lo más que se puede llegar, y el libro lo consigue a menudo, es a dibujar las líneas maestras de los problemas y de las respuestas más populares. Esto es normalmente suficiente para los fines de ilustrar y complementar la investigación principal, pero no suele serlo para sustentar un juicio sobre los problemas de fondo. Sin embargo, con frecuencia, aunque no siempre, la autora media con su opinión en los debates que apretadamente resume; lo cual por un lado es de agradecer, pues orienta al lector y es signo de compromiso con lo que se está haciendo, pero por otro lado puede dar la sensación de que se pretende zanjar con rapidez problemas a los que otros vienen dedicando años de reflexión. (Véase, por ejemplo, cómo en la página 50 se resuelve la discusión sobre el concepto de verdad a favor de Tarski; y cómo, tras sembrar dudas en la página 58, la opinión de la autora pasa sin más en la página 85 a ser un conocimiento *sabido*.)

En cualquier caso, y con independencia de que una mirada al contenido del libro pueda mostrarlo como un atractivo compendio iusfilosófico o como un proyecto excesivamente ambicioso, lo que sí cabría exigirle *a priori* es que afronte a fondo los asuntos que le dan título: la justificación de las decisiones judiciales y el deber de motivar las sentencias recogido en el artículo 120.3 de la Constitución Española. Sin embargo estos asuntos sólo se analizan pormenorizadamente una vez sometidos a una interpretación reductivista que, vistos desde otros puntos de vista, los privan de buena parte de su contenido y de su problemática. Así, por *motivar una decisión* entiende la autora explicitar las causas de tipo psicológico o ideológico que llevaron a tomarla (el contexto de descubrimiento); y por eso cree que el constituyente se equivocó al exigir que las sentencias se motiven, pues lo que pretendió es que se justifiquen, es decir, que se acompañen de las razones jurídicas que las fundamentan (contexto de justificación). Pero entendida así la motivación es obvio que pierde interés para el teórico del Derecho y se configura como campo de estudio de la Psicología o la Sociología jurídicas, terreno en el que la autora dice preferir no entrar (aunque a menudo lo haga con afirmaciones sobre el modo de proceder de los jueces al decidir). Por fortuna el libro también estudia el deber de motivar las sentencias en el sentido más habitual del término, como deber de explicar las razones (empíricas, técnicas o normativas) en que se basan; y en este sentido repasa la historia y la propia justificación de esta exigencia y el alcance que le viene dando el Tribunal Constitucional español, al que critica por conformarse con poco y no exigir una verdadera justificación fundada en Derecho.

Más relevante es la reducción que se produce en el significado de *decisión judicial justificada*, por la que en el libro se entiende la adoptada con base en el Derecho vigente, siempre que por su origen democrático éste pueda considerarse el código de referencia previamente aceptado por los participantes en el discurso justificatorio. Esta interpretación sin duda simpli-

fica mucho las cosas en el análisis posterior, pues resulta entonces que la justificación de la decisión judicial puede investigarse estudiando sólo la interpretación y aplicación del Derecho, como en efecto viene a resultar. Lo cual es suficiente para un libro, por supuesto, pero deja de lado otros aspectos enormemente complejos de la justificación jurídica que, a la vista del título del libro, cabría esperar que se atendieran. Por mi parte hubiera agradecido que el libro me iluminase sobre la relación entre justificación jurídica (interna) y justificación social y/o moral (externa), y sobre si hay posibilidad de dar por justificada una decisión inmoral fundada en Derecho. La autora nos recuerda, y parece compartir, la tesis de que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico; pero se detiene en subrayar que dicha especialidad consiste en operar con un núcleo de premisas específico (las fuentes del Derecho), sin aclarar qué ocurre cuando estas premisas no bastan para fundamentar una decisión, ni cuál es la intervención del razonamiento práctico general para validar, corregir o suplir el razonamiento específicamente jurídico. Decir que todo lo que rebasa las premisas jurídicas es *a-racional*, como hace la autora, no responde esas dudas si de verdad se piensa que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico. Y no ayuda combinar esa tesis restrictiva (p. 593, *passim*) con la idea de que «incluso ante situaciones de falta de cualquier respuesta en el Derecho positivo, el decisor debe sujetarse al límite de la generalidad» (p. 70; cfr. p. 537 ss.).

Dado que según el libro puede haber varias decisiones distintas fundadas en Derecho, una de las cuestiones que quedan sin resolver es si cualquiera de estas decisiones es igualmente racional y está igualmente justificada, como normalmente parece sugerir la autora, o si, por el contrario, una prolongación extrajurídica del razonamiento práctico determinará en su caso cuál de ellas debe prevalecer. Pues conformarse con una solución cualquiera compatible con el ordenamiento, de entre todas las que un buen jurista podría hallar, desentendiéndose de la posibilidad de que una de ellas sea la correcta o por lo menos la mejor, parece tan insatisfactorio como dar por resuelto un enigma físico con una explicación científica cualquiera de entre varias conjeturas compatibles con los hechos; o, si se prefiere, como dar por buena cualquier interpretación musical ajustada a la partitura.

Una vez descrito a grandes rasgos el contenido nuclear del libro, este comentario tendría que detenerse en algunos de los numerosos asuntos que trata, ya sea para dar una idea más detallada de su contenido o para discutir algún punto concreto. Pero esta selección se hace difícil dada la variedad temática, aun siempre dentro del ámbito de la interpretación y aplicación del Derecho, y daría quizá una idea equivocada del contenido del libro. Además dicha selección subjetiva se centraría en los aspectos que quien escribe percibió contradictorios o más polémicos: el escepticismo sobre la certeza del Derecho, el lugar común de confundir a Dworkin con un iusnaturalista más, la ambigüedad en la admisión de principios jurídicos implícitos, la recaída en tópicos inconciliables como que nadie discute ya que la interpretación combina conocimiento y voluntad (p. 388) y que muchos teóricos y operadores jurídicos continúan defendiendo que sólo es conocimiento (p. 435), etc. Y con ello la selección descuidaría muchísimos otros aspectos del libro donde se aporta luz, información útil y juicios certeros. Por eso me limitaré a cerrar este comentario con una referencia a un tema que atraviesa la obra y que ocupa de modo más explícito algunas de sus últimas páginas: la legitimidad de la creación judicial del Derecho.

Establecido que no está justificada una decisión que no encuentra su fundamento en el ordenamiento jurídico (lo cual se ejemplifica con algún caso llamativo: precisamente uno de los méritos del libro es ilustrar la investigación con sentencias reales y no sólo con casos hipotéticos); y admitido que los jueces en ocasiones prefieren hacer justicia material que atenerse al Derecho, y que a veces deciden según esta preferencia y tratan de justificar lo injustificable en términos jurídicos; la pregunta es entonces si este modo de actuar es aceptable. La respuesta defendida en el libro es categóricamente negativa: «preferimos al juez positivista que al juez justo» (p. 585). Y aunque inmediatamente antes haya dicho que la justicia que comporta la seguridad jurídica es mayor que la que pueda aportar la idea de justicia particular del juez (una opinión un tanto apresurada sin conocer al juez, pero que en cualquier caso implicaría que el juez verdaderamente justo es el positivista), la autora ya se había declarado partidaria de que en el conflicto entre la moralidad crítica y la moralidad legalizada debe prevalecer ésta (p. 343). Aunque esta tesis debe inscribirse en otras ya apuntadas, como la referencia a un código de justificación jurídica de origen democrático y de bastante laxitud (donde varias soluciones divergentes entre sí pueden ser igualmente válidas), pese a todo es una tesis atrevida y sugerente que puede dar una idea del interés del libro. Y suscita una pregunta más que en el libro apenas se insinúa: ¿qué ocurre con las decisiones judiciales firmes carentes de justificación? ¿En qué medida son válidas, y obligan jurídicamente, en un marco de pensamiento de raíz positivista democrática como el descrito, las decisiones judiciales firmes *contra legem*, consideradas tanto injustificadas como ilegítimas?

Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ
Universidad de Santiago de Compostela

SERNA, Pedro (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, ed. Comares, Granada, 2003, 247 pp.

La presente obra, dirigida por Pedro Serna, aborda a través de cuatro estudios sobre Aulis Aarnio, Robert Alexy, Carlos S. Nino y Arthur Kaufmann el problema de la racionalidad de las decisiones jurídicas.

El capítulo primero (pp. 13-45), cuyo autor es Pedro Rivas, lleva por título «La razonabilidad jurídica, entre el relativismo y la intersubjetividad. La teoría de la argumentación jurídica de Aulis Aarnio».

Tras exponer cuáles son las fuentes de las que se nutre el pensamiento de Aarnio, Rivas recorre las líneas maestras de su teoría de la argumentación jurídica partiendo del rechazo a la noción de verdad en relación con una proposición interpretativa de un texto legal carente de univocidad. Entiende Aarnio, según Rivas, que se debe aspirar a lograr una interpretación correcta, lo cual está estrechamente ligado a la idea de coherencia. Pero junto a la exigencia de coherencia, Aarnio sostiene que la corrección se verifica ante un «auditorio» sobre el cual se ejerce la argumentación racional y la persuasión con el fin de alcanzar el consenso en torno a una determinada proposición interpretativa. El «auditorio» concreto al que se refiere Aarnio está ligado a la idea wittgensteniana de «forma de vida», y Rivas opina que la aceptabilidad a la que se refiere Aarnio consiste en la correspondencia de una proposición interpretativa con los valores comunes o dominantes en una determinada sociedad (p. 18).

Podría pensarse que la mera referencia a los valores dominantes entraña riesgos de arbitrariedad. Sin embargo, Rivas afirma que en opinión de Aarnio estos disminuyen en tanto una interpretación viene referida a un auditorio concreto, a una «comunidad jurídica». Este concepto ha ido perfilándose progresivamente en distintos trabajos de Aarnio, y, en opinión de Rivas, finalmente Aarnio se refiere a una «comunidad jurídica» comprometida con el respeto a determinadas reglas y principios basados en una racionalidad procedimental.

Especial atención dedica Rivas a la teoría de los principios de Aarnio (pp. 26-29), al considerar que ello contribuirá a lograr una comprensión más completa del pensamiento de este autor. En mi opinión, el análisis de Rivas de la teoría de los principios de Aarnio tiene un gran interés para la teoría de la norma jurídica, pero en general, las observaciones de Rivas van más allá del problema de la corrección de las proposiciones interpretativas, salvo en lo que respecta a la validez de los principios valorativos no jurídicos —uno de los tipos de principios que identifica Aarnio (p. 26)— que son empleados por primera vez en el marco de un discurso jurídico. El núcleo de la crítica de Rivas (pp. 34-43) radica en que si tales principios valorativos no jurídicos sirven para interpretar el material jurídico disponible, «[n]o parece lógicamente coherente encontrar la explicación de los principios valorativos no jurídicos en el material jurídico disponible, y la explicación del material jurídico disponible en los principios valorativos no jurídicos» (p. 36). Como señala Rivas, esta observación es importante porque Aarnio deberá admitir, si desea seguir sosteniendo la existencia de principios valorativos no jurídicos, que «al menos en algunas ocasiones, el juez, como afirma Esser, tiene que recurrir a principios extrasistemáticos y tomar sus criterios materiales de valor del ámbito pre-positivo de los principios de la ética jurídica [lo cual implica,

en mi opinión, una concepción sustantiva de la razón práctica] y de la convicción general de la "eudoxa"» (p. 42).

El capítulo concluye con las críticas de Rivas al género de racionalidad que define la aceptabilidad de una proposición interpretativa en una comunidad jurídica. Rivas, sobre todo, reprocha a Aarnio la falta de claridad de sus planteamientos, pues en su opinión la negativa de Aarnio a identificar el auditorio con una mayoría electoral, así como su idéntica resistencia a referirse a un auditorio universal o ideal, impide saber si propugna una racionalidad constructiva o descriptiva. La crítica con la que Rivas concluye su capítulo es ciertamente dura: «Se echa en falta, pues, un pensamiento más completo, que afronte hasta sus últimas consecuencias el tipo de fundamentación que poseen las valoraciones, y que se ancle en una teoría del conocimiento capaz de ser al menos unitaria y coherente» (p. 45). Podría decirse, pues, que Rivas, al destacar la falta de coherencia del pensamiento de Aarnio, considera imposible llevar a cabo una crítica externa de sus planteamientos.

Admitiendo la falta de claridad respecto a la idea de racionalidad que maneja Aarnio, cuando este autor se refiere a la justificación de las proposiciones interpretativas, creo que debería aclararse si mediante dicha justificación se pretende sostener que la proposición normativa que surge de la interpretación resulta obligatoria, o simplemente merece ser obedecida. Pese a la evidente relación que guardan «obligatoriedad» y «obediencia», se trata de una distinción relevante, y creo que hubiera sido interesante examinar el pensamiento de Aarnio, así como el de Alexy y Nino en los siguientes capítulos, explícitamente en relación con esta cuestión. A mi juicio, la investigación de Rivas, excelente por otra parte, se hubiera beneficiado de una mayor profundización en este terreno.

El segundo capítulo del libro (pp. 47-129) es obra de José Antonio Seoane y lleva por título: «Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy».

La influencia de Habermas sobre Alexy es clara por cuanto que, como indica Seoane, Alexy entiende la argumentación jurídica como una modalidad de actividad lingüística, y puesto que tal actividad trata de la corrección de enunciados normativos, se está ante un discurso y no ante una acción, diferencia que pone de relieve Habermas, tal como recoge Seoane (p. 61). Especial interés reviste la fundamentación de estas reglas del discurso, pues se trata de una cuestión sobre la que han incidido los críticos de Alexy, como destaca Seoane (pp. 104-110), y que además posteriormente también es objeto de crítica por parte del propio Seoane. En este punto destaca Seoane que Alexy opta por una fundamentación pragmático-trascendental, en línea con los planteamientos de Habermas y Apel, consistente en mostrar que la validez de determinadas reglas es condición de posibilidad de la comunicación lingüística.

Las reglas del discurso que propone Alexy (pp. 71-78) son descritas por Seoane, que destaca como, en opinión de Alexy, el discurso práctico presenta tres flancos débiles: *a)* no prescribe las premisas normativas de partida de los participantes en el discurso; *b)* no establece todos los pasos argumentativos para alcanzar un resultado; *c)* algunas de las reglas sólo pueden ser cumplidas de forma aproximada. Dada esta situación, y puesto que los problemas jurídicos requieren inevitablemente una decisión que les ponga término, Seoane explica que Alexy cree necesario un procedimiento que limite el campo de lo discursivamente posible de la manera más racional posible, lle-

gándose así al discurso jurídico (pp. 80-95), que constituye un caso especial del discurso práctico general.

Seoane, tras atender a las críticas que otros autores han formulado a la teoría de la argumentación jurídica de Alexy (pp. 102-112), opina que las reglas del discurso de Alexy tienen una naturaleza estipulativa, y afirma que la obligatoriedad de una norma requiere una justificación, lo que también cuenta en relación a las reglas del discurso. En este sentido, cita un texto de Cotta, en el que este autor afirma que si una norma realiza una opción entre varias posibles «estableciendo cuál de ellas *debe* ser, parece inexcusable señalar y probar las razones por las que tal opción ha sido hecha y asume valor normativo» (p. 116). Sin embargo, cabría objetar a Seoane que Cotta, al establecer aquellos requisitos que debe satisfacer cualquier intento de justificar la obligatoriedad de una norma, señala, en primer lugar, que el comportamiento prescrito sea realmente posible¹. Ello significa que el comportamiento debe quedar ubicado en el campo de la posibilidad, es decir, que su realización no es necesaria. Pues bien, las reglas del discurso que maneja Alexy no prescriben un comportamiento posible, sino que se presentan como una condición de posibilidad de toda comunicación humana. En opinión de Seoane, Alexy no habría logrado su propósito, pero desde mi punto de vista quizá hubiera sido conveniente detenerse un poco más en el estudio de la estructura de los «argumentos trascendentales», pues precisamente Alexy apunta en una obra citada por Seoane que se minusvalora su capacidad fundamentadora².

Seoane cree que la noción de razón práctica alexyana es insuficiente: «A su teoría de la argumentación jurídica le falta algo; y ese algo puede ser una teoría de la prudencia, del ejercicio de otra racionalidad práctica, aristotélica más que kantiana —o hobbesiana—, que alumbre el ejercicio de la facultad judicial y decisoria de los órganos legislativos, jurisdiccionales y administrativos» (p. 122). Da la impresión de que Seoane, cuya crítica comparto, cree posible aprovechar la teoría de Alexy y completarla a través de una teoría de la prudencia. Sin embargo, la teoría de la prudencia a la que alude Seoane implica una cierta concepción de bien, una razón práctica sustantiva, pues no en vano apela a Aristóteles. No parece que la teoría de Alexy admita una prolongación de ese tipo sin que su coherencia interna se vea seriamente afectada. Admitir una teoría de la prudencia implica asumir una posición gnoseológica que Alexy rechaza claramente, siendo el mejor ejemplo de ello la fundamentación de las reglas del discurso mediante el recurso a «argumen-

¹ Cfr. COTTA, Sergio, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, traducción de A. Fernández-Galiano, Ceura, Madrid, 1987, p. 64.

² Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, traducción e introducción de Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pp. 70 ss. Alexy alude explícitamente a Nino, y afirma que este autor subestima las posibilidades de los argumentos trascendentales. La razón de esta polémica radica en que Alexy coincide con Nino en que la idea del discurso no es una idea neutral (sobre este punto, cfr. en el capítulo tercero de esta obra que estoy recensionando, pp. 149-150, en las que Susana Blanco explica cómo a juicio de Nino no sería posible justificar proposiciones normativas a personas que no compartieran la base discursiva común que representa el discurso del occidente postilustrado). Nino opina que no puede justificarse la moral por la moral. Sin embargo, Alexy cree que es posible conciliar el carácter liberal de la idea del discurso y la posibilidad de fundamentar sus reglas universalmente mediante «argumentos trascendentales».

tos trascendentales». Cuestión distinta es que Seoane considere aprovechables determinados aspectos de la teoría de Alexy, y que decida tenerlos en cuenta a la hora de elaborar su propia teoría para justificar las decisiones jurídicas. Pienso que esto es lo que apunta Seoane en las últimas páginas de su capítulo, al presentar una propuesta que va más allá de los límites del discurso y pretende atender, según indica, al «plano real». A mi entender se trata de una propuesta sugerente y ambiciosa, y sería deseable que Seoane pudiera desarrollarla en el futuro.

El tercer capítulo del libro (pp. 131-210) se titula «La argumentación jurídica como sucedáneo imperfecto del discurso moral. La teoría de C. S. Nino», y su autora es Susana Blanco.

El primer aspecto que merece destacarse de la teoría de Nino, tal como la presenta Blanco, es que para Nino las normas jurídicas no constituyen *per se* razones para la acción (pp. 134-137). A su juicio sólo la moral puede proporcionar tales razones, y, por consiguiente, una norma jurídica sólo resultará operativa en tanto esté moralmente justificada. Si sólo la moral puede ofrecer razones capaces de justificar un determinado comportamiento, y se pretende que dicha justificación sea racional, es evidente que Nino tendrá que mostrar que es posible una moral racional. Así lo señala Blanco, que dedica gran parte de su capítulo (pp. 142-161) a explicar el constructivismo ético que propone Nino como alternativa al dogmatismo y al escepticismo en el ámbito moral.

Una vez expuesta la teoría moral constructivista de Nino, Blanco se ocupa de explicar la posición de este autor a favor de la democracia como mejor sucedáneo posible del discurso moral (pp. 161-173). Puesto que la obligación de obedecer y aplicar la ley depende de que ésta se haya elaborado de acuerdo con los principios morales propios del discurso occidental postilustrado, puede que la forma de gobierno resulte irrelevante si se respetan dichos principios. Según Blanco, Nino es consciente de este problema, y se esfuerza por justificar la democracia como aquella forma de gobierno que minimiza los posibles desvíos morales en el dictado y en la aplicación de normas jurídicas, y también por mostrar que dicha forma de gobierno puede garantizar cierta obligatoriedad para sus normas jurídicas, incluso en el caso de que éstas puedan implicar errores morales.

Antes de acometer la valoración crítica de la teoría de Nino, Blanco examina la posición de Nino con relación al razonamiento jurídico (pp. 173-184). Éste se desarrolla en dos fases. La primera de ellas consiste en determinar la legitimidad de la Constitución, que debe ser valorada a la luz de los principios morales autónomos e intersubjetivos que caracterizan la moral occidental postilustrada. Tras haberse determinado la legitimidad de la Constitución, el razonamiento jurídico entraría en una segunda fase en la que la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico se utilizarían como materiales para justificar acciones o decisiones.

Se llega así al epígrafe final del capítulo en el que Blanco va a someter a crítica (pp. 185-210) diversos aspectos de la teoría de Nino.

Comenzando por la teoría moral constructivista de Nino, entre las atinadas críticas que formula Blanco, destaca la limitación cultural que se observa en su teoría moral. El autor argentino sólo puede ofrecer una fundamentación racional de los juicios morales en el contexto de la cultura occidental postilustrada, lo que, según Blanco, implica una importante limitación. Pero, además, Blanco entiende que ni siquiera en dicho contexto pueden tener éxito las tesis de Nino, pues a su juicio los fines de la moral que Nino men-

cional (resolución de conflictos y fomento de la cooperación) no pasan de ser una elección que se pretende respaldada por una contrastación sociológica. Pero la principal crítica de Blanco a la teoría moral de Nino se realiza desde una perspectiva externa, y está relacionada con la adopción por parte de Nino de un modelo de racionalidad que parte de negar carácter teleológico a la realidad, y, por tanto, desemboca en una fundamentación inmanente sujeta a graves limitaciones (p. 194).

En relación con el valor epistemológico de la democracia, Blanco objeta a Nino que de su construcción lo único que se extrae es una presunción de obligatoriedad en los países democráticos de obrar conforme a Derecho. Aquí se observa con toda claridad cómo implícitamente Blanco está afirmando que Nino sólo puede ofrecer razones que justifiquen la obediencia al Derecho, pero no puede justificar la obligatoriedad del Derecho. Además, puesto que Nino pide que se obedezca al Derecho incluso ante una eventual tensión con la propia concepción moral del individuo, creo que Blanco acierta al señalar que la tesis de Nino es profundamente antiliberal. Finalmente, considero que Blanco también acierta cuando critica la visión idílica que parece tener Nino de la democracia, al pensar que se rige más por la dinámica del saber que por la del poder.

Por último, en relación a la estructura del razonamiento jurídico, Blanco critica que el razonamiento jurídico pueda comenzar cuestionando la legitimidad de la Constitución, pues el juez suele partir de la legitimidad de la Constitución. Por otra parte, a juicio de Blanco no termina de verse claro el papel que Nino atribuye a los principios morales en la justificación de las decisiones judiciales, y el escaso relieve que en dicha justificación parece desempeñar la propia Constitución como texto, no como convención, y el resto de normas jurídicas, lo cual es importante dado que Nino considera que el Derecho es un fenómeno fundamentalmente institucionalizado.

El cuarto capítulo del libro (pp. 211-247), obra de Pedro Serna, lleva por título «Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann», y presenta notables diferencias con los capítulos anteriores. La principal razón, en mi opinión, radica en que Aarnio, Alexy y Nino han pretendido abordar el problema de la justificación racional de las decisiones jurídicas mediante la elaboración de complejas construcciones teóricas dotadas de un alto grado de abstracción y afán sistemático. Kaufmann, sin embargo, en ningún momento pretende elaborar una teoría semejante a las de los autores estudiados, sin que ello signifique negar carácter sistemático a su pensamiento.

Serna comienza su capítulo sosteniendo que el modelo tradicional que creía posible la aplicación mecánica de las normas es hoy rechazado incluso por autores de tendencia analítica. La orientación hermenéutica, según Serna, ha venido a corroborar que la aplicación del Derecho (término que Serna considera desafortunado) implica una tarea creativa y valorativa del juez que revaloriza su papel. Ahora bien, puesto que esta revalorización del papel del juez no es una afirmación exclusiva de la hermenéutica, Serna precisa que lo que la hermenéutica, como arte de comprender las expresiones de la vida fijadas por escrito, añade a esta idea es «la tesis filosófica según la cual nuestra comprensión del lenguaje depende de una serie de condiciones trascendentales» (p. 218). A este respecto, Serna constata cómo Kaufmann, siguiendo a Gadamer en este punto, sostiene que no es posible la comprensión de un texto sin precomprensión, es decir, sin una cierta idea de lo que se espera encontrar en él.

A mi entender, la inevitable circularidad de nuestro pensamiento se comprende mucho mejor en las páginas que Serna dedica a analizar la estructura y el objeto de la comprensión (pp. 225-228). Serna recoge una afirmación de Heidegger, a quien se remite Kaufmann, en la que afirma que ver en el círculo hermenéutico un círculo vicioso significa malcomprender radicalmente el comprender. Con base en esta afirmación, Serna se adentra en la estructura de la comprensión y señala que «[c]omprender es revivir un acto del espíritu, de la subjetividad, desde y por una (otra) subjetividad. Los actos espirituales no son directamente perceptibles con el instrumental cognoscitivo humano, que no permite la llamada intuición intelectual, sino que dispone solamente de la sensible» (p. 225). Por tanto, añade Serna, los textos «no son el objeto de la interpretación, sino el *signo* de ese objeto». La conclusión de Serna es clara: la comprensión se pretende alcanzar sobre un objeto —un acto del espíritu humano— del que no se puede tener una intuición inmediata (Serna se refiere al carácter no objetivo del objeto de la comprensión). La única posibilidad de lograr la comprensión de un acto del espíritu es poner en conexión la experiencia ante la que uno cree estar situado y la propia experiencia. Estas observaciones, según Serna, ayudan a comprender por qué el esquema sujeto-objeto no sirve para explicar este tipo de actos cognoscitivos, y que, sin embargo, la ausencia de un objeto que pueda captarse «*more científico*» no desemboque en un puro subjetivismo irracional.

Serna dedica el resto del capítulo al problema del subjetivismo y del relativismo en la comprensión. En este sentido, de acuerdo con Kaufmann, que a su vez sigue a Gadamer en este punto, lo primero que pone de relieve es que la precomprensión o el prejuicio desde el que el intérprete pretende lograr la comprensión no es enteramente obra del sujeto, sino que dicha precomprensión aparece proporcionada por la tradición en la que se ubica el intérprete. Esto, apunta Serna, no significa que la tradición determine la comprensión, pues el sujeto puede trascenderla y modificarla. Lo importante es que una tradición, al contextualizar la comprensión, evita el riesgo de subjetivismo y conduce a conservar y ampliar la intersubjetividad.

Sin embargo, como pone de manifiesto Serna, la intersubjetividad es compatible con el relativismo, puesto que intersubjetividad no equivale a objetividad. Por tanto, Serna se pregunta si negar la posibilidad de un conocimiento puramente objetivo del Derecho implica aceptar un relativismo jurídico-cultural, y examina la respuesta que ofrece Kaufmann a esta cuestión.

En primer lugar, Serna precisa que aunque el esquema sujeto-objeto sea inadecuado en el proceso de comprensión, hay que reconocer que el texto es la objetivación de un acto del espíritu humano diferente de aquel que lo comprende. Según Kaufmann, la comprensión no genera su propio objeto, y por tanto es necesario que exista «algo» a comprender, un referente ontológico independiente del sujeto y del propio proceso de comprensión. Dicho referente ontológico sólo puede ser, según Kaufmann, la persona, pues toda comprensión jurídica remite a ella. La persona es entendida por el autor alemán como relación y no como sustancia, lo que es objeto de crítica por parte de Serna (pp. 237-240). No obstante, Serna comparte la opinión de Kaufmann según la cual la persona es el referente ontológico del Derecho.

Para finalizar, Serna observa cómo Kaufmann acaba postulando la justicia del orden jurídico, debido a que la persona —referente ontológico del Derecho— es un ente del cual brotan exigencias concretas, lo cual sólo puede significar, según Serna, que la persona es portadora de una esencia, de una realidad «en sí» que la razón puede comprender. Lógicamente, a la luz de

estas observaciones, es evidente, en mi opinión, la conexión que traza Kaufmann entre hermenéutica y Derecho natural.

Kaufmann elabora una propuesta epistemológica relativa a la determinación de los contenidos del Derecho justo que merece la atención de Serna. La propuesta de Kaufmann destaca por su crítica a las teorías procedimentales de la justicia, pues a su juicio no es posible derivar los contenidos de la justicia a partir de la pura forma o de procedimientos, a pesar de que no niega valor heurístico a dichos procedimientos. Su propuesta, que denomina teoría convergente de la verdad, se apoya en el consenso real logrado mediante un proceso de discusión que se desarrolla sin perder de vista el referente ontológico del Derecho. Merece resaltarse que, en opinión de Serna, la propuesta de Kaufmann no se aleja demasiado de la dialéctica aristotélica, conformándose con lograr conclusiones probables y revisables que generan una adhesión variable.

Una vez expuesto el contenido de los distintos capítulos, podría coincidirse con Serna en que cada estudio incide en aspectos estrechamente relacionados. Sin embargo, pese a que ello es cierto, pienso que la unidad, más que en esta complementariedad temática, radica sobre todo en el rechazo por parte de los autores del libro de una concepción meramente formal o procedimental del razonamiento jurídico. Esta perspectiva común, que aflora especialmente en las valoraciones críticas que se destinan a cada uno de los autores examinados, traza una línea de unidad entre los distintos capítulos. Prueba evidente de ello es que, obviando matices, Rivas, Seoane y Blanco mantienen discrepancias con las posiciones de los autores que analizan, y muchas de ellas tienen su origen en el rechazo por parte de tales autores de un razonamiento práctico sustantivo. Por el contrario, Serna no duda en valorar positivamente muchos de los planteamientos de Kaufmann, que propugna, entre otras cosas, el rechazo de una razón práctica meramente procedimental como la representada por Rawls o Habermas.

La profundidad y el rigor con que se analizan las posiciones de los autores examinados; las numerosas notas al pie y la abundante bibliografía en diversos idiomas que aparece citada acreditan la calidad de las investigaciones contenidas en este libro. Asimismo, debe destacarse que los cuatro capítulos están escritos con un lenguaje claro, conciso, huyendo en la medida de lo posible de frases excesivamente largas y prolijas con el objeto de lograr la mayor claridad, algo que no siempre es posible por la dificultad inherente al pensamiento de los autores objeto de estudio. Por otra parte, es de agradecer que en todo momento el lector es consciente de quién está realizando una determinada afirmación, o de la perspectiva interna o externa desde la que se acomete la crítica. Todo ello permite afirmar que se trata de un libro verdaderamente sobresaliente.

Tomás DE DOMINGO PÉREZ
Universidad Miguel Hernández

VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, *El pensamiento político-jurídico de Alejandro Oliván en los inicios del moderantismo (1820-1843)*, Instituto de Estudios Altoaragoneses, Huesca, 2003, 407 pp. (incluyendo 55 pp. de textos).

Examina esta obra el pensamiento de un ilustrado aragonés, Alejandro Oliván y Borruel; el ilustrado y su obra se enmarcan en la convulsa situación política, social, económica y jurídica de la España de la primera mitad del siglo XIX.

Militar, empresario, periodista, diputado, ministro, exiliado en Francia perseguido por su opúsculo titulado «Sobre modificar la Constitución», encarcelado a su vuelta en España, etc., la intensidad de su pensamiento puede apreciarse en toda su magnitud, complejidad e interés en esta monografía del doctor Vicente y Guerrero.

La monografía, muy cuidadosa y críticamente elaborada, analiza con trazo firme la obra de Oliván desde las siguientes coordenadas:

1.^a Éste propugna una respuesta liberal moderada frente al Trienio Liberal; pretende así erradicar la crisis política instaurada en España por el choque entre las ansias de absolutismo de Fernando VII (que condujeron a una represión feroz e inhumana) y las ansias de libertad de una parte importante del pueblo español.

2.^a Propugna, asimismo, una respuesta liberal moderada frente a los postulados del absolutismo, como digo defendidos a sangre y espada por el monarca, sus seguidores y una parte importante de la Iglesia Católica.

3.^a Esta respuesta moderada frente al absolutismo no solamente la mantiene Oliván mientras vive Fernando VII, sino que la defiende contra el carlismo, alzado en armas suscitando la cuestión dinástica que ensangrentará España en el siglo XIX. Por eso el ilustrado aragonés apoya con firmeza la Cuádruple Alianza Liberal de Francia, España, Portugal y Gran Bretaña frente a la absolutista Santa Alianza de los Imperios Alemán, Austro-Húngaro y Ruso.

4.^a Influido por el pensamiento francés, Oliván defiende la centralización Versus la descentralización y realiza aportaciones muy interesantes al Derecho Administrativo del momento, a la diplomacia y a las relaciones internacionales.

Claro que en algunos momentos —como con todo acierto expone el doctor Vicente— el moderantismo de Oliván se manifiesta de manera demasiado posibilista, demasiado próxima al poder de Fernando VII. Pero incluso en tales momentos no llega a ser un defensor del absolutismo y mantiene un evidente tono crítico.

Examinado desde la perspectiva actual, el pensamiento del ilustrado aragonés parece superado o caducado en diversos apartados; ello sucede de modo especial en la tendencia centralizadora que él mantiene frente al poder municipal entonces existente; un poder, no debe olvidarse, caciquil y antidemocrático.

No obstante, frente a dicha caducidad, también encontramos destellos de su pensamiento plenamente vigentes a comienzos del siglo XXI. Me parecen especialmente relevantes dos:

— La defensa de una administración profesionalizada, que sirva a todas las personas y respete el derecho de todas las personas; frente a la creciente

privatización de las funciones administrativas y de otro orden, frente a la creciente privatización del mismo Estado y no precisamente con fines de servicio sino de explotación comercial, esa defensa parece hoy al menos tan necesaria como lo era en el mismo siglo XIX.

– Su lucha por la paz y su claridad de ideas en este terreno; en tal sentido –conociendo bien el tema por su profesión militar durante años– escribe en 1835: «La guerra es el oprobio de la razón y el olvido de todo derecho; y si reflexionamos... no solamente reconoceremos la locura y capricho de casi todas las guerras, sino que deploraremos la retrogradación a que condenan a la especie humana»; por eso observa también el mismo año: «La guerra civil es el mayor de todos los males».

La obra de G. Vicente y Guerrero contiene un enfoque original, completo y crítico del pensamiento del ilustrado aragonés. Ese enfoque se halla además avalado por una exhaustiva bibliografía, consultada por el autor, y por una no menos exhaustiva documentación.

El conocimiento de esta obra resulta imprescindible para quien desee profundizar en el siglo XIX español, con sus esperanzas y contradicciones, sus avances y retrocesos. Y esa profundización aporta en muchos casos claves, asimismo, imprescindibles para conocer la realidad actual.

Ángel G. CHUECA SANCHO
Universidad de Zaragoza

ZAPATERO, Virgilio (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2002, 2 vols., 1.519 pp.

Ha sido publicado en el año 2002 el libro homenaje al profesor emérito de la Universidad de Alcalá don Luis García San Miguel, *Horizontes de la Filosofía del Derecho*. Bien dice el profesor Virgilio Zapatero en la presentación que la obra «es un buen espejo de lo que es hoy en España la Filosofía del Derecho»¹. En efecto, reunir las colaboraciones de setenta y dos profesores de la disciplina de distintas especialidades y tendencias pertenecientes a treinta y siete universidades españolas significa tanto como mostrar el panorama doctrinal presente. Por descontado, significa también que la figura del profesor García San Miguel es capaz de servir de referente común de todas ellas, lo cual no es poco mérito, sobre todo si tenemos en cuenta que las corrientes representadas son, en algunos casos, difícilmente conciliables entre sí.

En todo caso, entiéndase o no como hipérbole, lo que aparece en estos dos tomos viene a ser el reflejo de lo que se hace en la asignatura. Sería inexacto decir que no se hace más que lo que aquí puede leerse, pero sí es posible afirmar que el contenido de *Horizontes de la Filosofía del Derecho* sirve para trazarnos una idea de qué es lo que se hace y dónde, es decir, de por dónde discurren los intereses académicos en las universidades españolas, al menos, en términos generales. Lo que el libro ofrece es, pues, una visión panorámica, diríamos de estilo puntillista, de nuestra actividad académica.

1. EL HOMENAJEADO

El profesor Luis García San Miguel, uno de los grandes de la Filosofía del Derecho en nuestro país, es de sobra conocido en el ámbito filosófico-jurídico. Pertenece a la generación de los filósofos del Derecho formados después de nuestra guerra que propició la quiebra ideológica de la asignatura. El giro no era en absoluto sencillo: «En realidad –recuerda García San Miguel– en la asignatura no había nadie que mantuviese posiciones abiertamente heterodoxas. No podías manifestarte con claridad hacia el exterior, porque si no eras iusnaturalista “te marcaban”. Había que “templar gaitas” y, de alguna manera, disfrazar lo que pensabas; se trataba de meter una carga heterodoxa, desde luego con ambigüedades, en un fortín rígidamente ortodoxo»². Pero ese giro se dio. Luis García San Miguel fue un pionero de la heterodoxia³.

Definir la evolución intelectual de una persona no es tarea fácil. Tampoco en el caso de Luis García San Miguel. Pero dejemos que lo haga él mismo:

¹ ZAPATERO, V. (ed.), «Presentación», en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2002, vol. I, p. 16.

² GARCÍA SAN MIGUEL EN BARBADILLO, P., «Entrevista con Luis García San Miguel», en *Horizontes...* cit., vol. II, p. 784.

³ Por ejemplo, al hablar de las *Notas para la crítica de la razón jurídica* recuerda que «fue probablemente el primero y, si no, uno de los primeros escritos *modernos y progresistas* [...] de nuestra asignatura» (GARCÍA SAN MIGUEL, L., *Hacia la justicia*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 25).

«He tenido –dice– una formación católica ortodoxa, para pasar a un liberalismo más o menos acentuado, más tarde a una tendencia socialista no estatista y, finalmente, una derivación hacia posiciones más moderadas, hacia un liberalismo social o igualitario, no muy diferente de la socialdemocracia [...] [Pero] he mantenido siempre una constante: la defensa de la libertad frente al franquismo y, luego, frente al radicalismo de izquierda»⁴. «He salido –había dicho unos años antes– del liberalismo y he vuelto a él tras haber pasado por el socialismo [...], por un socialismo liberal»⁵. Habría que añadir que se adscribe además a una filosofía laica, empirista y utilitarista (igualitaria); a una ética de la felicidad.

La trayectoria de Luis García San Miguel es compleja y rica. Estuvo cerca del iusnaturalismo liberal e influido por el marxismo y defendió un tipo de socialismo autogestionario. Y se separó del socialismo y de la corriente rupturista para defender la socialdemocracia y el reformismo. En Filosofía moral propugna un no cognoscitismo y la construcción de una moral científica, descriptiva, de una ciencia de la felicidad (un planteamiento insólito que «no tiene apenas seguidores en nuestra disciplina»⁶). Y se adscribe igualmente a un utilitarismo (que, dicho sea de paso, tampoco tenía, ni tiene, buena prensa) interpretado desde un punto de vista igualitario. Todas estas ideas han quedado plasmadas en sus muchos trabajos publicados, de entre los que podemos recordar las *Notas para una crítica de la razón jurídica*; *La sociedad autogestionada: una utopía democrática*; *Hacia la justicia*; *El pensamiento de Leopoldo Alas «Clarín»*; *Las clases sociales en la España actual*; *México: la revolución detenida*; *De memoria: ensayos sobre la filosofía jurídica española*; *La crisis de la izquierda*; *Teoría de la transición: un análisis del modelo español, 1973-1978*; o *Los fundamentos del Derecho. Penúltimos apuntes*, de reciente aparición.

Muchas cosas dichas en pocas líneas. Y una fundamental: ésta es la muestra de la libertad de pensamiento. No es sorprendente que el camino haya sido sinuoso y difícil en ocasiones. Porque es un trazado que se ha ido construyendo en y con la marcha; porque no se ha tratado nunca de llegar a una meta, de obtener la respuesta definitiva a las preguntas o de contemplar el mundo de las ideas de Platón, sino de andar sorteando los obstáculos, desbrozando el monte y creando el sendero a medida que se avanza. Por eso no tiene sentido hablar de llegada, porque ésta es un punto final y eso es precisamente lo que no existe. Lo dice García San Miguel mejor de lo que pueda hacerlo yo: «Esto es lo que por el momento ha dado de sí este largo camino teórico, a veces confuso, ambiguo y contradictorio que hemos recorrido. Ha habido de todo, idas y vueltas, acaso extravíos, pero la meta ha permanecido firme en un horizonte difícilmente alcanzable: hacia la justicia. Y esa meta es tan noble, que me parece después de todo que la experiencia del largo recorrido ha valido la pena»⁷. Son palabras escritas hace más de diez años que siguen valiendo hoy como ayer. Sobre todo en lo que tienen de proyecto permanentemente inacabado: esto es lo que hay, *por el momento*. No es una apelación a la esperanza vana de conseguir algún día llegar a una meta definitiva; es la constatación del trabajo continuo, del movimiento, del cambio, en fin, de la vida activa.

⁴ GARCÍA SAN MIGUEL EN BARBADILLO, P., *op. cit.*, p. 794.

⁵ GARCÍA SAN MIGUEL, L., *Hacia la justicia*, *cit.*, p. 44.

⁶ *Ibíd.*, p. 26.

⁷ *Ibíd.*, p. 44.

2. LOS HOMENAJEANTES

Decía al principio que participan en *Horizontes...* setenta y dos profesores de treinta y siete universidades españolas⁸. Sus trabajos han sido clasificados en los siguientes apartados: Filosofía moral y política; democracia y Estado de Derecho; derechos humanos; Filosofía y teoría del Derecho, e historia del pensamiento. Por descontado, no se trata de una clasificación rigurosa de la asignatura. Si así fuera, tendríamos que pensar que el título del libro no es sino una sinécdoque y que sólo pertenecen a la Filosofía del Derecho algunos de los artículos (ni siquiera todos) incluidos en el apartado cuarto. Pero esto no es así: todo lo que se incluye en el libro de *Horizontes...* pertenece a la Filosofía del Derecho. No se quiere decir con esto que pueda considerarse cerrado el debate sobre el contenido de la disciplina. Dicho sea de paso, una ojeada al primer número de *Doxa* puede darnos una idea de la disparidad de opiniones sobre las materias que conforman la Filosofía del Derecho⁹. Por cierto que también aquí se utiliza la expresión *Filosofía del Derecho* «en un sentido muy amplio, de manera que [incluya a] [...] la Teoría General del Derecho, la lógica jurídica, la informática jurídica o la sociología del Derecho»¹⁰. No es descabellado ni inusual, pues, usar *Filosofía del Derecho* para incluir todos los trabajos (y otros muchos más) que conforman *Horizontes...*. En todo caso, como con la división que se propone en la obra no se trata de responder de manera precisa a la cuestión sobre el contenido de la disciplina, sino tan sólo de resolver eficazmente un asunto organizativo, podemos dejar los debates sobre el particular al margen y asumir la coherente propuesta del editor.

Sería prolijo, y se sale del objetivo de esta reseña, hacer un resumen amplio con comentarios adicionales de cada una de las aportaciones al libro. Permítaseme, pues, citarlas sin más con algún breve, brevísimo, apunte sobre su contenido.

En el primer apartado, dedicado a la Filosofía moral y política, se incluyen los artículos de diez profesores: C. Alarcón Cabrera escribe sobre el emotivismo ético y axiológico y recoge las tesis de Dewey, Schlick, Carnap, Stevenson, Ayer y A. Ross. N. Álvarez realiza un ensayo de estética jurídica y escribe sobre la relación entre la belleza y el poder. J. Ballesteros trata de la crisis ecológica y de la capacidad de la conciencia ecológica para superar el narcisismo colectivo. J. J. García Ferrer hace una crítica de la Filosofía moral de Kant recogiendo los argumentos expuestos por L. García San Miguel en una conferencia reciente sobre la cuestión. N. López Calera se pregunta qué es lo que queda del marxismo jurídico y recuerda lo dicho por J. Elster, A. Schaff, N. Bobbio o U. Cerroni. R. Maciá habla de las concepciones anti-

⁸ Hay que añadir a la lista de autores mencionada antes una *tabula gratulatoria* firmada por cincuenta y siete personas y siete instituciones y dos aportaciones breves que se unen a la presentación del editor Virgilio Zapatero, la de Manuel Gala y la de Antonio Alvar.

⁹ Véase «Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho», *Doxa*, núm. 1, 1984, en el que cincuenta y dos filósofos del Derecho españoles y extranjeros escriben sobre su trayectoria académica y sobre las áreas a las que han dedicado sus investigaciones. Un panorama como el que allí se muestra da buena cuenta de la vaguedad denotativa de la disciplina de Filosofía del Derecho. Por supuesto, existen grandes zonas de claridad, pero las zonas de penumbra tampoco son escasas ni de poca importancia.

¹⁰ «Presentación», *Doxa*, núm. 1, 1984, p. 8.

téticas del Estado: de las de C. Schmitt, C. Marx, H. Kelsen y H. Heller. J. Malem, de la corrupción de los jueces, favorecida por las condiciones institucionales de monopolio y discrecionalidad en las que ejercen su función, y Jesús Primitivo Rodríguez se pregunta por su función en una sociedad democrática y por las posibles mejoras que puedan introducirse. J. I. Martínez García escribe sobre los tiempos del Derecho y sobre el espíritu del tiempo que encauza la labor jurídica. Cierra esta parte I. Sánchez Cámara, quien aborda en su trabajo lo que él denomina «el paradigma ético dominante», en el que sitúa, poco más o menos, al profesor García San Miguel.

Abre el segundo apartado de la obra, referido a la democracia y al Estado de Derecho, el trabajo de J. Ansuátegui Roig sobre el Estado de Derecho, la crisis de la ley y el Estado constitucional. E. Beltrán trata de la identidad de las mujeres, la representación democrática y la acción afirmativa. J. R. Capella se pregunta en su sugerente apunte sobre la noción de democracia qué es lo que hay si no podemos llamarlo democracia y a qué podemos llamar entonces democracia si lo que hay no lo es. Elías Díaz reflexiona sobre la cultura y la ideología proponiendo cambiar las palabras, la ética y, en definitiva, la realidad, enfrentándose al pensamiento único neoliberal con una visión crítica y renovadora. J. A. Estévez Araújo continúa en esta línea hablando de la globalización y las transformaciones del Derecho. F. Galindo propone algunos criterios básicos para la legitimación democrática de la puesta en práctica de la regulación sobre Internet, y J. Herrera Flores pone de manifiesto las lagunas de la ideología liberal refiriéndose a la Constitución Europea. F. López Ruiz habla de la polisistemia y el policentrismo en relación con el Derecho comunitario y el de los Estados miembros. M. L. Marín Castán y A. de Prada abordan cuestiones sobre la ciudadanía europea y la cosmopolita. J. R. de Páramo trata de los modos de justificar las decisiones colectivas. M. A. Rodilla escribe sobre el contrato social, la democracia y la soberanía popular y examina las obras de Hobbes, de Locke y de Rousseau. M. C. Roldán Álvarez intenta delimitar los conceptos de resistencia activa y de revolución, y R. Soriano analiza la autonomía universitaria en el período provisional de las universidades públicas. Con el trabajo de V. Zapatero se cierra el bloque dedicado a la democracia y al Estado de Derecho. El autor repasa las teorías y la doctrina del nacionalismo, empezando por la primera utilización del término, hecha por Herder en 1774.

Los siguientes nueve trabajos conforman el bloque dedicado a los derechos humanos. El primero de ellos es el de R. de Asís, referido al fenómeno migratorio en relación con los derechos humanos. B. de Castro trata de los derechos a los que afecta la biotecnología: derechos de supervivencia, integridad, libertad y ciudadanía. J. Lima Torrado analiza la ambigüedad conceptual y terminológica de la globalización y su incidencia ideológica sobre el sistema de los derechos humanos. M. Otero Parga reflexiona sobre los derechos humanos en el siglo de oro español, con el objeto de perfilar su concepto. L. Prieto Sanchís trata sobre los límites de la tolerancia, que sitúa en la protección de los derechos de los demás. F. Puy de la antinomia y de la antinomia derechos humanos—deberes humanos, recogiendo algunas propuestas de declaraciones de deberes. J. M. Rodríguez Calero examina la jurisprudencia constitucional italiana en relación con la determinación de los derechos fundamentales derivados del artículo segundo de la constitución. A. Ruiz Miguel repasa el concepto de igualdad, que forma parte del núcleo del punto de vista ético, y las diferentes concepciones que lo concretan y especifican. Finalmente, M. Saavedra reflexiona sobre la libertad de palabra en la aldea global.

El cuarto apartado está dedicado a la Filosofía y la Teoría del Derecho. Lo abre I. Ara tratando de la estructura de las normas jurídicas, que varía según se trate o no de normas de conducta. J. C. Bayón escribe sobre el contenido mínimo del positivismo jurídico, donde examina la cuestión de la separación conceptual entre el Derecho y la moral y la de las fuentes sociales. N. Belloso propone algunas formas alternativas para resolver los conflictos jurídicos tales como la negociación, la conciliación, el arbitraje o la mediación. J. Calvo González escribe sobre la organización discursiva y los modelos narrativos, en particular, el del juicio de hecho. J. Delgado Pinto realiza una exposición de la evolución de la Filosofía del Derecho española entre 1960 y 1984. R. Hernández Marín examina algunas interpretaciones del artículo 4.1 CC. referido a la aplicación analógica de las normas. L. Hierro se refiere a la fuerza normativa de la costumbre *contra legem*, en particular a la costumbre negativa o desuso. J. Igartúa se pregunta si el binomio contexto de descubrimiento—contexto de justificación es una pareja desahuciada. V. Iturralde analiza la cuestión de la justificación interna y la regla del *modus ponens*, y A. López Moreno examina las dimensiones del debate hermenéutico haciendo una referencia expresa a las críticas que Gadamer recibió de pensadores como Apel, Albert o Habermas. R. Martínez Tapia realiza un ensayo sobre la aplicación del Derecho centrado en el trabajo de Leibniz *De casibus perplexis*. D. Medina escribe sobre la validez formal, empírica y axiológica del Derecho y sobre el valor del Derecho subjetivo. L. Miraut trata de la seguridad jurídica y de los niveles de predicción en el Derecho refiriéndose a las opiniones de Holmes, Cardozo y Frank sobre el particular. A. Montoro Ballesteros escribe sobre el delito político, en particular desde los supuestos de la teoría fundamental del Derecho. J. J. Moreso analiza los problemas de las normas condicionales, la derrotabilidad y los conflictos entre normas, y A. E. Pérez Luño expone los presupuestos filosóficos de la Filosofía del Derecho, una disciplina bifronte. G. Robles escribe sobre la doctrina pura del Derecho, en particular sobre los conceptos de «Sein», «Sollen» y «Wollen», poniendo de manifiesto algunos defectos de la doctrina kelseniana. A. Sánchez de la Torre trata del modo en que cada concepto jurídico establece la licitud de las conductas y del modo en que la metodología del Derecho aborda esta cuestión. E. Vidal, del sentido, el concepto, la estructura, las funciones y la justificación del Derecho en un mundo globalizado donde vemos aumentar la pobreza y la desigualdad. Finalmente, C. de Villamor cierra este apartado con su artículo sobre el hombre y el Derecho, en el que investiga los problemas que afectan al hombre como sustrato existencial del Derecho.

El último apartado de la obra está dedicado a la historia del pensamiento. Escriben en él diecisiete autores sobre los siguientes temas: J. Brufau lo hace sobre los malos usos y la conculcación de los derechos humanos en la Cataluña medieval. P. Casanovas sobre los manuscritos de Miquel Carreras Costajussà, filósofo del Derecho catalán. Eusebio Fernández hace un repaso del pensamiento de Joaquín Ruiz Jiménez, y J. J. Gil Cremades lo hace del de Leopoldo Alas. F. J. Laporta se refiere en su artículo al reformismo social en España en los comienzos del siglo xx. L. Martínez Roldán escribe sobre el antidogmatismo de Karl R. Popper. E. Mikunda-Franco sobre Gustav Radbruch y Gerhard Oestreich, y J. L. Mirete sobre Maquiavelo y la recepción de su teoría del Estado en España en los siglos xvi y xvii. A. Ollero lo hace sobre Comte y el sociologismo jurídico, sobre la sociología del Derecho y la sociología para el Derecho. S. Pascual López estudia la inviolabilidad de domicilio en la revolución iusnaturalista de 1869. G. Peces-Barba realiza un

estudio histórico sobre el paso del Estado absoluto al Estado liberal. A. Pelayo se refiere en su artículo a Michel Foucault y a la función crítica y liberadora que cumplen los intelectuales en relación con el poder. M. C. Rovira escribe de la Asturias del siglo VIII, de cómo se mantiene el poder y la cultura en este siglo que ve nacer un orden político nuevo. S. Rus Rufino analiza la función práctica del *nomos* en la *Política* de Aristóteles. J. Sauquillo estudia la cuestión de la providencia y el poder pastoral en *El príncipe cristiano* de Quevedo, y P. Serna dedica su artículo a la hermenéutica jurídica y al relativismo en relación con el pensamiento de Arthur Kaufmann. El último de los artículos es el de A. Truyol y Serra, recientemente desaparecido de entre nosotros, quien escribe sobre los defensores de la libertad individual en la Francia posrevolucionaria, en particular sobre Madame de Staël, B. Constant y los «doctrinarios», Royer-Collard y Guizot.

Se cierra el libro con la aguda y simpática entrevista que P. Barbadillo hace al homenajado, a la que ya me he referido.

3. LOS HORIZONTES DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Mencionaba al principio del segundo apartado algunos de los contenidos que pueden formar parte de nuestra disciplina. La discusión sobre esta cuestión está destinada, como todas las filosóficas, a no tener fin, y no pretendo en estas páginas sumarme al debate ¹¹.

Pero recordemos las palabras de Pérez Luño y reconozcamos el carácter bifronte de la Filosofía del Derecho, fruto del ensamblaje del conocimiento filosófico y del jurídico ¹², resultado, en fin, de la mirada de la Filosofía sobre el Derecho y de la apertura de éste a aquélla. Y entendámosla igualmente, primero de todo, como Filosofía, esto es, como una rama del saber cuya función consiste en «la indagación racional y crítica valorativa de la vida» ¹³. Obviemos, en consecuencia, la discusión sobre el carácter dependiente o no de la Teoría del Derecho ¹⁴. Sea lo que sea de esto, hablemos de la Filosofía del Derecho con un significado amplio, impreciso tal vez, pero que nos permita agrupar todas aquellas reflexiones filosóficas sobre la realidad jurídica.

¹¹ De acuerdo con García Amado, «la Filosofía del Derecho parece permanentemente abocada a una crisis de identidad y a la perpetua discusión sobre su razón de ser y sus fronteras» (GARCÍA AMADO, J. A., «La Filosofía del Derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la "Teoría del Derecho" como sucedáneo», *Persona y Derecho*, núm. 31, 1994, p. 109).

¹² PÉREZ LUÑO, A. E., «Presupuestos filosóficos de la filosofía del Derecho», en *Horizontes...*, *cit.*, vol. II, p. 313.

¹³ PÉREZ LUÑO, A. E., *op. cit.*, p. 320.

¹⁴ Véanse los artículos dedicados al «Estatuto de la teoría del Derecho» en *Persona y Derecho*, núms. 31 de 1994 y 32 de 1995. Lo reconoce allí Carpintero: «El tema, en conjunto, dista de estar claro: me parece que, ni siquiera hoy, los estudiosos se ponen de acuerdo sobre qué es la «Teoría del Derecho», como un saber distinto al de la tradicional «Filosofía del Derecho»» (CARPINTERO, F., «Dos horas de Teoría del Derecho», *Persona y Derecho*, núm. 32, 1995, p. 11). En efecto, como allí se muestra, para unos, la Teoría del Derecho conforma una disciplina separada de la Filosofía del Derecho, mientras que, para otros, se trata de una parte más de la Filosofía del Derecho de la que difícilmente se puede separar para constituir una disciplina autónoma.

Es decir, démosle el nombre de Filosofía del Derecho a todas las reflexiones que dan forma a los artículos del libro de *Horizontes...*¹⁵.

Que los horizontes de la Filosofía del Derecho, en nuestro país, se han ensanchado, me parece obvio, al menos en un sentido. Ayer como hoy se escribía, en términos generales, sobre teoría política, sobre teoría moral o sobre historia del pensamiento (bien es cierto que hay alguna materia nueva). No se puede decir lo mismo del contenido de lo que se escribía y se escribe. Aquí sí creo que hemos asistido, y estamos asistiendo, a una ampliación de nuestros horizontes¹⁶.

En su interesante artículo, el profesor Delgado Pinto aporta unas breves y útiles notas sobre la evolución de la Filosofía del Derecho en nuestro país. Han pasado más de cuarenta años desde la fecha que da comienzo al artículo. De entonces a hoy no cabe duda de que las cosas se han modificado. Sobre todo, gracias a esa generación de filósofos del Derecho, formados después de los años cuarenta, que propulsó un cambio paulatino (lo que las circunstancias permitían) pero sustancial en la disciplina desde los años sesenta del siglo pasado. Recuerda Delgado Pinto un panorama, digamos, peculiar: la Filosofía del Derecho, dirá, estaba dominada entonces por un pensamiento iusnaturalista de corte tradicional «en gran medida premoderno, expuesto de forma simplificada y bastante desconectado de las corrientes foráneas»¹⁷. Luis García San Miguel lo dice claramente: «la asignatura estaba controlada por los tradicionalistas. [...] La mayoría de los filósofos eran franquistas. En Filosofía eran escolásticos, tomistas»¹⁸; «lo que estos iusnaturalistas pretendían, e imponían siempre que podían (y podían de firme), era consagrar el iusnaturalismo católico-tradicionalista como la única opción posible y, desde luego, como la única válida»¹⁹.

Aunque es cierto que la dureza inicial del régimen fue suavizándose con los años²⁰, no era fácil abrirse paso en esta situación. Sobre todo si se tenía la

¹⁵ Y aceptemos lo que afirmaba López Calera: «El hecho cultural, social y académico es que hay «algo» que se llama «Filosofía del Derecho», o tal vez que hay una etiqueta cultural —«Filosofía del Derecho»— que se rellena con trabajos intelectuales de la más diversa índole y contenido» (LÓPEZ CALERA, N. M., «Filosofía del Derecho: crítica y utopía», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15 («La Filosofía del Derecho en España»), 1975, p. 139).

¹⁶ Almoguera decía al respecto en 1983 que, «a estas alturas, la aportación de temas verdaderamente nuevos, el descubrimiento de cuestiones totalmente inéditas, resultará algo más que infrecuente», y entendía que, en todo caso, se aportarán «nuevas perspectivas para viejos problemas, o [se replantearán] éstos en atención a rasgos o elementos hasta ahora no considerados» (ALMOGUERA, J., *Doxa*, núm. 1, 1984, p. 19).

¹⁷ DELGADO PINTO, J., «Breves notas sobre la evolución de la Filosofía del Derecho española entre 1960 y 1984», en *Horizontes...*, cit., vol. II, p. 104. No significa esto, advierte Delgado Pinto, que todos los filósofos del Derecho fueran iusnaturalistas, pero sí que lo fue una gran mayoría y que, como rasgo general, ésa era la tendencia que predominaba, o que dominaba sin más, la asignatura. Como tampoco significa que no se conociera en absoluto lo que se escribía fuera de nuestras fronteras, pero sí que existía un grado notable de distanciamiento del exterior.

¹⁸ GARCÍA SAN MIGUEL EN BARBADILLO, P., *op. cit.*, p. 784.

¹⁹ GARCÍA SAN MIGUEL, L., *Hacia la justicia*, cit., p. 15.

²⁰ «La censura, estricta al principio —recuerda García San Miguel— fue luego abriéndose, especialmente a partir de la Ley de Prensa de Fraga [...]. A partir de ese momento ya pudo escribirse todo o casi todo, al menos en el orden teórico» (GARCÍA SAN MIGUEL, *Hacia la justicia*, cit., pp. 9-10).

pretensión de acceder a la universidad como profesor. La autocensura, la ambigüedad en los planteamientos, la vaguedad en la exposición de las ideas propias eran recursos conocidos para conseguir el favor, o al menos no granjearse la enemistad, del poder establecido. Pero la transformación de la disciplina, con avances y retrocesos, se fue produciendo paulatinamente. El proceso trajo como consecuencia un pluralismo doctrinal anhelado por muchos y manifestado, por ejemplo, en la relativa permeabilidad del acceso a las cátedras o en la multiplicación de las asociaciones y de las publicaciones del área: creación de nuevas revistas y aparición de trabajos de diferente signo, unos, enfrentados (más o menos abiertamente) con el iusnaturalismo tradicional y otros, pioneros de nuevos caminos ²¹.

La tarea emprendida puede verse concluida, de acuerdo con Delgado Pinto, a mitad de los años ochenta. El cambio producido ha permitido a partir de entonces contar con un panorama doctrinal muy diferente: del pensamiento único al debate y al contraste de tendencias de variado cariz. Hace ahora veinte años se tenía la sensación de estar asistiendo al resurgimiento de la disciplina. De entonces a hoy esa vitalidad renovadora que se experimentaba ha seguido dando fruto; y el diálogo filosófico, basado en la confrontación permanentemente abierta de opiniones, se ha enriquecido con nuevos participantes.

La obra, decía al principio, ofrece una visión panorámica de la Filosofía del Derecho española actual. Lo que se contiene en los dos volúmenes es, básicamente, lo que se hace hoy en este ámbito; o, si lo queremos decir de otro modo, esta obra permite delinear los límites de nuestro campo de investigación; el horizonte, como se advierte desde el título, que divide lo que conocemos de lo que no conocemos, y, por qué no, que marca las direcciones a seguir en nuestra exploración. Como no podía ser de otra manera, ni el camino está trazado, ni llegaremos nunca a ningún destino; nuestro horizonte avanzará con nosotros indicándonos que, como decía Bobbio, «cuanto más sabemos, tanto menos sabemos» ²²; pero también exhortándonos a no contentarnos con vivir, excusando el filosofar, dicho sea con la expresión de Ortega ²³.

Y en eso estamos; se sigue haciendo Filosofía del Derecho (en el sentido más amplio que podamos dar a esta expresión); el profesor García San Miguel sigue haciéndola, y los demás también. Este libro es una buena muestra de ello.

Iñigo ÁLVAREZ GÁLVEZ
Universidad Europea de Madrid

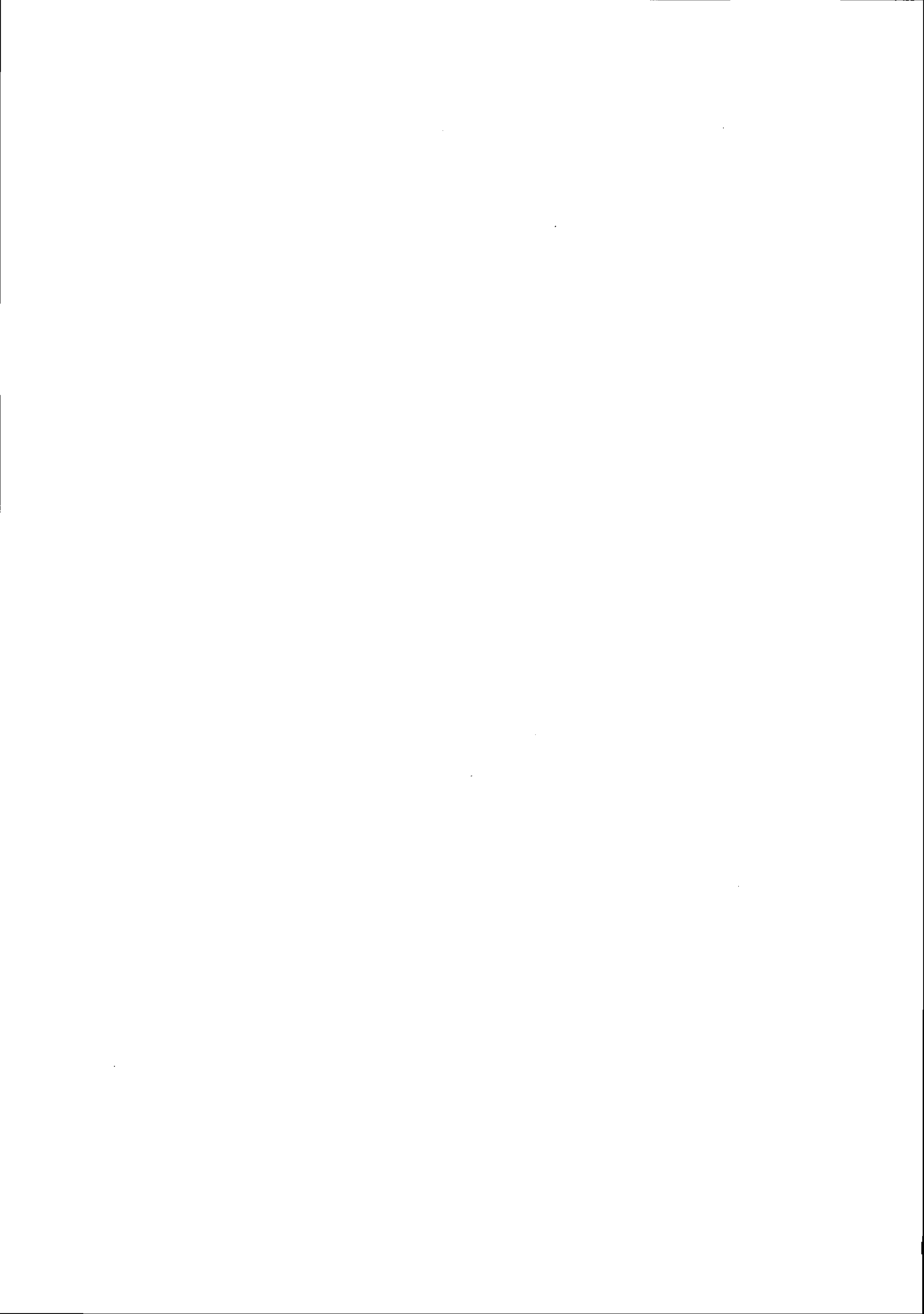
²¹ Se tenía la sensación entonces de estar asistiendo a un proceso fundamental de cambio. Baste recordar las contribuciones de muchos filósofos del Derecho presentadas para el número monográfico de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* de 1975 dedicado a «La Filosofía del Derecho en España» ya citado. Allí decían Laporta, Hierro y Zapatero: «Preguntarse hoy, una vez más, por el sentido y la función de la Filosofía del Derecho puede ser síntoma, aquí en España, de que empieza a haber algo realmente vivo y actual bajo su rótulo, pues en nuestros días el dinamismo de la filosofía se suele medir por la frecuencia y la profundidad con que, incesantemente, se replantea su propio sentido» (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...*, cit., p. 93).

²² BOBBIO, N., *Che cosa fanno oggi i filosofi*, Bompiani, Milán, 1982, p. 169.

²³ ORTEGA Y GASSET, J., *¿Qué es filosofía?*, Espasa-Calpe, Madrid, 1982, p. 81.

V

NECROLÓGICAS



Geoffrey Marshall

Por ROBERT S. SUMMERS

Universidad de Cornell

Geoffrey Marshall fue un destacado constitucionalista, teórico de la ciencia política y el derecho, estudiante de la vida política, analista de problemas jurídicos y relativos al gobierno, ingenio bien conocido, versificador y maestro del verso humorístico, futbolista aficionado en tiempos y después rector del Queen's College de Oxford desde 1993 a 1999.

Nació en Chatsworth Road, Chesterfield. Sus padres eran Leonard William Marshall, artesano, y Kate Marshall (nacida Turner). Inmediatamente después de su nacimiento su familia se trasladó a Blackpool donde su madre regentó una casa de huéspedes. Sus principales recuerdos de entonces incluían la crisis de la Abdicación en 1936, que después versificó así: *Hark the Herald Angels sing, Mrs. Simpson's pinched our King*.

De 1934 a 1939 Marshall asistió a la escuela elemental de Revoe. Después ganó una beca en la Escuela Arnold de Blackpool, donde sobresalió académicamente. Su profesor de Latín, Mr. Haythgornthwaite, despertó su interés por el lenguaje y la expresión precisa, y le animó a seguir hasta la universidad. Marshall se hizo entonces socio del Blackpool Fútbol Club, con Stanley Mathews como ídolo principal. El propio Marshall fue conocido de joven por su extraordinaria disposición al atletismo. Era muy rápido y jugaba al fútbol y al «rugby». Incluso jugó al fútbol durante un tiempo como aficionado. Aun en su edad madura mantenía un vigoroso juego de «squash».

Como consecuencia de la gran ley de educación de 1944 le fue posible estudiar en la Universidad. Aunque le ofrecieron una plaza en Balliol College eligió en 1947 la Universidad de Manchester, en la que estudió políticas y derecho bajo la guía de W. J. M. Mackenzie, que le incitó a desarrollar trabajos de graduado. Fue entonces cuando realizó su primera publicación, un índice a las conferencias de Harold Laski, *Reflections on the Constitution*, pronunciadas en Manchester en 1950. Marshall recordaba más tarde que le pagaron cinco guineas por este trabajo, lo que era generoso en su opinión, «dado que contenía imperfecciones, sobre todo por lo que respecta a nombres y números de página».

En 1950-1951 Marshall realizó en Manchester un máster sobre la filosofía política de David Hume. Desde 1951-1954 fue asistente del Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Glasgow, en la que también recibió su doctorado con una tesis sobre la evolución de la soberanía del Parlamento. Este trabajo surgió por el estímulo del libro de Warrender sobre Thomas Hobbes, los escritos de K. C. Wheare sobre el Estatuto de Westminster, el caso del título Real Escocés (*MacCormick v. Lord Advocate* 1953), y la creciente crisis en Sudáfrica. Oxford University Press publicó la tesis de Marshall en 1957, con el título *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth*.

En 1954, el rector (D. N. Chester) y los miembros de Nuffield College de Oxford concedieron a Marshall una plaza de investigador. Más tarde habría de decir que mientras estuvo en Nuffield aprendió mucho de los *fellows* que se ocupaban de la política: David Butler, Philip Williams, John Plamenatz, Brian Keith-Lucas y Kenneth Robinson. Marshall comentaba también que fue entonces cuando se interesó «por la ciencia del derecho y por la asistente de investigación de Kenneth Robinson, Patricia Woodstock (graduada en historia en St. Anne y experta en guerras peninsulares)», con la que se casó en 1957.

La base jurisprudencial llevó a Marshall a empezar a leer cosas para ingresar en la barra de abogados (*the bar*), y como es exigido, a asistir a cenas en Middle Temple. Como lo expresaría más tarde, «tras comerse 27 de las 36 cenas» decidió posponer el resto, igual que el examen de abogado, cuando fue elegido en 1957 a una plaza de tutor de investigación en Política en el Queen's College. Después siguió posponiendo lo de los abogados, lo que le permitió afirmar, cuarenta años más tarde, que era «el miembro más viejo de Middle Temple de entre los que nunca habían sido llamados».

Al aceptar el puesto en Queen's College, Marshall declinó un plaza en la Universidad de Cornell, en Ithaca, New York. Lo que ganó Oxford lo perdió Cornell. A lo largo de los siguientes cuarenta y cinco años Marshall hizo su carrera en Oxford en la que enseñó a cientos de estudiantes, publicó cinco libros, cuarenta artículos y más de cuarenta capítulos en libros editados por otros. Fue un recensionista infatigable. Escribió más de treinta recensiones en el *Times Literary Supplement*, una docena en *Parliamentary Affairs*, veinte en *Public Law*, y otros más en *Public Administration* y otras revistas. John Griffiths le convenció para que fuera el adjunto al editor en *Public Law*, y lo hizo durante cuarenta y cinco años, escribiendo, además de las recensiones, más de treinta y cinco notas para la revista.

A la edad comparativamente joven de cuarenta y dos años, Marshall fue elegido miembro de la Academia Británica. Fue miembro fundador y más tarde presidente del conocido Grupo de Estudio del Parlamento. También fue miembro fundador del Bielefelder Kreis, una organización de teóricos del Derecho de diez países que durante quince años se reunieron anualmente y fueron coautores de dos libros de Derecho Comparado, uno sobre interpretación de las leyes y otro sobre el precedente.

Entre 1993 y 1999 Marshall fue rector del Queen's College. A su retiro del rectorado Martin Edwards, miembro del colegio, dijo de él en la Memoria del *college* que Marshall había aportado al cargo «un conocimiento completo de cómo funcionaba el colegio y de todos aquellos que lo hacían funcionar, y una verdadera devoción e incluso amor al colegio». Marshall disfrutó mucho del rectorado. Se tomó un gran interés en los detalles de la administración. Él

y su esposa fueron anfitriones cálidos y generosos hacia colegas, estudiantes, discípulos y muchas otras visitas.

Marshall también sirvió en otros puestos universitarios, en particular como miembro del Consejo de Delegados de Oxford University Press y como Procurador (*Deputy Proctor*). También respondió a la llamada del deber cívico. Sirvió durante seis años en el Oxford City Council. En 1971-1972 fue Sheriff de Oxford, pero negó siempre que hubiera arrestado a nadie. Frecuentemente daba conferencias a los cadetes de la policía en el *Police College* de Eynsham, ahora desaparecido.

A lo largo de sus años de académico Marshall también viajó y dio conferencias en otros países, como Estados Unidos, Canadá, Alemania, Francia, España, Holanda y Bélgica. Tuvo un cargo de profesor visitante en la Universidad McGill y después otro en Cornell University, donde sirvió como «Profesor Andrew Dickson White» por un período de seis años desde 1985 a 1991. Se sorprendía siempre de que otros en cualquier lugar reconocieran su persona y su obra. Una vez caminando en Budapest una voz del otro lado de la calle gritó: «¡Hola, es usted Geoffrey Marshall, verdad?» Su respuesta desconcertada fue: «No me lo explico». El paseante ya se había ido antes de que nadie pudiera identificarle.

Marshall era un profesor muy estimulante. No pocos de sus discípulos continuaron la vida académica, como Brian Barry, Vernon Bogdanor, Peter Hacker, David Hardesty, Peter Oppenheimer, Roger Parker and Stephen Scott. Marshall se tomaba muy a pecho el cuidar de sus estudiantes graduados y mantuvo un gran interés en lo que hicieron antes y después de Oxford.

Mientras fue miembro del Queen's College, Marshall fue invitado a considerar muchas ofertas de profesor. Las declinó todas, incluyendo la cátedra Laski en la London School of Economics, la cátedra Gladstone en Oxford y otras en Manchester y Edimburgo. Como él decía, el Queen's College no sólo tenía buenos académicos, sino también su propio aparcamiento y su pista de «squash». También comentó un día que como profesor hubiera tenido que dar muchas lecciones, y sólo tenía preparadas tres (después revisó esto y aumentó hasta seis).

La contribución especial de Marshall a la ciencia política y al Derecho fue objeto de un volumen de catorce ensayos a él dedicados en 1999, en su septuagésimo aniversario y su jubilación como rector del colegio. Ese volumen se titula *The Law, Politics and the Constitution*, y fue editado por David Butler, Vernon Bogdanor y Robert Summers y publicado en Oxford University Press. Varios de los participantes destacaron la filosofía analítica de Oxford, con su enfoque en el lenguaje y en el análisis conceptual, como una fuente importante de inspiración y visión para Marshall. También lo fueron el derecho, la jurisprudencia y la teoría jurídica. Marshall fue elogiado por los esfuerzos de toda su vida por tender puentes entre las disciplinas del Derecho y la ciencia política. En palabras del profesor Gavin Drewry, «un rasgo recurrente y continuo de la obra académica de Geoffrey Marshall ha sido su imaginativo eclecticismo intelectual, y su preocupación por enriquecer el estudio de la política con el uso de perspectivas y materiales jurídicos, y por hacer accesible una eficaz caja de herramientas de Derecho público a aquellos politólogos que tenían necesidad de ello».

Marshall hizo también contribuciones significativas a temas básicos de jurisprudencia y teoría del Derecho, como el concepto de Derecho, la relación entre Derecho y moral, el imperio de la ley, la metodología de la interpretación de las leyes, la teoría y la práctica del precedente en el *common*

law, y la naturaleza de los derechos subjetivos. Fue H. L. A. Hart, profesor de Oxford y cabeza de los teóricos del Derecho del siglo XX, editor general de la *Clarendon Law Series*, quien propuso para ella lo que resultó ser la obra más conocida de Marshall, *Constitutional Theory*, publicada en 1971 por Oxford University Press. En 1984 la editora publicó el ampliamente aclamado *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability*. En reconocimiento de estos y otros trabajos, el profesor Vernon Bogdanor escribió de Marshall en 1999 que era «el más grande teórico de la constitución que este país ha conocido desde Dicey».

Pero Geoffrey Marshall no se ocupaba exclusivamente de temas sesudos. Durante muchos años escribió regularmente para *The Oxford Magazine* con una agudeza y luminosidad que fueron muy admiradas. Sus temas incluían la controversia sobre el sistema métrico (El caso «O. J. Sidley»), lo molestos que eran los andamios en torno a los edificios de los *colleges*, las formas de valoración del personal en la Universidad, el exceso de enseñanza y el sistema tutorial, y la precisión en el uso de peyorativos en la sala de profesores. Su sentido del humor y su inclinación a versificar se revelan también en sus muchos pareados humorísticos y otros escritos ocasionales. Una de sus más conocidas publicaciones impresas privadamente se llama *Versitos perdidos: El secreto de Eduardo Lear*, una reescritura aguda de algunos versos de Rey Lear. Marshall tenía un gran talento para la parodia. Tenía un penetrante sentido de lo grotesco y una aguda apreciación de lo absurdo. Le encantaba especialmente acuñar divertidos juegos de palabras. Era un genio para el retruécano inteligente. Entre sus humoristas favoritos figuran James Thurber, Stephen Leacock y A. P. Herbert.

Marshall fue un leal amigo, un compañero delicioso y un gran colega. Se preocupaba por los intereses de sus amigos y muchas veces se apartaba de su trabajo para hacer algo por ellos. Nunca era aburrido, y estaba siempre deseoso de un poco de diversión, incluso después de un día duro. Tenía siempre a punto un chiste nuevo o un comentario ingenioso, y conocía un montón de anécdotas divertidas de políticos, académicos u otras figuras públicas. Se deleitaba en el intercambio intelectual y académico y luchaba con ahínco por algunas causas. A pesar de todos sus logros nunca perdió su modestia. Pese a ser muy autocrítico, también tenía confianza en su capacidad. Aunque nunca alardeaba estaba siempre dispuesto a hacer lo que debía. Le sobrevive su esposa, dos hijos y un nieto. Geoffrey Marshall había nacido el 22 de abril de 1929. Murió en Oxford el 24 de junio de 2003, a la edad de setenta y cuatro años.

(Traducción de Francisco LAPORTA)

Norberto Bobbio en España

Por ALFONSO RUIZ MIGUEL

Universidad Autónoma de Madrid

A la muerte de Norberto Bobbio (18 de octubre de 1909-9 de enero de 2004) tiene especial sentido que el *Anuario de Filosofía del Derecho* recuerde sobre todo la influencia de su pensamiento en nuestra filosofía jurídica¹. Como de la relación de Bobbio con España se ha ocupado bien intensa y extensamente Elías Díaz en un reciente escrito², aquí me limitaré a reseñar los principales momentos y aspectos de aquella influencia, que, aun sin afán alguno de exhaustividad, pueden dar cumplida muestra de su ancho y profundo alcance. En tal reseña, por lo demás, poco más puedo hacer que sintetizar y, en menor medida, actualizar el estudio que Javier de Lucas presentó al Seminario organizado en 1992 por Gregorio Peces-Barba en la Universidad Menéndez y Pelayo sobre *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*³.

La extensión del conocimiento de la obra de Bobbio en el ámbito filosófico-jurídico español se debe, sin duda, a Elías Díaz. Aunque, al parecer, la primera reseña de un artículo de Bobbio aparece en 1954, es Elías Díaz quien primero da cuenta directa, en 1963, de sus escritos sobre la polémica iusnaturalismo y positivismo jurídico, que datan de pocos años antes, y quien primero traduce aquí uno de ellos en la recopilación de artículos de Kelsen, Bobbio, D'Entrèves, Perelman y otros, *Crítica del Derecho natural* (1966; justo el año siguiente al de la publicación en Buenos Aires por Ernesto Garzón Valdés de los principales artículos de la polémica, bajo el título *El problema*

¹ Para una semblanza más amplia remito a mi escrito «Bobbio: un siglo xx europeo», *Claves de razón práctica*, núm. 141, abril, 2004, pp. 44-53.

² «Norberto Bobbio: memoria española», *Sistema. Revista de ciencias sociales*, núm. 181, junio, 2004.

³ «La influencia de Bobbio en España», en Ángel Llamas (comp.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 259-282.

del positivismo jurídico). Pero fue sobre todo en *Filosofía y sociología del Derecho*, manual que ha tenido numerosas reimpresiones desde 1971, donde Elías Díaz integraba los principales componentes de la aportación de Bobbio en su propia elaboración, contribuyendo así, junto a la extensión de aquélla, a la renovación de la filosofía jurídica española. En esa recuperación tuvo un impacto central la triple visión bobbiana del Derecho como norma, como valor y como hecho, correspondiente al estudio en los tres planos de la teoría y la ciencia jurídica, la filosofía del Derecho y la sociología jurídica.

Bajo ese impulso de Elías Díaz, y siempre dentro de esas coordenadas teóricas, la influencia posterior del pensamiento de Bobbio en España ha sido especialmente notable en el ámbito de la teoría del Derecho. Sus principales huellas posteriores pueden encontrarse, ante todo, en manuales como el de Gregorio Peces-Barba, *Introducción a la filosofía del Derecho* (1983), o el de Manuel Atienza, *Introducción al Derecho* (1985), o en mi propia tesis doctoral, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio* (1983), pero también en la edición de escritos jurídicos suyos por mí preparada bajo el título de *Contribución a la teoría del Derecho* (1980, 2.^a edición ampliada, 1990, y de próxima aparición en una 3.^a edición en la editorial mexicana Cajica), en la *Teoría general del Derecho* (1991), que unía los cursos de *Teoria della norma giuridica* y de *Teoria dell'ordinamento giuridico*, sólo más tarde unidos en edición italiana, o, en fin, en la traducción de su curso sobre *El positivismo jurídico* (1993).

Al margen de esa llamémosla «escuela», María Ángeles Barrère también contribuyó en este capítulo teórico jurídico con la publicación de su tesis doctoral sobre la escuela de Turín⁴. Junto a ello, si puedo hablar por los proyectos docentes que he podido conocer por mi participación en tribunales de oposición —una experiencia limitada pero que supongo estadísticamente significativa—, las concepciones de Bobbio a propósito de la filosofía del Derecho y del positivismo jurídico han terminado por ser una referencia casi obligada en nuestro ámbito académico.

Pero el campo en el que las publicaciones de Bobbio y sobre Bobbio han abundado más en nuestro país ha sido, sin lugar a dudas, el de la teoría de la justicia o, si se quiere decir en términos algo más amplios, el de la filosofía política, que no por casualidad comienza en los años de la transición española. Su significativo arranque es «Democracia representativa y teoría marxista del Estado», que recogía los dos artículos centrales de la polémica de *Quale socialismo?* (1976)⁵, publicado en el número de enero de 1977 de *Sistema*, la revista del área de pensamiento socialista dirigida por Elías Díaz en la que aparecerían sucesivamente algunos estudios sobre Bobbio y varias traducciones de artículos suyos⁶.

⁴ *La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Tecnos, Madrid, 1990.

⁵ Este libro también se publicaría enseguida, en una traducción castellana diferente: *Qué socialismo. Discusión de una alternativa*, Plaza y Janés, Madrid, 1977.

⁶ Así, recordaré mis escritos sobre «Democracia y socialismo en Norberto Bobbio» (núms. 17-18, abril 1977, pp. 177-184) y «Marxismo, capitalismo y socialismo. Entrevista a Norberto Bobbio» (núms. 29-30, mayo 1979, pp. 3-13), o mis traducciones de «Humanismo socialista de Marx a Mondolfo» (núm. 21, noviembre 1977, pp. 3-18), «Socialismo y eurocomunismo (Debate Norberto Bobbio-Alfonso Guerra)» (núm. 22, enero 1978, pp. 93-106) o «El problema de la guerra y los caminos de la paz» (núm. 46, enero 1982, pp. 3-44). No obstante, *Sistema* no disfrutó de monopolio en esta forma de difusión, pues se publicaron también artículos traducidos por mí en otras revistas, como «Presente y porvenir de los derechos humanos», *Anuario de*

Las traducciones de sus libros de alcance filosófico-político que se han publicado en España son numerosas: *Qué socialismo* (1977), *Gramsci y la concepción de la sociedad civil* (1977), *El problema de la guerra y las vías de la paz* (1982), en colaboración con Mateucci la edición del *Diccionario de política* (1982) y con Salvatore Veca y Giuliano Pontara, *Crisis de la democracia* (1985), *Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci* (1985), *El futuro de la democracia* (1986), *Las ideologías y el poder en crisis* (1988), *El tercero ausente* (1989), *Liberalismo y democracia* (1989), *Tomás Hobbes* (1991), *El tiempo de los derechos* (1991), *Igualdad y libertad* (1993), *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política* (1995), *Elogio de la templanza y otros escritos morales* (1997), *De senectute y otros escritos biográficos* (1997), *Autobiografía* (1998), con Maurizio Viroli *Diálogo en torno a la república* (2002), o, en fin, la edición de Bovero de la *Teoría general de la política* (2003).

Buena parte de los libros anteriores, que como la mayoría de la obra de Bobbio son recopilaciones de artículos, han sido promovidos, prologados y traducidos por Gregorio Peces-Barba o por discípulos suyos. Como iniciativa de Peces-Barba fue también el citado Seminario de 1992 en la Menéndez y Pelayo, que compilaría Ángel Llamas en *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio* (1994). En este libro, además de una «Autobiografía intelectual» y un «Epílogo para españoles» de Bobbio (ambos recogidos en *De senectute*), figuran las contribuciones de Gregorio Peces-Barba, Giulio Einaudi, Alfonso Ruiz Miguel, Riccardo Guastini, Luis Prieto Sanchís, Albert Calsamiglia, Enrico Pattaro, Antonio Enrique Pérez Luño, Rafael de Asís Roig, Michelangelo Bovero, Eusebio Fernández, Elías Díaz, Liborio L. Hierro, Javier de Lucas y Agustín Squella Narducci. El propio Peces-Barba, en fin, estuvo detrás asimismo de la tesis doctoral de Andrea Greppi sobre la filosofía política bobbiana, poco después publicada ⁷.

Por lo demás, la mayoría de los restantes escritos aparecidos en España directamente relacionados con la obra de Bobbio han girado en torno a problemas de filosofía política. Recordaré mi estudio sobre «Norberto Bobbio y el debate de la izquierda italiana» ⁸, los de Elías Díaz «Norberto Bobbio: para una filosofía política de la izquierda» y «¿Bobbio “versus” Bobbio?: dualismo analítico y razón práctica» ⁹ o el de Julián Sauquillo, «Filosofía, política y derecho en Norberto Bobbio (Noventa aniversario de una lucha en favor de las libertades públicas)» ¹⁰. En un plano más general no puede dejarse de hacer mención al reciente estudio de Alberto Filippi sobre la influencia de

Derechos Humanos, 1981, 1982, pp. 9-28; «El futuro de la democracia», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 2, 2.º cuatrimestre, 1984, pp. 9-26; o «La razón en el Derecho (Observaciones preliminares)», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 2, 1985, pp. 17-26.

⁷ *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*, Pons-Universidad Carlos III, Madrid, 1998.

⁸ Publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* (núm. 59, primavera 1980, pp. 7-42), reproducía el opúsculo *La contribución teórico-política de Norberto Bobbio al debate contemporáneo de la izquierda italiana*, con una «Presentación» de Gregorio Peces-Barba Martínez, Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1979.

⁹ El primero de 1992 y el segundo de 1994, ambos recogidos en su libro *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

¹⁰ *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm 8, enero-junio, 2000.

Bobbio en el ámbito hispano ¹¹, que sin duda servirá para ampliar y completar estas breves notas.

Los tres doctorados *honoris causa* que Bobbio recibió en los últimos años de su vida, el de la Complutense primero, el de la Carlos III después y el de la Autónoma de Madrid el último, culminaron el reconocimiento de una influencia que, sin duda, ha llegado mucho más allá no sólo de esas universidades, sino del estricto ámbito universitario. No es casual que, aun con alguna censura de dudosa pertinencia como la de Sánchez Cámara en *ABC*, uno de sus libros más recordados en las necrológicas que aparecieron en la prensa diaria fuera el muy difundido *Derecha e izquierda*, un «panfleto» (Bobbio mismo *dixit*) escrito con su habitual agudeza histórica y analítica y, a la vez, bajo el permanente compromiso militante con los valores de la democracia liberal, pero también con los ideales de igualdad humana que han caracterizado su obra.

¹¹ *La Filosofía de Bobbio en América Latina y España*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003 (también publicado en dos partes en los núms. 18 y 19 de *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* [México], abril y octubre de 2003).

Pero la influencia de Bobbio en Iberoamérica es capítulo aparte. Por apuntarla muy sucintamente, destacaría su influencia en Chile a través de Agustín Squella (a cuya contribución sobre «La influencia de Bobbio en Iberoamérica» en el Seminario de la Universidad Ménéndez y Pelayo cabe remitir), en México a través de José Fernández Santillán y Corina Iturbe y, en fin, en Brasil a través de Celso Láfer.

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 ocho 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 Dere-*

cho, 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 GUISÁN, Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Reflexiones sobre la igualdad material. JESÚS I. MARTÍNEZ GARCÍA, Justicia e igualdad en Luhmann. FRANCISCO PUY, Las fórmulas del principio de igualdad. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Sobre la igualdad de la Constitución española. MANUEL ESCAMILLA CASTILLO, Utilitarismo e igualdad. El principio de igualdad en la teoría de Jeremy Bentham. DAMIÁN SALCEDO MEGALÉS, La fundamentación normativa de un principio igualitarista.—II. IHERING, HOY. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Rudolf von Ihering y el problema del método jurídico. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, Rudolf von Ihering.—III. ESTUDIOS. ALF ROSS, Autobiografía intelectual. ANA RUBIO CASTRO, Teoría del derecho y derecho subjetivo en Alf Ross. ROBERTO J. VERNENGO, Derecho y lógica: Un balance provisorio. VICTORIA ITURRALDE SESMA, Una aproximación al tema de las antinomias normativas: Problemas relativos a la identificación de las mismas. LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN, Teoría pura y teoría egológica del derecho. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Los valores superiores. ANDRÉS OLLERO TASSARA, La Constitución: Entre el normativismo y la axiología. JOAQUÍN HERRERA FLORES, Cuestiones básicas para la fundamentación de los valores jurídicos. LUCIANO BARCIA MARTÍN, Derecho de libertad religiosa en España después de la Constitución. JOSEF 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, personaeidad 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 Napoléon. 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 deontológica 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, El 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, ius-naturalismo y derechos humanos. FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ, Poder y derecho. La modernidad ante la resistencia a la injusticia. 3. RETORNO ANGLOSAJÓN. JOHN CHRISTIAN LAURSEN, David Hume y el vocabulario político del escepticismo. MARÍA ELÓSEGUI, El derecho del ciudadano a la participación en la vida política en Hume. Smith y la ilustración escocesa. ÁNGELA APARISI MIRALLES, Thomas Jefferson y el problema de la esclavitud. LOURDES GORDILLO, Una teoría utilitaria de la Justicia. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, La filosofía lingüística y la teoría del derecho analítico: H. L. A. Hart.

VOLUMEN VIII (1991)

I. ESPAÑA Y AMÉRICA, AYER Y HOY (1492-1992). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, El reencuentro entre España y América (1492-1992) en clave de Filosofía del Derecho. JAIME BRUTAU PRATS, La conquista del Nuevo Mundo a la luz de la doctrina de la escuela salmantina sobre la guerra justa. MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, La doctrina colonial de Francisco de Vitoria, legado permanente de la Escuela de Salamanca. ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Ética y política en las Leyes de Indias del siglo XVI. ALFREDO CRUZ PRADOS, Para un concepto de «guerra» de una filosofía de «paz». Actualidad del pensamiento de Vitoria. WOLF PAUL, Los derechos del indio -ayer y hoy-. JAVIER DE LUCAS, España en el 92: ¿De refugio a fortaleza? FRANCISCO PUY, América en la conciencia gallega ante el Quinto Centenario.-II. ESTUDIOS. 1. ANÁLISIS DEL DERECHO.

NEIL MACCORMICK Y ZENON BANKOWSKI, La teoría de los actos de habla y la teoría de los actos jurídicos. VICTORIA ITURRALDE, Sobre el concepto y tipología de las reglas constitutivas. 2. PENSAMIENTO JURÍDICO. SALVADOR RUS RUFINO Y MARÍA ASUNCIÓN SÁNCHEZ MANZANO, Comentario al texto «Anónimo sobre la ley». MERCEDES CARRERAS, La presencia del Derecho en la obra de Vifredo Pareto. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho. BENJAMÍN RIVAYA GARCÍA, Un orteguiano en la corte de la escolástica: Salvador Lisarrague Novoa. 3. DERECHOS HUMANOS. JOSÉ GARCÍA AÑÓN, Las teorías de los derechos morales: Algunos problemas de concepto. MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, «Precursores» en la defensa de los derechos de las mujeres. 4. FILOSOFÍA POLÍTICA. RAFAEL HERRANZ CASTILLO, Notas sobre el concepto de violencia política. LOURDES GORDILLO, Pragmatismo e ideología política. FRANCISCO CASTILLA URBANO, Walter Benjamín: Una filosofía de la historia entre la política y la religión.—III. IN MEMORIAM: FELIPE GONZÁLEZ VICÉN (1908-1991). JUAN JOSÉ GIL CREMADES, Una correspondencia y un artículo inédito. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Los usos sociales. Un ensayo de sociología descriptiva.

VOLUMEN IX (1992)

I. MUJER, PODER, DERECHO. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, ¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho. ROBERTO BERGALLI Y ENCARNA BODELÓN, La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico. MARÍA ÁNGELES BARKEKE UNZUETA, Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del Derecho feminista? MARÍA ELÓSEGUI ITXASO, Los derechos de la mujer keniana: conflicto entre Derecho estatutario y Derecho consuetudinario. PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, Mujer, poder, Derecho. Una posible interpretación. FRANCISCO PUY, El tópico «mujer» en perspectiva Galicia/1992. ESPERANZA GUISÁN, Autonomía moral para las mujeres: un reto histórico. ANTONIO GIMÉNEZ MERINO, Una nota sobre la emancipación sexual: el feminismo y otras disidencias. MILAGROS OTERO PARGA, El concepto de poder y su relación con la mujer.—II. ESTUDIOS. 1. TEORÍA JURÍDICA. MARÍA JOSÉ FARINAS DULCE, Filosofía del Derecho «versus» teoría del Derecho. TERESA PICONTÓ NOVALES, Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer. ÁNGELA APARISI MIRALLES, Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho. 2. VALORES JURÍDICOS. JOSÉ ANTONIO RAMOS PASCUA, El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser. JOSÉ MARÍA ROSALES, Virtualidades y límites de la política institucional. ¿Es suficiente el sistema de partidos? ESPERANZA FERRANDO NICOLAU, El derecho a una vivienda digna y adecuada. 3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. JOSÉ J. MEGÍAS QUIRÓS, De la facultad moral a la cualidad moral: el derecho subjetivo en la Segunda Escolástica tardía. FRANCISCO CARPINTERO, Historia y justicia según los juristas de formación prudencial. JOSÉ LÓPEZ FERNÁNDEZ, La fundamentación del derecho en Kant. RAMÓN MACÍA MANSO, El derecho y su relación con la moral según la teoría de J. A. Fichte. SALVADOR RUS RUFINO, Blas Ramos Sobrino en su centenario: perfil humano e intelectual.

VOLUMEN X (1993)

I. DERECHO Y ESTADO ENTRE NEOLIBERALISMO Y SOCIALDEMOCRACIA. JOSÉ MONTOYA, PILAR GONZÁLEZ ALTABLE, Estado, Derecho y Libertad según F. A.

Hayek. MARÍA ELÓSEGUI ITXASO, El contractualismo constitucionalista de James Buchanan. MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad. FRANCISCO PUY, La socialdemocracia y su parentela ideológica. ERNESTO J. VIDAL GIL, Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho. EMILIA BEA PÉREZ, Los derechos sociales ante la crisis del Estado del bienestar. JOSÉ MARÍA ROSALES, Europa y la esperanza del orden: la democracia más allá de las coordenadas de la Unión Europea. JOSÉ LUIS SERRANO MORENO, Ecología, Estado de Derecho y Democracia.—II. ESTUDIOS. 1. SOBRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Concepto de la Filosofía del Derecho, MARINA GASCÓN ABELLÁN, Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica. FERNANDO GALINDO, JOSÉ ÁNGEL MORENO, JOSÉ FÉLIX MUÑOZ, El concepto de Derecho. De la argumentación a la comunicación. FRANCISCO GARRIDO PEÑA, Notas sobre la asignatura de la Teoría del Derecho como hiografía crítica de la ley. 2. DERECHO Y LENGUAJE. ROBERTO J. VERNENGO. Deberes descriptivos y deberes prescriptivos. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Nuevos materiales para una semántica del lenguaje normativo: lecturas deónticas de una paradoja lógica de Lewis Carroll. GIUSEPPE ZACCARÍA, Entre hermenéutica y analítica: del contraste a la colaboración. CARLOS I. MASSINI CORREAS, Lenguaje de las normas y Derecho Natural. Consideraciones sobre Georges Kalinowski y la semántica normativa. 3. DERECHO Y VALORES. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, A vueltas con la desobediencia. Notas sobre las tesis de González Vicén y sobre algunas críticas. JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, El iusnaturalismo de John Finnis. 4. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, En torno al paradigma conservador. Modelo mágico y fantástico (J. de Maistre y J. L. Borges). MANUEL SEGURA ORTEGA, El movimiento de Derecho libre. SALVADOR RUS RUFINO, Un incorregible ágrafo: Laureano Díez Canseco Berjón (1860-1930). BENJAMÍN RICAYA GARCÍA, Introducción a la filosofía jurídica de Salvador Lissarrague.

VOLUMEN XI (1994)

I. UNIVERSALIDAD Y RELATIVISMO DE LOS VALORES JURÍDICOS. ENRIQUE LÓPEZ CASTELLÓN, Contextualismo ético y relatividad de la justicia. PEDRO FRANCÉS GÓMEZ, Sobre la única vía posible para el universalismo ético y jurídico. ESPERANZA GUISÁN, Los límites éticos de la democracia. FRANCISCO PUY, Sobre la antinomia universalidad-relativismo. ANDRÉS OLLERO, Control constitucional, desarrollo legislativo y dimensión judicial de la protección de los derechos humanos. JULIO SEOANE PINILLA, La Ley sin mayúsculas. Diez avisos. ERNESTO J. VIDAL GIL, De lo justo general a lo justo concreto. Notas para una teoría de la justicia. ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Principio de equiparación y principio de diferenciación. Su articulación práctica. VICENTE BELLVER CAPELLA, La solidaridad ecológica como valor universal. MARÍA TERESA LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, Justicia y diferencia. CARIDAD VELARDE QUEIPO DE LLANO, Apuntes sobre el fundamentalismo a la luz del integrismo musulmán.—II. ESTUDIOS. 1. DERECHO, ÉTICA Y POLÍTICA. JOSÉ GARCÍA AÑÓN, C. S. Nino y los derechos morales. PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, Notas sobre la igualdad. ROBERTO GARGARELLA, Crisis de representación, deliberación y «political correctness». ENRIQUE BOENTE PERALES, Del peso de la libertad al pluralismo político-moral. Interpretación evolutiva de Isaiah Berlin. CARMEN DE LA MONTAÑA FRANCO, La moralidad pública como límite a la libertad de expresión. ÁNGELES LÓPEZ MORENO, Bioética para juristas. MONSERRAT FIGUE-

RAS, ANTONIO EZQUERRA, FRANCISCO SARRAGA, Conflicto entre Ciencia, Ética y Derecho en el proyecto genoma humano. 2. CIENCIA DEL DERECHO. HANS-PETER SCHWINTOWSKI, Estructuras básicas de sistemas de regulación optimales. Un concepto que une las ciencias naturales y las ciencias filosóficas. MARIO RUIZ SANZ, El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Definiciones en el Derecho. AMEDEO G. CONTE, Forma performativa. FRANCISCO JOSÉ DÍEZ AUSÍN, Conflictos normativos y análisis lógico del Derecho. JOSEP AGUILÓ REGLA, La derogación en pocas palabras. 3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. ÁNGELA APARISI MIRALLES, Soberanía, Constitución y Derechos en los orígenes de la Revolución norteamericana. FRANCISCO CARPINTERO, Las canas de Kant. ANA LLANO TORRES, Rafael Rodríguez de Cepeda y Marqués: un filósofo del Derecho español del s. XIX. BENJAMÍN RIVAYA GARCÍA, Personalismo, democracia cristiana y Filosofía del Derecho: Alfredo Mendizábal Villalba. DAVID SÁNCHEZ RUBIO, Enrique Dussel: el lenguaje tecnológico como mecanismo encubridor del trabajo vivo. Su prioridad axiológica y jurídica.

VOLUMEN XII (1995)

I. DERECHO Y ÉTICA ANTE LA VIDA Y LA MUERTE. CARLOS MARÍA CASABONA, Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas. MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, Perfil general del Derecho médico. VICENTE BELLVER CAPELLA, Ecología, Políticas demográficas y Derechos humanos. JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, Eutanasia y Derecho. MARÍA TERESA LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, Principios secundarios y muerte digna. EVARISTO J. VIDAL GIL, Límites, notas y garantías de los Derechos fundamentales. La sentencia 215/1997 (TC) sobre la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica. JOSÉ GARCÍA AÑÓN, La Defensa de la Pena de Muerte y el Derecho a la Vida en John Stuart Mill.—II. ESTUDIOS. 1. FILOSOFÍA DEL DERECHO, MORAL Y POLÍTICA. FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG, Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS, Sobre las relaciones y las funciones recíprocas entre Derecho y Moral. ÁNGEL CUENCA, Objeción de conciencia: Reflexión ética. ALFONSO DE JULIO CAMPUZANO, Individualismo y modernidad. Una lectura alternativa. ÁNGELA APARISI MIRALLES, Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías de acceso al reconocimiento de la igualdad. URBANO FERRER, La acción anónima y el sentido (de Weber a Schutz y Habermas). 2. TEORÍA DEL DERECHO. CARLOS ALARCÓN CABRERA Y ANDREA ROSSETTI, Validez y *theticidad*. MANUEL SEGURA ORTEGA, La imperatividad del Derecho. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, La concepción estándar y la concepción realista del Derecho. JUAN JOSÉ MORESO, La construcción de los conceptos en la ciencia jurídica. MILAGROS OTERO PARGA, La arbitrariedad. VICTORIA ITURRALDE, Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de «civil law»: el caso español. 3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. FRANCISCO CASTILLA URBANO, El concepto de «estado de naturaleza» en la escolástica española de los siglos XVI y XVII. FRANCISCO JOSÉ CONTRERAS PELÁEZ, La razón de los Ilustrados. ANA LLANO TORRES, Luis Mendizábal Martín (1859-1931): su concepción del Derecho y de la Ciencia del Derecho Natural. JOSÉ ANTONIO RAMOS PASCUA, El positivismo jurídico en España: D. Pedro Dorado Montero. ANDREA GREPPI, Derecho, poder, estructura y función (La evolución de un tema kelseniano en la filosofía jurídica de Bobbio). LEONOR SUÁREZ LLANOS, Un comunitarismo para R. Dworkin. SALVADOR RUS RUFINO, La justicia como deci-

sión negociada. Introducción al pensamiento de Bruce A. Ackerman. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, La actitud marxista ante el Estado social.—III. IN MEMORIAN. JESÚS BALLESTEROS, José Cortés 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 Sagrebelsky. 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 Gus-

tavo 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 narrativa del Derecho (José María Rosales). MARÍA CASADO GONZÁLEZ, La eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos (Ana María Marcos del Cano). AMADEO G. CONTE, CARLOS ALARCÓN CABRERA, Deóntica de la validez (Victoria Iturralde Sesma). NEIL DUXBURY, Patterns of American Jurisprudence (Félix Francisco Sánchez Díaz). VITTORIO FROSINI, La letra y el espíritu de la ley (Fernando H. Llano Alonso). EMMANUEL MOUNIER, Obras completas (M. Leonor Suárez Llanos). LLUÍS PEÑUELAS I REIXACH, La docencia y el aprendizaje del Derecho en España. Una perspectiva de Derecho comparado (Nora M. Martínez Yáñez). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Manual de Informática y Derecho (Nora M. Martínez Yáñez). JOSÉ RUBIO CARRACEDO, Educación moral, postmodernidad y democracia. Más allá del liberalismo y del comunitarismo (José L. del Barco). JOHN HENRY SCHLEGEL, American Legal Realism & Empirical Social Science (Félix Francisco Sánchez Díaz). JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN, La teoría de la tolerancia en John Locke (José María Lassalle). STAMATIOS TZITZIS, La Philosophie Pénale (José Calvo González).—V. NECROLÓGICA. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Francisco Tomás y Valiente: Una evocación prospectiva. EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA, José Luis López Aranguren, 1909-1996.

VOLUMEN XIV (1997)

I. PONENCIAS DE LAS XVI JORNADAS DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL SOBRE «PERSPECTIVAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL», TOLEDO, 20 Y 21 DE MARZO DE 1997. MANUEL ATIENZA, Estado de Derecho, argumentación e interpretación. ALBERT CALSAMIGLIA, Teoría del participante «versus» teoría general del Derecho: una aproximación. ANDRÉS OLLERO TASSARA, Derecho y moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ,

Ética pública-Ética privada. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Estado constitucional y derechos de la tercera generación. ALFONSO RUIZ MIGUEL, Derecho y punto de vista moral.-II. ESTUDIOS. 1. Estudios de Teoría del Derecho. CRISTINA GARCÍA PASCUAL, Notas sobre creación e interpretación del Derecho. Jueces, profesores y legisladores. MILAGROS OTERO PARGA, Notas sobre la estabilidad del ordenamiento jurídico. MARIO RUIZ SANZ, De la ciencia de la legislación hacia la técnica legislativa. SUSANA SÁNCHEZ FERRO, Analogía e imperio de la ley. 2. Estudios sobre Justicia y Derechos. MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Derechos humanos: ¿yuxtaposición o integración? CRISTINA HERMIDA DEL LLANO, Sobre el ámbito de la privacidad de la sociedad civil. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones. JOSÉ LUIS MIRETE NAVARRO, La Justicia social como correctora de la justicia protectora. JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Tolerancia de la objeción de conciencia sobrevenida. JOSÉ RUBIO CARRACEDO, La teoría rawlsiana de la justicia internacional: maximalismo en la justificación, minimalismo en la universalización. 3. Estudios de Historia del Pensamiento Jurídico. ROGER CAMPIONE, Introducción al pensamiento de Alessandro Passerin d'Entrèves. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre. FRANCISCO SERRA GIMÉNEZ, El pensamiento filosófico-jurídico y político de Ernst Bloch. 4. Estudios de Filosofía Política. PILAR ALLEGUE, En torno a la soberanía. ¿Soberanía, antinomia de la diversidad cultural? XACOB E BASTIDA FREIXEIDO, Los hijos del Lord o el anti-Kedourie. Apuntes sobre la teoría antinacionalista. MARÍA LEONOR SUÁREZ LLANOS, El riesgo neoaristotélico.-III. DEBATES. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Réplica a los «Presupuestos ontológicos del Derecho», de Daniel González Ligier. DANIEL GONZÁLEZ LIGIER, De nuevo sobre la concepción estándar y la concepción realista del Derecho (respuesta a la réplica de Rafael Hernández Marín). BENJAMÍN RIVAYA, Filosofía del Derecho, derechos humanos y franquismo. RICARDO GARCÍA MANRIQUE, Filosofía del Derecho, derechos humanos y franquismo: respuesta a Benjamín Rivaya.-IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. J. BALLESTEROS Y J. PÉREZ ADÁN (editores). Sociedad y medio ambiente (M.^a Carmen Herrando Pérez). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución (5.^a ed.) (Carmelo José Gómez Torres). TERESA PICONTÓ NOVALES, La protección de la infancia. (Aspectos sociales y jurídicos) (Miguel A. Ramos Ulgar). MANUEL PORRAS DEL CORRAL, Biotecnología, Derecho y Derechos Humanos (Ángela Aparisi Miralles). LUIS PRIETO SANCHÍS (coordinador), Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos (José Luis Solana Ruiz). PEDRO RIVAS PALÁ, Justicia, Comunidad, Obediencia. El pensamiento de Sócrates ante la Ley (Antonio Luis Martínez Pujalte).

VOLUMEN XV (1998)

I. EN EL L ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. 1. F. JOSÉ AUSÍN y LORENZO PEÑA: Derecho a la vida y eutanasia: ¿acortar la vida o acortar la muerte? 2. BENITO DE CASTRO CID: Retos de la configuración sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales. 3. JESÚS GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI: ¿Son los derechos humanos universales? 4. VALLE LABRADA RUBIO: En los derechos humanos el principio de igualdad limita el ejercicio de la libertad. 5. ANTONIO E. PÉREZ LUÑO: Sobre la universalidad de los derechos humanos. 6. JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ PANIAGUA: Los derechos humanos del individualismo a la ética de la responsabilidad (Un poco de clarificación). 7. ÁNGELES SOLANES CORELLA: Una respuesta al rechazo racista de la inmigración: la interculturalidad.-II. ESTUDIOS. 2.1. Estudios de Teoría

del Derecho. 1. XACOBÉ BASTIDA FREIXEDO: Ortega y el Estado. 2. NATHALIE GONZÁLEZ LAJOIE: El pluralismo jurídico en Carbonnier. 3. VICTORIA ITURRALDE SESMA: Consideración crítica del principio de permisión según el cual «lo no prohibido está permitido». 4. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS: Incidencia de la seguridad jurídica en la estructura y forma lógica de la norma jurídica. 5. MARÍA LOURDES SOUZA: Del uso alternativo del Derecho al garantismo: una revolución paradójica. 6. JUAN CARLOS VELASCO ARROYO: El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas.

2.2. Estudios de Historia del Pensamiento y Filosofía Política. 1. ALFONSO DE JULIOS CAMPUZANO: Repensando el neoliberalismo: ¿Quién habló de unidad? 2. RICARDO GARCÍA MANRIQUE y BENJAMÍN RIVAYA: Cronología comparada de la Filosofía del Derecho Española durante el franquismo.—III. DEBATES. 1. RUTH MESTRE. Derecho y género. A propósito de *El feminisme com a crítica de Neus Campillo*. 2. NEUS CAMPILLO. Respuesta al comentario de Ruth Mestre sobre *El feminisme com a crítica*. 3. RUTH MESTRE. Respuesta a Neus Campillo. 4. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA. Acerca de la indeterminación del Derecho (Una vigilia con José Juan Moreso). 5. JOSÉ JUAN MORESO. La vigilia y la interpretación constitucional. A modo de réplica a Alfonso García Figueroa.—IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. 1. ALBERT, H. *Kritik der reinen Hermeneutik. Der Antirealismus und das Problem des Verstehens*, Tübingen, Mohr, 1994 (J. Vega López). 2. BETEGÓN, J.; GASCÓN, M.; PÁRAMO, J. R.; PRIETO, L., *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997 (Q. Tejada Gorráiz). 3. BRETT, A., *Liberty, Right and Nature. Individual Rights in Later Scholastic thought*, Cambridge University Press, 1977 (M. J. Rodríguez Puerto). 4. CANARIS, C. W., *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Madrid, Cívitas, 1995 (J. Vega López). 5. COTTA, S., *Soggetto umano, soggetto giuridico*, Milano, Giuffrè, 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, E., *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, Giuffrè, 1997 (A. E. Pérez-Luño). 10. PÉREZ-LUÑO, A. E., y ALARCÓN, C. y GONZÁLEZ TABLAS, R., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997 (M. Albert Márquez). 11. PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1977 (M. E. Rodríguez Palop). 12. QUINTÁS, A. M., *Obligazione politica e governo legittimo*, Milán, Giuffrè, 1997 (A. E. Pérez-Luño). 13. ROSALES, J. M., *Patriotismo, nacionalismo y ciudadanía: en defensa de un cosmopolitismo cívico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997 (J. Calvo González). 14. SOMMERMANN, K. P., *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997 (A. E. Pérez-Luño). 15. TRUJILLO, I., *La Filosofía del Diritto nel pensiero de F. de Vitoria*, Roma, Giapichelli, 1997 (C. Herrando).

VOLUMEN XVI (1999)

I. ESTUDIOS. I.1. Estudios de Teoría del Derecho. 1. PABLO RAÚL BONORINO: *Lógica y Prueba Judicial*. 2. PAOLO DI LUCIA: *Cómo hacer reglas con cosas*. 3. MARÍA CONCEPCIÓN GIMENO PRESA: *Teoría del Derecho, Sociología Jurídica y pseudodisputas*. 4. JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA: *Aporías del Derecho*. 5. CAR-

LOS 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 DEL TORO, P.: *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho* (G. Marcilla Córdoba). 4. EZQUIAGA GANUZAS, F. J.: *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional* (Q. Tejada Gorráiz). 5. LOSANO, M. G.: *Renato Treves, sociologo tra il vecchio e il nuovo mondo. Con il regesto di un archivio ignoto e la bibliografia di Renato Treves* (M.^a J. Añón Roig). 6. MENGER, A.: *El Derecho Civil y los pobres*. Versión española realizada por Adolfo Posada. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez 1898. Estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez (Ernesto J. Vidal Gil). 7. NUSSBAUM, M. C.: *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y «ciudadanía mundial»* (E. Bea Pérez). 8. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Saggi di informatica giuridica* (R. González Tablas Sastre). 9. SEGURA ORTEGA, M.: *La racionalidad jurídica* (Sonia E. Rodríguez Bonete). 10. ZOLO, D.: *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico* (C. García Pascual). 11. LACASTA ZABALZA, J. I.: *España uniforme. El pluralismo enteco y des-memoriado de la sociedad española y su conciencia nacional e intelectual* (M.^a José González Ordovás). IV. NOTICIAS. 1. BERNUZ BENÉITEZ, M.^a J., Reseña sobre el Primer Congreso Internacional Derecho y Sociedad (Bilbao, 5 y 6 de febrero de 1999). 2. Noticia de las XVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (Valencia, 15 y 16 de abril de 1999). 3. Crónica del XIX Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social.—V. NECROLÓGICA. 1. IN MEMORIAM: Antonio Fernández-Galiano Fernández (1926-1999) (B. de Castro Cid).

VOLUMEN XVII (2000)

I. MONOGRÁFICO: Derecho y globalización. 1. FRANCISCO JAVIER CABALLERO HARRIET: *Globalización, Estado y Derecho*. 2. JESÚS LIMA TORRADO: *Globalización y*

Derechos Humanos. 3. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO: *El poder del Estado y los derechos humanos en el escenario de la globalización*. 4. JUAN JESÚS MORA MOLINA: *Globalización, Derecho y Ciencias Sociales: Hacia una nueva teoría del conocimiento*. 5. XAVIER MONTAGUD MAYOR: *Bases conceptuales de la globalización. Aproximación a un debate*.—II. ESTUDIOS. II.1. Estudios de Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho. 1.1 NORBERTO ÁLVAREZ GONZÁLEZ: *Derecho y estética: un intento de comprensión mejor de los valores jurídicos*. 1.2 PABLO RAÚL BONORINO: *¿Cuál es el desafío de Dworkin?* 1.3 ALBERTO BOVINO y CHRISTIAN COURTIS: *Por una dogmática conscientemente política*. 1.4 RAFAEL DE ASÍS ROIG: *De nuevo sobre la relación entre el Derecho y el Poder*. 1.5 AURELIO DE PRADA GARCÍA: *Cuestiones y textos: sobre la enseñanza de la teoría y la filosofía del Derecho*. 1.6 ÁNGELES GALIANA SAURA: *La relevancia de la técnica legislativa en la elaboración de las leyes: un análisis de la Ley Orgánica 4/2000, sobre extranjería*. 1.7 JUANA MARÍA GIL RUIZ: *La función judicial: entre la ciencia y el control social*. 1.8 MARÍA CONCEPCIÓN GIMENO PRESA: *La interpretación jurídica en la obra de Riccardo Guastini*. 1.9 LEONOR MORAL SORIANO: *¿Es el Derecho tan normativo? La noción de autoridad de Joseph Raz en el razonamiento práctico-jurídico*. 1.10 PABLO MIRAVET BERGÓN: *Trabajo y derechos sociales: por una desvinculación posible*. 1.11 JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ: *La demarcación entre teoría y práctica jurídicas*. II.2. Estudios de Historia del Pensamiento y Filosofía Política. 2.1 JOSÉ CALVO GONZÁLEZ: *Doce preludios a la filosofía jurídica y política del siglo XXI*. 2.2 JOSÉ MARÍA GARRÁN MARTÍNEZ: *Algunas reflexiones sobre el Magisterio de la Iglesia Católica sobre los derechos humanos a partir del Concilio Vaticano II*. 2.3 MILAGROS OTERO PARGA: *Reflexiones en torno a los derechos humanos en el Siglo de Oro español*. 2.4 MARÍA OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ: *Las peculiaridades del Derecho inglés desde la mirada de la Europa continental*.—III. DEBATES. 1. JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES: *En defensa del positivismo metodológico (Un comentario a partir de Principios y positivismo jurídico)*. 2. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA: *Respuesta a José Manuel Rodríguez Uribes*. 3. RAFAEL SUSIN BETRAN: *Arañando en la alteridad. La investigación como proceso complejo e intersubjetivo. Reflexiones a partir de un libro de Rafael Aliena*. 4. RAFAEL ALIENA MIRALLES: *En respuesta a un lector avisado: Sobre «Adelaida Martínez y el honor de la pobreza»*.—IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. 1. AGUIRRE, M., y RAMONET, I.: *Rebeldes, dioses y excluidos. Para comprender el fin del milenio (J. A. Martínez)*. 2. AJA, ELISEO (COORD.) *La nueva regulación de la inmigración en España (A. Solanes)*. 3. BELLVER CAPELLA, V.: *¿Clonar? Ética y Derecho ante la clonación humana (Y. García Ruiz)*. 4. FERRER ARELLANO, J.: *Metafísica de la relación y de la alteridad. Persona y relación (J. Morote Sarrión)*. 5. GARCÍA AMADO, J. A.: *Hans Kelsen y la norma fundamental (N. González Lajoie)*. 6. LORINI, G.: *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale (C. Alarcón Cabrera)*. 7. LLANO, A.: *Humanismo cívico (R. Ortega Cotarelo)*. 8. PETTIT, PH.: *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno (R. Ruiz Ruiz)*. 9. PICONTÓ NOVALES, T.: *En las fronteras del derecho. Estudio de casos y reflexiones generales (R. Susin)*. 10. ROBLES MORCHÓN, G.: *El Derecho como texto. Cuatro estudios de Teoría Comunicacional del Derecho (A. Cadenas Iturriozbeitia)*. 11. RODRÍGUEZ URIBES, J. M.: *Opinión pública. Concepto y modelos históricos (E. J. Vidal Gil)*. 12. SÁNCHEZ RUBIO, D.: *Filosofía, Derecho y Liberación en América Latina (A. Medici)*. 13. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA: *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación (L. Souza)*. 14. TRUYOL SERRA, A.: *La historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. 1. *De los orígenes a la Baja Edad Media*, y 2. *Del Renacimiento a Kant (M. J. Roca)*. 15. VILLA, V.: *Costruttivismo e teorie del diritto (S.*

Sastre Ariza). 16. VV. AA. (Rabbi-Baldi Cabanillas, R., coord.): *Los derechos individuales ante el interés general. Análisis de casos jurisprudenciales relevantes* (A. M. Marcos del Cano).—V. NOTICIAS. 1. Sobre el Congreso «I filosofi e il diritto» (Facultad de Derecho de la Universidad de Cattania, 8-10 de febrero de 2000) (A. Giménez Merino). 2. Crónica del II Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. (León, 8 y 9 de junio de 2000) (N. González Lajoie). VI. NECROLÓGICAS. 1. *In memoriam* José F. Lorca Navarrete (P. Badillo O'Farrell). 2. *In memoriam* Albert Calsamiglia Blancafort (1949-2000) (J. De Lucas).

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. XACOBÉ 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. AÑÓN 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 Courtis 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

VOLUMEN XX (2003)

Presentación. JAVIER DE LUCAS.—I. MONOGRÁFICO: Veinticinco años de la Constitución española de 1978. Aspectos jurídicos y políticos. 1. JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ: *La Constitución social del trabajo y su crisis*. 2. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ: *El patriotismo constitucional. Reflexiones en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española*. 3. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO: *Democracia directa y democracia representativa en el sistema constitucional español*. II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. 1. XACOBÉ BASTIDA FREIXEDO: *Kelsen y la tortuga. La teoría pura del Derecho como antifilosofía*. 2. MARÍA JOSÉ GARCÍA SALGADO: *Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean*. 3. MARÍA CONCEPCIÓN GIMENO PRESA: *La interpretación literal de la Ley*. 4. MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS: *Leer o no leer, ésa es la cuestión*. 5. RAFAEL JUNQUERA DE ESTÉFANI: *Interrogantes planteados por la manipulación genética y el proyecto genoma humano a la filosofía jurídica*. 6. JOSÉ JUSTO MEGÍAS QUIRÓS: *La consolidación del derecho subjetivo en el período posclásico romano*. 7. ÓSCAR MORO ABADÍA, y ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE: *Hacia una «cartografía» del poder: Michel Foucault*. 8. MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP: *¿Nuevos derechos a debate? Razones para no resistir*. 9. JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN: *Algunas consideraciones sobre el sentido del quehacer iusfilosófico*. III. DEBATES 1. JOSÉ LUIS PÉREZ TRIVIÑO: *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. 2. VICTORIA ROCA: *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*. 3. SILVINA ÁLVAREZ: *La racionalidad de la moral. Respuesta a los comentarios de José Luis Pérez Triviño y Victoria*

- Roca. IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. 1. ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO (dir.): *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, 176 pp. (Cristina Monereo Atienza). 2. BEA PÉREZ, EMILIA: *Testimonis del segle xx*, Barcelona, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, 2001 (María José Añón Roig). 3. BERNS, SANDRA: *To Speak as a Judge: Difference, Voice and Power*, Aldershot, Astage Publishing Ltd., 1999, 241 pp. (Cristina Monereo Atienza). 4. LUCAS, JAVIER DE: *Blade Runner. El Derecho, guardián de la diferencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 68 pp. (María José García Salgado). 5. DÍAZ, ELÍAS: *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política*, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 2003, 270 pp. (Joaquín Almoguera Carres). 6. DUKAS, STRATÍS: *Historia de un prisionero*, trad. del griego, prólogo y notas de M. González Rincón, Sevilla, Labrys eds., 2001, 79 pp. (José Calvo González). 7. GARCÍA INDA, ANDRÉS y MARTÍNEZ DE PISÓN, JOSÉ (coords.): *Ciudadanía, Voluntariado y Participación*, Madrid, Dykinson-Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2001, 231 pp. (Sergio Pérez Barahona). 8. GONZÁLEZ R. ARNAIZ, Graciano; (coord.): *El discurso intercultural. Prolegómenos a una filosofía intercultural*, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 2002 (María Jorqui Azofra). 9. HECK, Philipp: *El problema de la creación del Derecho*, trad. de Manuel Entenza y prólogo de José Luis Puig Brutau, Granada, ed. Comares, 1999, 120 pp. (Felipe Navarro Martínez). 10. INIESTA DELGADO, Juan José: *Enunciados jurídicos en la sentencia judicial*; prólogo de Enrico Pattaro, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2003, 294 pp. (José López Hernández). 11. LLANO, FERNANDO (coord.): *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte*, Sevilla, ed. Lagares, 2003, 392 pp. (Sebastián A. Torres Haro). 12. MELKEVIK, Bjarne: *Rawls ou Habermas. Une question de Philosophie du Droit*, Saint Nicolas, Québec, Presses de l'Université Laval-Bruylant, 2001, 191 pp. (José Calvo González). 13. MIKUNDA FRANCO, Emilio: *Derechos humanos y mundo islámico*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, serie Derecho núm. 20, 2001, 285 pp. (Antonio Osuna). 14. MONEREO PÉREZ, José Luis (dir.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, ed. Comares, 2002, 2.089 pp. (Pablo Miravet). 15. RADBRUCH, Gustav: *Filosofía del Derecho*, estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, ed. Comares, 1999, CIX y 271 pp. (José Manuel Cabra Apalategui). 16. RAWLS, John: *Derecho de gentes y «una revisión de la razón pública»*, trad. de Hernando Valencia, Barcelona, Paidós, 2001, 224 pp. (José Calvo González). 17. RIVAYA, Benjamín (coord.): *Cine y pena de muerte. Diez análisis desde el derecho y la moral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 219 pp. (Alberto Carrió Sampedro). 18. RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia: *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Madrid, Dykinson, 2002, 481 pp. (María del Carmen Barranco Avilés.) 19. RUIZ SANZ, Mario: *El verdugo: un retrato satírico del asesino legal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 76 pp. (René Maroto Laviada.) 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 (Laura Miraut Martín.) VI. NECROLÓGICAS. *Doctorado Honoris Causa del Dr. Antonio Truyol y Serra. Laudatio in Memoriam* (Mariano Hurtado Bautista.).



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.

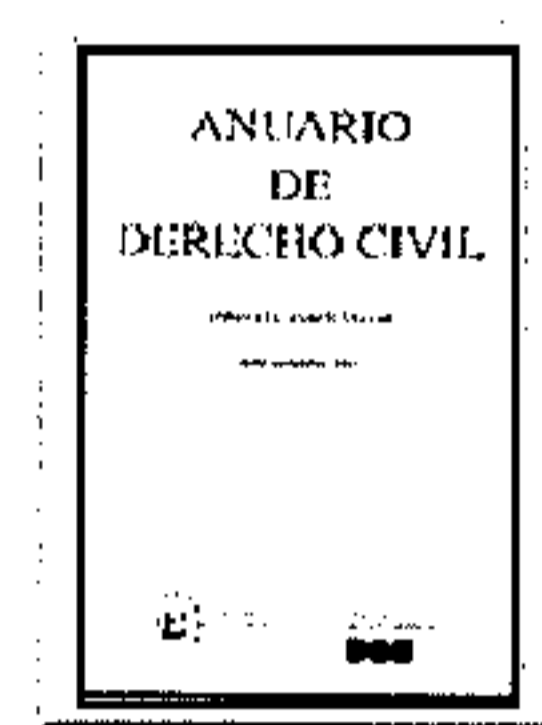
Tomo LVII, Fascículo III, 476 páginas

ISSN: 0210-301X

Periodicidad: Trimestral

Precio suscripción: 77 euros

Precio ejemplar: 23,75 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 XXI, 2004, 576 páginas

ISSN: 0518-0872

PVP: 42 euros



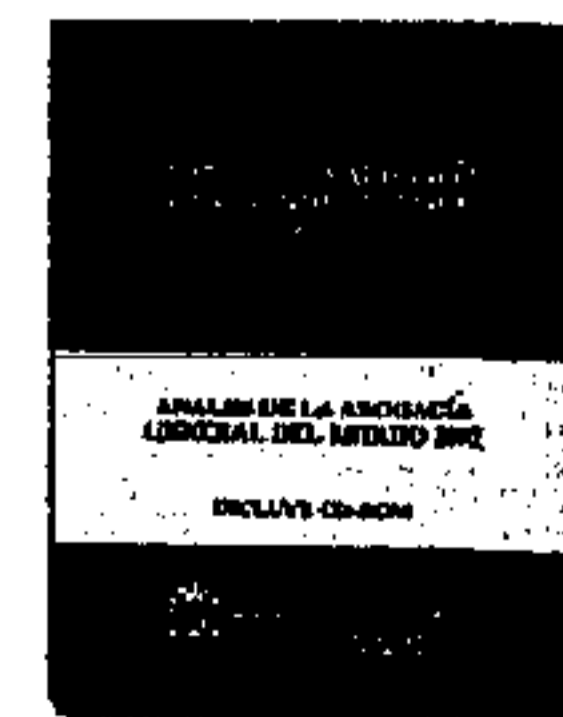
Anales de la Abogacía General del Estado

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.

2003 (edición en papel y CD-ROM), 1.176 páginas

ISSN: 1134-5047

PVP: 121 euros





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.

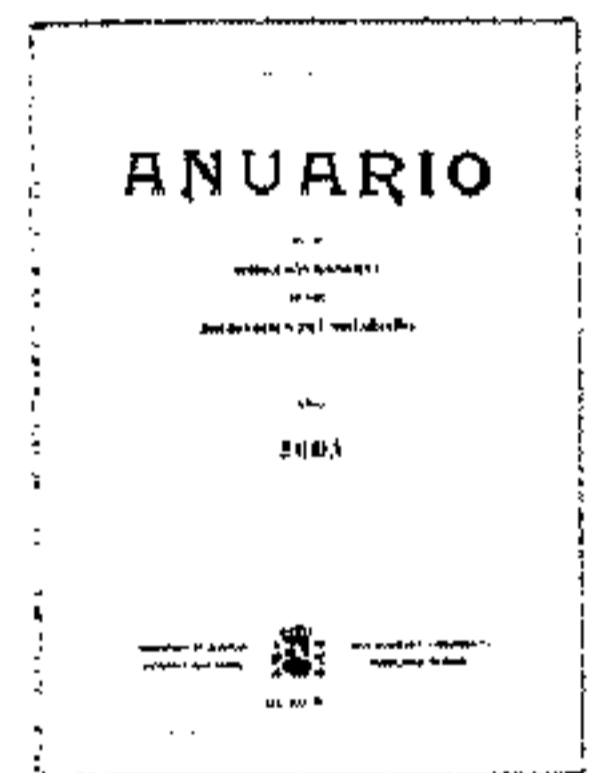
Tomo LXXIV, 2004, 972 páginas
ISSN: 0304-4319
PVP: 85 euros



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.

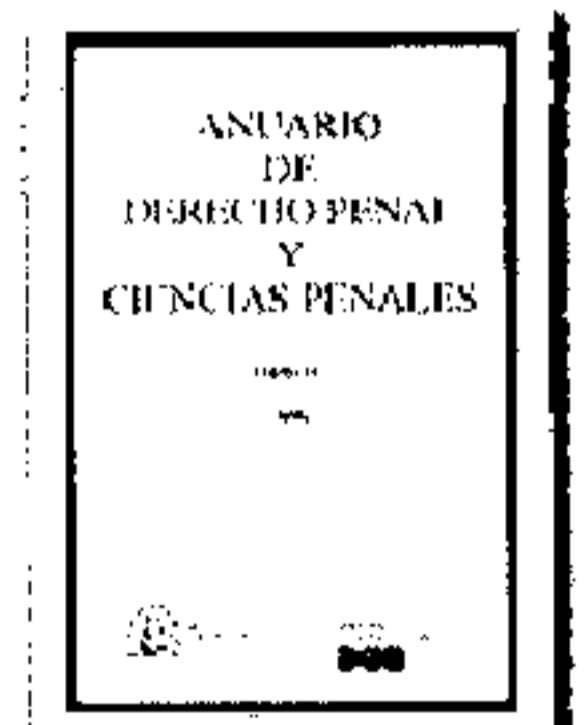
2003 (3 volúmenes. Incluye CD-ROM), 5.130 páginas en total
ISBN: 84-340-1540-4
PVP: 166 euros



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 LVI, 2003, 1064 páginas
ISSN: 0210-3001
PVP: 70 euros



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.

