

**ANUARIO
DE
FILOSOFIA
DEL
DERECHO**

NUEVA EPOCA

TOMO I



MADRID

1984

ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Director

JUAN JOSE GIL CREMADES
Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Zaragoza

Secretarios

JOSE MANUEL ROMERO MORENO
Profesor titular de Filosofía del Derecho
en la Universidad Complutense de Madrid

ANTONIO SERRANO GONZALEZ
Profesor interino de Filosofía del Derecho
en la Universidad de Zaragoza

Consejo de Redacción

JOSE DELGADO PINTO
Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Salamanca

NICOLAS M.^a LOPEZ CALERA
Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Granada

JUAN RAMON CAPELLA HERNANDEZ
Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Barcelona

GREGORIO ROBLES MORCHON
Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Palma de Mallorca

INDICE

	<i>Páginas</i>
PRESENTACIÓN	3
LA DECISION JURIDICA	
ALFONSO RUIZ MIGUEL, <i>Creación y aplicación en la decisión judicial</i>	7
FRANCISCO J. EZQUIAGA GANUZAS, <i>Los juicios de valor en la decisión judicial.</i>	33
FRANCISCO PUY, <i>La decisión</i>	61
JOSÉ M. ROMERO MORENO y LUIS J. PEREDA ESPESO, <i>Reflexiones sobre modelos matemáticos y decisión jurídica</i>	83
JOSÉ I. LACASTA ZABALZA, <i>Decisión judicial e incidente de recusación por motivos ideológicos. Consideraciones sobre la imparcialidad política del juez</i>	109
JUAN DAMIÁN TRAVERSO, <i>La decisión administrativa</i>	129
JESÚS I. MARTÍNEZ GARCÍA, <i>Decisión jurídica y argumento de autoridad</i> ...	149
RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, <i>Nota sobre la aplicación del Derecho</i>	159
ESTUDIOS	
FELIPE GONZÁLEZ VICEN, <i>El darwinismo social: Espectro de una ideología.</i>	163
ERNESTO GARZÓN VALDÉS, <i>Moral y política</i>	177
EDUARDO NOVOA MONREAL, <i>Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del Estado</i>	197

ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

I. S. S. N. 84-500-1565-0
DEPOSITO LEGAL: M. 11.151.—1958

IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS
SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

NUEVA EPOCA

TOMO I



MADRID

1984

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

SERIE 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 4

ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

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



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

PRESENTACION

Tras varios años de silencio, reaparece el ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO. Si empieza a contar de nuevo su edad, no es por ademán de coquetería intelectual, ya que no puede desconocer su fecha de nacimiento: 1953. Ni tampoco la de su última aparición pública: 1976-1977. El mismo ANUARIO, por lo demás, se descontó años, ya que los posibles veinticinco tomos anuales fueron realmente diecinueve. En este caso, pues, empezar de nuevo significa, entre otras cosas, percatarse de que diversos hechos, distintos de los iniciales y siguientes, se han producido en el gremio dedicado en España a la Filosofía del Derecho. Además, y con mayor relevancia, se han producido en el contexto social. No se trata ahora de analizarlos, no vaya a ser que, por desoír la advertencia nietzscheana, «buscando orígenes se convierta uno en canchales». Pero tampoco hay obligación de asumir como «idiosincrasia de los filósofos», su «falta de sentido histórico». Quizá, recordando a Jhering —autor, por demás, grato a Nietzsche—, cabría señalar que si se quiere saber del Derecho «su correlación con la vida real», el «historiador ha de poner de manifiesto, por medio de otras fuentes, lo pasado en silencio». De ese silencio hay distintas causas. Pero, mejor que remover o agitar el remanso, conviene hacerlo desaguar.

Entre los hechos sobrevenidos más directamente vinculados a la reaparición del ANUARIO resalta el que a partir de las V (Madrid, 1982) y VI Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho (Zaragoza, 1983) tomara nuevos bríos y se reestructurara la Sección española de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (IVR). Esa Sección, constituida como Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social (SEFJS), al ponerse de nuevo en marcha, asume, bajo el patrocinio del Ministerio de Justicia, la responsabilidad del ANUARIO, que de esta forma se configura como un órgano plural, pues ha de reflejar el pluralismo de dicha Sociedad, a la que pertenecen casi la totalidad de los vinculados institucionalmente a la investigación, estudio y docencia de la Filosofía del Derecho. No se ha de ver en ello exclusivismo ni veleidad de grupo, sino el intento de garantizar la continuidad de un empeño institucional que refleje, mal que bien, las virtudes y defectos, la perspicacia y las carencias de ese gremio profesional, abierto, por lo demás, a los juristas y a cuantos se interesan por nuestros temas, sea cual sea su inserción universitaria y profesional.

Mero gestor de ese propósito es, pues, el director de la publicación que inicia esta nueva etapa. En todo caso, el nivel que alcance el ANUARIO será reflejo del que tiene la comunidad científica que lo sostiene, a la que va dirigido y de la que espera su constante colaboración.

J. J. G. C.

I

LA DECISION JURIDICA

Creación y aplicación en la decisión judicial (*)

Por ALFONSO RUIZ MIGUEL

Madrid

1. MUERTE Y RESURRECCIÓN DE LA TEORÍA DE LA SUBSUNCIÓN

La vieja oposición entre la teoría logicista y la teoría creativista de la decisión judicial presenta una alternativa demasiado tajante que obliga a elegir sin matices en un asunto cuya complejidad los exige. Podría haber sido de esperar que tras los excesos de la teoría silogística de la escuela de la exégesis y sus continuadores y los excesos opuestos de las distintas escuelas judicialistas, se hubiera alcanzado ya un cierto equilibrio, quizá por obra de la teoría kelseniana de la sentencia como norma jurídica particular. Pero la mucha tinta derramada no ha impedido que la cuestión siga planteándose en términos tan radicales como siempre, pues el debate ha continuado sin reposo y el fuego todavía admite más leña. La que aquí voy a echar se encuentra en una vía intermedia entre la rígida alternativa y no pretende descubrir grandes cosas sino ordenar la compleja materia. Para ello intentaré dar a cada uno lo que es suyo mediante la distinción entre una aproximación lógico-lingüística al problema y una aproximación sociológica. Y puesto que el debate entre «aplicativistas» y «creativistas» está lejos de ser meramente académico y plantea inquietantes preguntas de carácter político, intentaré cumplir también con el obligado compromiso del filósofo para con las exigencias de cada día, haciendo algunas propuestas normativas sobre el sistema judicial español.

En España, la teoría tradicional de la decisión judicial ha sido sin lugar a dudas de tipo más logicista que creativista, siendo muy probablemente su modelo básico la teoría de la subsunción. Como es sabido, la sentencia es para ésta un sencillo razonamiento silogístico en el que los hechos funcionan como premisa menor que se subsume en la premisa mayor formada por la norma general y que da lugar a una simple conclusión jurídica denominada «fallo».

(*) Han ayudado a mejorar este artículo, y quiero agradecerlo especialmente, las observaciones de mis compañeros del departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

Tal teoría puede caracterizarse esquemáticamente por dos notas: en primer lugar, tiende a ver la decisión judicial como un acto de conocimiento más que como un acto de voluntad y, en tal sentido, a negar que una sentencia sea propiamente un mandato o norma jurídica; en segundo lugar, tiende a ver la decisión judicial como un acto cognoscitivo de carácter lógico-deductivo más que de otro tipo, incluido desde luego el conocimiento empírico. No me parece posible calibrar cuál es actualmente la influencia de esta teoría en la práctica jurídica española. Por aproximación, parece claro que el dogma de que los jueces aplican pero no crean Derecho ha venido siendo apoyado por el origen teórico-político de la teoría de la subsunción, que no es otro que la división de poderes, y por su más obvia consecuencia procesal, como es la obligación de redactar las sentencias conforme a la fórmula silogística de «Resultandos», «Considerandos» y «Fallo». Pero es también posible que esos soportes se encuentren compensados por la ideología que hace del juez un artífice de la justicia y la equidad y por la novedosa función de complementación del Derecho atribuida a la jurisprudencia por la reforma de 1974 del título preliminar del código civil. En todo caso, quizá no sea desencaminado sospechar como hipótesis de trabajo que una importante parte de los operadores jurídicos y judiciales se adhieren a un modelo más próximo al tradicional que al modelo alternativo.

Evidentemente, el que la teoría de la subsunción sea tradicional por sí mismo no dice nada en su contra ni sirve para darla por muerta sin más. Más aún, cuando parecía ya pasada a la historia de la filosofía jurídica vuelven algunos de sus rasgos fundamentales en teorías que se presentan en ruptura con lo que poco antes parecía nuevo. Aduzco a título de ejemplo de esta revitalización de la doctrina aplicativista las teorías de Alchourrón y Bulygin por una parte y la de Ronald Dworkin por otra. Los teóricos argentinos han rescatado el racionalismo tradicional en la interpretación jurídica por la nueva vía de «desmecanizar» la deducción silogística: una cosa es que la interpretación de la ciencia o de la práctica jurídica sea de carácter deductivo, vienen a decir, y otra diferente es que se trate de una actividad meramente mecánica, ya que ni siquiera las operaciones lógico-matemáticas son mecánicas salvo en los pocos casos en que existen procedimientos efectivos para resolver unívocamente un problema. Estas ajustadas observaciones no hacen más que repetir con lenguaje actual la antigua convicción de que lo difícil en un silogismo no es obtener la conclusión, sino justificar las premisas, pero no veo claro que de ahí se deduzca la tesis de que la ciencia jurídica no es prescriptiva y de que la labor judicial es más aplicativa que creativa (1). Bien podría ser ese el caso, aunque ahora sólo me interesa desta-

(1) Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (ed. orig. en inglés, 1971), Buenos Aires, Ed. Astrea de Rodolfo Depalma, 1974, pp. 133-137 y 239.

car cómo Alchourrón y Bulygin se inclinan hacia una teoría de la interpretación jurídica —y de la decisión judicial por extensión— que cumple con las dos notas de la teoría de la subsunción: la interpretación es fundamentalmente actividad cognoscitiva y lógico-deductiva. Por su parte, la visión de Dworkin de la decisión judicial —que está en el centro de toda su construcción jurídica— contiene un punto coincidente con la anterior, pero va bastante más lejos en sus intenciones. El punto de coincidencia se encuentra en la aceptación de que la decisión judicial es una aplicación del Derecho que no tiene carácter mecánico, sino que implica una discreción en el sentido débil de que es preciso discernir racionalmente (2). Las consecuencias de este punto de partida son numerosas aunque aquí sólo interesan algunas: para el teórico angloamericano el juez nunca introduce ni debe introducir pautas propias, puesto que incluso en los casos difíciles emprende y debe emprender la tarea «hercúlea» de descubrir los principios más coherentes y racionales en el marco del ordenamiento jurídico de que se trate y tomar la única decisión correcta posible sin crear nuevas pautas retroactivamente (3). En esta teoría es más explícito que en la de Alchourrón y Bulygin que la decisión judicial es una actividad cognoscitiva y racional que —después de la compleja búsqueda de los principios— aplica una vez más un criterio deductivamente.

Por ir acotando los términos de la discusión, la teoría de la subsunción no puede pretender referirse a la decisión judicial como *producto* sino a la decisión judicial como *actividad* (4), es decir, no puede negar que una sentencia sea una «decisión» que como tal tiene carácter prescriptivo al menos para un caso concreto: si la decisión en cuanto tal es —por utilizar la terminología tradicional— un acto de voluntad y no de conocimiento, sería en todo caso la actividad que la precede la única que podría considerarse cognoscitiva y deductiva. Por otro lado, también me parece obvio que la decisión judicial en cuanto actividad tiende a formularse externamente como si fuera un proceso cognoscitivo de carácter deductivo, pero eso no prueba en absoluto que la realidad coincida con la apariencia. Por tanto, la pregunta aquí relevante no es cómo los jueces expresan externamente sus decisiones ni qué dicen y creen hacer cuando sentencian, sino cómo deciden

(2) Cfr. DWORKIN, Ronald M., «The Model of Rules I» (1967), en *Taking Rights Seriously*, 2.^a ed., London, Duckworth, 1981, cap. 2, § 5 (debería ser el § 4, pero hay un error de numeración desde el § 2), hay trad. cast., como «¿Es el Derecho un sistema de reglas?», en DWORKIN, R. M. (ed.), *Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 101-117.

(3) Cfr. *ibidem*, *passim*, así como «The Model of Rules II» (1972) y «Hard Cases» (1975), ambos en *Taking... cit.*, cap. 3, § 4 y cap. 4, respectivamente, y «Political Judges and the Rule of Law», *Proceedings of the British Academy*, LXIV, 1978, esp. §§ 1 y 4.

(4) Para una exposición detallada sobre un término como «interpretación», también aquejado de una homonimia del tipo «proceso-producto», ver TARELLO, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, § 6.

realmente. Se trata de saber lo que los jueces hacen antes de plasmar su decisión, independientemente de lo que digan o crean que hacen. Sólo que la pregunta de cómo los jueces adoptan realmente sus decisiones es ambigua porque puede referirse tanto al modo lógico de sentenciar como al modo efectivo o empírico. En el primer sentido, el estudio del proceso de la decisión judicial atiende a los pasos que son lógicamente necesarios para sentenciar, dada la estructura del lenguaje jurídico: lo que así se obtendrá es un modelo lógico-lingüístico de la decisión judicial. En el segundo sentido, el estudio del proceso de la decisión judicial atiende a los motivos personales o sociales que inducen al juez a decidir una cosa u otra: lo que así se obtiene es un modelo psicológico o sociológico de la decisión judicial (5). Mientras que la teoría de la subsunción pretende ser sobre todo un modelo lógico-lingüístico, la conocida afirmación de Alf Ross de que los jueces primero toman su decisión y luego la visten mediante una fachada de justificación podría ser un ejemplo en germen de un modelo psicológico (6). Por lo que respecta a la ulterior pregunta de cómo deberían decidir los jueces, no desde un punto de vista lógico, sino desde un punto de vista ideológico —es decir, jurídico, ético o político—, es claro que para intentar responderla conviene tener en cuenta tanto los aspectos lógicos como los empíricos. Pero los tres problemas son conceptualmente diferentes y los trataré por separado.

2. PARA UN MODELO LÓGICO-LINGÜÍSTICO DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Para analizar más cómoda y ampliamente el proceso lógico de la decisión judicial debe adoptarse como punto de referencia el momento en el que más elementos de juicio entran a la consideración del juez. Por aludir al Derecho español, puede tomarse como ejemplo el proceso de la decisión a adoptar tras la «vista» de un juicio de menor cuantía en primera instancia, que es muy similar a sus equivalentes en los procedimientos administrativo o laboral e incluso a la decisión del proceso penal tras el juicio oral (7). Adelantando el esquema, ese proceso lógico puede divi-

(5) Reelaboro así una distinción que puede verse pormenorizada en WRÓBLEWSKI, Jerzy, «L'interprétation en droit: théorie et idéologie», *Archives de Philosophie du Droit*, n. 17 («L'interprétation dans le droit»), 1972, pp. 55-63.

(6) Cfr. Ross, Alf, *On Law and Justice*, London, Stevens and Sons Limited, 1957, § XXX, trad. cast. de G. Carrió, *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 146; debe añadirse que la teoría de la interpretación de Ross es más compleja y matizada que esa expeditiva fórmula: para mayores precisiones, ver *ibidem*, § XXVIII, así como HIERRO, Liborio L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, Editor, 1981, § 8.3.4.

(7) Sobre este epígrafe es útil en general como visión interna de un juez español, RODRÍGUEZ-AGUILERA, Cesáreo, *La sentencia*, Barcelona, Bosch, 1974.

dirse en cinco fases: 1.^a, calificación previa del punto controvertido y de los límites jurídicos y fácticos del caso; 2.^a, selección, evaluación y descripción de los hechos; 3.^a, búsqueda y selección del criterio jurídico aplicable al caso; 4.^a, atribución de significado preciso al criterio elegido; y 5.^a, aplicación del criterio a los hechos estimados probados. Conviene insistir en que se trata de un proceso en sentido lógico y no empírico, porque ello implica dos precisiones: en primer término, que el orden anterior es conceptual y no genético, de modo que no pretende describir los pasos psicológicos que el juez da en la práctica; en segundo término, que la propia distinción de las cinco fases es también conceptual y no empírica, por lo que en la práctica puede ser difícil separar tajantemente algunos de esos pasos. Por lo demás, el que éste sea el proceso lógico de un determinado tipo básico de decisión judicial no excluye necesariamente que lo pueda ser de otro tipo de decisiones judiciales menos complejas —como las providencias o los autos— o más vinculadas a elementos establecidos por el tribunal inferior —según tiende a ocurrir respecto a los hechos probados en las decisiones de apelación y casación—. Por último, debo advertir que en el análisis de las cinco fases del proceso de la decisión judicial que ahora intentaré, doy por supuestos numerosos temas de teoría general del Derecho que a pesar de no ser del todo pacíficos es irremediable mencionar sin poder entrar aquí en su detallada justificación.

1.^a La calificación previa del punto controvertido y de los límites jurídicos y fácticos del caso es una labor que puede pasar inadvertida en los litigios fáciles pero que no por eso deja de realizarse aun de modo simple. Incluso, no es una actividad tan sencilla desde un punto de vista lógico como pudiera parecer al primer vistazo: en esta fase se analiza *a priori* si se trata de un caso jurídico y, si lo es, de qué tipo de caso se trata. Lo que el juez debe hacer —o lo que debe dar por supuesto si se trata de un caso fácil— es situarse ante el caso considerando cuál es el marco normativo hipotético de los hechos jurídicamente relevantes *a priori*. Esta tarea es compleja en cuanto que en este momento no es posible deslindar radicalmente la cuestión fáctica de la cuestión jurídica, pues por un lado esta calificación de los hechos exige utilizar criterios de relevancia que vienen suministrados por el Derecho y por otro lado la propia juridicidad del caso ha de calibrarse en relación con los hechos posibles. Además, la tarea es compleja también en el sentido ulterior de que la propia operación de establecer la relevancia de los hechos y la juridicidad del caso implica un proceso interpretativo nada elemental, como respectivamente se verá al comentar la segunda y la tercera fase del proceso de la decisión judicial. Por ahora cabe destacar cómo esta primera toma de contacto del juez con el caso tiene mucho de interpretativa y contiene momentos valorativos, pues es una tarea de proposición de premisas provisionales para la que no

existen predeterminaciones lógicas ni empíricas. Y el que existan predeterminaciones de sentido común o ampliamente aceptables ni es forzoso en todos los casos ni, sobre todo, desmiente la complejidad lógica de la operación.

2.^a La selección, evaluación y «descripción» de los hechos —el tradicional momento de valoración de la prueba— es también una tarea lógicamente compleja que no tiene carácter de comprobación empírica en sentido estricto ni, como es obvio, de conclusión deductiva. En esta fase el juez (sea profesional o lego) debe establecer qué hechos jurídicamente relevantes han ocurrido «verdadamente». Ahora bien, aunque el ideal es que la verdad a establecer coincida con la verdad «real», lo que se obtiene en todo caso es una «verdad jurídica» que puede adecuarse o no a la realidad. Las diferencias entre ambos tipos de verdad son diversas tanto si se atiende al sustantivo «verdad» como si se atiende al adjetivo «jurídica». En cuanto al sustantivo, dos pueden ser las diferencias fundamentales si se entiende por «verdad real» la propia de las ciencias naturales: en primer lugar, mientras que en la verdad jurídica existe una mediación lingüística entre los hechos y el lenguaje del juez —que no puede captar directamente la realidad sino a través de documentos, testigos, confesiones, peritos, etc.—, la verdad científica no exige siempre esa mediación y la relación entre hechos y lenguaje tiende a ser más directa (8); en segundo lugar, mientras que la verdad real se obtiene en buena parte mediante la observación y la comprobación de los hechos, la verdad jurídica se alcanza mediante un proceso de interpretación sometida a pautas normativas no sólo en el sentido ya dicho de que el análisis de los hechos se hace en función de modelos fácticos previstos en normas jurídicas (los llamados «supuestos de hecho»), sino también en el sentido de que los hechos se captan e interpretan a la luz de criterios normativos culturales no forzosamente jurídicos (es casi obligada la referencia al «verstehen» weberiano), como las máximas de experiencia, las reglas del sentido común o las presuposiciones sobre el «sentido interno» de las acciones humanas (9). En cuanto al adjetivo «jurídico», también

(8) Esta comparación es meramente indicativa, pues está llena de problemas: la verdad jurídica se parece a la verdad histórica (para una comparación entre la labor del juez y la del historiador, ver DÍEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1973, pp. 215-216) o a la que obtenemos todos los días leyendo el periódico; no es pertinente detenerse aquí a comparar ese tipo de conocimientos con los de las ciencias naturales, aunque sea oportuno recordar que se ha llegado a sostener que la verdad jurídica es una de las principales formas de poder que configuran el saber en general (cfr. FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1980); desde un paradigma metodológico más cercano al empirismo, baste decir que parece posible mantener la distinción entre verdad jurídica y verdad científica por el criterio de que mientras aquélla exige una teoría de la verdad como coherencia entre proposiciones lingüísticas, ésta admite —aunque no lo exija completamente— una teoría de la verdad como correspondencia entre hechos y lenguaje.

(9) Para un mayor desarrollo de este punto cfr. VERNENGO, Roberto J.,

pueden señalarse otras dos diferencias: en primer lugar, en lo relativo al procedimiento de obtención, el establecimiento de los hechos en un juicio puede estar sometido a reglas procesales acerca de la mayor o menor validez de determinadas pruebas; y aunque en los sistemas modernos la institución de la libre apreciación de la prueba tienda precisamente a acercar la verdad jurídica a la real, no deja de haber excepciones al principio, como por ejemplo la relevancia en todo caso del documento auténtico; en segundo lugar, en lo relativo a las consecuencias, los «resultandos» de hechos probados tienden a ser irrevisables por tribunales superiores, con lo que la verdad jurídica adquiere una santidad —la «santidad de la cosa juzgada»— que salvo excepciones limita la ulterior búsqueda de la verdad real. Así pues, ni la deducción lógica ni la verificación o la falsificación empíricas juegan tan gran papel en el establecimiento de los hechos en la sentencia como otros factores normativos y valorativos.

3.^a La búsqueda y selección del criterio jurídico aplicable al caso abre el complejo capítulo de la interpretación jurídica. En un sentido amplio, la interpretación del Derecho comienza cuando se pretende situar un determinado conjunto de hechos dentro de una determinada normativa jurídica. Por más que el caso sea sencillo, la operación de búsqueda y selección de la norma o criterio aplicable no sólo tampoco es automática sino que en algunos casos es tremendamente difícil y compleja. No es deductiva porque ni el pretendido «sistema» jurídico es finito y consistente ni todas las reglas de derivación para pasar de los «axiomas» a las consecuencias tienen carácter lógico (10). Hilando un poco más grueso, es posible que en determinados casos y materias la operación de búsqueda de criterio se parezca a un proceso deductivo, sea gracias a la simplicidad o habitualidad del caso, sea gracias a la sistemática de la normativa o de la doctrina «científica». Con todo, independientemente de las disputas entre los juristas —que a veces impugnan la sistemática legal—, en los casos difíciles se plantean inevitablemente arduos problemas de identidad normativa. La tesis de la unidad del Derecho, mantenida desde Kelsen hasta Hart, presupone la existencia de criterios estables para la determinación de la pertenencia de las normas al sistema jurídico.

La interpretación jurídica, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977, cap. II, esp. pp. 22-30 (del mismo es útil también *La interpretación literal de la ley y sus problemas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971); por cierto que esta característica de la verdad jurídica —propia también de la mayoría de las ciencias humanas— ha sido detalladamente descrita en otros términos por Foucault en *Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma mère, ma soeur et mon frère...*, París, Gallimard-Julliard, 1973 (agradezco esta última observación a Julián Sauquillo, que ha tratado la cuestión en «Sistemas de dispersión» y «matrices jurídico-políticas» en Michel Foucault (*Una contribución al análisis de la formación del discurso*), memoria de licenciatura presentada en la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid en junio de 1983 (inérita), pp. 72-75 y 277-280).

(10) Cfr. VERNENGO, R., *La interpretación jurídica*, cit., pp. 49-55.

Sin embargo, ni la norma fundamental kelseniana ni la regla de reconocimiento hartiana resuelven todos los problemas de identidad normativa: no es posible detenerse aquí en el análisis detallado de ambas teorías, pero por tomar como contraste la más empírica regla de reconocimiento baste decir que ésta es más compleja e indeterminada de lo que sugiere Hart (11). En efecto, tres problemas sistemáticos permanecen a pesar de las soluciones legales, judiciales y doctrinales: las lagunas, las antinomias y las redundancias normativas. Los tres constituyen importantes huecos en la presunción de racionalidad del legislador y hacen necesariamente creativa la labor de búsqueda de los criterios a utilizar en el caso. En el fondo, una crítica como ésta viene a coincidir con la sustancia de las objeciones de Dworkin a la regla de reconocimiento (12), aunque no obliga a asumir su construcción alternativa del Derecho como conjunto unitario desde el punto de vista del contenido (13).

(11) Aunque Hart admite que la regla de reconocimiento es compleja en los sistemas jurídicos modernos, no parece pensar que sea tan compleja en condiciones normales como para que algunas de sus prescripciones sean oscuras, dudosas, contradictorias y, en suma, indeterminadas; de su tratamiento del problema de la incertidumbre en la regla de reconocimiento más bien parece deducirse que contempla el supuesto como algo excepcional y momentáneo: cfr. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, Press, 1961, caps. V, § 3, y VII, § 4, hay trad. cast. de G. Carrió, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, reimpresión, México, Editora Nacional, 1980.

(12) Dworkin piensa que o bien la regla de reconocimiento establece unos criterios formales, pero entonces no puede servir para identificar los principios judiciales porque éstos no son reducibles a criterios claros o bien tiene carácter material y se identifica con esos principios, pero entonces la innumerabilidad de los criterios de validez impediría determinar claramente la pertenencia de las normas al Derecho: cfr. «The Model of Rules I», cit., en *Taking...*, cit., cap. 2, § 6 (que debería ser § 5; ver *supra*, nota 3).

(13) En la teoría dworkiniana todo sistema jurídico contiene, además de normas, principios aceptados (aunque no siempre usados) por los jueces que les permiten encontrar en todo caso un criterio preexistente; así, esta construcción va todavía más lejos que el positivismo kelseniano o hartiano en la tesis de la unidad del Derecho, ya no meramente formal —la unidad del Derecho por su estructura—, sino material, es decir, por los contenidos: cfr. DWORKIN, R. M., «The Model of Rules II», cit., en *Taking...*, cit., cap. 3, §§ 2-4. No es momento de discutir en detalle esta teoría, que en mi opinión es menos cercana del iusnaturalismo que de la tradición positivista alemana: con los debidos matices, no me parece descabellado decir que la teoría de Dworkin parece una trasposición a la teoría jurídica general y al Derecho constitucional de algunos de los métodos interpretativos de la jurisprudencia conceptualista y no en vano puede haber incluso similitudes entre sus puntos de vista y los de Josef Esser (de éste ver *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956, trad. cast., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961); por lo demás, baste decir que, al igual que esas corrientes, la *pars construens* de la concepción de Dworkin puede ser criticable por *presuponer* que el Derecho tiene una coherencia y plenitud que la propia teoría se encarga previamente de *poner*; con todo, un análisis más pormenorizado exigiría distinguir entre lo que esta teoría tiene de descriptivo y lo que tiene de normativo.

4.^a La atribución de un significado preciso al criterio elegido, sea preexistente en el Derecho o establecido *ad hoc* por el juez, cierra el capítulo de la interpretación normativa en el sentido habitual entre los juristas de «interpretación» como, transmisión de un mensaje desde el emisor hasta el receptor de un lenguaje dado, en este caso del lenguaje jurídico. Se trata de una tarea de comprensión lingüística que no es empírica ni plenamente objetiva, sino que da juego a la utilización de la retórica por la sencilla razón de que el lenguaje jurídico es un lenguaje natural y, como tal, presenta el problema de la multivocidad significativa. Por ordenar aquí también la materia brevemente, baste decir que la ambigüedad y, lo que es más común, la vaguedad del lenguaje jurídico (14) no sólo afectan a las normas jurídicas de conducta, sino también a las normas de organización que suministran los criterios interpretativos del Derecho: todos los criterios de interpretación que una larga tradición ha ido decantando son vagos y algunos de ellos son además ambiguos: así, el de la interpretación sistemática, que puede referirse tanto al sistema jurídico global como al lugar concreto de la norma o interpretación por *sedes materiae* (15). Para mayor complicación, la búsqueda y selección del criterio interpretativo adecuado se enfrenta a todos los problemas que se acaban de ver en el número anterior, pues puede haber lagunas o redundancias o —lo que suele ser más común y hasta casi inevitable— antinomias entre ellos (16). Al menos en todos estos casos la interpretación judicial no puede ser aplicativa porque exige una *adjudicación* de significado al criterio elegido sin que tal operación pueda ser adecuadamente descrita como el *descubrimiento* de un sentido preexistente (17).

5.^a Por fin, la aplicación del criterio a los hechos estimados probados es, efectivamente, una operación deductiva de la que se extrae lógicamente el fallo, es decir, la decisión como producto. No hay que desdeñar la importancia de esta última fase porque tiene consecuencias jurídicas cuando la sentencia puede ser revisada por razones de incongruencia interna. Sin embargo, sería tam-

(14) Sobre ello, cfr. CARRIÓ, Genaro, R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 2.^a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, pp. 26-36 (un texto divulgativo útil más reciente y en línea similar en GÓMEZ, Astrid y BRUERA, Olga María, *Análisis del lenguaje jurídico*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1982, capítulos II y IV-V); sobre el fenómeno del cambio de técnica legislativa del XIX a hoy —con la actual introducción de terminologías científicas variadas, numerosas y, sobre todo, ajenas al lenguaje jurídico consolidado— en relación con este problema de la multivocidad lingüística, son muy interesantes las observaciones de IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 16-18.

(15) Cfr. VERNENGO, R., *La interpretación jurídica*, cit., cap. IV.

(16) Cfr. WRÓBLEWSKI, J., «l'interpretation...», cit., pp. 59-62 y 65-68; un ejemplo bien próximo de tales problemas lo da el batiburrillo de criterios interpretativos del artículo 3.º-1 de nuestro Código civil, que permite interpretaciones diversas y hasta contradictorias.

(17) Sobre la diferencia entre «descubrir» y «adjudicar» un sentido ver CARRIÓ, G. R., *Notas...*, cit., pp. 56-58.

bién inconveniente exagerar la trascendencia de esta fase deductiva, que no es más que la formulación final de lo que se va a presentar formalmente como decisión silogística. La razón fundamental para matizar el alcance de esta fase está en que se trata de una sola parte de todo un complejo proceso que no tiene en conjunto carácter deductivo. La demostración más palmaria de ello está en la experiencia de los cambios de doctrina jurisprudencial, que se efectúan mediante sentencias tan silogísticas externamente como las que establecen la doctrina revisada, sin que exista más variación en las normas o en los hechos considerados que la nueva interpretación de unas u otros que obliga a cambiar el fallo. Así pues, lo que la teoría de la subsunción describe no es el proceso lógico de la decisión judicial, sino su fase final solamente: la facilidad con la que aquí puede tomarse la parte por el todo creo que proviene de que esta última fase proporciona ya lo que podría denominarse el «contexto de justificación» de la decisión judicial. Pero como la teoría contemporánea de la ciencia viene asumiendo, existe también un «contexto de descubrimiento» en el que cabe la intuición, los prejuicios, la casualidad y la invención. Si mi análisis del proceso lógico de la decisión judicial se sostiene, lo que pone de manifiesto es que aquello que puede ocurrir en la elaboración de teorías científicas no puede dejar de ocurrir en la toma de decisiones judiciales. Más aún, para no echar en ríu revuelto el parangón entre el quehacer del científico y el quehacer del juez, conviene añadir que éste último no sólo implica valoraciones, sino que tiene como puntos de partida y de llegada prescripciones que también contienen valoraciones: dicho de otro modo, mientras el silogismo científico es descriptivo, el silogismo judicial sería una clase de silogismo práctico.

Las argumentaciones precedentes pueden servir para situar en sus justos términos a la teoría de la subsunción y para afrontar el problema de hasta qué punto la decisión judicial es aplicativa o creativa. La consecuencia más relevante que puede extraerse es que el hecho de que la decisión judicial aparezca externamente como silogística no prejuzga en absoluto el hecho de que ésta cree o aplique Derecho. Para responder a este problema conviene añadir que hay por lo menos cuatro significados diferentes de la expresión «creación judicial de Derecho»: 1) creación formal: cuando la sentencia se considera un mandato —o, en la terminología kalseniana, una norma particular—, cada decisión judicial es un acto jurídico tan nuevo como una ley o una concesión administrativa y produce un cambio en la situación o relación de las personas que han sido partes en el proceso; la decisión judicial es formalmente creativa de Derecho por el simple hecho de tratarse de una decisión: en el esquema que he seguido, este sentido de «creación judicial» está implícito en la idea de la decisión judicial como producto; 2) creación material para un caso concreto por especificación de criterios jurídicos abstractos preexistentes: se-

gún la conocida tesis de Kelsen, el proceso dinámico de producción normativa es a la vez aplicativo y creativo porque las normas inferiores siguen criterios establecidos en normas superiores, pero a la vez deben especificar alguno de sus distintos significados posibles: en mi esquema, este tipo de creación judicial de un criterio material viene mostrado en la cuarta fase del proceso de la decisión judicial; 3) creación material para un caso concreto por inexistencia de criterios jurídicos abstractos preexistentes: es lo que ocurre en los casos difíciles, representados en mi esquema dentro de la tercera fase para los problemas de insuficiencia del lenguaje jurídico (lagunas, antinomias y redundancias) y dentro de la cuarta fase para los problemas de multivocidad en los que la decisión judicial «adjudica» un significado al criterio elegido; 4) creación material de criterios jurídicos abstractos: ocurre cuando una determinada sentencia que crea Derecho en el sentido anterior funciona además como precedente a seguir en casos posteriores similares: no es un supuesto justificado en mi esquema porque no es un tipo de creación que pueda atribuirse a razones lógico-lingüísticas, sino típicamente jurídicas, como es la obligación tácita o expresa de estar a lo decidido por determinados tribunales.

Los dos primeros sentidos de «creación judicial del Derecho» son triviales y cuando se hacen las debidas precisiones pueden ser también descritos como manifestaciones de la aplicación del Derecho preexistente. En ambos casos se trata de una creación de Derecho en *sentido débil* que no es ni mucho menos comparable a la creación jurídica de tipo legislativo. Ese sentido débil puede ser descrito mediante la teoría de la subsunción cuando el silogismo no se identifica con un proceso mecánico. En cambio, en los otros dos significados sí hay creación de Derecho en un *sentido fuerte* comparable a la creación legislativa, la cual no siempre es abstracta y general (18). En realidad, las dos formas de creación

(18) Para determinar la existencia de creación judicial en sentido fuerte me parece preferible este criterio de la ausencia de regulación previa al utilizado por Gregorio Peces-Barba en un reciente artículo con el que por lo demás coincido plenamente. Según Peces Barba, los jueces crean Derecho en cuatro casos: a) al emitir una sentencia en cuanto que ésta es una norma singular; b) al controlar la legalidad de las disposiciones reglamentarias en el procedimiento contencioso-administrativo en cuanto que tal control «supone una producción normativa de carácter general en el caso de declarar, de acuerdo con su competencia, la ilegalidad de una norma reglamentaria general»; c) al controlar la constitucionalidad de las leyes por parte del Tribunal Constitucional por la misma razón que en el caso anterior, y d) al emitir normas generales por parte de los tribunales con jurisdicción final a través de la jurisprudencia (cfr. «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», *Poder judicial* (Revista del Consejo General del Poder Judicial), n. 6, marzo, 1983, pp. 22-23); en mi opinión, el caso a) no es creación judicial en sentido fuerte, los casos b) y c) identifican la creación de normas con la anulación de normas cuando puede haber supuestos de ese carácter que no son creativos en sentido fuerte (por ejemplo, las sentencias que anulan reglamentos en reproducción de una doctrina anteriormente asentada) y supuestos en los que no hay anulación que sí son creativos (por

judicial propiamente dichas son en cierto aspecto alternativas, pues dan soluciones diferentes al mismo problema: cuando faltan criterios preexistentes, la decisión judicial ha de ser necesariamente creativa en uno de los dos sentidos, de modo que cuanto menor validez jurídica se otorgue al precedente, mayor será el número de decisiones creativas para casos concretos y viceversa. Esta es la razón por la que en la medida en que realmente el sistema jurídico anglosajón se diferencie del europeo-continental por dar mayor importancia jurídica al precedente judicial, los jueces continentales no son por esa causa ni más ni menos creativos o libres en sentido fuerte que los anglosajones (19): la diferencia provenirá de la mayor o menor vinculación a criterios preexistentes, sean legales o judiciales, y deberá establecerse empíricamente. Si todo esto es así, la distinción entre un sentido débil y un sentido fuerte en la creación judicial del Derecho es una distinción tajante también por razones de método: mientras la creación en sentido débil puede ser reconocida en cualquier Derecho y en toda decisión judicial por quienes estén de acuerdo en el uso de los términos de referencia, la creación judicial en sentido fuerte ha de reconocerse también mediante contrastaciones empíricas sobre un determinado momento y sector de un Derecho dado. O, por decirlo de otra manera, el punto de vista para observar el primer tipo de creación judicial es meramente formal y el punto de vista para observar el segundo es material. Como el núcleo importante de la disputa entre doctrinas aplicativistas y doctrinas creativistas de la decisión judicial gira en torno al sentido fuerte de «creación jurídica», las páginas que siguen se refieren sólo a este último.

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOCIOLOGICAS

El modelo lógico-lingüístico del proceso de la decisión judicial alude genéricamente a algunas limitaciones lógicamente necesarias y no puede ser interpretado como constatación empírica de que la llamada aplicación del Derecho es una actividad libremente creativa al modo de las actividades artísticas. Sería precipitado extraer de él la conclusión de que puesto que las valoraciones son inevitables desde un punto de vista lógico-lingüístico, la interpretación y la realización del Derecho son en la práctica no sólo va-

ejemplo, cuando se mantiene la validez de una norma general, pero con una interpretación extraña o inesperada); por fin, el caso d) presupone que el problema de la jerarquía normativa de determinadas sentencias está relacionado con la creación judicial del Derecho cuando me parece preferible considerar que se trata de dos cuestiones diferentes, puesto que no todas las decisiones de tribunales con jurisdicción final son creativas en sentido fuerte (y las que lo son no establecen siempre normas generales, típicamente cuando tales tribunales no están unificados). Más adelante vuelvo sobre la justificación sociológica del criterio que propongo.

(19) Prueba de ello es que la teoría aplicativista (o declarativa) de las decisiones judiciales ha sido tan influyente, por ejemplo, en Inglaterra como en el continente europeo: cfr. Cross, Rupert, *Precedent in English Law*, 3.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 26-33.

riables e imprevisibles, sino incluso subjetivas y arbitrarias. No es que no pueda darse tal cosa, pero una observación general de tipo sociológico —y de sentido común— ha de reconocer que esos casos pueden ser cuantitativamente una excepción más o menos esporádica a la regla de que buena parte de las decisiones judiciales tienden a ser en la práctica repetitivas y relativamente previsibles: supuesta una sociedad estable e integrada en conjunto, tiene razón Lawrence Friedman cuando dice que el sistema jurídico «no puede tolerar más que un pequeño número de reyes-filósofos» (20). Ahora bien, sin llegar a los extremos del famoso juez Magnaud, quizá los sistemas jurídicos son capaces de soportar importantes segmentos de variabilidad judicial gracias al mecanismo que la sociología funcionalista ha denominado de «aislamiento» de la observabilidad de los actores sociales (21): aplicado al subsistema judicial, ese mecanismo podría explicar la relativa opacidad entre las distintas conductas profesionales de éstos a pesar del importante grado de control centralizado que supone la posibilidad jurídica de recurrir a tribunales superiores. Es una vez más una cuestión de comprobación y cuantificación, pero puede asumirse genéricamente que no todos los asuntos en los que la decisión de instancia es atípica son efectivamente recurridos. Por lo demás, la uniformidad judicial no está del todo garantizada con la jurisdicción centralizada, bien porque la centralización no sea perfecta, bien porque existan variaciones dentro del mismo tribunal con jurisdicción final.

El punto de vista sociológico puede suministrar un marco general para la discusión sobre la mayor o menor limitación existente en la capacidad creativa de Derecho por vía judicial. La pregunta básica en este punto es qué función cumplen los jueces en una sociedad desarrollada respecto al cambio y la conservación de las pautas de comportamiento vigentes en ella. Si términos como «cambio» y «conservación» se emplean en su significado sociológico, es decir, sin prejuzgar la deseabilidad o indeseabilidad de uno u otro, los dos modelos extremos sobre la función judicial son el del juez-técnico y el del juez-político. En el primer modelo se priman los aspectos conservativos de la función judicial, pues el juez actúa como mero transmisor y ejecutor de decisiones políticas que, vestidas de jurídicas, son ajenas a él. En el segundo modelo se destacan los aspectos transformadores de la labor ju-

(20) Cfr. FRIEDMAN, Lawrence M., *The Legal System. A Social Science Perspective*, New York, Russell Sage Foundation, 1975, trad. italiana, por la que cito, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 360.

(21) Cfr. PARSONS, Talcott, *The Social System*, 3.^a ed., New York, The Free Press of Glencoe, 1959, trad. cast., por la que cito, *El sistema social*, 2.^a ed., Madrid, Alianza Ed., 1982, pp. 290-291; así como MERTON, Robert K., *Social Theory and Social Structure*, 3.^a ed., New York, The Free Press, 1968, trad. cast., por la que cito, *Teoría y estructura sociales*, 2.^a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 457-460.

dicial, pues el juez actúa como impulsor y conformador de una nueva realidad social. Y por cierto que cabe insistir en que ni la conservación ni el cambio tienen en principio color ideológico alguno porque, al fin y al cabo, tan lejanos del modelo del juez-técnico han estado los defensores comunistas italianos del uso alternativo del Derecho como cierta literatura española evacuada en discursos semioficiales de la época franquista (22). Por ahora se trata de intentar analizar solamente el modelo de lo que los jueces son y no de lo que deberían ser.

El modelo del juez-técnico destaca la función subordinada de las decisiones judiciales respecto de la actividad política según una visión formalista del Derecho que acentúa el valor ideológico tanto del principio de legalidad como de la seguridad y el cálculo que teóricamente otorgan las reglas de tipo general y abstracto. Este tiende a ser el punto de vista de la sociología funcionalista desde que Max Weber considerara a los jueces del Estado legal-racional como expertos burócratas (23). En este aspecto, la teoría weberiana no es sólo parangonable a la concepción de Kelsen del Derecho como estructura jerarquizada desde las normas más abstractas hasta las más concretas, sino también con la caracterización del juez propia del positivismo jurídico del XIX, en último término procedente de la versión habitual de la teoría de la división de poderes de Montesquieu. Este modelo puede ser una acertada descripción sociológica de parte de la labor judicial, pero no de la otra parte —mayor o menor según los casos— en que las normas generales y abstractas no funcionan como fines dados ante los que el juez sólo debe suministrar técnicamente los medios. Ciertamente, incluso respecto a esa parte en la que no hay criterios preexistentes se puede seguir defendiendo la vigencia del modelo del juez-técnico, pero en este caso se utiliza el término «técnico» no en el sentido preciso de *experto* que aplica medios a fines dados, sino en el más genérico de *profesional* que domina técnicas no accesibles al lego. Cercana a esta última versión puede hallarse la idea de Ronald Dworkin de que los jueces no crean Derecho retroactivamente aunque sean activos en el reconocimiento de deter-

(22) Así, es significativo, entre otros semejantes, el discurso para la apertura de tribunales del año 1972, leído por el entonces presidente del Tribunal Supremo, Francisco Ruíz-Jarabo y Barquero, en donde se delinea en último término un modelo más próximo al del juez-político que al del juez-técnico: «es así, digo, con una jurisprudencia decididamente liberada de la esclavitud del iuspositivismo y del superado dogma de la subsunción lógica, como podremos conseguir que el Derecho, en su más elevado y expresivo sentido, con su fuerza incontenible y vivificadora, constituya el verdadero regulador de la normal convivencia de los ciudadanos...» (*Administración de justicia, desarrollo económico-social y planificación*, Madrid, Secretaría Técnica de la Presidencia del Tribunal Supremo, 1972, p. 85).

(23) Puede verse en castellano un breve desarrollo de esta concepción en WEBER, Max, «Formas racionales e irracionales de administración de justicia», en AUBERT, Vilhelm (ed.), *Sociología del Derecho*, Caracas, Editorial Tiempo Nuevo, 1971, pp. 159-166.

minados derechos morales de los individuos frente al Estado (24). Es posible también que a esta misma versión, aunque desde otros presupuestos, se adhiriera una parte de la magistratura española que no suscribe una imagen totalmente formalista de la función judicial (25).

Por su parte, el modelo del otro extremo, el juez-político, subraya la función autónoma de las decisiones judiciales como ejercicio de un poder social —y político en cuanto que éstas son manifestaciones del aparato estatal— que tiende a modificar los sentidos de las leyes y a influir directamente en la organización de la sociedad. El valor ideológico primado en este modelo es el de la justicia concreta como corrección o revisión de la rigidez o la inadecuación de las leyes abstractas. Pero como la justicia es el valor jurídico más amplio y ambiguo —no en vano el propio «*dura lex sed lex*» es uno de los muchos criterios de justicia— el modelo del juez-político admite tantas versiones como la propia idea de justicia. En lo que el modelo tiene de descriptivo, ha sido defendido por los partidarios de una tónica jurisprudencial o de una hermenéutica existencial que destaca el carácter «sapiencial» de la función judicial frente a la insuficiencia del legalismo y del sistematismo o logicismo jurídico (26). El ideal platónico del filósofo rey y su correspondiente imagen de una justicia racional y objetiva parecen estar detrás de esta entronización del juez como sabio y como político. Por su parte, desde muy diferentes presupuestos ideológicos, el uso alternativo del Derecho ha insistido en el carácter inevitablemente político del Derecho y de su aplicación judicial para proponer una politización comprometida de los jueces en un proceso de extensión de la democracia a espacios hoy

(24) Cfr., respectivamente, DWORKIN, R. M., «Hard Cases», cit. y «Constitutional Cases» (1972), ambos en *Taking...*, cit., cap. 4, § 2.B y cap. 5, §§ 3 y 5.

(25) Es significativo que ya en la encuesta que Toharia hizo a los jueces españoles en 1971-72, más de la mitad de los entrevistados caracterizase al juez ideal por el sentido de la equidad y por la flexibilidad y la capacidad de evaluación de las consecuencias sociales de las interpretaciones judiciales frente a un cinco por ciento que mencionaba el respeto a los aspectos formales; no obstante, en la opinión de los entrevistados sobre el modelo medio del juez español real, el porcentaje bajaba al 33-38 por 100 en los primeros rasgos y subía casi al 20 por 100 en el segundo: cfr. TOHARIA, José-Juan, *El juez español. Un análisis sociológico*, Madrid, Tecnos, 1975, pp. 107 y 115. De todas formas, conviene precisar que al opinar sobre la posible implantación del jurado en España, el 45,2 por 100 de los jueces entrevistados que la veían con desconfianza justificaban su negativa en que «juzgar es una función técnica y no popular» (cfr. *ibidem* p. 217).

(26) En la doctrina jurídica española, siempre más influida por el pensamiento alemán o italiano que por el anglosajón, son bien conocidos los libros de ESSER, J., *Principio y norma...*, cit., y de VIEHWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*, München, Beck, 1953, trad. cast. de Díez-Picazo con prólogo de García de Enterría, *Tópico y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964; más recientemente —y desde la filosofía del Derecho— viene a situarse en una línea próxima a estos puntos de vista OLLERO, Andrés, *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982 (ver especialmente, caps. 8 a 15).

por hoy inéditos para ella (27). Aquí la propuesta del juez como político «activo» se relaciona con el ideal del organizador social que asume la imagen de la justicia de clase para la transformación radical de lo dado.

En el límite, tanto el modelo del juez-técnico como el del juez-político son tipos ideales que no sirven para describir adecuadamente los hechos. El modelo del juez-político parece poner los deseos sobre la realidad, pues cuando el término «político» se usa en un sentido preciso para indicar la función de gestión social, las diferencias entre el juez y el político son bien claras en los trazos gruesos: mientras el juez tiende a estar subordinado a criterios que suele tomar como pautas rígidas entre las que elige, el político no está tan sujeto a ese tipo de pautas como a un conjunto de demandas en competencia ante las que actúa como impulsor activo y relativamente libre. Incluso cuando el político resuelve mediante compromiso, su función es más arbitral que judicial. En cambio, el juez no ejerce funciones arbitrales salvo en muy concretos momentos y sectores jurídicos (de los que puede ser ejemplo la actuación del Tribunal Supremo norteamericano frente al «New Deal» de Roosevelt y en buena parte la de nuestro Tribunal Constitucional). En definitiva, las funciones sociales del político y del juez pretenden cubrir respectivamente las diferentes expectativas de globalizar las demandas sociales en un programa amplio de leyes y medidas generales y de responder a diversas demandas concretas e individualizadas a medida que se van presentando (28).

(27) Cfr. AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*, a cura di Pietro Barcellona, vol. I, *Scienza giuridica e analisi marxista* y vol. II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Bari, Laterza, 1973; en la literatura castellana es útil para precisar mi genérica descripción de esta corriente, LÓPEZ CALERA, Nicolás, SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto y ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, Editor, 1978; véanse también en castellano los análisis internos de BARCELLONA, Pietro, y COTURRI, Giuseppe, *El Estado y los juristas*, trad. de Juan-Ramón Capella, Barcelona, Ed. Fontanella, 1976, especialmente el cap. II, así como los análisis más externos de TREVES, Renato, *El juez y la sociedad. Una investigación sociológica sobre la administración de justicia en Italia*, escrito preliminar de Elías Díaz, trad. cast. de Francisco J. Laporta y Angel Zaragoza, revisión y anotaciones de Luis Mosquera, Madrid, Edicusa, 1974, cap. VI (este libro tiene además interés para muchos de los temas aquí tocados y muestra una línea de investigaciones sociológicas sobre la administración de justicia que merecería la pena emprender en España).

(28) De esta diferencia sociológica de funciones puede proceder la distinción de Dworkin entre «principles» y «policies», que en su teoría queda transformada en categoría jurídica tajante y básica (cfr. «Hard Cases», cit., en *Taking...*, cit., cap. 4, § 2.A.); con independencia de la justificación de esta teoría como propuesta normativa —que debería probar su posibilidad—, como descripción de lo que los jueces hacen parece demasiado rígida: en un importante libro sobre el tema se aduce como «objeción fundamental» a esta teoría dworkiniana que «su división política del poder es inadecuada para muchos países, notablemente para Inglaterra» (BELL, John, *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 224; por cierto

En esta línea es aceptable la descripción del juez como experto burócrata hecha por Lawrence Friedman, que ha puesto de relieve la falta de legitimación de los jueces, autoasumida por ellos mismos, para introducir cambios jurídicos bruscos de manera autónoma; sin embargo, el sociólogo del Derecho norteamericano no se adhiere a un modelo extremo de juez-técnico, pues tras el reconocimiento de que la legitimidad «primaria» se encuentra en la ley añade que la legitimidad «secundaria» del juez se expresa también a través de fórmulas de razonamiento judicial que siempre dejan márgenes de libertad y creatividad (29). Y es precisamente en esos márgenes en donde se entrecruzan los dos modelos del juez: en su sentido más amplio, el término «político» alude a la implicación social de todo hombre, que en el juez es especialmente relevante por su posición social y porque cuando se enfrenta a exigencias politizadas o no resueltas con anterioridad debe decidir necesariamente —quiera o no quiera— teniendo en cuenta aspectos directamente políticos. En los intersticios del Derecho, en donde las normas abstractas no dan criterios, e incluso cuando sus criterios son rechazables, el juez no puede o no quiere cumplir el modelo dominante en su función de juez-técnico y comienza a realizar el modelo del juez-político.

Ese margen en el que el juez no funciona como técnico coincide con los supuestos de creación judicial del Derecho en sentido fuerte a que antes me referí. No parece fácil cuantificar sociológicamente el grado en el que los jueces actúan más o menos marginalmente como políticos en sus decisiones, pero desde una consideración pragmática —es decir, sociológica— de las características del lenguaje jurídico pueden distinguirse dos supuestos en los que se constata la inexistencia de criterio preexistente (30): a) cuando

que lamento no haber podido utilizar más ampliamente este libro en el texto —ya redactado cuando llega a mis manos—, cuya tesis principal es coincidente con la que aquí mantengo).

(29) Cfr. FRIEDMAN, L. M., *El sistema...*, cit., pp. 389 y ss.; de manera semejante, Bell adopta un modelo de la función judicial que denomina del «interstitial legislator», según el cual los jueces adoptan decisiones políticamente creativas en los casos difíciles, y analiza críticamente el «consensus model» (para el que la función creativa de los jueces se mantiene dentro de los valores mayoritarios en la sociedad) y el «rights model» (el de Dwor-kin): cfr. BELL, J., *Policy Arguments...*, cit., esp. cap. I-II y VII-IX.

(30) La relevancia del criterio de la inexistencia de pautas jurídicas previas ha sido reconocida por Joseph Raz en un interesante estudio sobre las funciones del Derecho: dentro de la distinción entre funciones sociales directas primarias del Derecho y funciones sociales directas secundarias, incluye en las primeras la de resolver conflictos no regulados (junto a las de prevenir la conducta indeseable, conceder facilidades para los acuerdos privados y suministrar servicios) y en las segundas la de simple aplicación del Derecho (cfr. RAZ, J., «On the Function of Law», en AA.VV., *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, ed. por A. W. B. Simpson, Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 289-297; con una mayor insistencia en la creación judicial de reglas generales o precedentes, este mismo es el criterio de BELL, J., *Policy Arguments...*, cit., cap. I, § B.

se produce un cambio en una interpretación judicial asentada sin que exista variación anterior de las normas relevantes, y b) cuando ha habido una variación normativa y la interpretación judicial resuelve un caso en un sentido inesperado o discutible. En el primer caso estamos ante lo que en sentido estricto se denomina «caso difícil», que puede producirse por variación de las circunstancias sociales y suele justificarse en una multivocidad o insuficiencia del lenguaje jurídico que se toma como punto de partida de la interpretación judicial. Este último aspecto me parece significativo porque en los casos difíciles se aprovechan los defectos potenciales del lenguaje jurídico, estableciendo, por así decirlo, una insuficiencia o multivocidad «sobrevenida». Ello es una característica pragmática de los lenguajes naturales e indica que sólo después del cambio de criterio judicial y no antes puede hablarse con todo rigor de «caso difícil», puesto que la vaguedad, la laguna o la antinomia aparecen como problemas jurídicamente relevantes cuando son reconocidos por un órgano del ordenamiento que los intenta resolver.

En cuanto al segundo supuesto, el de la decisión discutible, plantea el problema de discriminar entre las interpretaciones de normas que se mantienen dentro del significado usual y esperado, que no pueden considerarse creación jurídica en sentido fuerte, y las interpretaciones que se apartan de él. El punto de referencia tradicional para discriminarlos ha venido dado por la distinción entre la interpretación literal y otros tipos de interpretación como la restrictiva, la extensiva, la analógica o la *contra legem*, pero dentro de una concepción realista verbal que presupone la existencia de un significado objetivo y único del lenguaje interpretado. En reacción frente a este punto de vista se ha podido decir que la interpretación *contra legem* no es tanto contraria a la ley como a otra interpretación de la ley (31). En mi opinión, una consideración pragmática del uso del lenguaje jurídico que pueda servir para investigar fácticamente el grado de creación judicial en sentido fuerte debe evitar no sólo el objetivismo realista, sino también el escepticismo absoluto que toma toda interpretación por creación de nuevos significados. Si las insuficiencias y multivocidades del lenguaje jurídico impiden mantener la idea del significado objetivo que serviría para distinguir la aplicación de la creación judicial, tampoco deben exagerarse las dificultades de la comunicación lingüística hasta creer que la existencia de lagunas o de ambigüedades en el Derecho impida decir que hay decisiones judiciales que aplican y se adecúan a criterios abstractos preexistentes: si todo el lenguaje natural fuera insuficiente y multívoco también lo sería el lenguaje en el que se denuncian esas deficiencias y sería imposible comunicar la dificultad de la comunicación. Así pues, desde este enfoque pragmático, el punto de referencia que me parece más útil para contrastar el paso de la aplicación judicial

(31) Cfr. WRÓBLEWSKI, J., «L'interprétation...», cit., p. 69.

a la creación en sentido fuerte es el de la interpretación usual entre la comunidad de los juristas (que no se identifica necesariamente con la interpretación en el lenguaje usual).

Aparte de los anteriores índices, la determinación del grado de creación judicial existente en un ordenamiento jurídico dado puede ser detectada en general mediante otros dos criterios. En primer lugar, el del grado de complejidad normativa, que puede estar relacionado con una acusada complejidad de las actividades sociales —bien por su propia diversidad, bien por la existencia de procesos de cambio social acelerado— o simplemente con aspectos históricos y organizativos del sistema jurídico-político. Así, a diferencia tal vez de la asistematicidad de las leyes en los últimos tiempos del Antiguo Régimen, el actual proceso de «descodificación» que puede observarse en países como Italia y España (32) se debe probablemente no sólo a razones jurídico-políticas, sino también a los factores sociales mencionados. Un segundo criterio indicador de la existencia de decisiones judiciales creativas debe de estar en la conflictividad social y política subyacente a determinados sistemas jurídicos. Aparte del ejemplo típico de la conflictividad sindical, en nuestro país puede ser hoy paradigmático el sector del Derecho constitucional, en donde la inexistencia de interpretaciones precedentes y la conflictividad de algunos temas (derechos y libertades, organización autonómica del Estado) obligan al Tribunal Constitucional a un grado de creación judicial sin precedentes en nuestro Derecho. Ulteriormente, un detector significativo de la conflictividad social global puede ser su reflejo en la propia magistratura, como viene ocurriendo con la tajante división ideológica de los jueces italianos. Estos son ya los confines entre la sociología y la ideología y ellos mismos pueden servir de paso a unas consideraciones conclusivas de carácter normativo.

(32) En Italia ha llamado la atención sobre el fenómeno el civilista Natalino Irti, cuyas agudas observaciones pueden tal vez extenderse a otras ramas jurídicas y países (cfr. *L'età della decodificazione*, cit., esp. cap. I); en España, y para el campo del Derecho penal —sector tradicionalmente codificado y «cientificado» por la dogmática donde los haya, un magistrado siempre atento a los movimientos jurídicos renovadores como Perfecto Andrés Ibáñez ha aludido al mismo fenómeno descodificador (cfr. «Justicia eficaz: qué eficacia y para qué justicia», *Sistema*, n. 53, marzo, 1983, pp. 114-115); por lo demás, en campos como los del Derecho administrativo o laboral ni siquiera puede hablarse con propiedad de «descodificación» cuando no ha habido codificación propiamente dicha. Sin duda la situación de dispersión y de acumulación legislativa es uno de los aspectos más llamativos de los actuales sistemas jurídicos y es improbable que, incluso en un país como el nuestro en el que la Constitución reclama una renovación jurídica consciente, pueda llegar a invertirse esta dirección: aparte de los rasgos sociales que contribuyen a apuntarlo (creciente consumo normativo a demanda de muy diferentes grupos sociales: cfr. IRTI, *L'età...*, cit., pp. 59-73), debe añadirse que la doctrina jurídica no estará en condiciones de ayudar a imprimir un cambio de rumbo en la medida en que siga siendo tributaria de la tradición dogmática construida sobre las categorías de los viejos códigos.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES POLÍTICO-JURÍDICAS

La creatividad judicial del Derecho plantea radicalmente el problema de la politización de las decisiones judiciales y de la ideologización de los jueces. Por decirlo claramente desde el principio, el ideal político desde una óptica democrático-liberal es que los jueces sean en todos los casos técnicos en el sentido estricto de la palabra. En la medida en que los modelos del juez-político son prescriptivos no pueden ocultarse los peligros que encierran. Por un lado, tienden a presuponer una racionalidad pretendidamente objetiva que no procede de la discusión ni de la concurrencia públicas, sino del correspondiente dogma de cada promotor del modelo, desde la salvaguardia de los intereses de la clase universal hasta la confianza en la sabiduría del juez para descubrir la equidad y la justicia de lo concreto. Por otro lado, y en todo caso, quien asuma con todas sus consecuencias el modelo del juez-político debería admitir la elección popular de los jueces —ya no forzosamente «expertos juristas»— y solucionar la quiebra de la división liberal de poderes hasta construir un esquema en el que se resuelvan los conflictos añadidos que la nueva instancia de poder político crearía en sus relaciones con otras instancias también democráticamente elegidas. Ciertamente algunos de estos problemas no dejan de plantearse en menor escala en la medida en que existe un cierto grado de creatividad judicial de Derecho probablemente inevitable. En tal sentido, el modelo del juez-técnico cuenta con unos resortes ideológicos y políticos que conviene analizar con algún detalle. A ese modelo corresponde la imagen constitucional de la independencia y la imparcialidad judiciales, pues al fin y al cabo para que la decisión judicial sea técnica y no política, la función de juzgar ha de encomendarse como misión olímpica —del Olimpo de los dioses más que de los juegos— de estar por encima de las partes, de los conflictos y, en el límite, del bien y del mal.

La ideología de la independencia y la imparcialidad judiciales parece a primera vista contradictoria en sí misma, aunque sólo sea porque el exceso de independencia puede degenerar en irresponsable parcialidad. Ciertamente, en el artículo 117 de nuestra Constitución se hace también una mención a la responsabilidad, pero los principios allí desarrollados son los dos primeros, quizá como tributo a la imagen tradicional de la magistratura en España. De todas formas, la Constitución establece un modelo ideal que no puede suponerse realizado en la práctica judicial y que admite distintas líneas de concreción legislativa en el futuro. Mi intención fundamental en las páginas que siguen es reflexionar sobre la imagen de la magistratura más desde la realidad terrenal que desde el deber jurídico, haciendo algunas indicaciones político-jurídicas que tal vez puedan servir para hacer compatibles los

principios de independencia e imparcialidad judiciales y para ir transformando nuestra realidad judicial. Y por cierto que aunque aquí me ocupo sobre todo de los valores políticos que están o deben estar detrás de la organización y funcionamiento de la magistratura y de algunos de los riesgos que conlleva una inadecuada articulación de esos valores, no ha de olvidarse en absoluto que el más grave problema de nuestra Administración de Justicia está en la insuficiencia de los medios humanos y materiales, que fomenta dos lacras típicas: la corrupción de parte del personal administrativo —de la que el ejemplo más sonoro es el secreto a voces de la «astilla»— y el alto grado de inaplicación judicial del Derecho, que es manifiesto por los numerosos arreglos extrajudiciales de conflictos, por la utilización de los lentos y poco flexibles procesos como vías de crédito barato y hasta por el endémico mal de la diferente justicia para ricos y pobres (33).

La independencia judicial se expresa en dos notas habitualmente atribuidas a la magistratura: la apoliticidad y la inamovilidad. La apoliticidad es sin lugar a dudas una pretensión ideológica imposible de realizar a la letra, pues salvo que escindamos al juez en una parte humana y otra profesional será difícil encontrar verdaderos desinteresados de las cosas públicas, que es el significado más general de lo político. Si acaso, el peligro está en que el juez sea —como decía un chiste, creo que de Mingote— «apolítico de derechas». La tendencia a la apoliticidad tiende a conseguirse en sistemas jurídicos de organización judicial napoleónica como el nuestro tanto por las condiciones de nombramiento como por las condiciones de permanencia en la función judicial. Entre las condiciones de nombramiento, el procedimiento de selección típicamente burocrático es la selección por oposición entre personas recién graduadas, y entre las condiciones de permanencia figuran en lugar prominente las incompatibilidades profesionales y las prohibiciones de afiliación partidista y sindical. Sin embargo, ambas condiciones ofrecen todo lo más una garantía negativa de independencia: aparte de disfunciones como el espíritu de cuerpo y la tendencia al aislamiento social y la endogamia ideológica, lo que de esas condiciones parece surgir en la realidad es un juez más apartidista que apolítico y tendencialmente conformista. Si esto es así, el juez no es independiente del *status quo* presente o

(33) Por apuntar algunas reformas posibles, la corrupción (en la que indudablemente participan procuradores y abogados) quedaría limitada con un simple registro único y fiable de cada escrito; la ineficacia judicial, aparte del aumento de medios humanos y materiales —entre los que la informática no puede seguir siendo una desconocida quizá más temida que bella—, hace precisa una reforma legislativa que unifique y simplifique procedimientos; en cuanto a la diferencia en el trato a ricos y pobres, las obvias dificultades estructurales no deben impedir denunciar la actual inadecuación del código penal y, sobre todo en materias no penales, el sucedáneo de institución caritativa que viene a ser el beneficio de pobreza y su contrapartida en el turno de oficio, ocasión para jóvenes abogados de hacer sus primeras y mal pagadas armas.

—lo que en nuestro país sería peor— del inmediatamente anterior. Merecería la pena estudiar hasta qué punto los sistemas de ascenso a golpes de escalafón no fomentan en exceso el conservadurismo típico de todas las gerontocracias (34).

En cuanto a la otra nota que caracteriza a la independencia judicial, la inamovilidad, se trata de un valor común a la mayoría de los sistemas jurídicos, pero que puede salvaguardarse por distintas vías, desde el nombramiento vitalicio del mundo anglosajón hasta la regulación legal minuciosa de la carrera judicial en otros sistemas. En el nuestro, a la regulación legal se añade la autonomía del propio poder judicial para la aplicación de nombramientos, ascensos, traslados, etc., en los que prima el principio de la aceptación voluntaria por parte del juez. Sin embargo, estas garantías independizan a la magistratura del parlamento y —lo que ha sido históricamente más importante— del gobierno, pero en absoluto de las pautas del propio poder judicial. Esto puede parecer una perogrullada, pero el poder judicial, así, puede tender a actuar como grupo social autónomo y cerrado: y el riesgo de este tipo de grupos está en su separación de la sociedad, lo que adquiere especial gravedad si tienen notable poder. En suma, nunca debe olvidarse que la autonomía puede degenerar en corporativismo.

Las vías de contrapeso de los anteriores posibles inconvenientes procedentes del exceso de independencia son fundamentalmente dos: la libre crítica y el pluralismo interno. Es casi innecesario fundamentar el derecho a la libre crítica de las decisiones y actuaciones judiciales por parte de la opinión pública —no sólo pero también a través de la prensa—; más bien merece destacarse que este contrapeso choca a su vez con la dificultad de que las extralimitaciones en la libertad de expresión son juzgadas en este caso por alguien muy próximo a la víctima. En cuanto a la apertura al pluralismo ideológico y social, es obtenible mediante un diferente control de los sistemas de acceso a la carrera judicial: por un lado, a través de una ampliación hacia fórmulas de entrada no exclusivamente cooptativas y burocráticas, como la designación parcial por órganos democráticos ajenos al poder judicial de entre personas competentes, según ocurre para el Tribunal Constitucional; por otro lado, mediante una reforma profunda del actual sistema de oposiciones que permita evaluar más la capacidad intelectual y humana que la puramente memorística, por ejemplo

(34) Sobre la influencia de la ideología y de la clase en la administración de justicia, puede verse en castellano un valioso resumen de aproximaciones sociológicas en TREVES, Renato, *Introducción a la sociología del Derecho*, trad. cast. de M. Atienza, Madrid, Taurus, 1976 (ed. orig., 1977), cap. XI, §§ 1-3; coincide casi siempre con mis anotaciones críticas PECES-BARBA, Gregorio, *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y política*, en colaboración con Luis Prieto Sanchís, Valencia, Fernando Torres Ed., 1981, pp. 161-164.

introduciendo el sistema de prácticas a prueba antes del primer nombramiento (35).

En cuanto a la imparcialidad judicial, que se supone viene también garantizada por la independencia, consiste básicamente en el exclusivo sometimiento de las decisiones judiciales a la verdad de los hechos y al «imperio de la ley» y en la correspondiente responsabilidad jurídica en caso contrario. Los problemas que plantea la realización concreta del valor de la imparcialidad son diversos. En primer término, como he intentado mostrar páginas atrás, la posible insuficiencia y multivocidad del lenguaje jurídico significa que las interpretaciones del Derecho pueden resultar sesgadas, consciente o inconscientemente, por la procedencia y pertenencia social de los jueces, así como por sus referentes culturales. En segundo lugar, la apreciación de los hechos, gracias al sistema de libre valoración de la prueba, puede ser modificada en casos límite, por ejemplo para soslayar una norma que parece demasiado rigurosa y hasta injusta o para aplicar a toda costa una norma ante hechos realmente no probados (36). Por fin, la exigencia de responsabilidad de los jueces, que en el límite es de carácter criminal —por ejemplo, por delito de prevaricación, casi inédito en nuestro país—, se realiza por los propios jueces, dándose el malhadado caso de que la corporación pueda sentirse «juez y parte».

Estos riesgos son difícilmente conjurables en la práctica, pero hay algunas técnicas que podrían ayudar a limitarlos, desde la apertura al pluralismo ideológico que antes citaba hasta la centralización en un tribunal no procedente sólo de la «carrera» de la revisión interpretativa de los casos difíciles y discutibles y del enjuiciamiento de las infracciones de los jueces: en tal sentido es un paso inicial y positivo el actual control del Tribunal Constitucional sobre las decisiones judiciales en materia de derechos fundamentales y libertades públicas (37). Así mismo, la veracidad

(35) Sobre la importancia de los sistemas de nombramiento de los jueces ha llamado la atención recientemente BELL, J., *Policy Arguments...*, cit., cap. X, § D; cfr. también PECES-BARBA, G., *La Constitución...*, cit., pp. 161-162, en donde se defiende en general el sistema de oposición o concurso-oposición aunque con algunas matizaciones: de todas formas, no me parece inútil precisar que la aplicación a la administración judicial del artículo 103-3 de nuestra Constitución (que se encuentra en el título dedicado al gobierno y la administración y que dice que el acceso a la función pública debe sujetarse a «los principios de mérito y capacidad») sería meramente analógica y plausiblemente menos legítima que la aplicación también analógica del principio de designación entre personas competentes establecido en el artículo 159-2 para el Tribunal Constitucional; en todo caso, ni siquiera el artículo 103-3 obliga a mantener los sistemas de oposiciones tal y como hoy funcionan.

(36) Andrés Ollero ha escrito que «(e)l juez, para servir a la justicia, se ve obligado en ocasiones a falsear los hechos...» (*Interpretación...*, cit., p. 160), pero no puede excluirse *a priori* que —más por la dureza que produce todo hábito profesional que por venalidad— las razones de tal hecho puedan ser otras.

(37) Estoy de acuerdo en que hubiera sido deseable que la Constitución

de los hechos —que ahora tiende a ser controlada mediante la atribución de competencia a tribunales pluripersonales en asuntos importantes— puede ser cuidada a través de la institución del jurado, que ofrece además la ventaja de conectar a la administración de justicia y al pueblo (38). En fin, sería más funcional a la organización de la justicia, incluso como medio de «inspección», que el Ministerio fiscal no se seleccionara por vías similares a las de la magistratura y que —en contra de nuestra tradición y en favor de la anglosajona— dependiera en mayor grado del gobierno que de sus propios órganos autónomos (39).

Concluyendo ya, propuestas como las anteriores —u otras similares o alternativas a debatir— podrían ayudar a limitar los riesgos de las decisiones judiciales que no son meramente técnicas. Ciertamente, en último término la actuación democrática del poder judicial dentro del campo de las decisiones políticas es un problema de responsabilidad en el uso de la libertad que al fin y al cabo reproduce la pregunta última y eterna del *quis custodiet custodes*. En todo caso, tal vez sea útil haber intentado poner de

hubiera previsto expresamente la posibilidad de control de constitucionalidad de la jurisprudencia de los tribunales con jurisdicción final (cfr. en tal sentido PECES-BARBA, *La Constitución...*, cit., pp. 160 y 221-228); sin embargo, este «importante error» quizá no sea tan grave: por un lado, porque en una eventual reforma de la ley orgánica del tribunal constitucional queda abierta la introducción de tal control por la vía de interpretar que tal jurisprudencia contiene «disposiciones normativas con fuerza de ley» que pueden ser recurridas en interés de la Constitución (ver art. 161-1 a) de la Constitución); por otro lado, la actual regulación no impide el control de cualquier decisión judicial respecto de la parte políticamente más importante de nuestra norma superior, es decir, los derechos fundamentales y las libertades públicas, cuya interpretación judicial es revisable por medio del recurso de amparo, que permite un control general «a posteriori» de la jurisprudencia en tales materias. Más todavía, el apartamiento palmario sobre lo decidido en una sola interpretación del tribunal constitucional podría dar lugar a proceder por prevaricación.

(38) Sobre el tema pueden verse las interesantes observaciones de TOHARIA, J. J., *El juez español...*, cit., pp. 137-146.

(39) Por cierto que una reforma legislativa que cambiara nuestra tradición en este punto no sería, en mi opinión, contraria al artículo 124 de la Constitución, que establece expresamente el nombramiento del fiscal general del Estado como cargo de la confianza del gobierno; por lo demás, la autonomía del ministerio fiscal también puede degenerar en un corporativismo en absoluto justificado en el argumento constitucional de que los fiscales tienen como una de sus misiones fundamentales la defensa de la legalidad: en el límite, la utilización en este contexto de tal argumento parece presuponer que el gobierno puede prescindir de tal misión y olvida que si así ocurriera, todo funcionario, incluido el ministerio fiscal, estaría obligado a desobedecer (art. 9-1 de la Constitución); en cuanto a las posibles diferencias de criterio en la interpretación de la legalidad entre el gobierno y la fiscalía desde una óptica democrático-liberal no acierto a ver que sea preferible el punto de vista de unos profesionales que son seleccionados sin control democrático alguno frente al punto de vista del gobierno salido de un parlamento elegido popularmente; por fin, la dependencia del gobierno podría también ser funcional para un proceso penal realmente acusatorio en el que las dos partes, el acusado y la sociedad, estén en un plano de igualdad.

relieve que la alternativa entre creación y aplicación judicial no es tan tajante como sugiere la historia doctrinal del problema. La realidad de la disputa procede sin duda de la propia dificultad de establecer dónde acaba el modelo del juez-técnico y dónde comienza a funcionar el modelo del juez-político; y es posible que la falta de matización y el exceso de insistencia en uno solo de los dos modelos se deba también a razones ideológicas. La ideología está tan imbricada en este problema que hasta la mera descripción no deja de afectar a la realidad: así, por el mismo fenómeno por el que las profecías tienden o a autocumplirse o a autorrefutarse, bien podría ocurrir que la insistencia aparente y meramente objetiva en la creatividad judicial fomentara tanto una mayor libertad de los jueces como una mayor responsabilidad, del mismo modo que la insistencia contraria podría fomentar tanto la contención judicial y el legalismo como el encubrimiento ideológico de creaciones jurídicas irresponsables. Pero el teórico cumple con decir su verdad, que aquí ha sido que los jueces *pueden* ser políticamente muy creativos a la vez que *deberían* ser lo menos creativos que fuera posible. Entre uno y otro cabo se encuentran muy difíciles equilibrios jurídicos y sociales, algunos de los cuales he intentado apuntar someramente.

(Octubre 1983)

ALFONSO RUIZ MIGUEL

Los juicios de valor en la decisión judicial

Por FRANCISCO J. EZQUIAGA GANUZAS

San Sebastián

Al estudiar la aplicación judicial del derecho frecuentemente se considera que es un proceso en el que intervienen dos elementos: hechos y textos jurídicos, olvidando un tercer factor que entendemos que es fundamental: el actor de dicha aplicación, es decir, el juez. Aun en el caso de que se aborde la figura del juez es habitual toparse con análisis que diseñan una imagen de la magistratura absolutamente mitificada, como una institución desprovista de sentimientos, preferencias, valoraciones e ideologías.

El objeto de este trabajo es precisamente el estudio de la decisión judicial como fruto de un hombre, el juez, y en especial de las valoraciones y elecciones que éste realiza a la hora de aplicar el derecho al caso concreto. Nuestra hipótesis será, pues, que el juez a lo largo del proceso de aplicación del derecho, que concluirá con la decisión final sobre el caso planteado, elige, valora, extrae conclusiones, vierte opiniones personales, en definitiva, proyecta en su actividad todas sus convicciones, preferencias y opciones.

Este hecho ha llevado a algunos autores a hablar de la actividad interpretativa como una actividad «política, cuanto menos de política del derecho» (1), o a declarar que el juicio del intérprete es un juicio «valorativo», «político» y que «debe encontrar su justificación en términos políticos» (2). En este sentido las valoraciones y elecciones operadas por el juez no se diferencian en exceso de las llevadas a cabo por el legislador. Desde un punto de vista *cualitativo* son idénticas, aunque *cuantitativamente* el legislador goza de un margen de discrecionalidad más amplio que el consentido al juez (3). Por lo tanto, y en virtud de ese carácter político, la elección que compromete al juez del mismo modo que al legislador, «constituye una verdadera toma de posición en

(1) R. GUASTINI: *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980, p. 211.

(2) G. BELLUSSI: «La justification en droit», en *Le raisonnement juridique (Actes du Congrès Mondial de Philosophie du droit et de Philosophie sociale)*, Bruselas, 1971, p. 231.

(3) G. LUMIA: «In tema di interpretazione e di applicazione del diritto», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto (RIFD)*, 1966, fasc. I, p. 311.

relación con la sociedad y sus problemas, una elección esencialmente fundada, pues, sobre juicios de valor y no sobre hechos» (4).

Vamos a analizar algunos de los momentos del proceso de aplicación judicial del derecho en los que el juez debe enfrentarse a una o varias alternativas posibles. La opción en cada caso entre una u otra pondrá de relieve sus preferencias personales, su idea del caso o sus fines. Seguramente, la relación no es completa y se nos escapan algunos momentos en los que este fenómeno se produce. Sin embargo, no partimos de un planteamiento exhaustivo del problema, y las conclusiones que de nuestro examen puedan extraerse serán fácilmente aplicables a cualquier otro supuesto que pudiera suscitarse.

Una advertencia previa. Vamos a estudiar separadamente siete momentos diferentes en los que creemos detectar procesos valorativos del juez. Esta separación es totalmente artificial y la adoptamos con fines exclusivamente teóricos y de exposición. En la práctica las cosas suceden de forma muy diferente y resulta imposible identificar aisladamente cada uno de los momentos. Como intentaremos demostrar, el juez parte de una elección previa, de una única valoración: la que le conduce a adoptar *una* solución al caso. A partir de ahí, toda alternativa será resuelta con el único criterio de llegar a justificar esa solución preconcebida.

1. INTERPRETACION DE LOS HECHOS

Salvo contadas excepciones (5), los autores que se han dedicado a estudiar los problemas de la interpretación o en general de la aplicación del derecho desprecian el problema de la interpretación de los hechos. A menudo nos encontramos con referencias sucintas a la misma, pero rara vez con un estudio en profundidad. Tampoco nosotros vamos a emprender ahora ese trabajo que reborda los límites de nuestro propósito, sin embargo creemos que en la interpretación de los hechos se encuentra el primer reto al que debe enfrentarse el juez.

Habitualmente se considera que el hecho real se transporta tal cual del mundo físico al mundo jurídico, se cree que es el hecho «vivido efectivamente el que es llevado a la sala de vistas» (6). Desde esta perspectiva, efectivamente no tiene sentido

(4) G. BELLUSSI: *op. cit.*, p. 230.

(5) Por ejemplo, el volumen colectivo del Centre National de Recherches de Logique publicado por Ch. PERELMAN: *Le fait et le droit*, Bruselas, 1961.

(6) J. LENOBLE y F. OST: *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruselas, 1980, pp. 102 y 103. Estos dos autores consideran esta transposición del hecho real como hecho jurídico como una de las tres representaciones «ilusorias y solidarias» que para la teoría tradicional desarrollan la problemática de la interpretación. Las otras dos serían el pensar que el lenguaje tiene «una extensión, una plasticidad y una transparencia suficientes como para abrazar las particularidades de los he-

preguntarse sobre los problemas de interpretación de los hechos, ya que ésta sencillamente se niega. Esta actitud tiene importantes consecuencias cara a mantener la imagen de neutralidad del juez.

Está claro que hay muchos hechos, como por ejemplo la honestidad (7), que no pueden ser verificados empíricamente, sino que son objeto de valoración. Su existencia o inexistencia dependerá de las convicciones del juez. Sin embargo, la mayoría de las veces estos juicios de valor se ocultan y son presentados como afirmaciones sobre hechos. De esta forma se lleva a cabo una importante función de disimulación, ya que todo desacuerdo que verse sobre los juicios de valor relativos a los hechos se presentará como un mero desacuerdo sobre éstos últimos.

Como veremos dentro de un momento, a pesar de que el juez no accede al hecho real directamente, sino que lo hace a través del cristal distorsionador de los mecanismos procesales, no es, como se nos pretende hacer creer, un mero receptor de información, es algo más que un espectador en la apreciación de los hechos. El hecho real tiene bastante poco que ver con el hecho jurídicamente relevante, y el mayor artífice de este desfase es el propio juez, junto con las partes y los métodos procesales referentes a la prueba.

Siguiendo a Lenoble y Ost (8) vemos que hay dos tipos de argumentos que impiden mantener esa identificación entre el hecho físico y el hecho tomado en cuenta por el juez: los epistemológicos y los jurídicos.

A) Argumentos epistemológicos.

Basándonos en las aportaciones de la teoría del conocimiento y fundamentalmente en Gaston Bachelard, vemos que:

a) La mera observación de un hecho implica una construcción del objeto observado (9). Los hechos no hablan por sí solos. Para que un hecho nos proporcione información es preciso preguntarle, sólo así obtendremos una respuesta. En nuestro caso, el que pregunta es siempre el juez, y no es necesario señalar la importancia del planteamiento de cara a la respuesta. De esta forma vemos que el juez nunca se enfrenta a hechos brutos. La imagen de aquél como mero observador es falsa. El juez construye el objeto y es claro que si bien esa construcción influirá notablemente en

chos retenidos», y el considerar que «la aplicación de la norma al hecho, del concepto a la cosa se opera sin distorsión ni residuo». Sobre esta última representación volveremos en el siguiente punto dedicado a analizar la elección de la norma aplicable a los hechos del caso.

(7) L. A. WARAT: *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*, Porto Alegre, 1979, p. 104.

(8) J. LENOBLE y F. OST: *op. cit.*, pp. 103 y 104.

(9) G. BACHELARD: *Le Nouvel esprit scientifique*, París, 1971 (11.ª ed.), p. 4.

la idea que aquél se forme del mismo, no es menos cierto que la construcción dependerá también en gran medida de la idea preconcebida que el juez tenga del caso.

b) Como consecuencia del argumento anterior vemos que entre ese hecho real y (en nuestro caso) el hecho jurídico construido no hay una continuidad, sino que se produce una auténtica ruptura (10).

B) Argumentos jurídicos.

Hasta ahora hemos supuesto, para simplificar, que el juez tenía acceso directo a los hechos reales, sin embargo esto no es así. El juez es un consumidor de hechos de segunda mano, ya que tiene limitado su conocimiento a la versión que le llega por medios externos (11). En concreto el juez se encuentra con tres limitaciones en la apreciación de los hechos (12):

a) La intervención del abogado y en general de todas las personas que manifiestan su opinión sobre los hechos: abogado, fiscal, acusador particular, demandante, demandado, testigos, peritos, policía, etc. Es a través de todos estos testimonios como el juez accede a conocer los hechos del caso. Cada una de estas personas realizará sus propios juicios de valor, lo que les llevará a emitir relatos dispares.

b) El juez tiene prohibido tener en cuenta hechos distintos a los que le presentan las partes. Esta limitación, que es complemento de la anterior, es consecuencia al igual que aquella de la imagen de juez neutral y justo que se pretende mantener.

c) El juez sólo puede tener en cuenta los hechos probados y los medios de prueba están estrictamente limitados. Ambos límites responden al mismo objetivo: restar arbitrariedad a la labor del juez. Sin embargo, cabe preguntarse respecto al primer punto, ¿cuándo un hecho está probado?, ¿a quién corresponde determinarlo? De nuevo al juez, luego su limitación es relativa e intervendrán en esa apreciación nuevas valoraciones personales. En cuanto al segundo punto, la limitación de los medios de prueba, como ha puesto de relieve Perelman, «toda la técnica judicial de la prueba de los hechos no se comprende más que a partir de la noción de presunción» (13). De esta forma, por imposición legal, las partes sólo podrán aportar los medios de prueba admitidos,

(10) G. BACHELARD: *El materialismo racional* (trad. esp.), Buenos Aires, 1976, p. 320.

(11) A. LAGNEAU-DEVILLE: «Questions sociologiques à propos de l'interprétation en droit», en *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruselas, 1978, pp. 528-534.

(12) J. LENOBLE y F. OST: *op. cit.*, pp. 103 y 104.

(13) Ch. PERELMAN: «Raisonnement juridique et logique juridique», en *Archives de Philosophie du Droit* (APD), 1966, Vol. XI, p. 4.

pero una vez más, y en virtud del juego de las presunciones (14), el juez gozará de un amplio margen de libertad para establecer cuándo actúa una presunción o cuándo existe la prueba en contrario que destruya la misma.

Por lo tanto, y recapitulando lo dicho hasta ahora, podemos comprobar que en el proceso de apreciación de los hechos se produce una distorsión de los mismos que impide identificar el hecho real con el hecho jurídicamente calificado. Se trata de dos mundos que desde ningún punto de vista pueden ser asimilados. En primer lugar, vemos que el juez conoce el hecho por una vía secundaria: tal como los presentan las partes, sólo lo que le presenten las partes y sólo los que resulten probados o presumidos. De esta forma el juez accede a unos hechos que ya tendrán que ver muy poco con los producidos realmente. Pero, en segundo lugar, tampoco se detiene ahí el proceso, ya que el juez reelaborará a su vez el hecho resultante de la operación anterior, construyéndolo como objeto, y será ese hecho final el relevante para la calificación jurídica.

En consecuencia, vemos que simplemente en el conocimiento judicial de los hechos se pueden apreciar diversos momentos valorativos que hacen que su calificación jurídica sea fruto de una serie de juicios de valor. Pero la participación de éstos en relación con los hechos no se acaba ahí. Aún podemos detectarla en dos momentos más. En primer lugar, al igual que hemos visto que sucedía con los distintos intervinientes en el relato de los hechos, el juez al exponer a su vez éstos, acudirá de nuevo a juicios de valor para justificar su construcción de los mismos (15). En segundo lugar, y esto nos sirve para enlazar con el siguiente punto, a la hora de calificar jurídicamente los hechos en relación con la disposición legal, el juez recurrirá a apreciaciones morales, éticas o de cualquier otro tipo (16).

2. ELECCION DE LA NORMA APLICABLE AL CASO

En este segundo punto, como veremos íntimamente ligado al anterior, abordaremos los problemas que se suscitan a la hora de

(14) Para una visión completa del papel de las presunciones en el derecho puede consultarse el volumen colectivo publicado por Ch. PERELMAN: *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruselas, 1975.

(15) PERELMAN propone el siguiente ejemplo que ilustra perfectamente lo que queremos decir. Si una ley establece que el hecho de seguir en cortejo una bandera roja el primero de mayo es delito, ¿se cumple el supuesto de hecho del mismo si el cortejo ha seguido ese día una bandera rosa o lila? (Ch. PERELMAN: «Raisonnement juridique et logique juridique», *op. cit.*, p. 5). Inmediatamente se ve que para su calificación no basta con una descripción de los hechos, sino que será decisiva la valoración de los mismos por parte del juez.

(16) F. OST y M. VAN DE KERCHOVE: *Bonnes moeurs, discours pénal et rationalité juridique*, Bruselas, 1981, p. 38: «Haciendo esto, el intérprete 'juridifica' de alguna forma un conjunto de valores 'prestados' refiriéndose a ellos para zanjar el problema de derecho que le es sometido».

elegir la disposición legal aplicable al caso. A diferencia de lo que ocurre en otros momentos del proceso de aplicación judicial del derecho, aquí nadie parece oponerse a la idea de que el juez lleva a cabo una elección. Efectivamente éste debe encontrar entre el conjunto de normas que le ofrece el Ordenamiento jurídico aquélla que recoge el supuesto de hecho del caso concreto. Sin embargo, nuestro propósito es intentar demostrar que, a pesar de lo que se suele decir, esta elección no está fundada en criterios cognoscitivos, sino en criterios valorativos.

Para la teoría tradicional, la aplicación de la norma al hecho se opera de forma automática. Sería una especie de silogismo. Según este planteamiento una vez que tenemos individualizado y calificado el hecho su inclusión dentro de la disposición legal sería una operación mecánica: según la norma N1, el hecho H1 tiene la consecuencia C1, por lo tanto si H1 ha sido probado, se producirá C1 (17).

Sin embargo, esta posición es insostenible. ¿Qué pasaría si según la norma N2, el hecho H1 tiene la consecuencia C2? Posiblemente se nos contestará que el postulado de coherencia del ordenamiento jurídico impide que eso suceda. Y, ¿qué pasaría si según la norma N1 interpretada en el sentido S1, el hecho H1 tiene la consecuencia C1 e interpretada en el sentido S2 tiene la consecuencia C2? ¿Entraría dentro de N1 el hecho H1 entendido en el sentido S1?, y ¿entendido en el sentido S2? Los interrogantes podrían multiplicarse.

Perelman recoge un ejemplo muy clarificador sobre esta cuestión. En el Código Penal se establece que el robo cometido de noche es susceptible de una pena con la circunstancia agravante de nocturnidad. Pero, ¿se puede aplicar esta agravante a un robo cometido a media noche en un casino brillantemente iluminado? La respuesta no es automática, sino que dependerá de si se prima la letra o el espíritu de la ley (18).

Como se puede apreciar, la interpretación del hecho, su calificación jurídica y consiguiente adecuación dentro del supuesto recogido en la norma, y la interpretación de ésta, están íntimamente relacionados. Es por eso que se puede hablar de varios «círculos hermenéuticos» (19). El primero se establece entre el hecho físico y su calificación jurídica. Por un lado, sin conocer el hecho «bruto» no es posible su calificación, pero por otro, para comprender el hecho es preciso conocer qué caracteres del mismo

(17) Como podrá comprobarse hemos simplificado al máximo la cuestión, centrándonos exclusivamente en la calificación de los hechos en relación con la norma. Las cosas en realidad son mucho más complejas. Por ejemplo, no introducimos los problemas de interpretación que estudiaremos más adelante.

(18) Ch. PERELMAN: «Qu'est-ce que la logique juridique?», en Ch. PERELMAN: *Le champ de l'argumentation*, Bruselas, 1970, p. 135.

(19) L. DE RUGGIERO: *Tra consenso e ideologia (Studio di ermeneutica giuridica)*, Nápoles, 1977, pp. 123-129.

son relevantes para el derecho (20). Otro círculo hermenéutico casi coincidente con el anterior se establece entre el supuesto de hecho y el hecho: «El hecho es comprendido "jurídicamente" sólo después de haberlo referido a un determinado supuesto de hecho, el cual, a su vez, espera para ser comprendido en su significado y en su alcance propios a la determinación del hecho» (21). Por último, también se puede hablar de un «círculo hermenéutico-aplicativo», ya que la aplicación sólo es posible tras la interpretación del hecho y de la norma, pero ésta estará influenciada en gran parte por la «representación» que de su aplicación se forme el intérprete (en nuestro caso, de nuevo, el juez) (22).

Por lo tanto, es evidente la intervención decisiva de las valoraciones del juez a la hora de ordenar este complicado proceso que en contra de lo afirmado desde posturas tradicionales, está lejos de ser mecánico o silogístico. El concepto que el juez se haya formado del objeto a interpretar influirá notablemente en la elección de la técnica de interpretación (23) y en la elección de la norma a aplicar.

Indudablemente, se nos podrá objetar que en muchas ocasiones el juez se enfrenta a casos tan claros que no cabe ninguna duda sobre su inclusión en una norma determinada. Aunque partimos de la idea de que no hay textos claros y que en cualquier supuesto es necesaria la interpretación del documento normativo, podemos admitir que efectivamente existen determinados «casos-tipo», pero independientemente de que su número sea mayor o menor, quedan lo que han sido denominados casos atípicos o «de penumbra» (24). En estos casos se puede hablar de una verdadera «discrecionalidad» (25) del juez en dos sentidos. En primer lugar, cuando el hecho no coincide inmediatamente con ninguno de los tipos establecidos en abstracto; en este caso será el juez el que deberá elegir entre todas las disposiciones legales que se le presenten como aplicables, aquella que considere relevante (26). En segundo lugar, cuando el juez se enfrenta a un caso de «penumbra», debe decidir (¿en base a qué criterios?) sobre su inclu-

(20) *Ibidem*, p. 123.

(21) *Ibidem*, p. 125: «toda sentencia, al conocer de un hecho, conduce a una nueva comprensión de los diversos elementos que caracterizan la norma».

(22) *Ibidem*, p. 129.

(23) M. REALE: «Le basi filosofiche della interpretazione», en *RIFD*, 1966, fasc. I., p. 225: «sería absurdo no reconocer que la técnica de la interpretación depende del concepto que se tiene del objeto a interpretar; en efecto, depende de él de tal modo que sería más plausible poner en relación el problema ontológico del derecho con el epistemológico de su interpretación en los siguientes términos: 'dime cuál es según tú la realidad del derecho, y yo te diré cómo la interpretas'».

(24) E. BULYGIN: «Sentenza giudiziaria e creazione di diritto», en *RIFD*, 1967, fasc. II, p. 168.

(25) B. GRASSO: *Appunti sull'interpretazione giuridica*, Nápoles, 1974, p. 20.

(26) *Ibidem*.

sión en el campo de aplicación de un concepto o sobre su exclusión del mismo (27).

Por lo tanto, en el momento de elegir la norma aplicable al caso, las valoraciones del juez intervienen de dos formas: mediatamente, en la interpretación de la norma y del hecho, e inmediatamente a la hora de definir (28) o redefinir (29) los conceptos empleados por la norma y en los casos de penumbra.

3. NECESIDAD O NO DE INTERPRETACION DE LA NORMA

Antes de analizar este punto hemos de hacer una advertencia sobre el mismo. La disyuntiva entre si es necesario interpretar una norma o no es falsa. En realidad no se plantea, ya que el proceso de aplicación de una norma lleva aparejado obligatoriamente la necesidad de su interpretación. Aún admitiendo que un texto no provoque dudas respecto a su significado (hecho extremadamente improbable), siempre será necesaria su interpretación aunque sólo sea para apreciar su claridad. Entonces, ¿por qué estudiar separadamente este punto? La razón es simple. El juez de hecho se plantea la cuestión de la necesidad o no de interpretar la norma (o normas) seleccionada para regular el caso. Sólo en caso de oscuridad reconocerá su actividad interpretativa. Por lo tanto, consideramos interesante abordar la cuestión y analizar cuáles son las consecuencias derivadas de una u otra opción. La pregunta final que tendremos que contestar será: si el juez al aplicar la norma *siempre* la interpreta, ¿en base a qué criterios reconoce o no su labor como intérprete? Para enlazar con los dos puntos anteriores, podemos plantear así la cuestión: aunque un hecho no sea contestado, aunque «la tesis sobre su existencia» sea una verdadera «proposición existencial» (30), y aunque la norma a aplicar recoja una única consecuencia del mismo, nos quedará todavía enfrentarnos al problema de la interpretación.

(27) E. BULYGIN: *op. cit.*, p. 168: «Estos casos de penumbra pueden presentarse frente a cualquier concepto factual (por exacto que sea) y su posibilidad no puede eliminarse mediante la elaboración de un lenguaje técnico, ya que se debe a una característica de todo lenguaje empírico».

(28) «En la producción de definiciones dentro del discurso judicial, el cambio de los criterios de relevancia, o la determinación del «quantum» en que deben estar presentes algunas propiedades, se encuentran fundamentalmente predeterminadas por un juicio de valor, o sea, aparecen ideológicamente condicionados» (L. A. WARAT: *op. cit.*, p. 98).

(29) Redefinir es «alterar las características de relevancia de un término, permitiendo o provocando un cambio en su denotación. Pero más precisamente, es alterar el significado de un término posibilitando su aplicación a situaciones antes no consideradas. Cuando el criterio utilizado para tal mudanza es axiológico la redefinición se constituye en una definición persuasiva. Ahora bien, en la interpretación de la ley el proceso definitorio está siempre determinado por factores axiológicos. El modo de producción significativo de la sentencia envuelve necesariamente una actividad definitoria éticamente condicionada» (L. A. WARAT: *op. cit.*, pp. 94 y 95).

(30) J. WROBLEWSKI: «Motivation de la décision judiciaire», en *La motivation des décisions de justice* (Estudios publicados por Ch. PERELMAN y P. FORIERS), Bruselas, 1978, p. 115: «esto exige que este hecho sea determinado de una forma descriptiva, positiva y simple».

Respecto al tema de la interpretación de la norma en concreto, se manifiestan por parte del juez diversas valoraciones que iremos viendo, pero la decisión de interpretar o no puede ser considerada como «un punto de partida para el proceso interpretativo» (31), en el sentido de que la forma en que sea resuelta esta opción imprimirá un carácter específico al resto del proceso aplicativo de la norma al caso concreto. El juez se encuentra, por consiguiente, *siempre* ante una alternativa: pronunciar que la norma aplicada es clara o que no es clara y exige interpretación (32). De esta elección previa se derivarán importantes consecuencias.

Si el juez declara que la norma es oscura, se abrirá explícitamente el proceso interpretativo. Tendrá que elegir el método o métodos que considere adecuados para «descubrir» (33) el significado de la norma, tendrá que determinar la forma de formulación y utilización de dichos métodos, tendrá, quizás, que elegir uno de los sentidos proporcionados por los mismos, etc.

Supongamos ahora que el juez determina que el texto legislativo es claro. Obviamente, en virtud del aforismo *interpretatio cessat in claris*, establecerá que no debe (o incluso que no puede) interpretarlo. Pero podemos preguntarnos, ¿qué criterios utiliza el juez para apreciar la claridad del texto legal? Fundamentalmente dos: las definiciones de los términos dados por el legislador y la invocación del sentido «usual», «normal» de los términos (34).

Respecto al primero de los criterios, Warat ha puesto claramente de manifiesto la intervención decisiva de juicios de valor en el proceso definitorio y redefinitorio (35). En cuanto a la invocación del sentido «vulgar» de los términos jurídicos, éstos no escapan a la regla general de la polisemia que afecta a todos los signos lingüísticos. Según ha demostrado el análisis semiológico, en todo lenguaje no formalizado, y por lo tanto también en el jurídico, «un significante puede referirse a varios significados y (...) cada significado puede expresarse por medio de varios significantes» (36). En consecuencia, el juez efectúa valoraciones in-

(31) J. WRÓBLEWSKI: «Legal Reasoning in Legal Interpretation», en *Logique et Analyse*, marzo, 1969, n.º 45; p. 15.

(32) J. WRÓBLEWSKI: «Motivation de la décision judiciaire», *op. cit.*, p. 115.

(33) «Cuando se usa el verbo 'descubrir' aplicado a la interpretación, en el sentido de que 'el intérprete descubre el significado de una norma' se hace de modo impropio, ya que oculta, resumiéndolas en una palabra, tres actividades diferentes (realzar, decidir y proponer) que pueden estar presentes juntas o separadas en la actividad de la interpretación. Por eso sería mejor decir que 'el intérprete realza, o decide, o propone el significado de una norma, o bien ejecuta más de una de estas actividades'» (G. TARELLO: «Frammenti di una teoria dell'interpretazione», en *Problemi di teoria del diritto*, *op. cit.*, pp. 293 y ss.).

(34) Ph. GERARD: «Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur», en *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, *op. cit.*, pp. 53-54.

(35) Véanse al respecto las notas (28) y (29).

(36) D. SIMON: *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, París, 1981, p. 114.

cluso en el supuesto extremo de que una disposición legal sea clara y no precise «esfuerzos particulares de interpretación» (37).

Volvamos ahora a la pregunta que formulábamos al comienzo, ¿en qué se basa el juez para reconocer o no su actividad interpretativa? La respuesta no es fácil. Todo juez siempre que sea posible declarará la claridad del texto legal y renunciará a admitir su interpretación. Esta quedará reservada para una minoría de casos. Se considera que la interpretación es un mal no deseado, un remedio para un fallo del ordenamiento, algo de lo que hay que alejarse siempre que sea posible. La razón de esta actitud es clara. Toda decisión del juez se impone a las partes en conflicto y está revestida de autoridad. El pronuncia la justicia y todos los demás deben acatar su veredicto. Sin embargo, de cara a justificar su decisión, es preferible para el juez apelar al sentido unívoco del texto claro, del que él es un simple lector, que a la autoridad de que está investido para imponer *su* interpretación del documento normativo controvertido (38). Su actividad resulta de la primera forma mucho más aséptica y la credibilidad de su decisión mucho más acentuada. En este caso el juez no *decide*, sino que simplemente *pronuncia* lo establecido por el legislador.

4. ELECCION DEL METODO DE INTERPRETACION

Cuando el juez admite que ante un mismo texto legal caben distintas interpretaciones, acude a los denominados «métodos» o «directivas» de interpretación para resolver el conflicto. El número de estos métodos es considerable (39) y el de los principios a los que el juez puede referirse, prácticamente incalculable (40),

(37) R. MONACO: «Les principes d'interprétation suivis par la Cour de Justice des Communautés Européennes», en *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*, París, 1964, p. 222: «incluso los términos más claros y evidentes son a menudo susceptibles de varios significados, por lo que hay que admitir que la letra del texto no basta para la interpretación completa, sino que le sirve únicamente de base. El juez debe, pues, de la misma forma, efectuar su valoración».

(38) «Se trata de un acto libre y la validez de su resultado depende sólo de la calidad de su autor» (M. TROPER: «Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle», en *Recueil d'Etudes en hommage à Charles Eisenmann*, París, 1975, p. 135).

(39) H. KUTSCHER: «Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour», en *Rencontre judiciaire et universitaire 27-28 septembre 1976*, Luxemburgo, 1976, p. I-5.

(40) R. LEGROS cita a modo de ejemplo, los siguientes: «el texto de una ley, los trabajos preparatorios, la doctrina, la costumbre, la jurisprudencia (...), la tradición, las tendencias nuevas, la moral, la justicia, el derecho natural, lo razonable, la ciencia, la psicología, la lógica, la criminología, la economía política, el derecho comparado, los imperativos sociales, nacionales, internacionales, las prácticas admitidas, la medicina, el arte, la filosofía, la educación, la clase social, la conciencia social, etc.» («Considérations sur les motifs», en *La motivation des décisions de justice*, *op. cit.*, pp. 12 y 13).

por lo que se hace necesaria una elección entre ellos. Nuestra hipótesis será la siguiente: la elección entre las distintas directivas interpretativas es una elección valorativa (41).

Frecuentemente se declara que el juez ante las distintas interpretaciones posibles realiza una selección «objetiva» en la que no influyen valoraciones ni preferencias de ningún tipo. Entonces, cabe preguntarse, ¿de acuerdo a qué criterio «objetivo», «no valorativo», se lleva a cabo la selección del método de interpretación?, ¿la equidad?, ¿la solución más justa? (42), ¿la opinión general? (43). Aparte de que la opción entre uno u otro de estos criterios pone ya de manifiesto una valoración, su propia utilización dependerá de juicios de valor, en virtud de la enorme carga valorativa que encierra cada uno de ellos, lo que nos induce a pensar con Ruggiero que «la elección entre interpretación subjetiva u objetiva, lógica o teleológica, literal o sistemática (...) no son adoptadas por el jurista práctico sobre el fundamento de abstractas argumentaciones metódicas, cuanto sobre el objetivo de la relevancia de los resultados a los que tal elección en concreto conduce, y, por eso, a fines prevalentemente justificativos» (44).

Podemos sacar, por lo tanto, en una primera aproximación, dos consecuencias: la elección entre un método de interpretación u otro no es objetiva sino valorativa; y el único criterio que guía al juez en esta elección es el de justificar la solución que previamente ha adoptado para el caso planteado. Pero aún hay más.

En ocasiones se dice que los tribunales utilizan las directivas de interpretación siguiendo una teoría normativa de la misma, que el juez no es libre de emplear una u otra. Un somero examen de la jurisprudencia de cualquier sistema judicial bastará para comprender que, muy por el contrario, las directivas se eligen según las circunstancias (45), que es una actividad discrecional. Además, no existe lo que podríamos denominar «el método favorito de

(41) J. WROBLEWSKI: «Legal Reasoning in Legal Interpretation», *op. cit.*, página 15.

(42) «Si nos consideramos obligados a elegir la técnica que conduzca a soluciones más justas, habremos de enfrentarnos a la exigencia imposible de satisfacer, de precisar primero qué es la justicia. Y (...) tal propósito es lógicamente irrealizable. Igual ocurre si acudimos a la equidad» (F. E. VALLADO: *Teoría general del Derecho*, México, 1972, p. 145).

(43) «En cuanto a la *opinión general*, a la *conciencia social*, hay que reconocer que son nociones bastante vagas, que pueden cubrir soluciones de facilidad (...). La opinión de la nación es imprecisa, difusa, cambiante, difícil de conocer. Y numerosas materias, cada vez más técnicas, escapan a su competencia. Por otra parte, no olvidemos que la opinión está hecha también de *mitos*, elaboraciones de la conciencia colectiva que no reposan sobre ninguna realidad objetiva» (R. LEGROS: *op. cit.*, p. 20).

(44) L. DE RUGGIERO: *op. cit.*, pp. 141 y 142.

(45) J. WROBLEWSKI: «La règle de décision dans l'application judiciaire du droit», en *La règle de droit* (Estudios publicados por Ch. PERELMAN), Bruselas, 1971, p. 80.

cada juez». Estos no sienten especial predilección por un método determinada por la ideología del juez de cara a la aplicación del interpretación (46).

Sí parece, sin embargo, que la elección de las directivas está determinada por la ideología del juez de cara a la aplicación del derecho. Wroblewski señala dos actitudes extremas de valoración: la estática y la dinámica. La ideología *estática* «toma como valores centrales, que deben ser realizados por la interpretación y la aplicación del derecho, la certitud, la estabilidad y la seguridad jurídica y, por consecuencia, trata el sentido de las prescripciones jurídicas como estable» (47). Para ella, «el fundamento normativo de la decisión debe ser la norma jurídica concebida como la encarnación de la voluntad de su creador histórico» (48). La ideología *dinámica*, por el contrario, «toma como valor central la adaptación máxima del derecho a las exigencias de la "vida social", en el sentido más amplio de esta palabra. Esta actitud reconoce la variabilidad de sentidos de las prescripciones, que está condicionada por los cambios del contexto socio-político del derecho» (49). Según esta posición, «el fundamento normativo está constituido por la norma concebida de forma óptima para satisfacer las exigencias actuales de la situación concreta» (50).

Desde una perspectiva estática, en la que lo primordial es identificar la voluntad del creador histórico de la norma, y en la que el método interpretativo no es más que el medio para desentrañar el sentido que le confirió su autor, se considera a éste como una *Autoridad*. La elección del método se basará en la Autoridad que se suponga como fundamento del texto y dependerá, por lo tanto, de otra elección previa: «la aceptación de tal o cual Autoridad como fundamento interpretativo» (51).

Si el juez adopta una actitud dinámica respecto a la aplicación del derecho, deberá acudir a ideas como «exigencias de la vida social», «opinión general», «conciencia social», «interés general», etcétera, y ya hemos visto un poco más arriba, la carga valorativa que acompaña necesariamente a la apreciación de estos conceptos (52).

De todas formas incluso estas diferentes ideologías de la aplicación del derecho no las adopta el juez de una manera rígida.

(46) R. MONACO, *op. cit.*, p. 218: «Por el contrario, utiliza uno u otro según los casos, si bien su jurisprudencia presenta, desde el punto de vista de los métodos de interpretación utilizados, un eclecticismo notable, por otra parte necesario para los fines que persigue. El juez, en realidad, recurre a no importa qué método de interpretación, con tal que le permita establecer el verdadero alcance de las normas aplicadas».

(47) J. WROBLEWSKI: «La règle de décision dans l'application judiciaire du droit», *op. cit.*, p. 80.

(48) *Ibidem*, p. 71.

(49) *Ibidem*, p. 80.

(50) *Ibidem*, p. 71.

(51) E. P. HABA: *Esquemas metodológicos en la interpretación del Derecho escrito*, Caracas, 1972, p. 106.

(52) Véase *supra*, nota (43) (R. LEGROS: *op. cit.*, p. 20).

Acudirá a una u otra según los fines que persiga ya que todos los métodos interpretativos son polivalentes de cara a los valores (53).

Todas estas consideraciones nos permiten extraer cuatro consecuencias:

1. La elección de las directivas de la interpretación tiene un carácter valorativo, lo que no permite referirse al proceso de interpretación como a un proceso lógico (54).

2. El juez no juzga siguiendo la ley del legislador, sino que en virtud de los métodos de interpretación que utilice, juzgará siguiendo la imagen que él se forma de esa ley (55). Esta imagen la elaborará no sólo en base a los textos legislativos, sino acudiendo también a diversas fuentes extra-legales (56).

3. De la elección del método interpretativo depende el resultado jurídico (57), ya que frente a un mismo texto y a un mismo caso práctico la elección de una u otra vía interpretativa puede conducir a soluciones divergentes (58).

4. Si respecto de un mismo texto caben diversas interpretaciones en función del medio de interpretación empleado, o lo que es lo mismo, se derivan soluciones diferentes, la validez de la interpretación efectuada por el juez y, por consiguiente su decisión del caso, viene dada por la autoridad de que está investido y por la «calidad» que se predica de su interpretación (59).

La existencia de los métodos de interpretación se justifica, según gran parte de los autores y el propio poder judicial, como un medio para restar arbitrariedad a la actividad interpretativa del juez. Sin embargo, vemos que a la hora de emplearlos, la elección se realiza siguiendo criterios casuísticos: se acudirá a una u otra vía interpretativa según el caso concreto que se plantee. De esta forma asistimos al hecho curioso de que para frenar una eventual arbitrariedad se recurre a nuevas elecciones arbitrarias. Por lo tanto, los métodos de interpretación están lejos de cumplir la función que en principio tenían asignada, ya que con ellos o sin ellos todo se deja, en última instancia, en manos del juez (60).

(53) L. DE RUGGIERO: *op. cit.*, p. 142: «desde el momento que todo método es aplicado a un fin, no puede decirse que un método sea en sí bueno y el otro malo, sin tener en cuenta las circunstancias históricas y los fines para los cuales es adoptado».

(54) J. WRÓBLEWSKI: «La règle de décision dans l'application judiciaire du droit», *op. cit.*, p. 81, en *Rapports belges au VIIIe Congrès International de Droit Compare*, Bruselas, 1970, p. 49.

(55) P. FORIERS: «Les relations des sources écrites et non écrites du droit».

(56) C. LAVAGNA: «Sulle sentenze additive della Corte Costituzionale», en *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Vol. II, Milán, 1970, pp. 1133-1134.

(57) J. WRÓBLEWSKI: «La règle de décision dans l'application judiciaire du droit», *op. cit.*, p. 80.

(58) E. P. HABA: *op. cit.*, p. 106.

(59) M. TROPER: *op. cit.*, p. 135.

(60) Es lo que Georg KAHN ha denominado «existencialismo jurídico», según el cual «las decisiones no son tomadas en función de reglas generales, y que es el examen de cada caso concreto, con todas sus particularidades, lo que permite extraer las reglas aplicables» (Ch. PERELMAN: «Qu'est-ce que la logique juridique», *op. cit.*, p. 137).

5. UTILIZACION DEL METODO DE INTERPRETACION ELEGIDO

En virtud de todas las operaciones descritas anteriormente, vemos cómo el juez determina el método o los métodos que va a utilizar en la interpretación del texto legal igualmente elegido. Pero aquí no terminan las valoraciones del juez. Este, una vez que ha establecido la vía interpretativa a seguir, no se limita a una mera aplicación técnica de los mismos. Lo que vamos a intentar demostrar en el presente punto es que los métodos de interpretación son susceptibles de ser enunciados de forma muy diversa, pueden ser utilizados de manera muy variada y, finalmente, que un mismo método proporciona sentidos diferentes de un mismo documento normativo.

A) *Un mismo método puede ser entendido de formas diferentes.*

Tanto la doctrina como los jueces han manifestado un especial interés por los métodos empleados en la interpretación jurídica. Así unos y otros los han analizado y sistematizado, los han determinado, criticado e incluso han sugerido métodos nuevos (61) y, sobre todo, los han definido. Estas definiciones lejos de ser unívocas están condicionadas por juicios de valor. Los diversos autores formulan de forma diferente los métodos de interpretación y los tribunales hacen lo mismo.

Vamos a tomar como ejemplo de lo que decimos la caracterización que hace la doctrina de la interpretación lógica. Al parecer todos los autores coinciden en señalar que la interpretación lógica consiste «en extraer de la ley un sentido que no se deriva expresamente de sus términos» (62), sin embargo, para una parte de la doctrina «esta interpretación lógica se reduce al uso de únicamente argumentos de la lógica formal», y para otra comprendería «el conjunto de procedimientos y argumentos destinados a descubrir el espíritu de la ley o "sententia legis"» (63). Pero incluso este segundo grupo de autores no es unitario. Así, por ejemplo, Kalinowski (64), Haba (65) y Abdel-Rahman (66), incluyen los argumen-

(61) H. KUTSCHER: *op. cit.*, p. I-5.

(62) F. OST: «L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur», en *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, *op. cit.*, p. 118.

(63) *Ibidem*, pp. 117 y 118.

(64) G. KALINOWSKI: «Philosophie et logique de l'interprétation en droit Remarques sur l'interprétation juridique, ses buts et ses moyens», en *APD*, 1972, p. 47.

(65) E. P. HABA: *op. cit.*, p. 56.

(66) H. ABDEL-RAHMAN: «L'argument a maiori et l'argument par analogie dans la logique juridique musulmane», en *RIFD*, 1971, fasc. I, p. 133.

tos lógicos *a maiori ad minus* (67) y *a minori ad maius* (68) dentro del argumento *per analogiam* (69), y por el contrario Ost (70) y Tarello (71) los sitúan dentro del argumento *a fortiori* (72), al hacer su exposición sobre los mismos. Para este último autor ningún argumento de los denominados lógicos (*a pari*, *a contrario*, *a fortiori*, *a completudine*, *a coherencia*, etc.), lo es, y «ningún razonamiento jurídico que incluyese uno cualquiera de estos argumentos sin asumir premisas apropiadas tendría la estructura que es propia de los razonamientos lógicos» (73).

Estas discrepancias doctrinales no se quedan sólo en una mera discusión teórica. Tienen gran trascendencia práctica, y la posición que se adopte influirá notablemente en el empleo que se rea-

(67) E. P. HABA lo enuncia por medio de un ejemplo: «si a determinado jerarca administrativo se le atribuyere expresamente, por ley o reglamento, legitimación para sancionar de modo discrecional (aunque no arbitrario) a ciertos funcionarios con la destitución, ese jerarca debiera estar facultado también para aplicarles una simple suspensión disciplinaria, aunque esto último no estuviera específicamente ni genéricamente previsto en texto positivo alguno» (*op. cit.*, p. 56). F. OST lo traduce por «el que puede lo más, puede lo menos» (*op. cit.*, pp. 124 y 125).

(68) Para E. P. HABA este argumento consiste en que «se considera que respecto al caso no previsto existe una razón todavía mucho más fuerte, orientada en el mismo sentido de la 'ratio' que motiva la solución prevista en el texto, para que al primero se le atribuyan los efectos jurídicos establecidos para el caso que soluciona de modo expreso la letra» (*op. cit.*, p. 56). La traducción de F. OST en este caso es «el que no puede lo menos, no puede lo más» (*op. cit.*, p. 125).

(69) Para G. TARELLO el argumento analógico o argumento *a simili*, «es un procedimiento discursivo según el cual, dada una proposición jurídica que predica una obligación (u otra calificación jurídica) de un sujeto (o de una clase de sujetos) se debe concluir que valga (sea válida, exista como norma) otra proposición jurídica, que predica la misma obligación de otro sujeto (o clase de sujetos) que tenía con el primer sujeto (o con la primera clase) una semejanza asumida como relevante en orden a la identidad de disciplina jurídica» (*Diritto, enunciati, usi*, Bolonia, 1974, p. 247, nota 5). Para F. OST el razonamiento por analogía consiste en que el «legislador, habiendo reglado expresamente tal hipótesis, ha querido —se supone— reservar el mismo tratamiento para tal otra hipótesis esencialmente parecida» (*op. cit.*, p. 121). Por último, para E. P. HABA, «la analogía se hace intervenir cuando frente a determinado caso se aprecia que el mismo no se encuentra contemplado en el texto de cierto precepto de Derecho positivo y que, en cambio, en ese texto sí se encuentran contemplados casos 'análogos'. Entonces, por 'analogía', se concluye que también al primero de esos casos corresponde aplicarle lo que dispone aquel precepto» (*op. cit.*, p. 48).

(70) F. OST: *op. cit.*, p. 124.

(71) G. TARELLO: *op. cit.*, p. 427, nota 6.

(72) Para G. TARELLO (*ibidem*) el argumento *a fortiori*, «es un procedimiento discursivo según el cual, dada una proposición jurídica que predica una obligación (u otra calificación normativa) de un sujeto (o de una clase de sujetos), se debe concluir que valga (sea válida, exista como norma) otra proposición jurídica que predique la misma obligación de otro sujeto (o clase de sujetos) que se encuentra en situación tal de merecer, con mayor razón que el primero, la calificación normativa que la primera norma acordaba para el primero».

(73) *Ibidem*, p. 430.

lice del método interpretativo. Volviendo al ejemplo elegido como ilustración de nuestra exposición, Perelman señala que a cualquiera de los argumentos lógicos se les puede oponer una argumentación en sentido contrario y que por eso «la decisión del juez es indispensable para terminar el debate» (74). Los autores pueden permitirse el lujo de discrepar unos de otros y mantener opiniones encontradas sobre cualquier punto, sin embargo, al juez en una sentencia no le está permitido manifestar que «la parte X dice A y la parte Y dice no-A». El juez tiene que decidir y, por lo tanto, tiene que optar por *una y sólo una* de las posibilidades teóricas que se el ofrecen. La adscripción a una posición doctrinal o a otra será una cuestión subjetiva o de opinión del juez, en definitiva arbitraria, por lo que consiguientemente será también arbitraria la formulación del método interpretativo elegido.

B) *Un mismo método puede ser utilizado de formas diferentes.*

Es una consecuencia obligada de lo dicho anteriormente. Si un método es susceptible de ser entendido de varias formas, también serán diversas las maneras en que pueda ser utilizado (75). Lo que nos proponemos demostrar ahora es que aun optando por un método determinado, entendido de una forma concreta, su puesta en práctica está sometida a valoraciones. Seguiremos tomando como ejemplo el método lógico-sistemático.

El método sistemático consiste en «la interpretación de una disposición dentro del marco de sus relaciones con otras disposiciones que rigen las mismas materias o materias análogas» (76). Lo fundamental en este tipo de interpretación es, en definitiva, la consideración del contexto jurídico de la disposición legal. Ost ha diferenciado dos ámbitos posibles de referencia (77): el «contexto inmediato», que serían otro párrafo de la norma, un artículo vecino, el título de la ley, el lugar de disposición en un cuerpo de artículos, etc.; y el «contexto más lejano», que lo formaría una ley extraída de otro sector jurídico o del mismo, una norma específica para una rama del derecho, un principio general del derecho, etc. Cada uno de estos contextos presenta, de cara a nuestra demostración, unos problemas específicos.

El «contexto inmediato» de una disposición tendría como límite la ley en que está inserta (78). Lo más habitual es la referencia a otros artículos de la misma ley, de cuya combinación se extraerá el sentido de la disposición concreta. Y aquí se plantea el pro-

(74) Ch. PERELMAN: «Raisonnement juridique et logique juridique», *op. cit.*, p. 6.

(75) E. P. HABA: *op. cit.*, p. 107.

(76) H. KUTSCHER: *op. cit.*, p. I-37.

(77) F. OST: *op. cit.*, p. 141.

(78) Utilizamos en este caso el término «ley» en un sentido amplio, de tal forma que abarque tanto la ley formal, como las demás normas de rango inferior (Reglamento, Decreto, etc.) o superior (Ley Orgánica, Constitución).

blema: «¿Dónde comienza y dónde termina el conjunto de disposiciones que forman un sistema pertinente? ¿Qué artículos hace falta armonizar, aproximar, combinar, separar?» (79), ¿por qué un artículo y no otro?, ¿quién realiza la elección?, ¿en base a qué criterios? Las mismas preguntas de siempre y las mismas contestaciones: la elección la lleva a cabo el juez en base a criterios valorativos o de oportunidad. Mencionará aquellos artículos, párrafos, títulos o capítulos que sirven para confirmar el sentido de la disposición por el que ha previamente optado, y silenciará cuidadosamente todas aquellas conexiones que lo cuestionen o propongan otro contradictorio con aquél.

El «contexto más lejano» estaría constituido por la referencia a cualquier otra ley del ordenamiento jurídico que sirva para clarificar el sentido de la disposición objeto de interpretación. Esta consideración del «contexto más lejano» está justificada, y es consecuencia de la configuración del ordenamiento jurídico como un sistema coherente. Pero esta coherencia es más una ficción que una realidad. Parece difícil encontrar el sentido de una disposición legal en otras leyes que se han formado a menudo bajo regímenes políticos diversos y por esto mismo son portadoras de fines opuestos y contradictorios entre sí (80), sin embargo, el juez no dudará en hacerlo si en esa otra ley encuentra (o cree encontrar) argumentos que apoyen el sentido previamente avanzado por él.

Por tanto, podemos extraer tres consecuencias del uso judicial de la interpretación sistemática:

1. El sistema jurídico es «un conjunto fluido siempre abierto, una idea reguladora, una totalidad presunta» (81), por lo que la referencia del contexto más lejano se basará siempre en una ficción.

2. La referencia al contexto «inmediato» estará siempre determinada por la discrecionalidad del juez que elegirá el grado de inmediatez del contexto.

3. La consideración de un contexto más amplio o más restringido será siempre susceptible de producir resultados diferentes (82).

C) *Un mismo método puede proporcionar sentidos diferentes.*

Esta es una conclusión que se deriva de todo lo anterior. Si un método de interpretación puede ser formulado de diversas maneras, y si hay varias posibilidades de utilizarlo, nos proporcionará diferentes sentidos de un mismo texto legal. Consecuencia: la mayoría de las veces, la interpretación «no conduce a ningún resultado cierto» (83). Los métodos de interpretación no propor-

(79) F. OST: *op. cit.*, p. 143.

(80) B. GRASSOS *op. cit.*, p. 23.

(81) F. OST: *op. cit.*, p. 141.

(82) *Ibidem*, p. 145.

(83) A. Ross: *Sobre el derecho y la justicia* (trad. esp.), Buenos Aires, 1970 (2.^a ed.), p. 133.

cionan ninguna solución unívoca. Por medio de ellos se puede justificar tanto un sentido del texto como su opuesto, debido a la vaguedad de las palabras y a la indeterminación de los métodos interpretativos. Estos son siempre polivalentes y la única función que cumplen es posibilitar al juez el justificar la solución del caso que previamente ha decidido.

El juez está obligado a resolver los casos que se le planteen basándose siempre en el sistema de fuentes reconocido en el Código civil (84), incluso se prevé una pena para el caso de que se negara (85). En principio parece que el ordenamiento ha sido excesivamente rígido con el desvalido juez. Sin embargo, esta dureza se suaviza inmediatamente gracias a los métodos de interpretación. Con ellos el juez tiene un arma para cumplir sin problemas el imperativo legal. Decidirá siempre, aunque su decisión llevará consigo, siempre también, una elección que, a su vez, encontrará su origen en una valoración (86).

6. ELECCION DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES

A) *La jurisprudencia.*

Según el Código civil, «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho» (art. 1.1); y «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas» (art. 3.1). Por lo tanto, y según el Código civil, la jurisprudencia no es ni un método de interpretación ni una fuente del derecho español (87). Sin embargo, el ordenamiento le reserva un papel importante, ya que «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho» (artículo 1.6 del C. c.).

(84) Artículo 1.7 del CC: «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, atendiéndose al sistema de fuentes establecido».

(85) Artículo 357 del CP: «El juez que se negare a juzgar, so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de suspensión».

(86) A. Ross: *op. cit.*, p. 133.

(87) Alguna vez se ha querido ver en la jurisprudencia un caso particular de la costumbre. Por esta vía sí podría pasar a ser considerada como fuente del derecho por un camino indirecto. No obstante, esto no puede ser admitido, aunque a veces la jurisprudencia funcione como costumbre. «Ella posee su especificidad» (P. FORIERS: *op. cit.*, p. 48).

No vamos a abordar aquí el problema del valor de la jurisprudencia, que lo damos por descontado (88), sino su papel como justificadora de la interpretación judicial. Hemos dicho hace un momento, que la jurisprudencia no es una fuente del derecho, sin embargo está en estrecha relación con ellas desde dos puntos de vista:

1. El juez, en su actividad de aplicación del derecho, *utiliza* tanto las fuentes del derecho como la jurisprudencia, pero esta última además de manejarla, también la *crea* (89).

2. El artículo 1.6 del C. c. reserva a la jurisprudencia una función de «complemento» respecto a las fuentes del derecho, sin embargo su papel es mucho más esencial: la ley no será la ley del legislador, sino la ley del legislador *tal como es interpretada por el juez* a través de su jurisprudencia; la costumbre no será la costumbre de la sociedad o de tal grupo social, sino la costumbre de esa sociedad o de este grupo *tal como es reconocida y recibida por el juez* a través de su jurisprudencia; y los principios generales no serán los del ordenamiento o los del derecho en abstracto sino los principios *tal como son entendidos por el juez* en su jurisprudencia (90).

Por lo tanto, de alguna manera, se puede decir que la jurisprudencia está por encima de las fuentes del derecho.

Invocar la jurisprudencia es invocar un precedente, es decir, «asimilar el caso nuevo a un caso antiguo» (91). Generalmente se emplea ese término «en el sentido de doctrina, como modo de interpretar una regla de Derecho, de observarla y de aplicarla» (92). Sin embargo, hemos de declarar una vez más que toda invocación de un precedente está basada en un juicio de valor. Vamos a intentar demostrarlo.

El juez puede acudir a una decisión anterior con dos finalidades: confirmarla (confirmando simultáneamente su propia decisión) o rechazarla (también para confirmar su decisión). Cuando el juez invoca un precedente que confirma su solución del caso, lo hará siempre insistiendo en las similitudes y rechazando las dife-

(88) La importancia de la jurisprudencia ha sido reconocida por multitud de autores. Algunos señalan que «se incorpora de alguna forma al derecho en vigor» (A. WANWELKENHUYZEN: «La motivation des revirements de jurisprudence», en *La motivation des décisions de justice*, op. cit., p. 255), reconocen «el papel preeminente del juez en la elaboración del derecho» y consideran que «los Tribunales hacen a la vez obra de legislador y de Juez» (L. SILANCE, «La motivation des jugements et la cohérence du droit», en *La motivation des décisions de justice*, op. cit., p. 226).

(89) P. FORIERS: op. cit., p. 48.

(90) *Ibidem*, pp. 48 y 49.

(91) Ch. PERELMAN: «Les cadres sociaux de l'argumentation», en Ch. PERELMAN: *Le champ de l'argumentation*, op. cit., p. 27.

(92) P. DE ELIZALDE Y AYMERICH: «El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia», en *El Tribunal Constitucional*, Vol. I, Madrid, 1981, p. 872: «de forma más restringida se designa el conjunto de criterios, de interpretación y de decisión, establecidos por los tribunales de Justicia».

rencias (93). Ocultará cuidadosamente cualquier otra jurisprudencia que ponga en duda su visión del supuesto y resaltará los aspectos favorables de cara a su justificación.

El juez puede también invocar un precedente para distanciarse del mismo. Se produce entonces lo que se conoce como un «giro jurisprudencial» (*revirement de jurisprudence*). Algún autor ha señalado que este giro está justificado en dos ocasiones: cuando la «paz judicial» no reina, o bien, «cuando se han producido cambios "en las cosas", en la vida social después de que la regla de derecho ha sido por primera vez enunciada por el juez» (94). De tal forma que cuando el juez «constate» que «no reina la paz judicial» o que hay «cambios en las cosas», podrá imprimir un giro a su jurisprudencia. Es como no decir nada o decir que el juez cambiará su línea jurisprudencial cuando lo estime (valorativamente) conveniente.

Cuando un tribunal decide romper con los precedentes anteriores pueden darse para Lagneau-Devillé (95) dos posibilidades: que se acepte o que no se acepte.

Si la nueva interpretación es tomada en consideración pueden pasar a su vez dos cosas:

a) La modificación la toma en cuenta el legislador y la transforma en texto legal.

b) La modificación es dejada a nivel de «jurisprudencia».

Cuando la interpretación no es aceptada puede deberse para Lagneau-Devillé a tres causas:

a) «Porque el "remolino" causado por los hechos, y que había provocado una interpretación, no es reconocido como que ha creado una situación específica que exija una interpretación "nueva" de los textos».

b) Porque se piensa que la interpretación dada a los textos no es correcta.

c) Porque se considera que es al legislador, y no al juez, al que le corresponde intervenir.

Por lo tanto, en todo giro de jurisprudencia intervienen los juicios de valor: primero, los del juez que realiza el cambio para decidirlo; segundo, los del resto del aparato judicial y los del legislador para aceptarlo o no. De las cinco reacciones posibles que hemos señalado ante el cambio de interpretación de un texto, en la primera coincidirán los juicios de valor del juez «renovador», de los demás jueces y del legislador; en la segunda sólo coincidirán los del juez que provocó el cambio y los de los otros jueces; en las tres últimas, el juicio de valor del juez que llevó a cabo el giro jurisprudencial no será compartido ni por sus colegas ni por el legislador.

(93) Ch. PERELMANS «Les cadres sociaux de l'argumentation», *op. cit.*, p. 27.

(94) A. VANWELKENHUYZEN: *op. cit.*, p. 269.

(95) A. LAGNEAUE-DEVILLE: *op. cit.*, pp. 511 y 512.

A modo de resumen podemos señalar, pues, que en toda invocación de jurisprudencia se vierten diversos juicios de valor: previamente, para decidir llevarla a cabo; una vez decidido, respecto de la solución jurisprudencial anterior (favorable o desfavorable según interese) y respecto de la solución propia, resaltando sus semejanzas con la anterior o sus virtudes respecto a ésta si se pretende sustituirla (96).

B) *La doctrina.*

La doctrina puede intervenir en la decisión judicial en dos momentos: *a priori* y *a posteriori*.

A priori cuando la opinión (considerada autorizada) de algún jurista influye en la del juez y le hace a éste conducir su interpretación por la vía señalada por el primero. En este caso se pondrá de manifiesto «el papel de la doctrina en la educación de los juristas y por ello en la práctica jurídica» (97).

La doctrina interviene *a posteriori* cuando la decisión adoptada por el juez la apoya éste refiriéndose a esas opiniones.

En el primer caso la doctrina configura la decisión y en el segundo le sirve de justificación. La intervención *a priori*, aún siendo extremadamente importante, no nos interesa ahora que vamos a fijarnos preferentemente en la doctrina como argumento justificativo.

En nuestro sistema jurídico la opinión de los autores no tiene fuerza obligatoria (98), pero su papel es de gran importancia (99). Sin embargo, la característica que define a la doctrina es su división. Rara vez los autores son unánimes sobre un punto (100), y esto hace que cuando el juez quiera acudir a la doctrina se encontrará con un abanico de argumentaciones para todos los gustos. Por supuesto, elegirá aquel sector de opinión que se ha manifestado favorable a sus posiciones, que coincide con él en sus juicios de valor. De todas formas, esto no tiene demasiada importancia ya que el juez rara vez determina el origen de la doctrina invocada.

La razón por la que los tribunales acuden tan raramente a la opinión de un autor personalizando es la apuntada anteriormente. Vistas las diferencias existentes entre la doctrina es más fácil para el juez citar la autoridad de la «doctrina» en abstracto. De esta forma se evita tomar partido por alguien en concreto y queda

(96) A. VANWELKENHUYZEN: *op. cit.*, p. 283.

(97) J. WROBLEWSKI: «La règle de décision dans l'application judiciaire du droit», *op. cit.*, p. 82.

(98) *Ibidem*.

(99) L. SILANCE: *op. cit.*, p. 224: «El papel de la doctrina es no sólo paliar ciertas lagunas y remediar las contradicciones de la ley, sino que podría ser incluso crear un sistema jurídico».

(100) J. WROBLEWSKI: «Motivation de la décision judiciaire», *op. cit.*, p. 130.

a salvo su imagen de «neutralidad». De paso, además (o mejor, por eso), se oculta su elección valorativa (101).

De todas las consideraciones anteriores sobre la jurisprudencia y la doctrina se pueden enunciar una serie de conclusiones válidas para ambas:

a) A menudo la jurisprudencia y la doctrina van unidas. En ese caso su invocación conjunta por parte del juez otorgará a la decisión de éste, si es coincidente con la de aquéllas, una autoridad justificativa contundente. En realidad lo que sucede en esa ocasión es que en un momento determinado han concurrido una serie de juicios de valor de igual forma que podían haber concurrido los contrarios.

b) Casi siempre un movimiento doctrinal «más o menos largo e impresionante» (102) precede a un cambio de interpretación jurisprudencial.

c) Los tribunales silencian la opinión jurisprudencial o doctrinal cuando es divergente de la suya (103). El reconocer que hay autores o sentencias que manifiestan una idea contraria restaría fuerza a la argumentación del juez, ya que ésta no se basaría entonces en la opinión unánimemente admitida, sino en la autoridad que recubre su elección.

d) Tanto la doctrina como la jurisprudencia (cuando, o en la parte que, son coincidentes con su solución) son instrumentos muy cotizados por los jueces de cara a justificar su interpretación y sus juicios de valor. El mejor argumento para apoyar una tesis judicial es demostrar que es conforme «con el orden reconocido» (104) manifestado a través de las opiniones doctrinales y de una línea jurisprudencial continua.

7. LA CREACION DE LAGUNAS

Como hemos visto hace un momento, el artículo 1.7 del C. c. obliga a los jueces y tribunales a resolver siempre todos los asuntos de que conozcan, y el artículo 357 del Código penal impone la pena de suspensión para el juez que «se negare a juzgar, so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley» (105). De la combinación de estos artículos (106) se ha extraído normalmente la autorización del legislador al juez para llenar las lagunas (107), o mejor dicho la imposición.

(101) *Ibidem*.

(102) A. VANWELKENHUYZEN: *op. cit.*, p. 280.

(103) J. WROBLEWKI: «La règle de décision dans l'application judiciaire du droit», *op. cit.*, p. 83.

(104) Ch. PERELMAN: «Les cadres sociaux de l'argumentation», *op. cit.*, p. 27.

(105) El artículo 361 de la LEC repite prácticamente la misma fórmula.

(106) En Bélgica la situación es similar con los artículos 4 del Code Civil y 5 del Code Judiciaire (Ph. GERARD: *Droit, égalité et idéologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, Bruselas, 1981, p. 182).

(107) P. FORIERS: «Les lacunes en droit», en *Le problème des lacunes en droit* (estudios publicados por Ch. PERELMAN), Bruselas, 1968, p. 23; y Ch. PERELMAN: *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, París, 1976, p. 45.

Tal como la configuran los textos legales y la doctrina, la laguna sería «la forma específica de la ausencia de una proposición normativa en el seno de un sistema normativo» (108). Por lo tanto, la noción de laguna presentaría las siguientes características:

a) Sólo es posible comprenderla partiendo de un ordenamiento jurídico considerado completo y coherente (109).

b) Dentro de ese sistema con pretensión de regular todos los casos posibles, la laguna sería una *deficiencia* (110), un fallo, algo no querido.

c) La laguna es siempre «aparente» o «provisional» gracias a los procedimientos establecidos para «remediarlas» (111). A lo sumo demostrarán que la coherencia del ordenamiento jurídico no está «*todavía*» completamente explicitada (112).

El concepto de «laguna» es por tanto una institución curiosa y ambivalente. Por un lado su existencia estaría demostrando que el sistema jurídico no goza de la plenitud que de él se predica; pero por otro, gracias a la noción de «laguna» y a los métodos ideados para «llenarlas», se mantiene esa ficción de que el ordenamiento es algo completo y coherente.

Partiendo de la base de que es imposible que un sistema jurídico pueda prever todos los supuestos con necesidad de regulación, habrá que concluir que es innegable la existencia de casos no contemplados por el mundo del derecho (113). Sin embargo, esta evidencia es puesta en duda en muchas ocasiones. Los jueces utilizan el «arma» de la laguna de forma tan arbitraria como veíamos que lo hacía con los métodos interpretativos. Por eso la afirmación de la existencia o no de una laguna implicará siempre un juicio de valor (114). Si en un momento determinado el juez cree conveniente no reconocerla la silenciará, y con la amplia gama de procedimientos que el sistema jurídico pone en sus manos resolverá el problema sin dificultad. Por el contrario, habrá ocasiones en las que el supuesto esté regulado perfectamente, pero si el juez estima que esa regulación lesiona un determinado valor digno de protección en su opinión, determinará la existencia de una laguna y solucionará el caso con una libertad mucho mayor. Este último es el supuesto que vamos a analizar ahora, lo que se han denominado «falsas lagunas».

Las «falsas lagunas», igual que sucede con las falsas antinomias (115), «provienen de la interpretación limitativa de una regla

(108) Ph. GERARD: *Droit, égalité et idéologie*, op. cit., p. 177: «La ausencia de una proposición normativa designa el estado de un sistema normativo que no contiene proposición que defina el estatuto deóntico de un caso determinado por ciertas propiedades».

(109) H. KUTSCHER: op. cit., p. 1-10.

(110) Ph. GERARD: «Droit, égalité et idéologie» op. cit., p. 178.

(111) J. LENOBLE y F. OST: op. cit., p. 137.

(112) A. LAGNEAU-DEVILLE: op. cit., p. 510.

(113) A. VANWELKENHUYZEN: op. cit., p. 280.

(114) Ph. GERARD: *Droit, égalité et idéologie*, op. cit., p. 178.

(115) «Las 'falsas antinomias' resultan de la creación jurisprudencial de

cuando su interpretación literal conduciría a una decisión cuyas consecuencias son juzgadas social o moralmente inadmisibles» (116). Muchos autores han reconocido que el juez cuando llena las lagunas está participando en el proceso de creación del derecho (117), ¿qué decir entonces cuando el juez no sólo llena las lagunas, sino que además las crea? En ese caso el problema se duplica, ya que las valoraciones judiciales no intervendrán sólo a la hora de remediar la laguna, sino también en la decisión de crearlas.

Toda esta situación ha llevado a Warat a introducir el concepto de laguna dentro de lo que él denomina las «variables axiológicas». Según este autor, «cuando en el discurso judicial se hace necesario cancelar el significado paradigmático de una norma, los juristas acostumbran a recurrir a una variable axiológica o estereotipo. La variable axiológica proporciona una excusa valorativa para un desplazamiento del significado de las palabras de la ley» (118). Los dos casos más representativos de variables axiológicas serían el estado de necesidad (119) y la laguna. Vamos a ver el funcionamiento de esta última como variable axiológica con un ejemplo ilustrativo (120).

Una ley argentina prohibía la adopción cuando el adoptante tuviera hijos legítimos o naturales. Se planteó el caso de una persona que solicitó una adopción a pesar de tener hijos legítimos, pero que alegaba que eran mayores de edad y que prestaban su consentimiento a la adopción. Los tribunales entendieron que las notas de mayoría de edad y consentimiento eran de tal peso que excluían el caso de lo previsto por la ley sobre adopción. Los jueces argentinos decretaron aquí la existencia de una laguna aunque la regulación legal era contundente: una persona con hijos legítimos o naturales no puede adoptar. ¿En base a qué criterios determinaron los jueces que el caso planteado no estaba incluido en la norma prohibitiva? Indudablemente según criterios valorativos. El juez declaró la existencia de una laguna, no porque fuera un caso de ausencia de solución legal, sino porque consideró la solución normativa valorativamente insatisfactoria.

una antinomia, cuando la apreciación de una regla conduce a consecuencias que lesionan un principio de equidad» (Ch. PERELMAN: «Qu'est-ce que la logique juridique?», *op. cit.*, p. 137).

(116) *Ibidem.*

(117) H. KUTSCHERS *op. cit.*, p. I-47: «No se puede hablar de un monopolio de los órganos legislativos en la creación del derecho, sino que se debe constatar que el juez y el legislador se reparten esta misión».

(118) L. A. WARAT: *op. cit.*, p. 100.

(119) El estado de necesidad es una variable axiológica porque:

1. Tiene una fuerte carga emotiva.
2. Su invocación genera un sentimiento de solidaridad con el reo.
3. Muda su significado de caso a caso.
4. Al invocarlo se neutralizan las notas ordinarias del delito (*Ibidem.* pp. 100 y 101).

(120) El ejemplo es también de WARAT (*Ibidem.*, p. 101).

En conclusión, la laguna es un mecanismo para remediar la falta de coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico. Con ella el juez puede hacer frente al imperativo legal que le obliga a resolver todos los casos que se le presenten, incluso cuando exista «silencio de la ley». El legislador consciente, quizás, de que la situación podía ser demasiado arbitraria debido a esos silencios y a la inevitable «incompletud» del ordenamiento jurídico, «inventó» la laguna «para hacer creer al juez que sólo puede hacer uso de su arbitrio, cuando el legislador no ha previsto el caso concreto sometido a su conocimiento» (121). Sin embargo, el juez ha sabido romper esa barrera y el uso que hace de las lagunas supera ampliamente el marco de lo «no previsto» por el legislador.

8. CONCLUSION

De la exposición hecha hasta aquí se puede extraer una idea clave que se ha ido repitiendo a lo largo de todas las páginas anteriores: *el proceso de aplicación judicial del derecho es un proceso valorativo; en él el juez se enfrenta a distintas elecciones en cada una de las cuales tiene que optar por una sola solución*. La pregunta que debemos responder ahora es: ¿qué guía realmente al juez en las diversas elecciones que realiza? Avanzaremos rápidamente una respuesta: la decisión sobre la solución del litigio.

En efecto, normalmente, como hemos visto, se presenta el razonamiento jurídico como un proceso lógico compuesto de varias fases (122). El juez, a través de ellas, iría conociendo poco a poco los datos del caso, y en virtud de las informaciones recibidas adoptaría una solución congruente con todas ellas. Sin embargo, esta forma de presentar el proceso de toma de decisión es falsa. Esta no es el resultado de varias elecciones (123). El camino seguido es el contrario. En la mayoría de los casos la solución del litigio precede a la motivación (124) y ésta es sólo una racionalización *ex post* de la decisión (125).

Sin una pregunta, el caso planteado no puede ofrecer ninguna respuesta (126), por eso el juez lo primero que hace es formar su concepción de la solución (127). A continuación esa representación del resultado (128) será la que guíe todas las demás elecciones que se produzcan en el proceso aplicativo. Estas estarán dirigidas siempre a confirmar y justificar esa primera elección. La pregunta que surge inmediatamente es, ¿y qué guía esa primera elección? Vamos a tratar de contestarla.

(121) F. VALLADO: *op. cit.*, p. 135.

(122) L. DE RUGGIERO: *op. cit.*, pp. 134-138.

(123) J. WROBLEWSKI: «Motivation de la décision judiciaire», *op. cit.*, p. 116.

(124) D. SIMON: *op. cit.*, p. 137.

(125) J. WROBLEWSKI: «La règle de décision», *op. cit.*, p. 72.

(126) L. RUGGIERO: *op. cit.*, pp. 126 y 127.

(127) F. OST: *op. cit.*; p. 113.

(128) L. DE RUGGIERO: *op. cit.*; p. 128.

Decíamos al principio del trabajo que el juez es un ser humano (129). Como todo ser humano ha recibido una determinada educación que en su caso se concreta en una determinada cualificación profesional. Por otra parte, desarrolla su actividad en el marco de una institución que impone unas reglas del juego (130) a las que el juez debe atenerse. Todos estos hechos se convierten en elementos que determinan la actitud del juez al decidir la solución para un caso concreto. Vamos a ver cada uno de ellos.

A) *Elementos «institucionales».*

Es lo que algún autor ha denominado la «conciencia jurídica formal» (131). Sería la parte «cognoscitiva» (132) del proceso, la «obediencia al derecho» (133) que debe el juez. Efectivamente, éste no es absolutamente libre a la hora de aplicar las normas, sino que tiene impuestas una serie de reglas, sobre todo formales, que debe respetar. Sin embargo, tanto esas reglas formales (motivación, prueba, en general las reglas procesales) como (y sobre todo) las materiales son tan vagas y genéricas que no es difícil respetar siempre las primeras y obviar, cuando sea necesario, las segundas: que se le imponga al juez como límite de su poder adoptar una solución «razonable» (134) es como no decir nada. De todas formas puede aceptarse que el juez recibe diversas «informaciones» (135) del mundo del derecho que de alguna forma influirán en su decisión.

B) *Elementos culturales e ideológicos (136).*

Decíamos hace un momento que el juez recibe una formación determinada, sustancialmente distinta a la del resto de los humanos y en gran parte diferente a la del resto de los juristas. Esto hace que el juez, como juez, tenga una ideología propia de su estamento, una concepción de «política jurídica» (137) particular, que determinará la forma en que lleve a cabo su labor. Pero, por otra parte, dentro del estamento judicial intervienen diversos factores que influyen a cada juez en concreto:

a) Cada juez tendrá una representación propia de su función a la hora de juzgar. Esta ideología personal la proyectará en su actividad.

(129) A. ROSS: *op. cit.*, p. 133.

(130) M. VAN DE KERCHOVE y F. OST: «Le 'jeu' de l'interprétation en droit», en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Vol. VI, México, 1982, pp. 229-245.

(131) A. ROSS: *op. cit.*, pp. 133 y 134.

(132) G. LUMIA: *op. cit.*, pp. 311 y 312.

(133) A. ROSS: *op. cit.*, p. 133.

(134) Ch. PERELMAN: «La motivation des décisions de justice, essai de synthèses», *op. cit.*, p. 426.

(135) J. WROBLEWSKI: «Motivation de la décision judiciaire», *op. cit.*, p. 117.

(136) A. LAGNEAU-DEVILLES *op. cit.*, p. 540.

(137) D. SIMON: *op. cit.*, p. 127.

b) El coeficiente intelectual del juez, su actitud epistemológica (138), influirá también y determinará su capacidad de comprensión, de relación y de extraer conclusiones.

c) El juez tiene también una «conciencia jurídica material» (139), que le dará una visión particular de lo que es socialmente deseable, justo, equitativo, etc. Estos conceptos, o la representación que el juez se haga de los mismos, influirán en la medida en que éste tendrá en cuenta la aceptación social de su decisión.

C) Elementos psico-sociales.

Como hombre, el juez también está sometido a la acción de diversos factores. Estos influirán enormemente en el momento de dar una solución al litigio. Aquí también podemos separar entre los elementos que afectan al juez por pertenecer a una clase social determinada y los que le afectan como persona individual:

a) Entre los primeros estaría el origen social del magistrado (140). Los tribunales «reclutan» su personal mayoritariamente en un determinado estrato social: la burguesía, debido al proceso que es preciso seguir para acceder a la carrera judicial. Esta «extracción social» del juez determinará igualmente su actitud hacia determinados casos.

b) Como persona, el juez está sometido también a diversos factores psicológicos. Ante un hecho, de la naturaleza que sea, ninguna persona accede limpia de prejuicios. Todos tenemos recuerdos, experiencias, sentimientos, convicciones, que configuran una cierta «actitud valorativa» (141). Todo este sistema «motivacional» (142) creará en el juez simpatías, adhesiones, rechazos, etc., que se convertirán en valoraciones, quizás inconscientes, a la hora de dictar la solución. En definitiva, lo que guía al juez en ese momento, será sobre todo su «intuición» (143).

Todos estos elementos que hemos expuesto creemos que dan una respuesta bastante satisfactoria a la pregunta planteada. Debemos advertir, sin embargo, que no es posible en la práctica discernir entre cada uno de ellos; los momentos valorativos y cognoscitivos se entremezclan (144) Por otra parte, hay que tener en cuenta que todos estos factores e informaciones que recibe el juez, son a su vez «amoldados» a su personalidad, por la forma en que éste los acoge y selecciona (145).

(138) J. WROBLEWSKI: «Motivation de la décision judiciaire», *op. cit.*, p. 117.

(139) A. ROSS: *op. cit.*, p. 134.

(140) A. LAGNEAU-DEVILLE: *op. cit.*, p. 535.

(141) J. WROBLEWSKI: «Motivation de la décision judiciaire», *op. cit.*, p. 117.

(142) A. LAGNEAU-DEVILLE: *op. cit.*, p. 535.

(143) H. KUTSCHER: *op. cit.*, p. I-16.

(144) A. ROSS: *op. cit.*, p. 134.

(145) J. WROBLEWSKI: «Motivation de la décision judiciaire», *op. cit.*, p. 117.

La decisión

Por FRANCISCO PUY

Santiago de Compostela

§ 1 ¿Qué significa *decisión*?

Estimo oportuno responder a esta pregunta *a xeito galego*; es decir, con estas otras preguntas:

- 1.^a ¿Es un acto exclusivo de jueces?
- 2.^a ¿Es un acto exclusivo de juristas?
- 3.^a ¿Es un acto de cualquier ser humano?
- 4.^a ¿Es un acto exclusivamente individual? ¿O también colectivo?
- 5.^a ¿Es un acto de la voluntad a secas? ¿O también de la razón?
- 6.^a ¿Es un acto meramente libre? ¿O también normado?
- 7.^a ¿Es un acto algésico o analgésico?

§ 2 Trataré de responder a esas siete preguntas de modo que podamos aclarar algo lo que es la decisión. Y para evitar equívocos de partida, asentaré un par de extremos:

Primero: como soy un jurista, que escribe en un órgano editorial jurídico, para uso de juristas, es claro que me refiero a la *decisión jurídica*.

Segundo: como cualquier otra noción jurídica, la decisión no es sólo un concepto (científico), sino un tópico (retórico). De las siete preguntas anteriores, las seis primeras se refieren al *concepto* y son habituales. La última, sin embargo, es (casi) original y se orienta al descubrimiento del sentido del *tópico*. Para las seis primeras me limito a recoger el sentir de la teoría jurídica actual. Para la otra, procuraré hacer historia y prehistoria —o sea, arqueología filológica—. Y vamos a ello.

§ 3 *Primera cuestión*: ¿es la decisión un acto exclusivo de los jueces, o magistrados, o tribunales?

La jurisprudencia contemporánea da muy frecuentemente una simple respuesta positiva a tal pregunta. La decisión viene entendida cotidianamente como un acto tan propio del juez, que eso

se sobreentiende, si no se avisa otra cosa. He aquí algunos ejemplos.

§ 4 a) «Se llama decisión a la orden judicial» (1940, Roma).

§ 5 b) «Decisiones son todas las comunicaciones dirigidas a las partes por un órgano de aplicación del derecho...

Las decisiones pueden ser juicios, resoluciones y disposiciones. Las diferencias concretas son difíciles de establecer...

Los juicios son las resoluciones del juez cognoscente acerca de la petición sobre el punto específico debatido...

Las resoluciones son decisiones del tribunal de contenido material y no simplemente procesal...

Y las disposiciones son mandatos de un juez individual relativas a la mera dirección formal del proceso...» (1955, Hannover, Alemania).

§ 6 c) «Una decisión es un acto ejecutado por alguien que ocupa el oficio de juez, demostrando o pudiendo demostrar: que los precedentes invocados son aplicables al presente hecho; que se trata de una adjudicación justa; y que se trata de una atribución concordante con las necesidades de la época» (1971, New York, USA).

§ 7 d) «En sustancia, una decisión es simultáneamente: un examen histórico de diversos actos necesarios y suficientes; un juicio de calificación jurídica de un hecho, verificado en la experiencia común; y una proposición imperativa, pronunciada por los órganos judiciales y dirigida al condenado y a los órganos del estado competentes para la ejecución» (1971, Lecce, Italia).

§ 8 e) «La decisión judicial es un acto de actividad jurídica, enlazado a las exigencias de la legalidad social objetiva, y dirigido a la realización de la misión política encomendada a la administración de justicia por la constitución» (1971, Ostberlin, DDR).

§ 9 f) «La decisión puede entenderse como proceso, basado en la autocrítica y en la autoeducación, por el que se conserva lo ciertamente conservable —evitando desde luego el inmovilismo—, y se desarrolla el derecho correspondiente a las previsiones valorativas de la constitución, ordenadas a la realización de una sociedad liberalmente entendida» (1973, Bremen, Alemania).

§ 10 Naturalmente los jurisprudentes coetáneos son conscientes de que la noción de decisión desborda la raquítica autoría del juez. Lo que ocurre es que se toma a la decisión judicial como el protomodelo de toda decisión jurídica. He aquí cómo lo argumenta un ilustre colega polaco (en un trabajo de 1971, Varsovia):

«Hay muchos significados de decisión legal. Las principales intuiciones de la significación de esta expresión en el lenguaje legal y en el común son:

- a) Decisión tomada por un órgano autorizado por el estado.
- b) Decisión determinada por la ley.
- c) Decisión legalmente válida.

Pero no es mi propósito —continúo leyendo al maestro polaco— reconstruir los varios usos de decisión legal en los lenguajes particulares. Tomo la decisión judicial como paradigma de la decisión legal. Es decir, que analizaré la decisión judicial como paradigma de la decisión legal. Es una simplificación de mi tarea, puesto que puedo evitar la consideración sistemática de todas las clases de decisiones legales y la consideración de sus peculiaridades. A la vez, mi análisis se refiere a la forma más complicada y minuciosamente regulada de decisión legal, puesto que las otras clases de decisiones legales son institucionalmente mucho más simples».

§ 11 Está claro que yo prefiero complicarme la vida analizando la noción de decisión dentro y fuera —y no sólo dentro— del subconjunto de lo judicial. ¿Por qué? Pues exactamente, porque la reducción al caso más complicado está condenada al fracaso que acarrearán la falta de plenitud y el exceso de detallismo. Precisamente se trata, de intentar explicar algo la razón de ser de tan minuciosa regulación. Así, pues, vamos a saltar al otro campo. Pero quizá no sea ocioso recordar, antes, la noción de decisión judicial que ofrece el maestro polaco.

§ 12 Este, en efecto, se manifiesta en estos términos:

«La decisión judicial, como paradigma de la decisión legal, puede ser tratada como una solución de un conflicto, basada en reglas legales, que decide el caso por la asignación de deberes, obligaciones, poderes y otras modalidades legales al destinatario de la decisión».

Repito la ubicación de este espécimen de definición: 1971, Varsovia, Polonia. Definición interesante, por cierto. Pero con el sorprendente fallo de incluir por dos veces en el predicado el mismo término del sujeto definido.

§ 13 *Segunda cuestión:* ¿es la decisión un acto propio de juristas y quizá exclusivo de ellos?

Bien, por lo pronto, dejo constancia de mi alineación con aquellos jurisprudentes que piensan que la decisión es un acto típico de todos los juristas. O, al menos, de más juristas que sólo los incluidos en la clase de los jurisdicentes o jueces.

Gonfalonieros insignes de esta línea, en el pensamiento contemporáneo, han sido dos ilustres maestros de la universidad berlinesa de los años 30: Carl Schmitt, en su *Verfassungslehre* (de 1928); y Herrmann Isay, en su *Rechtsnorm und Entscheidung* (de 1930). Ambos dejaron definitivamente asentado, que un jurista tiene que considerar decisiones, no sólo los juicios judiciales, sino también todas aquellas otras reglas complementarias procedentes

de un órgano estatal distinto, o de la jurisprudencia científica, o de cualquier parte, o partido, o fuerza social...

§ 14 Tengo para mí, que es en este plano amplio, donde hay que tratar de encontrar la noción de decisión legal o de decisión jurídica; y donde muchos la han encontrado, con notable acierto. Recordaré algunos especímenes —que por supuesto suscitarán diversos grados de aprobación o asentimiento, según para quién o para qué—.

§ 15 a) Sea el primero, este especimen de 1965, Bologna, Italia:

«La decisión es un acto práctico, o un acto de voluntad, de aplicación de la ley al caso concreto».

§ 16 b) Sea el segundo éste, dato en 1977, Quito, Ecuador:
«Suelen denominarse decisiones a las normas administrativas individuales».

§ 17 c) Y para cerrar la serie, baste con esta toma (de 1979) de Luis Legaz, que refleja muy bien el concepto científico de la decisión en los años de la postguerra mundial:

«Una decisión es una interpretación realizada por un órgano jurídico con la intención de realizar el derecho correcto, es decir, la justicia de la situación».

§ 18 El tenor literal de las nociones, que acabo de copiar, muestra a las claras que la noción de decisión legal es más amplia que la noción de decisión judicial. Pero pienso que no estará de más escuchar la concreta percepción de tal hecho en boca de algún colega, para poder aprender mejor la problemática que el mismo hecho suscita. Y permítaseme subrayar, que se trata de esa problemática a la que se pretende escapar —confesada o inconfesadamente— cuando se reduce el campo del análisis a sólo el ámbito o clase de las decisiones judiciales, o providencias de la jurisdicción.

§ 19 He aquí el interesante planteamiento de un investigador yanqui (1971, Yale, USA):

«Tomo la expresión decisiones legales para referirme a las decisiones comprendidas al menos dentro de dos clases de instituciones, con las que estamos familiarizados al presente; esto es, las decisiones judiciales y las decisiones legislativas. Que ambas no agotan las variedades de las decisiones legales —incluso por referencia a las estructuras sociales presentes, omitiendo la referencia a las pasadas o a las posibles futuras— es, empero, cosa que resulta clara, si consideramos, p. e., las típicas decisiones que se hacen continuamente hoy día, en el área, en constante crecimiento, del derecho administrativo, con su tendencia a permitir el mayor juego al ejercicio de la discrecionalidad, opuesto a la aplicación de reglas ya existentes. Para mi propósito, pues, es importante desde el prin-

cipio dejar plenamente establecida la ambigüedad implícita en el concepto de las decisiones legales; y, por ende, la ambigüedad de toda consideración filosófica acerca de cómo son justificadas o lo puedan ser».

Bien, ahí aparece nuestro problema. ¿No será más fácil justificar decisiones concretas si conocemos algo más precisamente y menos ambiguamente la noción de decisión?

§ 20 Ya sé que la empresa no es fácil. Oigamos otro mónico precautorio. Este, procedente de un trabajo elaborado en 1981, en Köln (Alemania). Dice así:

«El concepto de decisión pertenece al número de aquellas categorías caracterizadas por la máxima extensión y la reducida intensidad, y fácilmente disponibles para la generalización filosófica, pero poco adaptadas para delimitar un ámbito específico de los fenómenos sociales...».

Yo creo que lo que está barruntándose aquí es, que se trata de un término con más dimensión de tópico retórico, que de concepto científico. Bueno, ya volveremos sobre esto. Pero conste que se trata de las dos cosas.

§ 21 Ahora bien, nuestro informador añade una noción interesante que debemos recoger, pues se trata —como complemento de la ya tomada de Legaz— de la que mejor refleja el concepto reciente de esta noción. Dice así más o menos:

«Decisión es el proceso que persigue el objetivo de transformar un desorden concreto en un orden jurídico, en cuyo interior unos órganos específicos tienen asignadas unas competencias específicas» (repito la ubicación: 1981, Colonia, Alemania).

§ 22 Bien, todo lo anterior nos ha obligado a exorbitar el análisis, de la decisión judicial, a la decisión jurídica. Pero no sólo a eso, sino a algo más. Nos obliga a exorbitarnos al análisis de decisión humana, o sea, de decisión sin recortes. ¿Por qué? Porque no se logra horadar la cáscara de los tecnicismos jurídicos, si no se sobrepasa la piel del jurista, calando en la carne del humano.

§ 23 Soy consciente de que aquí, en este recodo del camino, me aguarda la esfinge positivista, con su aviso conocido:

«No traspasar. Está *ud.* abandonando el dominio jurídico».

Mi respuesta es: ¡Al diablo la esfinge positivista y todos los muros berlineses que se hayan inventado!... Si es que el terreno legal ha de ser roto, igual que el átomo, para dominar su energía... pues hay que arriesgarse a romperlo. Y sigo con mi siguiente pregunta.

§ 24 *Tercera cuestión:* ¿es la decisión un acto humano general? Ya hemos visto que sí. Lo que se quiere preguntar, entonces, es más bien esto otro: ¿Somos conscientes los juristas de que nuestras decisiones, despojadas de sus tecnicismos, tienen que seguir siendo decisiones humanas? E incluso ¿sacamos las conclu-

siones oportunas de tal hecho, a la hora de revestirlas de tales tecnicismos?

§ 25 La respuesta a esta pregunta no puede ser neta, pues hay juristas que sí y juristas que no se percatan de la humanidad genérica de toda decisión, y también de la decisión jurídica. Por supuesto, no faltan los tecnómanos a quienes las anteojeras de su positivismo no les deja ver todo el campo. Pero lo importante es que muchos juristas no están trabados por esa estúpida dificultad. He aquí tres muestras de esta especie —que es la que nos interesa— y procedentes de tres campos bien diversos, como son el existencialismo, el materialismo y el neoescolasticismo.

§ 26 a) Muestra de 1958, Göttingen, Alemania. Dice así:

«El concepto de decisión significa que, en su actuar, el hombre no siempre tiene que seguir unas reglas previamente dadas que pueda contraponer a los hechos».

§ 27 b) Muestra procedente de 1972, Ostberlin, DDR. Dice así:

«Por decisión se debe entender la elección de una posibilidad de conducta entre varios diversos posibles modos de conducta... Llamamos decisión a la elección entre dos alternativas simples, verosímilmente equivalentes, de las cuales tiene que presentarse, o la una, o la otra; como p. e., la posibilidad de obtener cara o cruz, arrojando al aire una moneda...»

§ 28 c) Última muestra, procedente de 1976, Granada, Andalucía. Suena como sigue:

«La decisión es una actividad responsable, que implica un fundamento ético por una estimación de valores, que se refieren a la existencia, o a la forma de articularse una comunidad política, o a los objetivos que debe realizar el poder público... Decisión, pues, es la selección de un proyecto de acción entre un número definido y limitado de proyectos alternativos, con el propósito de establecer una situación o un estado de cosas futuro, concordantes con la previsión de quienes hacen las decisiones».

§ 29 Esta última alusión plural —que reitera otras con que ya nos hemos atopado anteriormente— nos conduce ineluctablemente a la siguiente cuestión general, que habíamos asentado al comienzo. Pasemos entonces a considerarla.

§ 30 *Cuarta cuestión:* ¿es la decisión un acto individual o colectivo? Quiero decir, pues salta a la vista que se trata de ambas cosas: ¿cómo contempla la jurisprudencia el momento individual respecto al momento colectivo de la decisión?

La respuesta simple a esta pregunta puede sonar así. La jurisprudencia actual entiende la decisión como un acto básicamente personal e individual, pero asumible a acto colectivo o social, y

transformable en acto mecanizado y objetivado. Veamos una sucinta muestra de la aparición de estos repliegues tectónicos de la noción.

§ 31 a) He aquí, en primer lugar, una expresión del enfrentamiento posible entre las dos posiciones, tal y como la exterioriza una muestra doctrinal tomada en 1966, Ginebra, Suiza:

«En general se entiende por decisión: bien el proceso de deliberación o la acción de elegir; bien el resultado de dicha acción, o lo que así se determina. Pues con este término se hace referencia, simultáneamente, al hecho de optar y a la opción final... Según algunos, sin embargo, el acuerdo de muchos, fundado en concesiones unilaterales o recíprocas no tiene en absoluto el mismo carácter, que el acto de uno solo. Hasta el punto de que denominar a aquél decisión, en cierto modo constituye una usurpación humillante... Mas a mi modo de ver, la decisión puede ser, tanto obra colectiva, como elección individual...».

§ 32 b) El mismo fenómeno expresa esta otra muestra recogida en 1976 en Salzburgo, Austria; pero que al revés que la anterior, en lugar de andar a la caza de la decisión colectiva, lleva su objetivo tras el rastro de la decisión individual. Dice así:

«En sentido lexical, el significado de decisión connota voluntariedad y elección. Al considerar la decisión en sentido general, hay que distinguir: entre la decisión propia y verdadera, que es la decisión personal...; y la decisión por adhesión, donde el contenido de la decisión se configura como típico... La elección o decisión prototipo es la que sucede al nivel de la persona humana. Un modo indirecto de configurar la decisión es mirarla como: el acto que no se ha cumplido ni por acaso, ni por inercia; o que no ha tenido lugar, ni por presión de los apetitos, ni por imposición de otro... Y, en sentido positivo: la decisión es el acto que tiene lugar por ponderación de los argumentos y de las razones, efectuada por el individuo que la cumple».

§ 33 En general la teoría jurídica se preocupa más por el análisis de la decisión colectiva, que por el de la individual. Es lógico que así sea, puesto que incluso la decisión individual le interesa al derecho —dada su estructura ontológica alteritaria—, sólo cuando tiene repercusión traspersonal. Las dos formas de decisión colectiva más analizadas por la jurisprudencia son: la *decisión institucional* y la *decisión política*. He aquí dos muestras sumarias de ambas.

§ 34 Noción recogida en 1971, en Cracovia, Polonia:

«Por decisiones institucionales entiendo los actos que, sobre el fundamento de procedimientos convencionales definidos, pueden ser creados como actos de creación —general o individual— de normas... El término decisión, con todo, se usará para denotar el resultado final de tales actos... La clase de tales actos, sin em-

bargo, no tiene que identificarse con la de los actos legales, porque no todas las normas en cuestión son normas legales...».

§ 35 Noción recogida en 1981, en Madrid, España:

«Tienen en el campo del saber político la calificación científica de decisiones... aquellas normas jurídicas constitucionales que son... afirmaciones resueltas de voluntad de una organización política, que tienen para ésta un significado primordial, desde el punto de vista de la actuación, y de la orientación de la actuación, y que reclaman una línea constante y perseverante de conducta, hasta que plenamente sea consumada su realización».

§ 36 La alusión a la voluntad, que acabamos de oír, nos conduce a la ulterior cuestión programada, que es la de la naturaleza psicológica de la decisión. Nos metemos así en la pura competición que podríamos denominar «Copa Mundial Aurelio Agustín de la filosofía del derecho».

§ 37 *Quinta cuestión*: ¿es la decisión un acto de la razón o un acto de la voluntad?

La respuesta que hoy se da a esta pregunta es, por doquier, ecléctica y acumulativa; y suena así: la decisión es un acto de la razón y de la voluntad. Bien, no ha de extrañar que a la vieja cuestión agustiniana, de cuño retórico, se le dé la misma solución retórica que le dio su autor: *ratio vel voluntas*; o sea, *ratio et voluntas*. Pero no deja de tener interés ver cómo el acento se va cambiando: desde el voluntarismo-racionalismo de la polémica entre decisionismo y normativismo de los años 30; hasta el calculismo-cibernetismo de los años 80.

Así es que una cosa es lo que se dice y otra lo que se hace. Pero veamos algunas muestras.

§ 38 a) Quiero empezar esta serie con una aguda cita de mi colega en la minerva compostelana Antonio Poch, que data de 1970, y dice así:

«La decisión, autorizada e imperante, es carácter constitutivo de todo precepto, ya que, al no poderse concluir con rigor deductivo una solución, ha de imponerse e imperarse la resolución que decida, de manera razonable, el entresijo situacional».

Siguiendo la vieja tradición franciscana, mi colega compostelano se inclina por la voluntariedad preeminente e incluso por la irracionalidad de la decisión. El ilustre maestro gallego anda así —como en muchas otras cosas, su pueblo, que es mi pueblo— a la contra del mundo. Porque el mundo gusta proclamarse hoy día, racionalista. Me parece a mí que con cantidades industriales de hipocresía. Pero lo hace. He aquí algunas muestras.

§ 39 b) Muestra recogida en 1976, en Madrid, España:

«Las decisiones en que se traducen los actos de poder no pueden considerarse como un puro impulso de voluntad, sino —de

acuerdo con la definición clásica de la ley— son una ordenación reflexiva, que ha de estar rodeada de competencia, audiencia de necesidades, consejo, deliberación, oportunidad y coherencia».

§ 40 c) La racionalización de la decisión en forma computo-
rizada comenzó a abrirse paso en la postguerra a marchas forza-
das. Ya en 1963, el famoso buda germánico de Starnberg escribía
un pesado ensayo sobre *Dogmatismus, Vernunft und Entscheidung*,
que concluía así:

«Hoy día, la convergencia entre razón y decisión... debe ser
recuperada y sostenida como reflexión... o lo que es equivalente,
después de la separación o disrupción entre razón y decisión:
adecuándose al plano de la racionalidad tecnológica».

§ 41 d) Por tanto, se han construido una serie innumerable
de teorías de la decisión, especialmente en Estados Unidos. Entre
las más conocidas figuran las siguientes: *decision's analysis*; *po-
licy's analysis*; *cost-benefit analysis*; *cost-effectiveness analysis*; *teo-
ría del árbol de la decisión*; *diagrama del flujo de la decisión*; *in-
vestigación de sistemas*; *análisis de operaciones*; *public choice*; *ad-
ministración por objetivos*; *teoría del juego*; *teoría del debate*, etc.

Sus conceptos y diferencias mutuas aún no están establecidos.
Pero se pueden englobar todas esas técnicas bajo el rótulo de
teorías de la decisión, entendiendo por tales cualesquieras teorías
en que se considera qué acción puede adoptarse, respecto a varias
alternativas, cuando no se posee información completa sobre las
mismas, pero sí información suficiente para determinar qué alter-
nativa es la mejor o la óptima en términos de la propia teoría
(como dice un teórico, en 1979, Bryn Mawr, Penn. USA).

§ 42 El avance de las teorías de la decisión conduce a una pro-
gresiva normativización de los procesos decisorios colectivos e in-
dividuales, públicos y privados. Y tal es la razón por la que el viejo
tema del racionalismo o voluntarismo de las decisiones se ha trans-
formado en el problema de si la decisión es un acto normado o
libre. Pero esa es la sexta pregunta que hicimos al comienzo.

§ 43 *Sexta cuestión*: ¿es la decisión un acto normado o un
acto libre?

Desde luego ningún jurista ignora que hay decisiones que vie-
nen por así decir «cantadas» por una norma existente; y que hay
otras en que no se encuentra dicha norma en que apoyarlas fácil-
mente. La vieja letanía que sanciona al decisor que se niega a
decidir, a pretexto de no existir norma aplicable, es harto conoci-
da. La apelación a normas implícitas como el derecho natural, los
principios generales del derecho o los derechos humanos tiene el
mismo sentido... Pero, detrás de todo eso, suele pasar inadvertido
el hecho de que al jurista convencional le gusta buscar una norma

para apoyar, justificar o encontrar su decisión. ¿Por qué tenemos los juristas la tendencia a justificar nuestras decisiones con una norma, con la que nos enlazamos a través de un juicio?

§ 44 Para mí que la respuesta a esa pregunta suena así. Los juristas *queremos* decidir lo que libremente nos interesa en cada caso y situación; pero *no queremos* que se note la arbitrariedad o el voluntarismo que esa actitud conlleva inevitablemente. Los juristas queremos decidir libremente, arbitrariamente... como todo ser humano: pero disimulándolo.

La justificación de este disimulo puede ser muy variada y detrás de ella está toda la cuestión del racionalismo y el voluntarismo del derecho, cuya versión romántica es la cuestión decisionismo-normativismo. Permítaseme ilustrar esta vacilación, o esta angustia, o esta contradicción permanente de los jurisprudentes, con algunas muestras de reciente producción.

§ 45 a) Una primera puede ser ésta, extraída de un trabajo titulado *Decisione, giudizio e libertà* producido en 1968 en Roma:

«La decisión constituye indiscutiblemente un acto de voluntad: es incluso la misma voluntad en acto... Sin embargo, no existe decisión sin juicio... La decisión es, por tanto, un juicio. Que se trate de un juicio no expresado formalmente e implícito en la decisión, o incluso de un juicio esquemático y simplemente bosquejado, poco importa. La elementalidad o complejidad del juicio dará lugar a la elementalidad o complejidad de la decisión, pero en ningún caso ésta aparecerá privada de aquél...». «La decisión es un juicio». «La decisión no es otra cosa que un juicio»... se reitera dos veces más... ¿Por qué tanta reiteración?

§ 46 b) Estudiemos ahora otra muestra procedente de 1969, Lodz, Polonia. Según su autor, la aplicación del derecho se termina por una decisión que determina la solución del caso, declarando que la situación en cuestión tiene efectos jurídicos consecuentes, o que no los tiene». ¿Hasta dónde llega la racionalidad o normatividad de la decisión? Pues he aquí las conclusiones a que se arriva:

«Uno de los resultados de este análisis es un fuerte argumento contra las concepciones simplificadas de la decisión como pretendida conclusión mecánica o lógica, quitada de la prescripción del derecho para el caso concreto...» ¡Ah!, pero, al mismo tiempo, también se concluye: que el resultado «incita a considerar la decisión como un acto racional, es decir, ligado al fundamento normativo». Así, pues, seguimos vacilando: en la decisión hay razón, pero arbitraria... aunque disimulada por la apelación a normas... que no siempre son las leyes generales.

§ 47 c) Las vacilaciones se repiten en esta otra muestra elaborada en 1978, en París, analizando precisamente *La rationalité de la décision juridique*.

«Nos oponemos —dice su autor— a la visión monolítica, corriente entre juristas, que aun admitiendo la existencia de una deliberación previa, atribuyen a la decisión un momento misterioso e irracional de *fiat* no analizable y estrictamente personal. Creemos al contrario que conviene hablar de proceso decisional... cuya desembocadura es la decisión». Bien, ¿y qué es la decisión? Pues esto: «La decisión es el acto de voluntad de encetar una acción A, parte integrante de una estrategia E, seleccionada según el cálculo correctivo en una elección estratégica».

La aplicación de este concepto general al caso de la decisión jurídica, suena así. Una decisión es jurídica, cuando es el derecho quien «proporciona... la escala de preferencias dada en los modelos de elección constituidos por las reglas de derecho y los precedentes de la jurisprudencia». Pero, ¿y si faltan las normas o los precedentes necesarios? Pues funcionará, a falta de tales reglas decisionales preestablecidas, la «escala de preferencias constituida por la escala de valores jurídicos que determinan a aquélla». Por donde se nos vuelve a introducir el arbitrio junto a la norma y la voluntad junto a la razón.

§ 48 Parece, por lo que se ve, que no se escapa fácilmente a la trampa irracional en la decisión; y que, lo más que se puede hacer, es amoldarla y dulcificarla. Tal fue la solución intentada, con enorme habilidad, por uno de mis ilustres predecesores en la cátedra compostelana, Luis Recaséns; como puede verse con la amena lectura de su trabajo (escrito en 1971, en Méjico) sobre *La lógica de lo razonable en las decisiones políticas y jurídicas*. Omito reiterar su pensamiento, hartamente conocido. Pero es claro que lo que viene a enseñar Recaséns es: que la decisión resulta de un pensamiento problemático, en el que la legislación, o normativa de referencia, y la ciberneticización, o normativa de actuación, ocupan su lugar; pero que tal lugar no es todo el lugar. ¿Y qué lugar es el que resta por ocupar, libre de razón y de normativas? El que ocupa lo razonable: o sea, lo irracional, lo intuitivo, lo no calculado, lo incalculable, el sentimiento, las valoraciones, el misterio y el mar tenebroso...

§ 49 Si no me equivoco, eso es lo que hay en toda decisión. Un pozo de misterio, un abismo insondable, una negrura incalculable, un espacio exterior que escapa a las computadoras y a las calculadoras. Pero en el que tenemos que navegar los juristas todos, y muy especialmente los jueces, los administradores o funcionarios, y los legisladores...

Y, si sigo sin equivocarme, pienso que lo que se trata de hacer, al apelar a tanta racionalización, a tanto cálculo, a tanta matematización, a tanto cientificismo y a tanta tecnología, es disimular a los legos tanto peligro, y tanta dificultad y tanto dolor. No es, pues, sólo hipocresía, como malignamente sugería más arriba yo mismo, lo que mueve a los juristas al cientificismo. Aunque en algunos casos, es evidente que la hay. También hay, en algunos casos,

estúpido complejo de inferioridad ante los colegas de las batas blancas —cuyos problemas son siempre, siempre por cierto, de solución mucho más simple, sencilla y elemental—. Pero, en conjunto, no es ése el caso de los juristas. A la mayoría de los juristas que apelamos a la razón, y a la norma preestablecida y al valor socialmente estimado, y al poderoso mayoritariamente elegido, lo que nos mueve es el deseo de anestesiar un poco tanto dolor, a nuestros consocios en el género humano, o en los grupos en que nos organizamos. Porque *la decisión es, en el fondo de todo, dolor. Y la decisión jurídica es, esencialmente, dolor anestesiado por el arte jurídico*. Con lo que entro ya en la última cuestión programada.

§ 50 *Séptima cuestión*: ¿es la decisión un acto algésico o analgésico? Extraña pregunta. Ya avisé antes que no es habitual, a diferencia de las otras que hemos repasado. Por eso no es fácil encontrarle respuesta en la doctrina existente. Al menos, yo no la conozco. Lo más que he encontrado es atisbos, a los que quiero hacer referencia preliminar, antes de abordar el tema directamente. Hacen referencia a la finalidad de la decisión; y a sus orígenes; y sólo adivinan algo oculto en *el conflicto*, su causa provocadora.

§ 51. Uno interesante lo encuentro en un trabajo elaborado en este mismo año de 1983, en Friburgo de Alemania. El autor analiza una subespecie de la decisión política, que es la decisión comunicativa, y dice lo que sigue:

«La toma de decisión comunicativa es un proceso de deliberación expresa, que no busca, en relación a los conflictos, teóricos y prácticos, el combate; sino, por el contrario, la solución pacífica, la discusión y la reflexión en grupo; la comprensión general; el acuerdo y el consenso; y todo eso, tanto en lo concerniente a los objetivos y a los fines, como en lo concerniente a los medios».

Atención a eso: la decisión trata de resolver un conflicto. O sea, trata de *suprimir el dolor del conflicto* con los ungüentos mágicos de la reflexión, el diálogo, la comprensión, el acuerdo, el consenso... ¿Será verdad tanta dicha?

§ 52. Otro atisbo figura en esta aguda advertencia, impresa en 1972, en Buenos Aires, por un colega argentino:

«Las formas de decisión características de los derechos civilizados consisten en ampliar el grupo conflictual, haciendo intervenir un órgano que pone en juego normas superiores».

Atención otra vez. De nuevo estamos ante el dolor del conflicto. La decisión es la acción de un órgano que practica una intervención. ¿Una intervención normativa nada más?, o más bien ¿*no será una dolorosa intervención quirúrgica?*...

§ 53. Un último atisbo lo encuentro en el trabajo de 1947 sobre Carl Schmitt, de mi colega en la Facultad de derecho de Santiago, José Caamaño. Me refiero a dos observaciones en que insiste: una, de Schmitt; y la otra, propia suya. La de Schmitt es

la afirmación de que la decisión es algo que ocurre, y no tiene más remedio que ocurrir, cuando se da una situación «de caos..., de *bellum omnium contra omnia*». La conclusión de Caamaño es este conato de bien, desfallecido en pecado: «El concepto de decisión es como todos los conceptos de Schmitt un concepto polémico», dice en el corpus del libro. Y repite en la conclusión: «El concepto de decisión ha sido un concepto polémico»...

El atisbo es excelente. El pecado consiste en no haber advertido que *un concepto polémico no es más que un concepto teórico utilizado como tópico retórico*. Y que eso se puede hacer con la decisión o con cualquier otra noción. Y que eso lo ha hecho Schmitt —a las claras, muy bien y sin hipocresías—; pero que, en realidad, lo hacen todos los juristas (y tanto más cuanto más presumen de científicos puros, repuros, superpuros: y me remito a lo ya apuntado más arriba).

§ 54. Muy bien, pues hemos agotado el espacio del *concepto teórico*. Hay que coger la perforadora metafísica y penetrar en el sagrado del *tópico retórico*.

¿Qué significa en lo hondo del subconsciente jurídico la *decisión*? ¿Qué evocamos los juristas cuando apelamos a la *decisión*, o la invocamos, o la exigimos, quizá sin darnos cuenta?

Vamos a ver si nos lo aclara algo un somero buceo filológico por los arqueostratos del lenguaje jurídico.

§ 55. Antes que nada establezcamos el significado actual y común del término *decisión*:

a) En lengua castellana (Madrid, 1970): equivale a determinación; firmeza de carácter; resolución que se toma o se da en una cosa dudosa; sentencia de un tribunal.

b) En lengua portuguesa (Lisboa, 1977): vale por reducción; acto de resolver una cuestión debatida; solución; acomodación; arreglo; transacción; corte.

c) En lengua gallega y demás lenguas romances el abanico designativo es análogo.

Y, además, conviene notar que es término muy esclerotizado; que se conserva, incluso en la escritura, casi invariado en lenguas romances y no romances (aunque en éstas, alternando con las de propia raíz: pero la única notable es la voz germánica *Entscheidung*, de que me ocuparé después).

§ 56. Estos significados actuales tienen, como suele suceder, una larga serie detrás, en que hay muchos que se han perdido y algunos que se han transformado. Por lo que se refiere a las lenguas de nuestro entorno próximo la tradición de *decisión* y sus inmediatos antecesores latinos *decisio*, —*onis* & *decido*, en cuanto a sus significaciones predominantes, la podemos resumir como sigue. Y quede claro que no se discute la genética *decido*→*decisio*→*decisión* (o análogos).

§ 57. *Decisão* parece introducirse en portugués hacia 1600, con el significado fundamental de corte, solución o resolución.

Decisión se documenta en Castilla en 1597 con el sentido de corte o resolución.

Decidir se documenta un poco antes, en 1569, significando cortar, siempre en Castilla.

Décision se documenta en Francia, en 1403, con el significado vulgar de cortar, o trizar, o trinchar algo.

Pero en el mismo país se encuentra ya mucho antes, en 1314, la misma palabra romance, con el significado técnico-jurídico de resolución arbitral, o sentencia judicial, que detiene, o corta, el desarrollo de una causa.

§ 58. Este último significado jurídico de decisión es el que, en términos latos, nos sigue siendo familiar a los juristas todos de occidente. ¿Deste cuándo lo tenemos? Pues en las lenguas romances, desde su origen. Quiero decir, que debe haberse producido en todos los idiomas europeos hacia el siglo XIV, romanceando la palabra latina *decisio*, que en el lenguaje jurídico medieval tenía tal significado inequívoco y neto, ciertamente desde Justiniano.

§ 59. En efecto, el año 530 el emperador da las *Quinquaginta decisiones*, que son otras tantas constituciones con las que trata de dirimir, o cortar, o resolver, los conflictos de interpretaciones que entre los juristas ha provocado el *Codex* recién publicado. *Decidire* es, por tanto, resolver un conflicto o disputa, a lo largo de toda la tradición latina medieval.

No faltan algunos matices, pero que no alteran el sentido básico más que en una evolución enriquecedora, como se comprueba fácilmente.

Así, p. e., un texto de 584 indica, sin lugar a dudas, que *decidere* se entiende como entrar en conflicto, o litis, o pendencia judicial con alguien.

Y otro texto del año 1163 emplea el verbo *decidere* con el significado de decaer en un derecho, o perder la correspondiente acción; lo que, en suma, quiere decir cortar o terminar un pleito con una sentencia adversa.

Así, pues, desde al menos la compilación justiniana, una decisión es, si no yerro, el corte con que se detiene un conflicto. Y si se trata de un conflicto sustanciado legalmente, se tratará de una decisión jurídica. Sobre todo si la sustanciación consiste en un procedimiento conducido por y ante un juez.

§ 60. Pero, ¿y antes de Justiniano? Pues según testimonio de los filólogos, entre el siglo III y el siglo VII se mantiene viva la significación básica de *decisio* por sentencia judicial, o resolución definitiva de una causa, o litigio.

Según todos los indicios, a esa significación se ha llegado ha-

cia el año 200 por una aplicación, cada vez más lineal, de la imagen general de corte, que parte o divide algo, al algo consistente en la controversia, litigio o contienda ante los jueces.

§ 61. Esta polarización de la mucho más lata idea de escisión, o tajadura, o corte, a la decisión se ha ido realizando por pasos, como los que acreditan estas muestras:

Un texto anónimo de hacia 225 habla de una facción que se ha insurreccionado, o revolucionado, o separado o secesionado en una ciudad, empleando el verbo *decidere*.

En un texto de Ulpiano, de hacia 217, la expresión *res transactione decisa* significa negocio arreglado por una transacción.

Otro texto, de Apuleyo, hacia 180, emplea el término *decisio* significando igual que disminución o corte de lo que se entrega.

Otro texto, de Africano, del año 138, expresa la idea de reparar amistosamente un daño, con la frase *decidere damnum*.

En otro texto, escrito por Tácito el año 120, se habla de las penas consistentes en cortar el cuello, o cortar las orejas, con expresiones como *decidere collum & decidere aures*.

Y todavía hacia 50 a. C. Cicerón expresa la idea de iniciar o accionar en un pleito, con la expresión *decidere cum aliquo*.

§ 62. ¿Y antes? Pues hasta donde llegan mis noticias, antes no hay más *decisiones*, ni ningún *decidere* que echarse a la boca. Probablemente es el incommensurable Cicerón el inventor de esta palabra como compuesto. No de sus componentes, claro está. Pero esa es ya otra cuestión.

§ 63. Porque el verbo *decido* es un compuesto del preverbo *de* y del verbo *caedo*, *is*, *cecidí*, *caesum*, *caedere*, según todas las probabilidades. El Chambers de 1895, tan elemental y tan útil él, explica muy bien su significado así:

decidere = *de* (away) + *caedo* (to cut).

O sea: *decidere* significa *de-caedo*, es decir, cortar algo echándolo hacia afuera. A saber, más o menos lo que hace el cirujano que corta el trozo de carne tumoral, o el miembro inutilizado que sobra y daña al cuerpo... Pero no nos precipitemos.

§ 64. ¿Y qué se sabe de *caedo*? Pues por lo pronto algo muy reconfortante para nosotros. Que uno de sus más primitivos testimonios, o el primero de todos, es del año 449 a. C. y precisamente consta en la ley de las doce tablas, con el significado de cortar los árboles, o abatir algo cortándolo. Importante hallazgo, porque nos da la imagen primigenia de lo que se trata de cortar: árboles.

Según parece, luego ha pasado a significar cosas análogas a cortar, en todos los aspectos rurales: forestales (podar), agrícolas (segar), ganaderos (amputar), laborales (entallar la madera, tallar la piedra)... Y militares.

Por este dominio, me parece, es por donde se ha ido acercando el verbo *caedo* al ámbito jurídico. Pues los soldados son los

que lo han aplicado: a la división en unidades de un cuerpo militar; a la acción de golpear con un arma blanca, p. e., al enemigo en la batalla, o al prisionero en el sacrificio ritual; y, por tanto, a la víctima del sacrificio religioso; y en definitiva, a la acción de tirar un tajo a muerte, o tirar a matar, o lisa y llanamente matar.

§ 65. Hemos llegado a la razón del dolor que conlleva *toda decisión: constituye un corte, una tajadura, una puñalada, una amputación, o lisa y llanamente una occisión.*

¿Se tratará de una conclusión precipitada por mi parte? Creo que no. Por lo menos, me confirman la sospecha tres pruebas de análisis del lenguaje: en el latín mismo, en el alemán, y en el vasco. Los tres idiomas, por cierto, de los tres pueblos más sanguinarios del occidente. Porque en celta, en eslavo, en griego y otros no existe esta palabra...

§ 66. ¿Qué hay en latín detrás de *caedo*? No parece voz indoeuropea, sino penetrada desde el latín mismo, con toda naturalidad y desde los orígenes. Parece ser un causativo de *cado* (=caer) y antónimo de *sto* (=levantar o estar en pie). Por lo tanto significa dar el tajo para hacer caer al que lo recibe: para matarlo.

Ha producido pocos nombres, pero dos son dignos de nota.

El primero es *caelio*, —*onis* = cuchillo cortante, o navaja, o puñal para herir. Se ha perdido en los romances, por su confusión fonética con *coelum* (=cielo).

El segundo es el nombre propio *Caeso*, —*onis* en versión antigua, y *Caesar*, —*aris* en versión moderna. Cuyo significado explicaba, en 110, Plinio, diciendo que era el que había sido sacado de un corte en el útero materno: *a caeso matris utero...*

Adviértase que en este último caso el corte no es mortal sino vital: pero que sigue siendo doloroso.

§ 67. Pero vuelvo a repetir la pregunta: ¿qué hay en latín detrás de *caedo*?

Pues según los indicios la raíz fuerte *kad—*, que alude a lo que cae, y cuyo antecedente sánscrito es *cad—* o *skad—*. Es muy rara, y más bien vulgar que erudita. En un único pasaje del *Atarvaveda* se refiere a la caída de los dientes: operación siempre harto dolorosa.

§ 68. Y vamos a ocuparnos somerísimamente de la decisión germánica (cuando no es lisa y llanamente *Dezision*): *Entscheidung*. Es clara la correspondencia *ent— = de— & scheiden = caedere*.

Ahora bien. *Scheiden* = verbo altogermano *sceidan*; e = verbo gótico *skaidan*. Que significan: cortar (= *schneiden*); o separar (= *trennen*); o dividir o partir en dos (= *spalten*); o arrancar de cuajo (= *weggehen*).

Otro dato curioso. La fórmula lingüística en que se ha conservado más pura la significación de *scheiden*, es la fórmula del di-

vorcio vincular: *die Ehe scheiden*. O sea, una fórmula jurídica (y para uno de los más dolorosos actos jurídicos que quepa imaginar).

Otro más. En alemán moderno *entscheiden* significa dos cosas básicamente. Primera: la jurídica normal, o sea, dirimir judicialmente (*richterlich urteilen*). Nada raro, pero atención a la otra. Segunda: *den Ausschlag geben*, que significa dar la salida, dar el primer golpe; es decir, el saque tan bueno que ya es el último porque es el que corta el juego abriéndolo y cerrándolo de una vez... P. e., la estocada que decide el combate de esgrima.

§ 69. Ahora bien, ¿qué hay detrás de *entscheiden*?

Pues más o menos esta serie: *scheiden* ← *skedan* ← *skaidan* ← *skaizanan* ← *skaidanan*...

¿Raíz última? La raíz *skeid*—: de donde *shed*, en inglés; *skiedzin* en lituano; *skiedet* en letón; etc. P. e., en danés, dañar se dice *skade*.

§ 70. Para mí no hay duda de que la raíz *kad*— o *skad*— es la que da la sustancia del tópico decisión, asociándolo a la imagen del corte que separa algo con daño: incluso el alma del cuerpo y, por ende, la vida y la muerte.

En éuskera —que para mí es una lengua celtizada o céltica más— podemos encontrar ambas formas de la raíz conservadas, y no es pequeña confirmación de todo lo anterior.

§ 71. Por una parte tenemos el sufijo —*kada* que sirve para indicar un golpe dado con el objeto contundente que antecede como base. De donde que *harrikada* = pedrada; *ukabilkada* = puñetazo; *ostikada* = patada o coz; *palukada* = palotazo o bastonazo...

Y muy especialmente: *labainkada* = puñalada o navajazo; y *aizkorakada* = hachazo...

§ 72. En cuanto a la raíz *skad*— o *skat*— tenemos términos estrictamente jurídicos como los siguientes: *eska* = petición; *eske* = demanda; *eskabide* = reivindicación o exigencia; *eskagarri* = exigible; *eskakizun* = reclamación, requerimiento; *eskale* = = peticionario o pedigüeño; *eskari* = petición, demanda; *eskati-ma* = petición (de una parte de algo) o riña (por una parte de algo); *eskatzaile* = peticionario, litigante o demandante; etc.

Todos ellos son importantes de retener, puesto que la decisión en sentido estricto se dice con otras palabras como *erabaki*, *burubide* o *epai*, equivaliendo a juicio, sentencia o fallo.

Pero no hemos de olvidar tampoco otras apariciones que nos conducen al primitivo talado de árboles o segado de la hierba. Como, p. e., el verbo *asko* = multiplicar (cortando algo en muchos pedazos); el adverbio *askoz* = mucho más (obtenido por multiplicación de los trinchados o tajos)... Más interesante aún es el sufijo diminutivo —*sko*, que indica que lo que antecede es

menor porque se le ha cortado un cacho: p. e., la hierbecita se llama *belasko*; que significa la hierba que ha sido segada o cortada. Y todavía más sugerente: *in-auska* se llama al árbol bravo. ¿Por qué? Porque no ha sido injertado; o sea, no ha sido cortado o sometido a la operación quirúrgica de la poda para la inserción de la yema cultivada...

Inevitablemente, detrás de toda decisión hay siempre sangre chorreando... o savia de vegetal, lo mismo da.

§ 73. Latín, alemán, éuskera..., todos nos llevan al mismo sitio. Los tres confluyen sobre el castellano, claro está. Como ahora lo podemos confirmar con esos parientes de decisión que de otra manera pasan desapercibidos.

§ 74. P. e., y en primer lugar, he aquí algunos que conservan la raíz sonora *skad*—:

Esca = cebo (o sea, comida cortada con la que se asesta el golpe mortal al animal engañado).

Escabechar = matar a mano armada, ordinariamente con arma blanca.

Escabrosidad = terreno cortado, desigual, tajado.

Escacado o *escaqueado* = plano con escaques o cortaduras perpendiculares.

Escachar = hacer pedazos mediante tajos y golpes.

Escaecer o *descaecer* = caerse, desfallecer, tener la sensación de haber sido cortado por las piernas.

Escaencia = derecho que sobreviene, o se desgaja, o se corta de otro previo.

Escaso = falta, corto, no cabal ni entero.

Escatima = querella, defecto, agravio.

§ 75. Y ahora otros ejemplos con raíz *cad*—:

Cadalecho = cama hecha con ramas de árbol cortadas.

Cadalso = altura hecha con tablas cortadas.

Cadena = serie de eslabones cortados y enlazados después.

Cadí = juez...

(Advertencia marginal a este último término. Si algún lector se siente arabista u orientalista, por favor, que no incordie y, en cambio, colabore buscando las raíces *kad*— o *skad*— en árabe, hebreo, púnico, etc. Gracias anticipadas).

Pasemos a resumir *conclusiones*.

§ 76. Sobre el *concepto teórico-científico* de *decisión*, el amable lector puede encontrar en lo que antecede:

a) Ocho definiciones de «decisión legal»: en los §§ 10, 15, 16, 17, 19, 21, 45 & 47.

b) Siete definiciones de «decisión judicial»: en los §§ 4, 5, 6, 7, 8, 9 & 12.

c) Tres definiciones de «decisión política»: en los §§ 35, 39 & 51.

d) Una definición de «decisión institucional»: en el § 34.

e) Y seis definiciones de «decisión humana» (individual, o colectiva, o indistinta): en los §§ 26, 27, 28, 31, 32 & 47.

§ 77. Sobre el *tópico retórico-metafísico* de *decisión* el mismo encomiable lector podrá encontrar dichas innumerables cosas, buenas y malas, especialmente en §§ 49 y siguientes.

¿Habremos de torturarnos repitiendo lo dicho? Pienso que no. Me limitaré a hacer entonces un resumen esencial.

§ 78. La esencia del *concepto de decisión* creo que la podemos expresar así: *La decisión es el acto humano por que se corta una parte a un ser, privándole de ella y produciéndole dolor, por exclusivo interés del que se la apropia.*

§ 79. La esencia del *tópico de decisión* creo que la podemos expresar, en cambio así: *Decisión o derecho decidido es el tópico con que se presenta la propia posición jurídica como ya cortada de todo precedente, poseída sin amenaza poscedente, y firmemente establecida; y a la posición jurídica contraria, como la que inminentemente va a ser seccionada y cuyo dueño está asustado por el dolor que le producirá la cortadura.*

§ 80. En cuanto a la *definición conceptual* convendría precisar:

a) Que el *ser* sobre el que se decide puede ser cualquiera (hierba, árbol, animal, madera, piedra, tierra, bienes, personas, derechos...).

b) Que la *parte* que se secciona, tala, amputa o escinde puede ser cualquiera también (tallos, ramas, pelos, vísceras, monedas, terrenos, joyas, esposas, maridos, hijos, padres...).

c) Que el acto puede ser personal o delegado (por ej., en un juez, en un gobernador, en un parlamentario...); individual o colectivo (por ej., de un tribunal, un gabinete, un parlamento, una junta, un consejo...); simple o complejo (por ej., un cognición, un mayor cuantía, un *habeas corpus*, un *impeachment*...).

d) Que *corte*, tajo, desgarró, navajazo... lo hay siempre, aunque se pueda hacer con muy diversos instrumentos (arado, hacha, espada, bisturí, trepanadora, boletín oficial, papel de oficio, notificación, sentencia...).

e) Y que *dolor* también lo hay siempre: aunque de siempre se ha procurado aplicar anestesia, y ya se sabe que la calidad y cantidad de los analgésicos es muy diversa...

§ 81. En cuanto al *tópico retórico* convendría precisar también:

a) Que sus *aspectos positivos* se asimilan a las imágenes de las faenas agrícolas y ganaderas de la recolección; o las culturales de creación escultórica; o a las médicas del remedio al dolor y la enfermedad.

b) Que sus *aspectos negativos* más convincentes se asocian a las imágenes de la agresión criminal, tal: los destrozos en los bienes inmuebles; o el hurto de bienes muebles, o las lesiones físicas con arma blanca... y por lo tanto se orientan siempre sobre el miedo a un dolor inminente.

c) Que de todo ello se sigue la explicación de la razón de ser de algunos problemas antiguos y actuales.

§ 82. Por ejemplo, *el problema de la relación entre decisión y norma*: ésta consiste fundamentalmente en la amenaza de una decisión que se realiza —reduplicativamente— con otra decisión en forma de anuncio de la programación con que se cortará o decidirá llegado el caso.

§ 83. Por ejemplo, *el problema de la distinción teórica entre decisión y juicio*. Parece claro que la decisión es sólo una posible forma de juicio: aquel juicio que implica tajadura, hachazo o bisturí. Así, el famoso juicio salomónico fue efectivamente juicio, porque la sentencia atribuyó el niño a su madre, impidiendo la que hubiera sido decisión: la amputación del hijo a la madre. El «chiste» o «ingenio» del genio oriental consiste en haber evitado esa decisión o espadazo de fondo, amenazando o fingiendo llevar a cabo una decisión, o corte, o división cruenta de la criatura en dos mitades...

§ 84. Por ejemplo, la explicación de por qué toda la bibliografía en materia de decisión tiende a polarizarse sobre *el problema de la justificación de la decisión*. (Y nótese de paso que toda la ulterior *teoría de la decisión*, con su mítica-mística de matemática y su escenografía-decoración de computadoras, depende de la necesidad de «justificar» las decisiones ante quien sea —quizá uno mismo—...). Todo el tema de la justificación se explica advirtiendo que el decisor tiene mala conciencia, siempre, de que está dañando, cortando y trinchando a otros: por lo tanto necesita mostrar, como sea, que lo que hace es una operación quirúrgica sanitaria y no una sangrienta puñalada criminal... Y aun en el primer caso: necesita mostrar que ha aplicado toda la analgesia y anestesia posible; o que la va a aplicar, etc., etc.

Pero ya es suficiente.

§ 85. Añadiré solamente la referencia de la bibliografía específica utilizada en la redacción del trabajo que antecede:

- K. J. ARROW, *Values and collective decision-making* (1967).
- L. BAGOLINI, *Interpretazione giuridica e decisione* (1966).
- E. CAHN, *The moral decision* (1959).
- T. CORNIDES, *Normsetzung und Entscheidungstheorie* (1974).
- S. COTTA, *Decisione, giudizio, libertà* (1968).
- J. F. DOYLE, *Principles and policies in the justification of legal decisions* (1971).

- K. GEILER, *Rechtsnorm und Entscheidung* (1931).
- M. P. GOLDING, *Principled decision-making and the supreme court* (1963).
- C. GRZEGORCZYK, *Rationalité de la décision juridique* (1978).
- J. HABERMAS, *Dogmatismo, razón y decisión* (1966).
- E. V. HEYEN, *Probleme einer Ethik öffentlicher Entscheidungsprozesse* (1977).
- O. HOFFE, *La prise de décision publique* (1983).
- H. HORZ, *Determinismus und Entscheidungen* (1972).
- E. HUSSERL, *Stufen der Entscheidung* (1923).
- H. ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung* (1930).
- H. E. H. JAEGER, *Décision juridique et intellection scientifique* (1980).
- I. JENKINS, *The framework of legal decision-making* (1971).
- H. KLENNER, *Ueber die Rechtsfertigungsnotwendigkeit generalisierter juristischer Entscheidungen* (1971).
- C. KROCKOW, *Die Entscheidung* (1958).
- L. LEGAZ, *Justification de la décision en droit* (1971).
- B. H. LEVY, *On justification of judicial decisions* (1971).
- G. LORIA, *Certeza, interpretación jurídica y justicia en la decisión judicial* (1967).
- R. MAEZTU, *El espíritu y la decisión* (1936).
- W. L. MCBRIDE, *The abolition of law as a standard in legal decision-making* (1971).
- C. PERELMAN, *Désaccord et rationalité des décisions* (1968).
- L. RECASÉNS, *La lógica de lo razonable en las decisiones políticas y jurídicas* (1972).
- W. RICHTER, *Zur Bedeutung der Herkunft des Richters für die Entscheidungsbildung* (1973).
- M. T. ROONEY, *Justice, law and juridical decision-making* (1971).
- H. SCHIMA, *Gedanken zur Auslegung behördlicher Entscheidungen* (1973).
- B. SCHLINK, *Inwieweit sind juristische Entscheidungen mit entscheidungstheoretischen Modellen theoretisch zu erfassen und praktisch zu bewältigen?* (1972).
- W. SCHMIDT, *Die Programmierung von Verwaltungsscheidungen* (1971).
- K. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928).
- D. SIDJANSKI, *Aclaración en torno al proceso de decisión* (1966).
- G. STILLER, *Die gesellschaftswissenschaftlichen Grundlagen der gerichtlichen Entscheidungen* (1971).
- F. STUDNICKI, *On institutional decisions* (1971).
- I. TAMMELO, *La ratio decidendi et la règle de droit* (1968).
- I. TAMMELO, *Campo di scelta decisionale alla luce della logica giuridica* (1976).
- A. TARANTINO, *Raisonnement et décision dans le droit* (1971).
- I. TEBALDESCHI, *Linguaggio e decisione* (1976).

- T. WALDE, *Entscheidungstheoretische Perspektiven* (1974).
M. WEISS, *Die Theorie der richterlichen Entscheidungstätigkeit* (1971).
J. WROBLEWSKI, *La règle de décision dans l'application judiciaire du droit* (1969).
J. WROBLEWSKI, *Legal decision and its justification* (1971).
J. WROBLEWSKI, *Legal syllogism and rationality of judicial decision* (1974).

Reflexiones sobre modelos matemáticos y decisión jurídica

Por JOSE M. ROMERO MORENO y LUIS J. PEREDA ESPESO

Madrid

A la memoria de Agustín de Asís

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. LAS MATEMATICAS Y LAS CIENCIAS SOCIALES

La matematización de las ciencias sociales es un viejo sueño, casi tan antiguo como la historia real de los dos términos asociados. No es momento de hacer un balance histórico pero desde Pitágoras (1) hasta Samuelson (2), Coleman (3), Goldberg (4), se ha producido un constante movimiento —de mayor o menor intensidad— en favor de expresar matemáticamente las leyes de las Ciencias sociales. Movimiento en el que —bien es cierto— el Derecho no ha estado representado más que de una muy escasa forma. La historia sólo nos ofrece —aparte de alguna pura formulación de propósitos ciertamente utópicos— el ejemplo más lejano de Leibniz (5), quien se plantea de modo secundario su aplicación a la ciencia jurídica, por cuanto la combinatoria es un modelo matemático aplicable a cualquier rama del saber.

La exposición que hace precisamente Leibniz puede plantearnos con toda claridad los dos tipos de sueños o deseos matemáticos de los científicos sociales (6). El autor racionalista distingue entre:

(1) Cfr. *Los filósofos presocráticos*, I, 147 y ss., 1978, Gredos, Madrid.

(2) SAMUELSON, *Foundations of Economic Analysis*, Harvard, Ec. Studies, vol. 80, 1956.

(3) COLEMAN, *Introduction to Mathematical Sociology*, 1964, New York, Free Press.

(4) GOLBERG, *Introduction to Difference Equation: With Illustrative Examples from Economics, Psychology and Sociology*, 1958, New York, Wiley.

(5) Cfr., especialmente, *De arte combinatorio*, en la edición de Gerhardt de 1875-90 en el volumen IV, 27-102.

(6) Cfr. la exposición sobre el tema en BOCHENSKI, *Historia de la lógica formal*, 1976, Madrid, Gredos, págs. 189 y ss., COPLESTON, *Historia de la filosofía*, 1975, Barcelona, Ariel, págs. 252 y s. del V tomo.

- a) «alfabeto del pensamiento»: por el que «mediante la combinación de letras de este alfabeto» se asigna a cada idea simple que componen una compleja un signo (*nota*) para obtener luego la solución de estos problemas mediante su combinación.
- b) «*mathesis universalis*»: se trataría de emplear el cálculo para las deducciones no sólo para la pura formulación. De aquellas formulaciones del álgebra del pensamiento y su combinación, deben deducirse posteriormente —por medio de este cálculo— leyes formales generales.

Se ha iniciado así los dos caminos posibles de la expresión matemática de la ciencia social. Veamos cuál es el desarrollo de cada una de estas líneas y su aplicación al Derecho.

2. LA LOGICA FORMAL (7)

En las ciencias sociales, en general, y en el Derecho en particular, la comunicación de las ideas juega un papel esencial. La preocupación científica por esta materia de la comunicación jurídica no es nueva (8) y se integra por análisis psicolingüísticos, semióticos, retóricos y también lógicos.

La lógica en este amplio mundo desempeña el papel que ya adivinó Leibniz, y que en palabras de Steinhauer supone «*el uso de un lenguaje peculiar análogo al de las matemáticas (y de ahí los nombres de «lógica matemática», «lógica simbólica», «logística», «lógica algorítmica» dados a la lógica contemporánea*». Las ventajas de esta utilización están en que «... los elementos de este lenguaje se definen de una manera muy precisa e, incluso si las técnicas utilizadas varían (axiomas, reglas, definiciones, matrices), la lengua así creada ofrece la ventaja de ser ideográfica (y, así, independiente de las lenguas naturales) y unívoca (cada signo tiene un único sentido establecido con todo rigor). El lenguaje lógico artificial es, de este modo, un factor de comunicación de un gran valor...».

Este valor de comunicación supone además una posibilidad de operar con los signos y símbolos de un modo análogo al cálculo matemático, y de este modo, llegar a establecer leyes y principios que justifiquen o den razón del proceso discursivo. *La justificación del discurso* constituye la segunda gran misión de la lógica formal.

Hay, pues, una primera —histórica y conceptualmente hablando— aproximación posible de las matemáticas a las ciencias so-

(7) Existe una amplia y conocida bibliografía sobre lógica formal, así como de esta materia dedicada al Derecho. Remitimos a este fin a las obras clásicas de Kalinowski o a la conocida de Steinhauer.

(8) Cfr. P. e., PROBER, W., «Law, Science and Communications: Some New Facets to Empiricism», *Jurimetrics Journal*, 1969 (Dec) 51-57.

ciales, y a la peculiar ciencia del Derecho (9): la lógica matemática. Esta aproximación supone globalmente, según se ha visto:

- 1) la sustitución del discurso lingüístico.
- 2) realizado en paralelo o en analogía como correspondencia rigurosa biunívoca.
- 3) articulando un esqueleto axiomático de apoyo.

La visión matemática se completa —en la lógica— por la posibilidad de utilizar el cálculo para la construcción de una estructura operativa significativa por medio del cálculo. La lógica matemática hace posible expresar ideas, conceptos, leyes; incluso llega a ofrecer soluciones a problemas formales planteados significativamente por medio de un cálculo, al que hemos llamado esqueleto axiomático de apoyo.

La mediación indispensable es la cuantificación de la realidad, que se hace de modo formal, esto es, dando valores a los términos lingüísticos y a sus relaciones, que se toman y aceptan como son. En esa formalidad se justifican por coherencia los enlaces producidos. Si, por ejemplo, formulamos $S_m = P_m$ referido a «Juan es inquilino», la lógica no hace más que aceptar una formulación que consiste en dos términos: Juan e inquilino, y una relación. Ello a su vez supone que $S_u = P_e$, esto es, inquilino es poseedor a título de arrendamiento, y a su vez $S_u = P_a$ (inquilino paga renta), etc. La estructura lógica llegará a un «cuasi» utópico resultado: a desechar por incoherente $S_u = P_x$, esto es, por ejemplo, «inquilino adquiere la propiedad», puesto que la estructura significativa se ha ajustado a una estructura normativa en cuyo juego sistemático no entra la posibilidad de que inquilinato se confunda con compraventa.

Las ventajas de la lógica son indudables, y aunque no se trate ahora de exponerlas con detalle, sí conviene dejar indicadas algunas, dado que se trata en este trabajo de analizar otros posibles caminos de matematización operativa jurídica.

Podemos enumerar como ventajas (10):

1. En primer lugar ofrecer un esquema teórico que sirva para profundizar en nociones fundamentales del Derecho diferentes a las de facultad u obligación.
2. En segundo lugar, y desde el punto de vista de la comunicación:
 - a) No sólo en el campo notablemente creciente de la informática jurídica puesto de relieve hasta la saciedad científica y no científica.

(9) Recordamos a este respecto el carácter normativo de la Ciencia jurídica, así asumido por un lógico como es KALINOWSKI, *Querelle de la science normative* (Une contribution a la theorie de la science), 1969, París, Pichon-Durand-Aurias, cuya traducción italiana *Dispute sulle scienza normativa*, 1982, Padova, Cedam es la utilizada por los autores.

(10) STEINHAUER, *La logique au service du droit*, 1979, Fribourg, Ed. Universitaris, págs. 185 y ss.

- b) También referida a la interpretación o a la teoría de las definiciones.
- c) Operativamente, la coherencia sistemática puede verse ampliamente reforzada en la legislación, en evitación de las falsas relaciones, antinomias, etc.

La más optimista visión de la lógica formal aplicada al Derecho no puede, sin embargo, trascender la cuantificación de la formalidad y como mucho, cuantificar los resultados. Lo que en ningún caso estará en disposición de realizar es calcular proyectos, esto es, hacer predicciones, establecer estrategias. Para la proyectiva son necesarias otras aproximaciones matemáticas.

3. OTRAS APLICACIONES MATEMATICAS A LAS CIENCIAS SOCIALES. MATEMATICAS DEL COMPORTAMIENTO

Luce (11) ha puesto de relieve que «... estas aplicaciones... no han tenido tanto éxito como en la física. Las razones son muchas. Entre ellas: el esfuerzo realizado ha sido mucho menor; los conceptos empíricos básicos y las variables no han sido aislados y purificados en el mismo grado; las matemáticas evolucionaron con la física y hasta cierto punto se ajustaron a las necesidades de ésta, por lo que muy bien pueden encajar menos en los problemas de las ciencias sociales si estos problemas son de características básicamente diferentes a los de la física; en un problema típico de las ciencias sociales aparecen involucradas más variables que las acostumbradas a manejar en física; finalmente los científicos sociales no están en general bien preparados en matemáticas...».

A pesar de todo ello, un rápido análisis ofrece algunas posibilidades de las matemáticas cada vez más desarrolladas y capaces de integrar planteamientos más complejos con datos cualitativos e interrelacionados, aptos para responder a retos de las ciencias sociales.

Antes de entrar en las que propiamente podían ser directamente aplicados al Derecho, cabe indicar alguno de estos aspectos matemáticos, cuya aplicación ya ha sido contrastada.

- A) A partir de la generalización y desarrollo del álgebra, y de las teorías de las relaciones y ordenaciones, se han llegado a las llamadas *teoría de los grafos*, esto es, las operaciones matemáticas referentes a las relaciones entre elementos con sus múltiples aplicaciones a los problemas socio-psicológicos y sociológicos, especialmente en temas

(11) LUCE, P. Duncan, «Matemáticas», voz en *Enciclopedia de las Ciencias Sociales*, 1975, Madrid, Aguilar.

de representación de métodos matemáticos de representación de los diferentes modos de dependencias entre personas (12).

- B Desarrollo de los sistemas de probabilidades, y de los modelos matemáticos aleatorios y estadísticos.
- C Aplicación de la programación lineal, esto es, el determinar matemáticamente el máximo o el mínimo de una función bajo ciertas condiciones que normalmente se describen por medio de desigualdades (13), cuya aplicación a los problemas económicos de asignaciones están muy cerca de problemas jurídicos.

Las grandes innovaciones en el camino abierto por este tipo de tratamiento matemático se centra en la posibilidad de ampliar el alcance de las operaciones con grandes números. En efecto, los ejemplos recién indicados suponen un paso importante en la vía del cálculo programático, con asunción de las variables modales cualitativas.

La estadística, que era junto a la lógica la otra gran aplicación cuantitativa a las ciencias sociales —y en concreto al Derecho— supone un sistema de análisis que hace insignificante elementos decisivos en lo humano cuales son los conceptos cualitativos de decisión, libertad, interés, contraposición, y sobre todo, proyecto, esto es, por ejemplo, elección de alternativas de conducta ante otro sujeto.

Es en esta materia donde han de plantearse las que pueden ser metodologías cuantificadoras significativas para el mundo del Derecho, si es que queremos añadir un esfuerzo más —y que sea rentable— a los progresos realizados por lógicos y estadísticos, en íntima conexión con los juristas normativistas y sociólogos o psicólogos. Sin perjuicio de continuar aquellos progresivos tratamientos científicos, se abre un nuevo campo: el de la cuantificación de la decisión jurídica.

4. MATEMATICAS Y DECISION JURIDICA

Sin querer hacer reduccionismo científico, hay una cierta coincidencia en afirmar que en el Derecho hay una constante presencia de la decisión de voluntad, esto es, el acto de la voluntad por medio de la cual enlazamos el estado de ambigüedad —producido por una serie de opciones alternativas— con el acto de selección por medio de un conjunto de operaciones cognoscitivas inambiguas e identificables (14) y que tiene una significación normativa,

(12) KEMENY, John G.; SNELL, J. Laurie, *Mathematical Models in the Social Sciences*, 1962, Boston. Giun.

(13) DORFMAN, Robert; SAMUELSON, Paul; SOLOW, Robert, *Lineal Programming and Economical Analysis*, 1958, Mc. Graw-Hill, New York.

(14) WHITE, D. J., *Teoría de la decisión*, 1979, Madrid, Alianza Universidad.

que consiste en provocar una consecuencia prevista en el ordenamiento.

La decisión jurídica tiene muchas manifestaciones genéricas y específicas a las que luego habrá de hacerse mención. Ahora indicaremos cuál ha sido el tratamiento matemático de este tipo de conductas, teniendo en cuenta que las decisiones pueden ser analizadas:

- como fenómenos precisos en su consecuencia: la decisión es una elección entre preferencias, dadas una información, el resultado que puede producirse, la utilidad del resultado, y la probabilidad de que tal resultado llegue a producirse;
- como fenómenos enlazados precisamente a otros análogos, pero procedentes de sujetos distintos, cuyas decisiones, de las características ya señaladas, se concatenan hasta formar sistemas de conducta interrelacionadas y previsibles.

Los puntos de partida de estas dos teorías se sitúan en la matematización de dos conceptos y dos principios:

- utilidad;
- probabilidad;
- todo resultado de una decisión posee un valor para un sujeto;
- hay posibilidad de medir hasta qué punto parece probable a un sujeto un resultado particular, a partir de una decisión particular.

¿Qué relación existe entre ellos, qué matices tienen y cómo se recogen matemáticamente?

A) *Utilidad y utilidad esperada*

En 1944, y con ocasión directa de la elaboración de la Teoría de los Juegos, von Neumann y Morgenstern (15) propusieron una idea que hizo mensurable la utilidad. Se parte de la distinción realizada ya en el siglo XVIII por los utilitaristas británicos entre valor objetivo o precio y valor subjetivo o utilidad. De acuerdo con ello, establecen una posible fórmula de la utilidad esperada más que de la simple utilidad. En esta fórmula más perfecta se utiliza como variable no el pago probable (que llaman V_{ij}), sino la utilidad del pago ($u(V_{ij})$) que en el caso de una decisión i proporcionará el resultado j .

Empíricamente sabemos que $V_{ij} \geq u(V_{ij})$, esto es por ejemplo, que los resultados efectivos de las compañías de seguros son más amplios que las cantidades que pagan a los asegurados, puesto que además de ellas satisfacen otros gastos diferentes y adicionales a las indemnizaciones por siniestros.

(15) VON NEUMANN, MORGENSTERN, *Theory of Games and Economic Behavior*, 1944, New York, Wiley; cfr. DAVIS, *Teoría de los juegos*, 1979, Madrid, Alianza Universidad.

Las formulaciones matemáticas referidas llegaron a ser comprobadas y desarrolladas por experimentos abstractos (Mostelles y Nogel, 1951; Davidson y Suppes, 1957; Luidmand, 1965; o Treisky, 1964) (16).

B) Probabilidad y probabilidad estimada

La conversión matizada de la probabilidad en estimación medible de la probabilidad se debe a Savage (17). La probabilidad es una opinión sobre el grado de probabilidad de un suceso.

El teorema de Bayes es el fundamento de la posible cuantificación de esta «espectativa». Se supone, según él, que la suma de probabilidades estimadas suman 1, y pone en relación una hipótesis H, la probabilidad de que en algún modo sea cierto, un dato con probabilidad incondicional P(D) y con probabilidad condicional de producirse si se da la hipótesis H (expresada así P(D/H), a la vista de esto la inicial probabilidad de H: (P(H)) debe ponerse en relación con el dato D (P(H/D)). Bayes estableció esta ecuación:

$$P(H/D) = \frac{P(D/H) P(H)}{P(D)}$$

El desarrollo se obtiene con la consideración de dos hipótesis diferentes y el establecimiento de una ecuación relacionadora.

Este teorema obtuvo también su comprobación empírica (18) y se une a la elaboración sobre la utilidad, con la rentabilidad teórica de una fundamentación en torno a la racionalidad, conservadurismo o audacia de las decisiones humanas inmediatamente aplicables al mundo económico, p. e., de la psicología, hablando genéricamente.

La decisión jurídica supone, necesariamente, sin embargo, una decisión respectiva de otro y otros sujetos como respuesta a la asumida por el propio sujeto. La decisión jurídica supone así, pues:

- comportamiento de dos o varios intervinientes;
- intereses opuestos o paralelos en cada uno de ellos, que tratarán de optimizar sus esfuerzos;
- con la necesaria mediación de un cierto equilibrio;
- para la obtención de un resultado que no depende sólo de la propia decisión, ni de la naturaleza, sino también de la decisión de los otros participantes.

(16) Cfr. sus descripciones en la voz *Decisiones*, de la *Enciclopedia de las Ciencias Sociales* cit.

(17) SAVAGE, Leonard J., *Foundations of Statistics*, 1954, New York, Wiley.

(18) EDWARDS, en multitud de artículos, sólo o con la colaboración de PHILLIPS, en bibliografía recogida en *Enciclopedia de las Ciencias Sociales*, loc. cit.

En toda decisión jurídica es necesaria una *estrategia*, que se define por todas y cada una de las características señaladas. El modelo matemático adecuado es el conocido como *teoría de los juegos* (19).

II. TEORIA DE JUEGOS

5. CUESTIONES BASICAS

La teoría de los juegos trata de la solución de las llamadas situaciones antagónicas, y en la que existen bandos opuestos; y el resultado de cualquier acción de uno de los bandos depende, en parte, de las acciones del otro.

Se pretende mediante una serie de modelos simplificados elaborar cursos de acción racionales, para los bandos opuestos. Dichos modelos reciben el nombre de juegos.

En este trabajo nos referiremos al modelo teórico extrapolable de modo más fácil: juegos de suma cero. Un juego es suma cero, si la suma de las ganancias es cero, es decir, un bando pierde exactamente lo que el otro gana. Todo juego de suma diferente a cero puede simplificarse concibiendo un jugador $n + 1$, que en realidad puede ser, p. e., la colectividad, etc....

El juego se realiza mediante jugadas masivas de cada uno de los bandos; las jugadas pueden ser de dos tipos:

- a) Personales: cuando son fruto de una elección consciente por parte de uno de los jugadores.
- b) Aleatorias: la elección es el resultado de algún evento aleatorio (lanzamiento de una moneda, etc.).

Cuando en un juego cada participante al hacer una jugada, conoce los resultados de todas las jugadas hechas previamente, sean éstas personales o aleatorias, se llama juego de información perfecta.

Por estrategia se entiende el conjunto de reglas que dictaminan las elecciones de un determinado jugador, para todas las situaciones que se presenten en el curso de un juego. Un juego puede ser finito o infinito, dependiendo del número de estrategias posibles.

Un juego $m \times n$ es aquél con dos jugadores A y B, tal que el primero tiene m estrategias posibles, y el B n .

En el caso de que el juego no tenga jugadas aleatorias, una vez que cada uno de los jugadores ha elegido una estrategia en concreto (A i y B j), queda determinado un resultado concreto que podemos indicar con la notación a_{ij} . En el caso de que

(19) DAVIS, op. cit. HARSANYI, John, *Decisional Behaviour and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*, Cambridge, Univ. Press, 1977; PONSSARD, *Logique de la negetiation et Theorie des Jeux*, Paris, 1977.

existan jugadas aleatorias el resultado es una cantidad aleatoria, y dependerá del desenlace de todas las jugadas aleatorias. En este caso, a priori, se puede tomar como ganancia el valor promedio de las ganancias, para todos los resultados posibles de las jugadas al azar.

Esto implica que podemos definir una matriz de ganancias tal, que a cada par de estrategias de cada uno de los oponentes le corresponde un resultado determinado. Dicha matriz puede designarse con el símbolo // a i j//.

A \ B	B ₁	B ₂	...	B _n
A ₁	a ₁₁	a ₁₂	...	a _{1n}
A ₂	a ₂₁	a ₂₂	...	a _{2n}
A _m	a _{m1}	a _{m2}	...	a _{mn}

Ahora bien, la cuestión se complica, ya que una vez que se han realizado determinadas jugadas el oponente puede descubrir nuestra estrategia y adoptar otra nueva, de forma que el resultado le sea siempre favorable.

De esta forma puede ser necesario adoptar estrategias mixtas, que son aquéllas en la cual las estrategias puras disponibles se combinan al azar, aunque en una proporción definida.

La teoría de los juegos pretende encontrar una estrategia óptima, es decir, aquélla que garantiza a un jugador la máxima ganancia media posible. Ahora bien, ello supone un comportamiento racional por parte del oponente.

6. LA SELECCION DE ESTRATEGIAS

a) *El principio mini-max*

Si nos fijamos en la matriz definida anteriormente a una estrategia A_i del jugador A, el jugador B puede haber adoptado cualquiera de las n que tiene a su disposición.

Es decir, que dada una estrategia A_i , el número de resultados posibles son n : $a_{i1}, a_{i2}, \dots, a_{in}$.

Denominamos α_i al menor de estos números, es decir,

$$\alpha_i = \min_j a_{ij}$$

Pues bien, la estrategia óptima es aquélla para la cual α_i es un máximo. Es decir, aquélla estrategia cuyo α cumple la siguiente condición: $\alpha = \max_i \alpha_i$. α es la ganancia máxima que puede ser garantizada en el caso de seguir una sola estrategia, no importa qué estrategia adopte el oponente; podemos estar seguros de ganar al menos α .

Ahora bien, como suponemos una actitud racional por parte de nuestro oponente, él está interesado en minimizar nuestras ganancias. Puesto que estamos en un juego de suma cero, es decir, lo que gana uno lo pierde el otro, él estará interesado en que a_{ij} sea lo más pequeño posible.

Aplicando el principio anteriormente descrito, la estrategia óptima para nuestro oponente es aquélla que está ligada al siguiente valor:

$$\beta = \min_j B_j = \min_j \max_i a_{ij}$$

La estrategia óptima para el oponente es, por tanto, aquélla que garantiza que la ganancia del jugador A nunca sea superior a β , no importa lo que haga. El principio de adoptar las estrategias más conservadoras se llama «principio minimax».

b) *Puntos silla de montar.*

Existen, sin embargo, juegos para los cuales las estrategias minimax son estables. Se trata de juegos cuyos valores inferior y superior son iguales, es decir:

$$\alpha = \beta$$

Este valor se llama valor de juego, y se designa con la letra V . A este punto, también se le llama punto silla de montar.

Entonces, dado un juego con estas características, si cualquiera de los jugadores se adhiere a una estrategia óptima, mientras

que el otro no lo hace, entonces el jugador que se sale de una estrategia óptima nunca puede ganar; en el mejor de los casos, su ganancia seguirá la misma, en el peor, su pérdida será mayor.

En estos casos existe un equilibrio, y cada jugador deberá adoptar la estrategia óptima, aun cuando conozca de antemano la elegida por el oponente.

Pues bien, se ha demostrado que todo juego con información perfecta tiene un punto de silla, y por lo tanto una solución. Si el juego de información perfecta sólo contiene jugadas personales, el uso de las estrategias óptimas determina unívocamente la ganancia, que es igual al valor del juego. En este sentido el ajedrez tiene un punto silla de montar, y por lo tanto una solución que determina las estrategias óptimas para ambos bandos, aunque el número de combinaciones es tan grande que hasta este momento no ha podido ser calculado.

c) *Juegos sin punto silla de montar; estrategias mixtas; teorema fundamental*

La mayor parte de los juegos no tienen silla de montar, es decir, los valores inferior y superior son desiguales.

La pregunta que cabe hacerse entonces es si adoptando algún tipo de estrategia mixta tal como las definíamos al principio, es posible obtener una ganancia promedio superior a α .

Entonces llegamos al siguiente teorema: si se admiten las estrategias mixtas, así como las puras, todo juego finito tiene por lo menos una solución. Es decir, para todo juego finito existe una pareja de estrategias óptimas, tales que la ganancia promedio es igual al valor del juego; y que si cualquiera de los dos jugadores se aparta de su estrategia óptima (mientras que el otro se adhiere a la suya), sólo puede perder. Dicho valor se encuentra comprendido entre los valores inferior y superior del juego: $\alpha \leq \gamma \leq \beta$.

d) *Uso de estrategias mixtas*

Dadas tres estrategias puras A1, A2 y A3 una estrategia mixta consiste en la aplicación de las mismas con las siguientes probabilidades: P1, P2 y P3, siendo $P1 + P2 + P3 = 1$. Dicha estrategia podemos escribirla de la siguiente manera:

$$S_A = \begin{cases} A1 & A2 & A3 \\ p1 & p2 & p3 \end{cases}$$

En el caso del oponente:

$$S_B = \begin{cases} B1 & B2 & B3 & B4 \\ q1 & q2 & q3 & q4 \end{cases}$$

Dado un conjunto de estrategias puras, se denominan convenientes a aquéllas que se usan en la estrategia mixta.

Llegamos entonces a otro teorema:

Si uno de los jugadores se adhiere a una estrategia mixta óptima SA (SB), entonces la ganancia se mantendrá igual al valor del juego, V, sin importar lo que haga el otro jugador, siempre que él sólo use estrategias convenientes.

7. SOLUCIONES DE JUEGOS DE 2×2 Y JUEGOS $2 \times N$

a) Simplificación de matrices

Cuando un juego $m \times n$ no tiene punto de silla de montar, puede ser difícil encontrar una solución.

Este problema puede ser solucionado, indicando el número de estrategias, concretamente:

- a) Aquéllas que están duplicadas.
- b) Aquéllas que son dominadas.

Por ejemplo, en el caso de la siguiente matriz:

A \ B	B1	B2	B3	B4
A1	1	2	4	3
A2	0	2	3	2
A3	1	2	4	3
A4	4	3	1	0

las estrategias A1 y A3 son idénticas, y además la estrategia B3 es dominada por la B4, con lo cual nos queda lo siguiente:

A \ B	B1	B2	B4
A1	1	2	3
A4	4	3	0

b) Solución de un juego 2×2

Si el juego no tiene un punto de silla, es decir, $\alpha \neq \beta$, entonces siendo la matriz:

	B		
A		B ₁	B ₂
A ₁		A ₁₁	A ₁₂
A ₂		A ₂₁	A ₂₂

Habrá de encontrarse una estrategia mixta óptima $S_A^* = \begin{pmatrix} A_1 & A_2 \\ P_1 & P_2 \end{pmatrix}$ que cumple las propiedades antes descritas, y por tanto:

$$a_{11} P_1 + a_{21} P_2 = V$$

$$a_{12} P_1 + a_{22} P_2 = V$$

$$P_1 + P_2 = 1, \text{ luego despejando } P_1 = \frac{a_{22} - a_{21}}{a_{11} + a_{12} - a_{21}};$$

$$P_2 = 1 - P_1.$$

Una vez hallados P_1 y P_2 obtendremos V .

8. RESOLUCION DE JUEGOS $M \times N$. SOLUCION POR MEDIO DE PROGRAMACION LINEAL

A tiene sus estrategias $A_1, A_2 \dots \dots \dots A_m$

B tiene sus estrategias $B_1, B_2 \dots \dots \dots B_n$

Una vez obtenida la matriz de ganancias //a_{ij}// tenemos que calcular la solución del juego, es decir, las estrategias mixtas para cada jugador

$$S_A = \left\{ \begin{matrix} A_1 & A_2 & \dots & A_m \\ P_1 & P_2 & \dots & P_m \end{matrix} \right\}$$

$$S_B = \left\{ \begin{matrix} B_1 & B_2 & \dots & B_n \\ q_1 & q_2 & \dots & q_n \end{matrix} \right\}$$

tal que $P_1 + P_2 + \dots + P_m = 1$

$$q_1 + q_2 + \dots + q_n = 1$$

Nuestra ganancia óptima debe garantizarnos una ganancia que sea por lo menos V para cualquier acción de nuestro oponente, y que sea igual a V para su estrategia óptima S_B^* . De modo semejante, la estrategia óptima S_B^* del oponente debe garantizarle una ganancia que no sea mayor que V en cualquier circunstancia, y que sea igual a V para nuestra estrategia óptima S_B^* .

Luego para S_B se cumple que:

$$\left. \begin{aligned} a_{11} P_1 + a_{21} P_2 + \dots + a_{m1} P_m &\geq V \\ a_{12} P_1 + a_{22} P_2 + \dots + a_{m2} P_m &\geq V \\ \dots &\dots \\ a_{1n} P_1 + a_{2n} P_2 + \dots + a_{mn} P_m &\geq V \end{aligned} \right\}$$

Siendo $E_1 = \frac{P_1}{V}$, $E_2 = \frac{P_2}{V}$ $E_m = \frac{P_m}{V}$

obtenemos:

$$\Phi \left\{ \begin{aligned} a_{11} E_1 + a_{21} E_2 + \dots + a_{m1} E_m &\geq 1 \\ a_{12} E_1 + a_{22} E_2 + \dots + a_{m2} E_m &\geq 1 \\ \dots &\dots \\ a_{1n} E_1 + a_{2n} E_2 + \dots + a_{mn} E_m &\geq 1 \end{aligned} \right.$$

donde E_1 y E_{21} E_n son números no negativos

$$y E_1 + E_2 + \dots + E_m = \frac{1}{V}$$

la ganancia garantizada ha de ser máxima, luego nuestro problema consiste en hallar los números no negativos E_1, E_2, \dots, E_m que satisfacen el conjunto de ecuaciones Φ , tales que

$$\Phi = E_1 + E_2 + \dots + E_m \text{ es mínimo.}$$

Este problema se soluciona mediante el sistema de programación lineal que no explicaré aquí, y que hoy día es fácilmente manejable a través de los muchos paquetes de «software» existentes en el mercado.

9. METODOS PARA RESOLVER ALGUNOS JUEGOS INFINITOS

Un juego infinito es un juego en el cual por lo menos uno de los jugadores tiene un número infinito de estrategias posibles.

a) *Funciones ganancia*

Siendo las estrategias posibles del jugador A las definidas por los valores de una variable X, y lo mismo para el jugador B con respecto a la variable y, la matriz de ganancias está definida por una función $f(x, y)$ que recibe el nombre de función ganancia.

El primer paso consiste en hallar el valor inferior del juego mínimo $f(x, y)$, y a continuación hallar el valor de x, para el cual éste es un máximo.

$$\alpha = \max_x \min_y f(x, y)$$

Análogamente se encuentra el valor superior del juego

$$\beta = \min_y \max_x f(x, y)$$

Si existe un punto de silla, entonces $\alpha = \beta = V$, que consiste en la aplicación de las estrategias puras X_0 e Y_0 .

Cuando no existe punto de silla $\alpha \neq \beta$, la solución del juego debe consistir en estrategias mixtas. Una estrategia mixta para un juego infinito es una distribución de probabilidades para las estrategias X e Y, consideradas como variables aleatorias. Esta distribución puede ser continua y definida por las densidades de probabilidad $f_1(x)$ y $f_2(y)$, o puede ser discreta, en cuyo caso las estrategias óptimas consistirán de un número de estrategias puras elegidas, con las probabilidades correspondientes.

b) *Ejemplo*

El bando A le está disparando a un avión de B. El avión puede hacer una maniobra evasiva, describiendo una trayectoria cuya curvatura está dada por algún valor del parámetro y entre $y = 0$ para un vuelo en línea recta, e $Y = Y_{\max}$ para el círculo de menor radio posible, a lo largo del cual puede volar. Hacemos $Y_{\max} = 1$.

Contamos con un dispositivo de puntería automático que requiere se haga alguna suposición referente a la trayectoria del vuelo del avión, durante el tiempo de recorrido del proyectil. El rango de las hipótesis posibles puede expresarse como todos los valores posibles del parámetro x entre 0 y 1. Nuestro propósito es derribar el avión enemigo. El propósito de nuestro oponente es el de evadir nuestro fuego. Puede demostrarse que para X e Y dados, la probabilidad de dar en el blanco es aproximadamente la función ganancia

$$f(x, y) = e^{-k(x-y)^2}$$

donde e es un número irracional, aproximadamente igual a 2,718.

El juego no tiene punto de silla ($B = 1$ y $= e^{-k/4}$).

Para valores muy pequeños de K , la función $e^{-k(x-y)^2}$ es aproximadamente igual a $1 - k(x-y)^2$ para $0 \leq x \leq 1$ y $0 \leq y \leq 1$, de ahí que se comporte como la función $-(x-y)^2$. Así, para k pequeña, nuestra estrategia óptima es, aproximadamente, la estrategia

pura $x = \frac{1}{2}$, y la estrategia óptima para nuestro oponente es, apro-

ximadamente, $S_{\beta}^{\dagger} = \begin{pmatrix} 0 & 1 \\ 1 & 1 \\ - & - \\ 2 & 2 \end{pmatrix}$

Esto significa que siempre debemos fijar nuestro dispositivo de puntería en $x = \frac{1}{2}$, y nuestro oponente debe realizar la máxima

maniobra evasiva, la mitad del tiempo, y hacer el vuelo normal en el tiempo restante.

Puede probarse que esta solución es válida, incluso si K no es muy pequeña, siempre que $k \leq 2$, puesto que la ganancia promedio contra la estrategia

$$S_{\beta}^{\dagger} = \begin{pmatrix} 0 & 1 \\ 1 & 1 \\ - & - \\ 2 & 2 \end{pmatrix} \text{ es } f(x) = \frac{1}{2} (e^{-kx^2} + e^{-k(1-x)^2}),$$

si usamos la estrategia x , y ésta tiene un máximo único $f(x) = e^{-k/4}$ en $x = \frac{1}{2}$ para toda $k \leq 2$. Por tanto, usando la estrategia S_{β}^{\dagger} , nuestro oponente puede garantizar una ganancia no mayor que α , y es evidente que α (el valor inferior del juego) y el valor del juego V deben ser iguales $\alpha = V = e^{-k/4}$, por lo tanto S_{β}^{\dagger} debe ser una estrategia óptima.

III. LA APLICACION A LA DECISION JURIDICA

10. SOBRE LA APLICACION DE LA TEORIA DE JUEGOS A LA DECISION JURIDICA

Partimos de la base ya establecida de que el mundo del Derecho está lleno de decisiones jurídicas de muchas clases. Así, el mundo de la legislación no es sólo el establecimiento de mecanismos que optan por una pauta posible entre varias de ellas sobre un problema o conjunto de situaciones fácticas planteadas. El tratamiento técnico-jurídico de la legislación desde un punto de vista abstracto se ha detenido en multitud de ocasiones sobre este tipo de problemas. Hay, sin embargo, otro afrontamiento posible y es la posible generalización de orientaciones normativas teniendo en

cuenta que toda situación jurídica supone necesariamente un enfrentamiento entre sujetos con ganancias y pérdidas mayores o menores para cada uno de ellos según sean las estrategias adoptadas. Lo ideal será establecer normativamente las más equilibradas.

Pues bien este ideal cabe perseguirlo no de modo puramente intuitivo a golpes de fortuna y de fracasos a fuerza de usos «contra leyes» o desusos, sino planteándose objetivamente las estrategias óptimas dada una formulación matemática.

No es sólo el mundo de la legislación (el descuidado mundo de la técnica legislativa de contenido, y no sólo de forma) el posible beneficiario de este tipo de cálculos matemáticos. Cada aplicación del Derecho, judicial o extrajudicial, supone una decisión que, o bien debe tener en cuenta que hay enfrente un «enemigo» jurídico de cuya conducta depende nuestra decisión, o bien que debe decidirse ante opciones estratégicas opuestas, de modo que éstas resulten equilibradas.

Queremos limitar estrictamente estas consideraciones a sus aplicaciones prácticas, dejando para otro lugar sus posibles implicaciones teóricas abstractas, como, por ejemplo, las reflexiones que al respecto suscita la revisión de la polémica Rawls-Nozick (20).

Es conveniente determinar qué tipo de decisión es la jurídica, a la vista de las posibles clases con que se enfrenta la teoría de los juegos:

- a) Hay planteamientos de estrategias unipersonales: tanto en la previsión normativa como en la aplicación individualizada existiría la tendencia a equiparar este tipo de decisión con la mayoría de las pautas de decisión jurídica. Esto no es así realmente. Más bien se trata de acciones tipificables en el mundo jurídico pero que en muchos casos «aparecía» como unipersonales las decisiones, cuyo correcto análisis las llevaría a ser definidas como bipersonales o pluripersonales en las que uno de los jugadores es la sociedad o la comunidad, en el sentido que hemos visto de juegos de suma ≤ 0 y su reducción operativa a juegos de suma $= 0$.

En este caso nos encontramos con todas las decisiones sobre derechos reales o de constitución de posibles *status* personales de carácter individual; ya sean patrimonial-testamentarios o de carácter gratuito, ya sean de pura cualificación-situacional.

- b) Los más comunes tipos de decisión jurídica serían aquéllos que se denominan juegos finitos, bipersonales, de suma cero de información perfecta. Esto se refiere a todas aquellas decisiones tomadas en situaciones jurídicas en que no

(20) Cfr. COLOMER, «Derechos humanos frente a utilitarismo», en Anuario de Derechos Humanos, 1981, págs. 38 y ss. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, Méjico F. C. E., págs. 40 y ss. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1980, B. Blackwell, págs. 184 y ss. y la reciente versión de LUCAS, *On Justice*, 1980, Oxford, Clarendon Press, cap. 3.

es posible más que un número limitado de cadenas de conductas, precisamente entre dos sujetos o tipos de sujetos, cuyas ganancias se compensan exactamente con las pérdidas, y en los que cada estrategia posible está previamente determinada, y una vez puesta en acción es conocida por los dos participantes.

El mundo de situaciones sinalagmáticas previstas por el Derecho es mucho más amplio que el que viene tipificado por la sección del Código civil o del Código de comercio dedicadas a los contratos de este tipo. La situación es de este tipo en otros muchos contextos: Derecho laboral (incluso en la contratación colectiva), Derecho administrativo (con su oposición típica Administración-administrado), Derecho procesal (actos-demandado) o incluso situaciones no contractuales del Derecho civil (p. e., tutela, matrimonio, servidumbres, etc.).

Volvemos a repetir que estos modelos matemáticos servirían no sólo para el establecimiento de estrategias concretas sino para el posible y científico acotamiento legal de disciplina general sobre tales situaciones que fueran realizadas de forma rigurosa y prevista, y no puramente intuitiva.

- c) Se ha establecido anteriormente la posibilidad de una reducción de los juegos bipersonales de suma no nula a juegos pluripersonales de suma = 0. Sin embargo, existe la posibilidad de analizar determinadas inflexiones no reductivas del tipo bipersonal no nulo como característico de situaciones precisamente bilaterales no sinalagmáticas, que sería la versión jurídica de este tipo de decisiones. Hay multitud de situaciones de este tipo en el Derecho penal, político, fiscal o incluso en el privado y especialmente mercantil (referido, por ejemplo, a explotación de la realidad, o de carácter familiar no patrimonial).
- d) Por último, se encuentran las amplias gamas de juegos de n-personas cuya correspondencia con situaciones jurídicas no es necesario concretar por su misma evidencia.

Todo ello lleva a proponer la necesidad de un esfuerzo muy serio y plural para una profundización en estos tipos de análisis, que no pretenden excluir del campo cualquier otro modelo analítico, pero sí la posibilidad de que su evidente eficacia no se vea disminuida por aquellas razones aducidas por Luce y que hemos transcrito en el párrafo tercero.

Como ejemplo de las posibilidades de este esfuerzo ofrecemos algunas reflexiones sobre las posibles aplicaciones de este método al Derecho y las deducciones que sobre algunas de tales posibilidades cabe hacer incluso sobre la naturaleza de lo jurídico.

11. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA DECISION UNIPERSONAL

Tenemos que recordar las precisiones expuestas en torno a las posibles matematizaciones de las decisiones tomadas aisladamente (esto es, sin atención a su bilateralidad), cuando en realidad se asumen frente a otras decisiones. Hay en los ejemplos y tipos de decisión unipersonal alegados habitualmente una peculiar abstracción que prescinde de la correspondencia reflejada en la decisión del sujeto opuesto (21).

Sabemos en todo caso que hay ocasiones de decisiones jurídicas unilaterales en las que los componentes de decisión son:

- los aleatorios y su posible previsibilidad;
- los personales y su razonable lógica.

En esos casos de actuaciones unilaterales (sujetos de relaciones jurídicas gratuitas o de impulso individual; acciones de operadores jurídicos definidos por su singularidad: actos discrecionales o jurisdiccionales) las previsiones de comportamiento «ilógico» son importante para los abogados. Pues bien, existe todo un complejo de normas que determinan la lógica del conjunto de operaciones teóricas que juegan sobre la lógica del comportamiento ajeno.

La investigación matemática de las decisiones ha tomado estas orientaciones expresadas en sus conclusiones.

a) *Investigación y formulación de la noción de transitividad*

Esta regla se define del modo siguiente: «dado un conjunto de alternativas factibles, el hombre razonable debería elegir la mejor». Ello supone la existencia de una gradación de preferencias en que cada elemento asume un valor y una relación ($a < b < c$, por ejemplo), o bien una gradación en la que existe una posible indiferencia ($a \leq b$; $b \leq a$). Ambas tienen una descripción algebraica y se llaman ordenación fuerte y ordenación débil.

Se supone (y se comprueba asimismo) la existencia de intransitividad de preferencias (cfr. experimentos en *Enciclopedia Ciencias Sociales* 3: 410 s.) que han llevado a la definición de la transitividad probabilística (22). Independiente de su demostración matemática (que se orienta hacia la programación lineal), la importancia de esta orientación estriba en que se considera la posibilidad de desviación de la elección lógica, situándose en un área de progresiva consistencia o aproximación al ideal de elección sobre otras bases, entre las que se encuentran las vigentes.

(21) Así en Davis, op. cit., págs. 23 y ss.; o WILLIAMS, *The Compleat Strategist*, New York, 1954, Mac Graw-Hill; o los que expone EDWARDS, op. cit., y especialmente *Enciclopedia de las Ciencias Sociales* 3, 402 y ss.

(22) LUCE-SUPPES, en *Handbook of Mathematical Psychology*, New York, 1965, Wiley.

b) *Inadmisibilidad de acciones dominadas*

Savage ha puesto de relieve, en una compleja deducción de la que se ha dado noticia más arriba, dos elementos fundamentales: que el resultado de una acción depende no sólo de la acción en sí, sino del estado del mundo que no cae bajo la acción del control del responsable de la adopción de condiciones, al que se denomina suceso; y por otro lado, que dadas varias acciones a, b, c y varios sucesos s_1 , s_2 , etc., se preferirá siempre —cfr. más arriba en la Teoría de los Juegos, juegos de n personas suma cero, información no perfecta— la acción a si ésta iguala o mejora en todo caso y bajo cualquier suceso a la acción b.

c) *La conversión del juego unipersonal en teoría de la utilidad esperada y probabilidad estimada*

Llegados a este punto, los planteamientos se centran en torno a la intervención del suceso en la acción, y se convierte esta teoría o formulación teórico-matemática en un problema puro de decisión al que ya nos hemos referido más arriba (23). La influencia de la decisión lógica si en ella no entra la aleatoriedad natural, o la conversión en un problema de decisión pura, se subraya asimismo por Davis (24).

12. LOS JUEGOS FINITOS, BIPERSONALES, DE SUMA CERO DE INFORMACION PERFECTA

Se ha hecho referencia más arriba a los modelos genéricos indicativos jurídicos, a los que se podía aplicar las reglas y conclusiones de este tipo teórico de juegos. Cuando ahora se exponen algunas reflexiones y comentarios sobre la viabilidad aplicativa concreta del tipo, conviene imaginar situaciones jurídicas concretas a las que fueran aplicables.

Así ocurre, por ejemplo: con contratos civiles y mercantiles o situaciones procesales de existencia masiva (arrendamiento urbano, con la contraposición pura de casero —inquilino; o relación bancaria de crédito, en la que se enfrentan prestamista y prestatario; o los supuestos jurídicos procesales, en los que la contraposición de papeles es arquetípica), tanto se miren desde la posición de quien establece estrategias típicas (*legis ferenda*) o quien los utiliza en el conflicto concreto (*legis aplicandae*).

(23) Verlo así en el tratamiento económico de MARSCHAK en la *Enciclopedia de las Ciencias Sociales*, cit., págs. 3, 414 y ss.

(24) DAVIS, op. cit., págs. 25-26.

a) *Estas situaciones están estrictamente determinadas*

Una de las conclusiones más importantes de estas situaciones es que no sólo intuitivamente, sino matemáticamente, están perfectamente establecidas desde un principio y en ellas una parte ganará y la otra perderá. No cabe situación de igualdad. Hay, efectivamente, situaciones de posible empate, pero en ese caso ello se deberá:

- bien a la posibilidad de estrategia errónea por el ganador nato;
- bien a la limitación axiomática de estrategias.

Es sólo sobre esta convicción sobre la que cabe hacer supuestos reales tanto desde el punto de vista de la elección de estrategias, como de la prevención jurídico-legislativa.

b) *Las consecuencias jurídicas*

Son muy claras: la aplicación de la racionalidad a la victoria para los casos de operadores jurídicos no legisladores, tiene que venir compensada por la estricta prohibición de la estrategia óptima como supuesto de equilibrio necesario y posibilidad de ganancia mutua.

13. LOS JUEGOS DE INFORMACION IMPERFECTA

Parece a primera vista imposible que se dé este supuesto en el mundo del derecho, puesto que se supone que las conductas posibles están fijadas en la ley y la puesta en práctica de cada una de ellas es conocida por el contrario, dado el principio de ineffectividad de lo oculto que es propio del mundo jurídico.

La realidad no es así: la norma jurídica que suele contar con la autonomía de la voluntad, supone la existencia de una multiplicidad de conductas previsibles pero no determinadas. Los sujetos jurídicos han de adoptar sus decisiones paralela y coetáneamente con las de sus oponentes, sin saber cuáles serán las que en definitiva éstos adopten. La norma en ambos casos asume el papel de «regla» en el sentido estricto de esta teoría matemática, esto es, en el sentido de definición del campo dentro del que se inscriben las posibles estrategias, pero no predetermina cuál estrategia es la que en definitiva será adoptada.

En otros casos, las situaciones de hecho se esquematizan de tal forma por la norma jurídica (ya hecha, o simplemente «in fieri») que se supone aplicable a tal cúmulo de estrategias posibles cuya definición es ciertamente limitada, pero imposible de inventariar. En estos casos, el único tratamiento posible es la admisión de un supuesto de estrategias indefinidas.

Partiendo de que es aplicable este supuesto de la información general o no perfecta al mundo jurídico (25), por todo lo analizado podemos ver qué reglas o principios hermenéuticos se deducen de esta posible aplicación:

a) *La concepción del equilibrio*

Una conclusión genérica que, como veremos, se esboza al final de estas líneas, consiste en que es mejor para los intervinientes de un conflicto bipersonal buscar condiciones de equilibrio, las cuales no se consiguen sino en la redistribución y la cooperación (26).

Pues bien, la definición de equilibrio que se maneja y que merece la pena tener en cuenta como posible categorema genérico es la de: «una situación de equilibrio deseable normativa y jurídicamente es aquella que se produce cuando dos sujetos se enfrentan y ninguno de ellos gana cambiando unilateralmente su estrategia».

Esta concepción de equilibrio no es sólo utilizable en los juegos bipersonales de suma cero (que son los más característicos), sino también en aquéllos en que la suma de los pagos positivos y negativos es superior o inferior a cero. En estos casos, un punto de equilibrio puede atraer a «ambos» jugadores por igual más que cualquier otro. Esta situación supone la mayor estabilidad. Esa estabilidad supone a su vez que será la pauta generalmente asumida en el conjunto de las decisiones con un determinado e igual supuesto de hecho.

b) *La suposición de los grandes números*

Los fenómenos de decisión jurídica (ya sea, volvemos a repetir, en su fase planeación legislativa, ya en la decisión concreta) suponen que las conductas de los oponentes van a ser razonables. Pues bien, la racionalidad supuesta *no suele* coincidir con la racionalidad real. Es un teorema de esta teoría que no sólo planteando racionalmente la decisión razonable, sino incluso empleando un artificio de azar, con la aplicación de las fórmulas oportunas estamos *asegurando* una decisión más correcta.

(25) En estas reflexiones «iniciales» o «iniciáticas» no cabe un desarrollo por menoreado de esta técnica que sí será objeto de análisis posteriores.

(26) Conclusión tórica que —sin perjuicio de trabajos teóricos de carácter menos informativo y más operativo—, ya puede deducirse y sumarse a las posiciones que en la polémica Rawls-Nozick defiende el primer autor, cfr. ops. cit., y la de Lucas, asimismo citada.

c) *La teoría del minimax: el máximo posible para las teorías contrapuestas*

La expresión no matemática, sino discursiva del teorema de von Neumann sobre el minimax dice que:

- hay una estrategia para cualquier jugador —supongamos A— que protegerá su ganancia V ; contra ella nada puede hacer el jugador B, dado que la ganancia V es la cantidad que el jugador A espera obtener si ambos actúan razonablemente;
- asimismo hay una estrategia que asegura al jugador B impedir que el A consiga cantidad superior a V ;
- dado que hay suma cero, se supone que la estrategia minimax es la más adecuada en los casos de oposición frontal de intereses.

Lo que esto quiere decir es que la estrategia minimax es la de la exclusiva seguridad, con el presupuesto de más pura creación adicional de riqueza por ninguna de las actividades de los jugadores. Cualquier otro supuesto hace entrar en una nueva y necesaria punta normativa.

d) *La teoría de la cooperación*

En efecto, cualquier supuesto en el que las condiciones iniciales varían tienden a convertirse en juegos de suma diferente a cero, y aquí las opciones a conseguir deben superar la pura oposición y centrarse en la cooperación.

Hay un famoso experimento llevado a cabo por Rapoport y Orwant (27), según el cual los jugadores abandonan —en juegos de suma cero— sus estrategias óptimas para buscar aquéllas de equilibrio más mediocre. La no cooperación lleva a no cometer estupideces, pero no a buscar resultados progresivos.

14. EL JUEGO BIPERSONAL DE SUMA NO NULA

El caso muy habitual de situaciones competitivas con un elemento de interés común, aunque sólo sea el mantenimiento de una regla de juego concreta, se debe tratar con el modelo teórico que ofrece esta tipificación.

¿Cuáles serían sus más importantes constantes normativas teóricas?

(27) RAPOPORT y ORWANT, «Experimental Games a Review», en *Behavioral Science* VII (62).

a) *La distinción necesaria de las reglas aplicables a los juegos de suma cero*

Está admitido que las condiciones de comunicación, la obtención de información, el efecto de restringir alternativas, la aparición de amenazas, etc., tienen en un caso y otro efectos divergentes.

b) *El reflejo de la distinción está en la actitud cooperativa*

Todos los análisis indicados llevan a la conclusión de la necesidad de la decisión cooperativa que tiene su reflejo en el llamado esquema de arbitraje de la decisión de Nash (28), según el cual se puede afirmar que:

- el resultado arbitrado debe ser independiente de la función de utilidad, dado que existen tantas funciones de utilidad como resultados a decidir.
- el resultado arbitrado debe ser tal que no exista otro en el cual ambos jugadores consigan más simultáneamente (óptimo de Pareto).

c) *La cooperación reflejada en pagos sólo es posible por la redistribución convenida*

No existe más razón para el establecimiento de las estrategias competitivas en el campo de las teorías con riqueza adicional que las pueda haber en las estrategias de riesgo (anti-minimax) en los juegos de suma cero. En las observaciones de Rapoport citadas, aplicadas a los juegos-cero, se establece que son las condiciones ideológicas las que buscan un conjunto de excusas para establecer estrategias maximalistas, abundando las razones de la falta de información, etc....

En el tipo genérico que ahora analizamos, el conjunto de experiencias de que los jugadores, por lo común, sólo saben jugar competitivamente y que es necesario aprender para jugar mejor cual es la de jugar cooperativamente, esto es, *redistribuir*. La reluctancia a este tipo de conducta lleva a la negación y obcecación en la competitividad (29).

La utilidad metódica de estas conclusiones, a lo que se ve, son tan importantes como su rentabilidad teórica, referida, por ejemplo, a la ya varias veces citada polémica Rawls-Nozick.

(28) NASH, «The Bargaining Problem», *Econometrica* XVIII (1950); «Two-Person, Cooperative Games», eodem loco XXI (53).

(29) Cfr. experimentos de LUCE-RAIFFA, *Games and Decisions*, New York, 1952, Wiley; RAPOPORT, *Fights, Games and Debates*, University Michigan Press, 1960; SCODEL, *MINDS, of Conflict Resolution*, III (1959), etc.

15. LOS JUEGOS DE N-PERSONAS

Es muy difícil hacer una recensión, aunque fuera simplista, de las posibles pautas analíticas que ofrece la aplicación de un modelo de estas características. Hay una razón fundamental, y es que no es una, sino tres las posibles interpretaciones variantes de esta situación (30).

En todo caso, las situaciones jurídicas a las que son aplicables, y a ello se inclinan estas líneas, las teorías más completas de los juegos abren posibilidades teóricas y prácticas no sólo en los campos de la técnica de la legislación o de la decisión concreta e individualizada, sino como se ha visto en el análisis más teórico de las mismas justificaciones de los contenidos más racionales, útiles, operativos y justos que deben dar acogida las normas jurídicas. Sirvan estas páginas de testimonio, por imperfecto que sea, en todo caso confiado en estas posibilidades del compromiso de un futuro trabajo en este área tan rica en perspectivas.

(30) AUMANN-MASCHLER, «The Bargaining Set for Cooperative Games», en *Annals of Mathematics Study* 52, Princeton, 1964; la conocida y citada obra de MORGENSTER, VON NEUMANN, SHAPLEY, «A Value for n-Person Games», en *Contribution to the Theory of Games*, Princeton, 1953.

Decisión judicial e incidente de recusación por motivos ideológicos

Consideraciones sobre la imparcialidad política del juez

Por JOSE I. LACASTA ZABALZA

Zaragoza

I

George Orwell, en su excelente novela *Burmese days*, describe así el modo de actuar de un magistrado birmano de la administración colonial británica: «Como magistrado, sus métodos eran sencillos. No vendía la decisión de un caso por mucho que le ofrecieran, porque sabía muy bien que un magistrado que dicta sentencias injustas a conciencia, es cogido más pronto o más tarde. Lo que él hacía era mucho más sensato: aceptaba soborno de ambas partes y luego decidía el caso estrictamente con arreglo a la ley» (1). La peculiar conducta del juez birmano retratado, consistía en una rara ecuanimidad y un acendrado respeto a la ley a la que se vinculaba escrupulosamente en sus criterios. Salvas sean las distancias, en tiempo, espacio y novela, lo que Orwell refleja, entre otras cosas, es un viejo problema. El hecho de que atenerse a la ley no implica necesariamente la resolución de los problemas de una manera concorde con la justicia. Pero, como reflexión general, no deja de señalar una de las muchas quisicosas inherentes al poroso cuerpo del fallo judicial, a sus motivaciones y razonamientos.

Si la vida «normal» de la decisión judicial se ve interferida por notables mediaciones y obstáculos de todo tipo, trátense de operaciones epistemológicas o circunstancias consustanciales al siempre complicado ejercicio del poder, la recusación de un juez, alegando frontalmente en el proceso causas políticas para ello, pone sobre el tapete muy diversas inquietudes que hacen parar mientes acerca de los *límites* en la consideración positivista de la atadura razonadora del juez a la ley. En la recusación misma, como procedimiento de saber o indagación de la verdad, la ten-

(1) Traducida al castellano por Rafael Vázquez Zamora como *La Marca*, Destino, Barcelona, 1982, págs. 10 y 11.

sión entre lo fáctico y lo normativo puede adquirir tintes y contornos dramáticos o perplejos. Paradoja que se acentúa si dicha recusación, como suele acontecer cuando se aportan motivos ideológicos, se sitúa en el ámbito jurídico del proceso criminal, donde lo psicológico y el margen legal de interpretación hacen que, como observa el procesalista Emilio Gómez Orbaneja, determinados supuestos de hecho de la recusación «no se dejan fijar por modo tan inmediato» como, pongamos por caso, el hecho tangible del parentesco (2). «No son directamente el objeto de la prueba, sino el producto de dotar a otros hechos que constituyen el *thema probandi* —aquéllos en que la amistad se expresa o se manifiesta la enemistad—, de un sentido que en sí mismo, aisladamente, no poseen, sino que sólo adquieren gracias a la experiencia social del que los contempla en su conjunto» (3). Trátese de amistad, enemistad o interés, que son los lugares donde se suele aspirar a encajar legalmente la recusación política, esa «experiencia social» contemplada en su conjunto, se deja fijar tan poco, y de una sazón tan resbaladiza, como esos hechos que en sí mismos, sin contraste complementario, no poseen un sentido o repercusión jurídica. Si se recusa a un juez por parcialidad ideológico-política, englobando la acción en el contexto general ofrecido por la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el funcionario recusado: «Es preciso 'subsumir' los hechos indicados y probados, bajo un concepto general, lo cual implica su calificación con arreglo a un criterio valorativo». En consecuencia, no se hace sino apuntar, atisbar, la dificultad del razonamiento, de la prueba, del contexto social que se tiene en cuenta, y, sobre todo, el acoplamiento e incorporación de ese interesante e inquietante «criterio valorativo» aducido por el profesor Gómez Orbaneja, el cual constituye un auténtico punto nodal previo a la decisión única y necesaria.

La recusación en el proceso español es un fenómeno harto infrecuente, y tan extraño como en el procedimiento italiano, en el que ya advertía Francesco Carnelutti la «rareza de su aplicación práctica» (4). Incidente procesal, al que unos conocidos comentaristas del procedimiento italiano de 1878 llamaban instrumento «odioso y personal» (5). Praxis poco agradable y perturbadora para abogados y jueces, recogida legalmente en 48 artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que deja fuera hipótesis no poco relevantes, máxime si se le compara, según indica Gómez

(2) Emilio GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1951, págs. 1 a 62.

(3) *Ibidem*.

(4) Francesco CARNELUTTI, *Una straordinaria esperienza in tema di riconsunzione di giudici*, págs. 188 a 197 del vol. V, parte II, de la «Rivista di Diritto Processuale», Padova, 1950.

(5) *Commentario del codice di procedura civile*, Napoli, 1878, citado por Roberto Romboli en su clarificador e imprescindible trabajo para este tema, *L'interesse politico come motivo di riconsunzione del giudice*, págs. 455 a 480 de la «Rivista di Diritto Processuale» (seconda serie), núm. 3, Padova, septiembre 1982.

Orbaneja, con la legislación recusatoria alemana en torno a los jurados y escabinos (6). El propósito de la institución de este incidente se coloca en los aledaños de unas *garantías liberales* que, tomando axiomáticamente la *neutralidad* del juez, tiende a asegurar «la *imparcialidad* en la resolución» y apunta teleológicamente «al *prestigio* de la administración de justicia». Por ello la recusación «no es una concesión hecha al recusante, sino que se establece en función de un interés público» (7). Podría hablarse así de unas garantías generales, o en aras de un interés estatal *supra partes*, más que de un recaudo particular o derecho concreto que las leyes procesales trasladan a la potencialidad de establecer los recursos subsiguientes a la decisión e, incluso, a la exigencia de la responsabilidad criminal pertinente. En la misma línea, y en lo tocante a los comentaristas italianos y a la doctrina sentada por la Corte costituzionale, se viene entendiendo, desde el siglo pasado, que la *ratio* de la institución de la abstención-recusación consiste en la «tutela de la imparcialidad del juez», comprendida como una «equidistancia de los intereses en juego en el proceso» (8).

Según el procesalista italiano Roberto Romboli, «la evidente racionalidad sobre la cual reposa» esta institución recusatoria, se hace coincidir en sus inicios con el Derecho romano justiniano y con el corolario del principio general *lites sine suspitione procedant* (9). Origen más que discutible, pues los jueces romanos, si bien eran efectivamente «racionales», no actuaban como «razonadores» en el sentido moderno de la actual jurisprudencia, tal y como precisa el profesor Gil Cremades siguiendo a Max Weber, al contrastar las distancias entre la función judicial contemporánea, su motivación, y los caracteres de la jurisprudencia oracular romana (10). Tal afirmación de Romboli es muy propia de la episteme *in abstracto* utilizada por los «juristas teóricos» al interpretar la historia, y ya criticada por Ihering en sus conocidas *Charlas de un romanista* (11). También, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, emplaza la recusación en «la lista de instituciones en que se manifiesta el entrecruzamiento de proceso y autodefensa», cuya finalidad «tiende a garantizar la *imparcialidad* característica del proceso», tras aclarar que habla en exclusiva de los jueces, pues «la recusabilidad de otros sujetos secundarios del proceso, como los peritos y testigos, puede tener la máxima importancia y arrastrar al juez a una sentencia francamente injusta, pero, en

(6) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

(7) *Ibidem*.

(8) *L'interesse politico...*

(9) *Ibidem*.

(10) Juan José GIL CREMADES, *La motivación de las decisiones jurídicas*, págs. 415 a 433 de Estudios en honor de Luis Recaséns Siches, México, UNAM, 1980.

(11) Rudolp von IHERING, págs. 195 y 196 de *Bromas y veras en la Jurisprudencia*, trad. de Tomás A. Banzhaf, Ediciones jurídicas, Buenos Aires, 1974.

todo caso, sólo a través del pronunciamiento judicial, repercutirá en la resolución del litigio» (12). Es más, Alcalá-Zamora se sirve de la recusación para reinterpretar procesalmente la obra de Calderón de la Barca *El Alcalde de Zalamea*, ya que el alcalde no acudió a la autodefensa directa por la ofensa de Pedro Crespo a su hija, y «prefirió el enjuiciamiento», convirtiendo «en fallo judicial recusable, lo que como acto de parte habría sido inobjetable entonces y aún ahora». Aclara Alcalá-Zamora que estas observaciones están hechas «desde el punto de vista jurídico» (13). Matización necesaria, porque el punto de mira de Alcalá-Zamora, aunque ingenioso y ejemplificador, también se sitúa en una postura *in abstracto*, que hay que poner en tela de juicio, ya que la institución recusatoria hay que acomodarla a otras circunstancias históricas más cercanas, sin descartar otros precedentes jurídicos *formales*, pero ajenos a las funciones efectivas del juez liberal-positivista, y al proceso racionalizador, en la dirección weberiana de la expresión (14).

Más verosímil y *concreto* puede ser instalar el arranque histórico de la recusación en los hábitos judiciales implantados por la revolución francesa y heredados, aunque no a beneficio de inventario, del Antiguo Régimen, que, como estudia sagazmente Alexis de Tocqueville, lo mismo obligaban a *motivar* todo tipo de resoluciones, que a difundir y a sentar la creencia pública en que «toda cuestión está sujeta a debate y toda decisión es apelable» (15). Considerando así la función judicial como una forma de saber que, aún con la cabeza y el rostro vueltos hacia el liberalismo y el mundo occidental actual, tiene sus pies hundidos en el racionalismo de la indagación de la verdad frente a la *disputatio* medieval, pues: «La indagación es precisamente una forma política, de gestión, de ejercicio del poder que, en medio de la institución judicial pasó a ser, en la cultura occidental, una manera de autentificar la verdad, de adquirir cosas que habían de ser consideradas como verdaderas y de transmitir las» (16). Y, entre estas «verdades» figura por derecho propio, en lugar destacado, el papel del juez *imparcial*. Todo ello acompasado por la

(12) Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, imp. Universitaria, 1947, págs. 169 y 170.

(13) *Ibidem*.

(14) Más semejanza real en lo jurídico, por el papel jurisdiccional de los alcaldes, con el supuesto calderoniano descrito por Alcalá-Zamora, puede ofrecer, a pesar de la distancia en el tiempo, el alcalde don Ximio, que dirime el pleito entre el lobo y la raposa en el *Libro del Buen Amor*, del Arcipreste de Hita. En este libro, demostrando que el carácter histórico del Derecho no se mide únicamente por las *formas y nombres*, se habla ya de «demanda», «esenciones», «reconvencción», «perentoria» y «dilatoria» (Decimocuarta edición, Espasa-Calpe, Madrid, 1976, págs. 41 a 45).

(15) Alexis de Tocqueville, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, tomo I, pág. 139, Alianza Editorial, Madrid, 1982.

(16) Michel FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, págs. 87 y 88, Barcelona, Gedisa, 1980.

Instauración modélica del juez que aplica aquel «silogismo perfecto» propuesto por el marqués de Beccaria, que tiene «como mayor la ley general» y «por menor la acción», pero de cuya operación se inferirá la consecuencia de la libertad o la pena (17). Y si hoy las afirmaciones de Beccaria pudieran ser tachadas de simplistas, habría que precisar *a sensu contrario* varias cuestiones: a) que, como escribe Foucault, «Beccaria piensa en términos de una justicia estatizada», es decir, en una práctica judicial que presupone la conformación del Estado moderno (18); b) Beccaria no efectuaba una propuesta ingenua, sino racionalizadora, ya que pretendía terminar con la incertidumbre e incoherencia en el funcionamiento del viejo sistema jurídico, adoptando un enfoque soldador de la decisión del magistrado a la ley (19); c) hoy día, el «así llamado silogismo legal es eminentemente racional», y continúa siendo un importante instrumento para la justificación interna de la decisión judicial, aunque «esta racionalidad está oculta en medio de las controversias que mezclan los diversos niveles de razonamiento» (20).

Precisamente, en la vivienda de la institución recusatoria, tan poco visitada por los juristas profesionales, el intento de ajustar el razonamiento judicial a una ley que por sí misma no puede ser muy precisa, dada la compleja materia que contempla, pone en jaque el proceso racionalizador, al chirriar el eje de una norma que no se ajusta ostensiblemente al acontecimiento práctico que el juez contempla. El hecho se agudiza cuando el incidente se produce en los que, algunos juristas clásicos, con mayor tino y menos eufemismo que en la actualidad, llamaban *juicios políticos*. Así, un sólido y significativo libro sobre la prueba penal escrito el pasado siglo por C. J. A. Mittermaier, denota que el Jurado, tratándose de juicios políticos, ofrece más garantías para el acusado que los magistrados, pues existe la posibilidad de ejercer «ante los jurados un derecho de recusación mucho más lato que ante un tribunal ordinario», y si bien «un juez puede ser igualmente recusado», lo cierto es que «esto sólo tiene lugar en los casos previstos por la ley y por motivos articulados de antemano» (21). Aquí Mittermaier indica la estricta delicadeza legal que ha de observarse en el caso de tratarse de un juez, en comparación con el procedimiento observado con el jurado. Ello no supone ninguna apología del modo de juzgar de esta institución, pues el autor alemán se sitúa en la misma línea mental con respecto

(17) Cesare BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Imp. de Rosa Sanz del Baño, 1820, pág. 11.

(18) *La verdad y las formas jurídicas*, pág. 101.

(19) *Tratado de los delitos y de las penas*, pág. 11.

(20) Jersy WROBLEWSKI, *Silogismo legal y racionalidad de la decisión judicial*, Cuaderno de Trabajo 19 de la Facultad de Derecho de Maracaibo, 1977.

(21) *Tratado de la prueba en materia criminal*, C. J. A. Mittermaier, 10ª edición, puesta al día por Pedro Aragoneses, Reus, Barcelona, 1979, páginas 104 a 108.

al jurado que, en nuestros días, un Chaïm Perelmann (22). Pero, constatando fielmente la realidad del derecho comparado de su tiempo, ofrece una conciliación de la existencia del jurado con un acercamiento de sus componentes al conocimiento de la ley, como medida de la prueba, para evitar que «no sigan más que sus propias inspiraciones», y asegurar así que «su veredicto tendría toda la autoridad de una sentencia fundada en la racional apreciación de los elementos de convicción» (23).

Ya apuntaba Beccaria, en su defensa del jurado, la conveniencia y la utilidad de «aquella ley según la cual todo hombre debe ser juzgado por sus iguales» (24). Y, en cuanto a la recusación, elaboraba, incluso, una original teoría consistente en que, a su entender, un exceso de incidentes de recusación planteados por parte del reo frente al jurado sería, según comenta al respecto el profesor Tomás y Valiente, «un indicio indirecto de su culpabilidad, porque quien teme ser juzgado por cualquiera es que teme ser condenado por saberse culpable» (25).

Aunque, volviendo al análisis de Mittermaier, lo más revelador de sus observaciones quizá sea el registro de los *límites* laberínticos con los que se encuentra un juez ante un caso político. Advierte que un juez «no puede eximirse de la flaqueza humana», y en caso de duda entre dos opciones, puede inclinarse perfectamente «hacia el lado menos favorable al acusado», no siendo preciso para ello una mala fe preconcebida por parte del juzgador, sino que la operación puede realizarse perfectamente «creyendo con la mejor buena fe del mundo en la lealtad de sus propias convicciones». Sobre todo, en los procesos políticos, «sus opiniones y sus preferencias de partido ejercen sobre su espíritu una inmensa influencia». Por su parte, el procesado «no ignora que no tiene que esperar absolución de un hombre inquieto y adicto al poder, y, sin embargo, no puede recusarle sino en el caso muy raro en que la ley admita los motivos que articula» (26).

II

Las observaciones de Mittermaier son válidas para nuestro tiempo, toda vez que subrayan las intrincadas fronteras de una decisión judicial directamente condicionada por móviles políticos, así como por la constatación de la fragilidad y excepcionalidad

(22) Desde el punto de vista de Chaïm Perelmann, el Jurado se fundamenta, a la vez, en una confianza extrema en sus miembros y en una desconfianza correspondiente en los magistrados y en el poder judicial (*La Preuve en Droit, essai de synthèse*, págs. 358 a 364 del libro colectivo *La preuve en Droit*, Etablissements Emil Bruylant, Bruxelles, 1981).

(23) *Tratado de la prueba...*, pág. 108.

(24) *De los delitos y de las penas*, Introducción, notas y traducción de Francisco Tomás y Valiente, pág. 85, Aguilar, Madrid, 1976.

(25) *Ibidem*, pág. 195.

(26) *Tratado de la prueba...*, págs. 107 a 108.

legal de la caución recusatoria ofrecida a un procesado ante la presumible arbitrariedad de un juez, que puede ser su adversario político, tácito o expreso, y a veces antagónico.

Una nítida aporía en la que se coloca la institución recusatoria, que viene determinada por los objetivos que persigue y el procedimiento que implica. Unas reglas rápidas, con pocas formalidades, pretenden salvaguardar el prestigio de la judicatura sin excesiva publicidad o, tal vez sea históricamente más riguroso, con el máximo *secreto*. Un juez recusado, aunque no falle de plano en contra del incidente planteado, es un juez bajo cierta sospecha, habida cuenta que no suele emplearse dicho procedimiento. En el supuesto de tratarse de un juicio político, una recusación por móviles ideológicos, y propuesta por personajes públicos, suele ir acompañada del conocimiento de un sector importante de la opinión social. Todo lo cual se pronuncia en flagrante oposición con los mecanismos recusatorios recogidos en las leyes de enjuiciamiento, de las que cabe afirmar lo mismo que del semejante articulado procesal italiano sobre el tema. Reglas que están pensadas para soslayar el siempre posible «escándalo» ante la ciudadanía, dotando de esta manera a la recusación de un carácter especial, al concebirla como «una cuestión interna entre el juez y el recusante», casi «una cosa en familia que no debe ser conocida por otros», porque su sola difusión «podría hacer caer el descrédito sobre la magistratura» (27). Valoraciones italianas aplicables, desde luego, a la experiencia española.

Ha habido ocasiones históricas, no demasiado lejanas en el escenario occidental, tal y como escribe Franz Neumann en su *Behemot*, en las que las tropelías políticas del poder judicial han sido realmente manifiestas y premeditadas (28). Mas, dejando aparte una casuística extrema, parece que la judicatura de los países de capitalismo desarrollado, y España no es una excepción, no suele ver con demasiados buenos ojos el inconformismo radical (29).

Acaso sea pronto para asentar definitivamente afirmaciones de este calibre con respecto al régimen español. No han transcurri-

(27) *L'interesse politico ...*

(28) «Uno de los ejemplos más extremos de parcialidad judicial que se puede encontrar en cualquier sistema político de tipo occidental, en este siglo, fue la flagrante predisposición exhibida por los jueces alemanes de la república de Weimar, en favor de los asesinos y matones de la extrema derecha, por una parte y en contra de la extrema izquierda, o de la simple izquierda, sin calificativos, por otra parte. Sin embargo, tal vez puede dudarse si estos jueces hayan tenido conciencia de estar incumpliendo sus obligaciones judiciales; por el contrario es más probable que hayan creído cumplirlos, al mostrarse extremadamente benévolos con hombres que, aún cuando se excediesen tal vez en su entusiasmo, estaban luchando contra la subversión comunista». Reflexión de Ralph Miliband, fundamentada en Neumann (*El Estado en la sociedad capitalista*, 6.ª edición, siglo XXI, Madrid, 1976, páginas 136 y 137).

(29) *Ibidem.*

do muchos años desde la instauración de la Constitución de 1978, y por ello se hace preciso contrapesar la balanza de las afirmaciones generales con el examen empírico de experiencias concretas que, por cierto, no son demasiado frecuentes, al menos en su conocimiento. Nada más explicativo al respecto que un estudio de la decisión judicial a lo vivo, en su propia praxis. De esta manera se hace conveniente traer a colación algunas tomas de posición de recusantes y recusados en el Estado español, transcurridos en juicios de claro contenido político, y alegando motivos de la misma índole.

Siguiendo las precisas categorías propuestas por Jacques M. Vergés en su *Estrategia judicial en los procesos políticos*, los incidentes de recusación que se van a examinar a continuación, habida cuenta de la distinción básica entre juicios de «connivencia» o de «ruptura», se colocan más bien en el marco de una connivencia matizada o impura, ya que aceptan el juicio y ciertas reglas y valores legales, fundamentalmente los de corte democrático, aunque sorprenden al juzgador por el planteamiento mismo de la propia recusación, no esperada, y poco asidua en el procedimiento criminal español (30).

II A)

En el sumario 25 de 1981 del Juzgado núm. 3 de Zaragoza, el Magistrado-juez Julio Boned Sopena siguió actuaciones de instrucción por delito de injurias y calumnia a Ricardo Berdié Paba, dirigente de la Federación de Asociaciones de Vecinos de aquella ciudad, acusado de realizar pintadas, que pudieran ser constitutivas de los delitos apuntados, contra el dirigente ultraderechista Blas Piñar López. La iniciativa y la acusación particular corrieron a cargo de la organización Fuerza Nueva.

El 2 de enero de 1981, el mencionado dirigente vecinal interpuso un incidente de recusación al Magistrado-juez Boned, porque, según decía el escrito presentado: «ha llegado al conocimiento objetivo de que el señor Juez que instruye la presente causa puede tener interés indirecto y manifiesta enemistad con el procesado, dadas las posibles relaciones ideológicas que le pueden vincular con la acusación privada, sus representantes y asesores, al tiempo que enfrentarle con las ideas y modos del procesado». La interposición del incidente trataba de apoyarse en varios hechos y argumentos. 1.º) En que el procesado «vinculado al movimiento democrático ciudadano, es personalidad de arraigadas convicciones democráticas y antifranquistas». 2.º) «Que aún ignorando por manifestaciones directas el cariz de la ideología del señor Juez; de los signos externos sostenidos por el mismo y fundamentalmente por la pertinaz presencia de un cuadro de Franco en su despacho oficial del Juzgado, pudiera desprenderse una afi-

(30) Jacques M. VERGÈS, *Estrategia judicial en los procesos políticos*, Anagrama, Barcelona, 1970.

nidad con las ideas y el régimen que dicho personaje representa». 3.º) «Que precisamente entre los objetivos del querellante privado, representante de la organización política Fuerza Nueva, se encuentran los de la exaltación de Franco y su régimen. Régimen que fue derogado por la vigente Constitución del Estado español». 4.º) «Que todo ello, además de poder afectar a la necesaria independencia del Poder Judicial, al denotar la adscripción a una ideología determinada, supone un serio obstáculo para un enjuiciamiento imparcial en el presente caso». 5.º) Como respaldo legal, el procesado estimaba que el Juez Boned se hallaba incurso en los supuestos 9.º y 11.º del artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El escrito alega valoraciones clásicas inherentes a la democracia parlamentaria, tales como la diferenciación de poderes, la independencia judicial, y la necesidad del «enjuiciamiento imparcial». No se trata, por tanto, de un planteamiento categórico de «ruptura». Lo rupturista aquí, siguiendo el razonamiento de Vergès, consiste en el hecho mismo de cuestionar la idoneidad del Juez que entiende el proceso.

El escrito mencionado no es pieza cotidiana de la vida procesal española, es más bien, y valga el símil, una auténtica «pieza separada». Pero quizá sea aún más curioso el auto de 3 de febrero de 1981 por el que el Magistrado-juez Boned Sopena, ante el Secretario del Juzgado, responde que no ha lugar a la recusación iniciada. En cuanto al «interés directo o indirecto aducido», el auto recuerda las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1896, 16 de junio de 1894, y 13 de marzo de 1899, que exigen «una relación privada —del juez— con el objeto del proceso» o que «puedan afectar a su persona o bienes». Y, «como expresa un conocido comentarista de dicha ley procesal», el interés directo sólo puede recogerse en el caso de «las relaciones personales del Juez con las partes». «Y, es claro, que en este proceso la única persona que aparece como ofendida y perjudicada es don Blas Piñar López, al que el Instructor ni siquiera conoce personalmente». Motivando algo más adelante: «Mas aunque de otro modo se entendiere, del hecho de que en el despacho del Juez actuante se encuentre una reproducción de un óleo representando al General Franco, que tiene para el que provee un especial valor afectivo, por haberle sido donado por persona a la que profesa gran estima, no puede ni debe deducirse, como gratuitamente hace el recusante, una afinidad ideológica con el señor Piñar o con la asociación política que preside». Respecto a la enemistad manifiesta traída a efecto por el recusante, el auto subraya que éste «no apoya en hechos concretos» tal actitud, a no ser que se fundamente en «la contradicción entre la ideología atribuida al Instructor y la que manifiesta profesar el procesado, 'de arraigadas convicciones democráticas y antifranquistas'». Porque la ley, rememora el auto, se refiere «a una relación entre personas» y «el Juez recusado no ha tenido la oportunidad de conocer

a su recusante hasta que le recibiera declaración en su despacho», «sin que de la no coincidencia de ideologías, pueda válidamente deducirse la existencia de tal sentimiento íntimo, en tanto no se manifieste en actos recíprocos de recusante y recusado» (31).

Para un profano, puede resultar realmente insólito que un juez opine acerca de sí mismo, haciendo pensar en la realidad de la posibilidad indicada por Nietzsche, consistente en que la mejor filosofía para los funcionarios es la kantiana, ya que permite su desdoblamiento en «cosas en sí» y «fenómenos» (32). El juez Boned engarza con una argumentación, ya en el plano jurídico, recogida por la jurisprudencia española y por Gómez Orbaneja: «Si el juez y la parte pertenecen a un mismo partido político, o a partidos rivales, a un mismo credo religioso aun minoritario, incluso a familias manifiestamente enemistadas, o unidas por íntima amistad, mientras tales relaciones no se hayan traducido en actos recíprocos de los individuos en cuestión, no existe causa para recusar» (33). Sin embargo, en el tema de la «enemistad manifiesta», el motivo que sirve de soporte a la decisión del juez Boned, «la existencia de tal sentimiento íntimo», según los procesalistas Gómez Orbaneja y Jaime Guasp, la «intimidad» se establece más bien como requisito de la amistad, observando ambos procesalistas que es más precisa la legislación italiana al hablar de «enemistad grave», pues si bien la amistad ha de responder *también* a criterios *objetivos*, la ley es bastante imprecisa al no decir el grado que deba alcanzar «el sentimiento compartido para que pueda considerarse como íntimo» (34). Es más, Guasp defiende que la «enemistad manifiesta» constituye el reverso de la amistad íntima, «por ello puede haber una enemistad grave pero oculta y, a la inversa, una amistad manifiesta que no sea sin embargo de gran intensidad» (35). Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1896 dice que la «enemistad manifiesta... no ha de demostrar un mayor o menor rencor u odio, y sí sólo que esa enemistad sea cierta, positiva y evidente».

De todas formas, el juez Boned utiliza en la motivación de su decisión, al lado, en ocasiones, de un estrecho legalismo, elementos poco racionales, en el sentido de Wróblewski, es decir, como *justificadores* de dicha resolución judicial. Ya que el «especial valor afectivo» del retrato del General Franco que ostentaba en su despacho oficial, o bien el que dicho cuadro hubiera «sido do-

(31) El Magistrado-juez emplea el requisito de la existencia de «sentimiento íntimo» para que haya «enemistad», tesis discutida por la doctrina procesalista.

(32) Friedrich Nietzsche, *Crepúsculo de los ídolos*, Alianza Editorial, sexta edición, 1982, pág. 104.

(33) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, págs. 1 a 62.

(34) *Ibidem*, y también Jaime GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Aguilar, Madrid, 1943, págs. 591 y 592.

(35) GUASP, *ibidem*.

nado por persona a la que profesa gran estima», no parecen premisas jurídicas de lógica suficiente como para deducir y legitimar una ausencia de imparcialidad en el caso. Y tampoco enriquece precisamente este proceso legitimador la expresión traída por el juez Boned de «no coincidencia de ideologías», cuando lo que se plantea, expresamente, en el incidente, es la pretendida existencia de posiciones políticas tajantemente contradictorias entre recusante y recusado.

II) B)

El incidente de recusación promovido por el abogado y ex-senador vasco Miguel Castells Arteché fue, en su día, mucho más conocido, al haber sido divulgado por la prensa y, al mismo tiempo, es de enorme complejidad e interés jurídico, al intervenir el Fiscal General del Estado, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, gestando un voluminoso material acerca del tema de la recusación por causas ideológico-políticas. El enredo aumentó al interponerse recursos de amparo que tienen como horizonte aspectos procesales diferentes, como son la recepción a trámite, la denegación de pruebas, y la desestimación de la recusación solicitada.

De una forma sucinta, las mencionadas actuaciones surgieron a raíz del procesamiento del abogado vasco por el Tribunal Supremo, tras pedir éste el oportuno Suplicatorio (Castells era entonces Senador) y serle concedido por la Cámara. El Ministerio Público acusó a Castells de un delito de injurias al Gobierno y de la comisión de otro de injurias a clase determinada del Estado. Según el Fiscal, los delitos se habrían cometido en el artículo titulado «Insultante impunidad», escrito por el ex-senador donostiarra y publicado el 14 de junio de 1979 en la revista «Punto y Hora de Euskalherria».

En el escrito de comparecencia ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Castells recusó a los componentes del mismo, excelentísimos señores Díaz Palos, Gil Sáez, Vivás Marzal e Hijas Palacios, «por entender que se encuentran incursos en el número 9 del artículo 54 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, que señala como motivo de recusación el que los magistrados tengan interés directo o indirecto en la causa». Para ello el escrito sostenía que: 1.º) «Don José Hijas Palacios ostentó, por nombramiento directo del entonces Gobierno del Estado español, durante los años 1966 a 1968, el cargo del Presidente del Tribunal de Orden Público». 2.º) Que dicho Tribunal «aplicaba una ley que violaba los derechos fundamentales de la persona». 3.º) Que las sentencias que negaban los citados derechos «eran confirmadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Justicia de la que eran miembros los recusados señores Díaz Palos, Gil Sáez, Vivás Marzal y. con posterioridad a ejercer el cargo de Presidente del

Tribunal de Orden Público, el propio señor Hijas Palacios». 4.º) Que o bien los mencionados magistrados desempeñaron cargos en el propio Gobierno franquista, o fueron nombrados por dicho Gobierno totalitario y que, en todo caso, la doctrina que forjaron sus sentencias evidencian una «postura ideológica de signo totalitario que negaba el pluralismo político». 5.º) Que la personalidad política del recurrente se sitúa en la «izquierda nacionalista de Euskadi».

Castells aportó también una versada y original interpretación del «interés» recusatorio: «Existen otros intereses, como puede ser un interés de tipo ideológico en los que ni siquiera cabe la posibilidad de hacer abstracción del mismo por ir indefectiblemente unido a la toma de razón». «Y juzgar es un acto mental», concluye el abogado vasco.

La Sala del Tribunal Supremo, constituida con los magistrados recusados, dictó un Auto denegando la admisión a trámite del escrito de recusación. Un posterior recurso de súplica fue también desestimado por Auto de 13 de enero de 1982. Ante ello, el político vasco acudió en recurso de amparo el 27 de enero de 1982, alegando ante el Tribunal Constitucional, entre otras razones, la violación del articulado correspondiente de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 24 de la Constitución española, produciéndose, a su entender, una «indefensión evidente».

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional otorgó amparo a Miguel Castells Arteche en Sentencia de 12 de julio de 1982, declarando la nulidad de los Autos del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1981 y 13 de enero de 1982, que denegaban la admisión a trámite del escrito del político vasco, declarando su admisión «para que sobre su contenido pueda dictar el órgano jurisdiccional correspondiente la Resolución que estime pertinente, una vez que la cuestión se sustancie de acuerdo con lo prevenido en la ley». La citada sentencia se muestra ajustada a su lógica habitual a la hora de rozar *el contenido* de la decisión judicial afectada por la recusación. La jurisdicción constitucional camina de puntillas en su reflexión, en un sentido parejo al que suele exhibir cuando el tema de la presunción de inocencia raspa la «libre valoración de la prueba» de un juez o tribunal. Está inmerso en esa su preocupación que Lorenzo Martín-Retortillo caracteriza como no ir «más allá de donde le está encomendado» (36). Lo que no admite el órgano jurisdiccional constitucional es el rechazo *a limine* del escrito de recusación por parte del Tribunal Supremo, pues entiende que, efectivamente, la ley procesal es clara y terminante: o se inhibe el juez del conocimiento del asunto, o forma pieza separada. No hay término medio, u otro término como el expuesto por los autos declarados nulos

(36) Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo en el sistema de la justicia constitucional*, separata núm. 16 de la «Revista de Derecho Político», Invierno 1982-1983.

del Tribunal Supremo, al negarse de lleno a acoger el incidente, salvo, y excepcionalmente, como precisa la propia resolución constitucional, «cuando la recusación sea propuesta por quien no es parte en el proceso». No era este el punto de partida, y la sentencia hace gala de un «antiformalismo y enjuiciamiento efectivo», con un esmerado razonamiento que *entremezcla* consideraciones políticas y un juridicismo más que kelsenianamente estricto. El Tribunal Constitucional no es ajeno a su función política racionalizadora, ni a la conciencia de su papel de órgano que intenta alcanzar en su argumentación un máximo de consenso social que avale su decisión, por ello critica, valga la expresión, al Tribunal Supremo, pues ha «privado al Senador de un derecho que posee todo ciudadano normal y corriente: el derecho a recusar». Y sin tal derecho «hablar de juicio imparcial no pasaría de ser pura ficción». «Si ello es grave en todo caso, podría serlo más si cabe cuando se trata de una persona que representa a un número importante de ciudadanos que podrían sentirse afectados, lógicamente, por esa discriminación efectuada, que, como hemos visto, aparece nítida a la luz de la lógica jurídica». La jurisdicción constitucional, con una claridad política meridiana para sus intenciones, llama la atención sobre los efectos perturbadores que para el consenso social pueda tener el hecho de no guardar las formas con un Senador, como con cualquier ciudadano, *pero* teniendo en cuenta su grado de representatividad de un sector de la sociedad. Los tribunales, parece querer decir la sentencia, han de ser un vehículo de la «paz social» y no de su quiebra, ni servir de motivo para el incremento de la conflictividad. Mas, al lado de la recomendación política, el órgano constitucional aclara lo que de verdad es el campo acotado de su decisión: «Es pues necesario distinguir entre el hecho que dio lugar al intento de recusación y el proceso o en este caso el procedimiento seguido por el Tribunal para pronunciarse acerca de aquéllos». Es decir, ha de admitirse a trámite la recusación, pues el procedimiento seguido no es el formalmente conveniente. En cuanto a los hechos, la sentencia indica que «según también la doctrina ha recordado en nuestro derecho positivo no hace posible la recusación basada en la afinidad o en las discrepancias de orden político, social o religioso, cuando se trate de delitos de esos tipos». En cuanto a los Magistrados que se intenta recusar por su vinculación con el régimen de Franco, éstos «en el ejercicio legítimo de sus funciones' aplicaron la ley a la sazón vigente, siquiera esta ley no se atempere a los personales criterios de aquél —el recusante— y fuese de tonos y orientaciones diferentes a los hoy imperantes». Se soslaya así, con esmero, el problema de la legitimidad del régimen de Franco, y se *legitima* la función jurisdiccional ejercida durante ese sistema político totalitario, con una conocida teoría positivista, aunque en este caso poco liberal, a saber: los jueces «aplicaron la ley a la sazón vigente». La ley es la ley, aunque fuera distinta en sus fundamentos a la del sistema jurídico actual.

Difícilmente puede expresarse con mayor diafanidad la filosofía política oficial acerca de la Reforma postfranquista y su profundización teórica. El régimen de Franco ha sido superado por la nueva situación, pero *conserva* sus órganos jurisdiccionales y todos sus componentes, cuyas decisiones fueron válidas al circunscribirse a la aplicación de la ley positiva entonces existente. El órgano supremo constitucional viene a invalidar la situación política franquista, pero a convalidar la vigencia de sus leyes. Difícil equilibrio.

Sobre la *ratio* de la institución recusatoria, el Tribunal Constitucional observa lo siguiente: a) «Que es un instrumento encaminado a asegurar la más recta actuación de la justicia y a conseguir que el funcionario judicial se comporte con la independencia, la serenidad y la imparcialidad, necesarias para el desempeño de su misión». b) «El juez, además de ser competente para conocer del litigio de que se trate, ha de reunir ciertas condiciones subjetivas sin las cuales la ley lo considera incapaz, pudiendo ser estas condiciones tanto absolutas de capacidad subjetiva, como relativas, entre las que se encuentran la recusación y la abstención». c) Ahora bien, la ley «ha establecido casos taxativos de recusación de forma prácticamente unánime en el Derecho comparado y con trascendencia a los diversos órdenes jurisdiccionales en nuestro Derecho positivo», con el fin de que el instrumento facilitado no sirva «para apartar de una causa o proceso en general, al juez que por circunstancias personalísimas puede no serle grato». d) Las causas legítimas de recusación establecidas en el artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal son *numerus clausus*.

El Tribunal Constitucional toma posición, con la salvedad de interpretar la recusación como un derecho concreto de los ciudadanos, en línea con la jurisprudencia y la doctrina española tradicional. Sin embargo, la sentencia de 12 de julio de 1982 asevera que las causas taxativas de recusación lo son «de forma prácticamente unánime en el Derecho comparado». En el caso italiano, de legislación prácticamente idéntica en este punto a la española, y tan próxima por muchas razones, el órgano jurisdiccional español debiera de haber advertido el giro experimentado en la jurisprudencia, al admitir ésta el «interés político» como causa operativa de la recusación de un juez. La nueva decisión, de no poco fuste, se refiere al caso del magistrado de trabajo Romano Canosa, tal y como se recoge en la orden del Tribunal de Milán de 5 de octubre de 1981, y publicada en el tomo I de la revista «Foro italiano» de 1981. El magistrado Canosa pertenecía al consejo de redacción de una revista política, el cual lo componían también dos personas que eran parte en un pleito laboral visto por el magistrado. El Tribunal de Milán estimó la recusación, no por pertenecer Canosa al mismo partido político que una de las partes, sino por «sostener una precisa lucha política contra una parte y al lado de la otra parte en la causa». Es decir, por la homogénea

orientación ideológica de los miembros del citado comité de redacción. Todo ello, a efectos de sopesar el interés del juez en el proceso, tras ser kelsenianamente calificada la revista como «política y de lucha política, a la que es extraña toda problemática de ciencia jurídica» (37).

Pero, volviendo a la recusación iniciada por Castells, ésta fue recibida por el Tribunal Supremo, cuyo Pleno, en auto dictado el 11 de enero de 1983, declaró no haber lugar a la recusación formulada por el senador vasco. El alto Tribunal dejó constancia «de la absoluta certeza de los *hechos*» introducidos por Castells, es decir, la pertenencia del señor Hijas al extinto Tribunal de Orden Público. y de éste y los demás magistrados a la Sala Segunda del Tribunal Supremo durante el régimen de Franco. Así como que «esta Sala conoció de cuantos recursos de casación fueron interpuestos contra sentencias dictadas por aquel Tribunal». «Ha de advertirse, además, que todas estas sentencias fueron legalmente publicadas, obran en los correspondientes archivos y, en cuanto a las de la Sala Segunda concierne, han sido publicadas en la Colección legislativa y difundidas en repertorios privados». Insiste el Tribunal Supremo en que los hechos están probados y argumenta que «el recusante debe sentir plenamente satisfecho su derecho de defensa, puesto que todas las resoluciones de ambos órganos jurisdiccionales son conocidas por esta Sala de Justicia, como han podido ser conocidas por él y por cualquier ciudadano». La discrepancia entre el recusante y el Tribunal Supremo no radica, según éste, en los hechos, sino en su *valoración*. Y, cabe añadir, que en una muy distinta visión de lo que jurídicamente fue el régimen de Franco. El Tribunal Supremo sostiene que «hay sentencias del Tribunal de Orden Público que fueron absolutorias y hay sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que casaron las condenatorias y desestimaron los recursos de casación interpuestos contra las absolutorias». «De ello habría que concluir, según el propio razonamiento de la recusación, que en algunas ocasiones había postura ideológica de signo totalitario, y en otras, la opuesta». Como el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo tampoco entra en el problema global de la legitimación de las leyes franquistas y su aplicación, y, también, para este órgano supremo, la ley es la ley. No sólo eso, sino que una ley franquista puede ser interpretada de un modo totalitario y en un sentido políticamente opuesto. Tampoco se considera el problema de la función del antiguo T. O. P., al que se caracteriza como un tribunal más, y al que se reviste con un cierto tinte de «imparcialidad», dado que este órgano de excepción también dictó sentencias que fueron absolutorias. Aún más, se *justifica* en cierto modo la actuación de estos jueces de excepción, reprochando al recusante el «confundir la ideología que pueda subyacer en un conjunto de normas con la de las personas

(37) *L'interesse politico...*

individuales obligadas a aplicarlas». Es interesante el matiz, dejando de lado la complicada obligatoriedad de pertenecer o no al Tribunal de Orden Público, órgano de marcada índole política. Pero es que resulta sumamente reveladora esa distinción entre la ideología de las normas y la de los jueces, *como si* en esa operación «subsumidora» *todo* juez pudiera quedar impoluto al aplicar una ley totalitaria, o *como si* el «juez racional» efectuase una simple actuación mecánica de registro y devolución aplicada de la ley, haciendo abstracción completa y pura de la naturaleza ideológica de la misma. Según el Tribunal Supremo, ya en el meollo de su toma de posición: «la actividad judicial recusada consistió en aplicar el ordenamiento vigente en el momento en que se produjeron unos hechos concretos». Pues «el ejercicio de la potestad jurisdiccional consiste, esencialmente, en la aplicación de las leyes vigentes a un conflicto social».

Esta noción de *vigencia*, al no estar completada por algún razonamiento que ayude a relacionarla con el problema de la «validez», en todas sus dimensiones, del sistema político franquista, adquiere en la sentencia del Tribunal Supremo el carácter virtual de simple «existencia» de un ordenamiento jurídico, sin entrar en más consideraciones (38). Pero *vigencia*, según el excelente artículo de Antonio José Brandao es un término poco preciso y omnicomprendivo, pues «el derecho sólo como vigente adquiere forma de ley» y «para nosotros y en este momento, hay cierta sinonimia entre las expresiones Derecho vigente, Derecho objetivo-positivo, Derecho válido, obligatorio, coercitivo, aplicadas por los tribunales» (39). Porque, prosigue Brandao, en la mentalidad del jurista profesional, y los componentes del Tribunal Supremo no constituyen precisamente ninguna excepción en la resolución examinada, «se distingue mal la imperatividad propia del Derecho» de «la voluntad estatal que lo pone en vigor y que protege su realización» (40).

En otro orden de cosas, el Tribunal Supremo reitera que los motivos ideológicos no pueden encuadrarse en la casuística del «interés directo o indirecto», y que la recusación ha de proponerse a personas concretas, nunca a órganos colegiados.

III

Lo que parece estar en el fondo de toda esta jurisprudencia sobre la recusación, es la indicación de que la neutralidad y la

(38) Obviando la complejidad de la noción de «validez», en el sentido expuesto por José DELGADO PINTO en *La validez del Derecho como problema de la filosofía jurídica*, págs. 221 a 259 de Estudios en honor de Luis Recaséns Siches, México, UNAM, 1980.

(39) Antonio José BRANDAO, *Vigencia y temporalidad del derecho*, trad. de L. Carnelli, en el libro colectivo *El hecho del derecho*, Buenos Aires, 1956, páginas 62 y 63.

(40) *Ibidem*.

imparcialidad de los órganos, a tenor del razonamiento microfísico de Foucault, parecen poseer funciones nada neutrales y de mediación interesada (41).

Tanto la decisión del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo ponen de manifiesto la dificultad enorme de separar lo jurídico de lo político, en unas circunstancias procesales en las que son traídas a colación directamente cuestiones políticas por una de las partes.

Pero, el examen de la recusación por motivos ideológico-políticos, hace averiguar implicaciones de no poca monta, referentes al propio papel del juez y a la concepción de sus funciones.

En cuanto al carácter exclusivamente *técnico* de la decisión judicial, afirma el profesor Montero Aroca: «La neutralidad, el apoliticismo, el carácter técnico, difícilmente pueden predicarse respecto del proceso penal» (42). Si el proceso civil puede aparecer más distante, el procedimiento criminal se expresa casi siempre como muy próximo a los principios constitucionales y políticos. Por su parte, el italiano Romboli, opuesto frontalmente a la aplicación extensiva de los motivos de recusación por ideas políticas o religiosas no fundamentadas en hechos, y, por tanto, difícilmente valorables, toma como premisa inexcusable el carácter *político* del juez y sus funciones, recordando que éste, *uti civis* ha de poseer una visión «en sentido amplio» *política* de las exigencias de la comunidad, concorde con el papel reconocido por la Constitución italiana al juez ordinario, que favorece el pluralismo ideológico, incluso, en el seno de la propia magistratura. En el sistema jurídico español, no está de menos recordarlo, el artículo 127 de la Constitución restringe la capacidad política práctica de magistrados, jueces y fiscales, abonando una concepción *apolítica* de los mismos, o, en sentido nietzschiano, «por encima del bien y del mal».

Además, la causas de recusación contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal provienen globalmente de un traslado casi mecánico de los supuestos propios de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se produce, de este modo, que, como sostiene Gómez Orbaneja: a) es «en esencia un sistema adoptado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 para el proceso civil»; b) las «modificaciones introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo parcial y accidentalmente han tenido en cuenta las necesidades peculiares del proceso penal». Con lo cual se promueve una *cosificación* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en este instituto, ya que en la Ley de Enjuiciamiento Civil está concebido básicamente sobre el soporte mental de la relación acreedor-deudor, y no

(41) «... cada vez que la burguesía ha querido imponer a la sedición del pueblo un aparato de Estado, se ha instaurado un tribunal, una mesa, un presidente, asesores, enfrente los dos adversarios. Reaparece así lo judicial» (Michel Foucault, *Microfísica del poder*, La Piqueta, Madrid, 1978, pág. 50).

(42) José MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho Procesal*, Tecnos, Madrid, 1976, pág. 211.

ofrece el mismo panorama para el proceso penal, tan diferente del discurso económico y social que sostiene el proceso civil o, tal y como dice el propio Gómez Orbaneja, «a diferencia del cual, en el proceso penal entran en juego, forman parte del juicio y de la decisión intereses y aun relaciones jurídicas cuyos titulares no necesitan intervenir como partes en la causa» (43).

Tras estas observaciones, tal vez sea prudente volver al planteamiento inicial acerca de la *ratio* de la institución recusatoria en el proceso criminal. La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1977, reiterada y ampliada por la de 9 de junio de 1980, subraya: «que los institutos de la abstención y recusación tienen por objeto el que los Jueces, Magistrados o Auxiliares de unos u otros, se aparten o sean apartados del conocimiento, decisión o tramitación de determinado proceso *cuando sus relaciones personales* con los justiciables u otras *circunstancias proclives a la parcialidad* los pongan en peligro o permitan recelar o sospechar que pueden perder la imagen o el nimbo o aureola de austeridad, imparcialidad y ecuanimidad que deben presidir siempre las actuaciones judiciales». Así, según el Tribunal Supremo, la existencia de la institución «radica en la necesidad de eliminar los recelos o sospechas nacidos de la condición humana del juez, conectadas normalmente con pasiones o intereses...».

La institución recusatoria se encamina hacia la protección, parafraseando al Tribunal Supremo, de la aureola o la imagen de la judicatura. El Tribunal Constitucional añade la perspectiva de configurarla como una garantía concreta para el ciudadano, como un «derecho a recusar». Pero, de todas maneras, la recusación en el proceso criminal no resuelven el problema de fondo aquí examinado: la posible parcialidad judicial en base a fuertes divergencias ideológico-políticas.

Y es que, desde un punto de vista histórico, tras la senda de Ihering, *concreto*, la institución procesal recusatoria posee unas connotaciones *románticas*, más propias del pasado siglo que del presente (44). Sin restar ningún mérito a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, por su abandono del proceso penal inquisitivo y por su inspiración verdaderamente protectora de las libertades individuales, y sin la *excepcionalidad* que continúa invadiendo el campo de los derechos humanos en el régimen español actual, y de modo progresivo, lo cierto es que la recusación penal, cuyo origen hay que buscarlo en el articulado del procedimiento civil de los años cincuenta del pasado siglo, se encuentra ciertamente en aquella época.

El ideal de la *neutralidad* de la justicia y la proyección pública de esa imagen, puede engarzar perfectamente con el romanticis-

(43) *Comentarios...*

(44) En el sentido descrito por Enrique Tierno Galván sobre el romanticismo, págs. 194 a 196 de *Acotaciones a la Historia de la Cultura Occidental en la Edad Moderna*, Tecnos, Madrid, 1964.

mo, entendiendo este movimiento en su verdadero sentido histórico, y no de un modo peyorativo. Y si, ya que hace ahora doscientos años de su nacimiento en 1783, un Stendhal rechazaba con vigor la «neutralidad política» de la historia, trayendo a la consideración literaria los conflictos entre poseedores y desposeídos, su célebre Julián Sorel de su no menos célebre *Rojo y Negro*, al final de la obra, tras su juicio condenatorio, sólo tiene un pensamiento positivo para la hipotética imparcialidad del anciano presidente de la Audiencia, a pesar de su arrogante y convencido: «No existe el *Derecho Natural*» (45).

(45) «No existe el *derecho natural*: esa palabra no es más que una antigua sandez muy digna del fiscal que el otro día me daba caza y cuyos antepasados fueron enriquecidos gracias a una incautación en tiempos de Luis XIV. No hay derecho más que cuando hay una ley para prohibir hacer tal cosa, bajo pena de castigo». STENDHAL, *Rojo y Negro*, Barcelona, Bruguera, segunda edición, 1982, pág. 541.

La decisión administrativa

Por JUAN DAMIAN TRAVERSO

Madrid

Las contradicciones doctrinales sobre la naturaleza de los actos administrativos afecta cada día más tanto a la teoría jurídica como a la práctica administrativa y jurisdiccional.

De un lado, la teoría predominante del Derecho administrativo, singularmente en nuestra Patria, y, de otro lado, la influencia de la teoría pura del derecho en teoría general del derecho han contribuido no poco a generar a esta perplejidad teórico-práctica.

Las páginas que siguen pretenden tan sólo ofrecer una posibilidad lógica de considerar el problema.

I. PREAMBULO

La diversidad y complejidad de la moderna «teoría general del derecho», hace conveniente que cualquier análisis sectorial se enmarque en la idea general que del derecho se tenga a fin de hacer de aquél algo inteligible. Sin otra finalidad, expongo este sumarísimo credo jurídico.

1. *El bien y el mal.* Llamamos bueno a todo aquello que sirve o conviene a un fin. Malo lo contrario. Lo bueno y malo es, por tanto, algo relativo a un fin. El bien y el mal tiene razón de fin, como decía la doctrina tradicional. Empero, contrariamente a lo que entendía dicha doctrina, entiendo que no existe un fin personal que pueda proponerse con validez general, y, consecuentemente, no existe nada bueno o malo, con validez general, que haga relación con un fin del «individuo». En suma, no existe fin o «bien del hombre» o para todo hombre, que sea racionalmente vinculante. Aún más, no existe «cosa» alguna que pueda decirse que es «buena en sí» (Moore) (1).

(1) V. G. E. MOORE, «Principia Ethica», trad. es., Méjico, 1959. Pero tampoco la bondad es una «cualidad indefinible» como la entiende Moore, sino la susceptibilidad de producir un resultado. El problema está en examinar qué resultado o fin puede ser racionalmente vinculante.

Es en el seno de la convivencia humana donde surgen fines que pueden proponerse con validez general como vinculantes (2).

El bien moral, en cuanto bien ineliminable, vinculante, es el bien de la convivencia humana. Ciertamente que cada cual en cuanto se mueve por un bien preferente, tiene «su» moral. Pero no existe proposición moral válida «erga omnes» si no se refiere a un fin de la convivencia del grupo.

Lo bueno o malo moral es aquello que conviene o no conviene a un problema de la convivencia.

2. *Deber*. Aquella conducta humana necesaria o conveniente para la convivencia social es «el deber» moral. Cuando se expresa cualquier «deber», se *describe* una relación causal de conveniencia de una conducta con un fin (norma técnica) (3).

El deber moral es la expresión de una relación de conveniencia causal con un bien del grupo social. En la medida en que estoy integrado en un grupo y respecto de los problemas de ese grupo puede proponerse con validez racional un deber.

Ahora bien, en cuanto el deber describe la necesidad de aportación de una conducta para un fin vinculante (esto es, racionalmente *ineliminable*) demanda la aportación *incondicionada* de la misma. Por ello el deber moral no sólo describe sino que también *prescribe* incondicionalmente. La aportación incondicionada de la conducta, por tratarse de una conducta vinculante («por deber»), da origen a la vertiente subjetiva de todo deber moral (4).

3. *Facultad*. Por supuesto que todo deber moral en cuanto describe y prescribe la restricción de la libertad en un sentido determinado, describe a la vez que una persona, un grupo de personas, o toda la sociedad, tiene facultad para exigir moralmente una conducta. Tan es así que la proposición moral lo mismo puede mencionar deberes como mencionar facultades. Deber y facultad son como las dos caras de una misma moneda.

(2) Como se sabe, Kant consideró hipotético todo «deber» o «bueno» relacionado con cualquier fin o bien. Sólo es buena incondicionalmente «la buena voluntad» o «actitud» moral. Sin embargo, a la hora de conformar la buena voluntad tuvo que condicionarla, a la postre, con un fin o bien que fuera «universalizable». Lo que ocurre es que sólo es racional un bien universalizable en cuanto es bien común. Una más amplia comprensión de este punto de vista en mi trabajo «la razón del deber ser». Anuario de Filosofía del Derecho, núm. 118/XIX.

(3) Norma técnica es la que describe y prescribe la conducta a poner para conseguir un resultado. El propio imperativo hipotético es una norma técnica. Asimismo, «no matar», «no engañar», «auxiliar al necesitado», «pagar los impuestos», etc., son normas técnicas en cuanto describen una relación causal o de conveniencia con un fin de la convivencia humana. Lo que ocurre es que en este caso el resultado o fin es un bien ineliminable, vinculante; esto es: lo que se llama un fin moral. Con una concepción distinta, v. ROBLES MORCHÓN, «norma y regla técnica», Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 67.

(4) La «buena voluntad» es ciertamente un elemento (subjetivo) esencial del acto moral, tanto como el elemento o factor objetivo (conducta-fin). Lo que ocurre es que la buena voluntad es buena por razón de fin: el fin moral estaría en peligro si se actuara por temor o recompensa.

4. *Derecho*. Hay casos en que la exigencia de la conducta debida o la facultad de exigir resulta tan imprescindible para la convivencia del grupo que está *legitimado* el uso de la fuerza para imponerla o ampararla. Esto es, la fuerza se constituye a su vez por un medio *debido, específico* (5).

El *deber moral* en cuanto coercible por la fuerza o la facultad moral en cuanto tutelable por la fuerza, es lo que llamamos «derecho». El derecho es «la parte de la moral» que es «exigible-tutelable» moralmente a la fuerza, esté o no organizada (6). El derecho, como la moral, constituye una objetividad: lo que *realmente*, verdaderamente, conviene al bien comunitario (7). Lo que no quita que sea una objetividad circunstanciada a una situación histórica: aquí y ahora. La moral y, por tanto el derecho, es objetiva, pero no es ubícua ni ucrónica sino en la medida que lo sea el problema social que trata de solucionar.

El derecho no es, por tanto, más que un «tipo» de «deber-facultad» moral.

5. *Derecho positivo*. Pero la objetividad jurídica, como la realidad toda, no es una realidad palmaria, manifiesta. La cadena causal que conduce al bien de la convivencia y la propia definición de dicho bien es compleja, oscura; en gran medida, optativa. Por tanto «debe ser» una instancia social de determinación, exigencia y tutela de los deberes-facultades imprescindibles: el poder público de una comunidad.

6. *Derecho natural*. Las determinaciones positivas son, como es lógico, discutibles, criticables, evaluables, según el criterio de cada cual, pues la relación medio-fin que expresan no contienen, las más de las veces, un grado de certeza suficiente. La objetividad del derecho es frecuentemente polémica. Cuando la objetividad jurídica (circunstanciada, histórica, no se olvide) se presenta como una realidad palmaria, evidente («evidencia racional» según la terminología tradicional) accesible a la razón «natural» de todo hombre («diffussa in omnes»), desaparece el crédito moral otorgado al poder público («obedece al poder público») si su determinación no es «conforme a derecho». Las proposiciones (circunstanciadas, históricas) de lo que es debido o facultado con toda evidencia es lo que llamamos «derecho natural».

(5) No es que el derecho sea «el mínimo ético imprescindible para vivir en sociedad»; no; toda ética es imprescindible (necesaria para la convivencia social) por definición. Lo que se quiere decir es que hay deberes tan necesarios que se hace preciso (imprescindible, debido) el uso de la fuerza. Por ello en estos casos la fuerza está legitimada.

(6) Por tal motivo es derecho el «derecho internacional» o el «derecho de resistencia», aunque no haya una fuerza comunitaria organizada.

(7) Como se verá, se trata de una idea «realista» y aun «empírica» del derecho. El «verdadero» derecho está fundado en la realidad, en la experiencia. Sólo la experiencia nos dice lo que realmente es bueno para la sociedad y es imprescindible coaccionarlo. En la medida en que no hay experiencia sobre lo bueno el derecho es, como la política, como la vida misma, aventura prudencial, cálculo.

El derecho natural, como toda objetividad ética, se predica respecto de una circunstancia histórica. Es llamado «natural» por la «razón» que lo aprehende, no porque derive de ninguna «phisis» o «naturaleza» inmutable (8).

7. *La determinación del deber-facultad positivo.* El derecho positivo no se determina sin más. Lo propio del sistema jurídico-positivo es que prescribe *la forma* de determinar (establecer, «crear») el deber-facultad que va a considerarse válido por la sociedad y por el poder público. De esta manera sólo se consideran *válidos* los deberes y facultades establecidos por las personas con *potestad* para ello, a través de los órganos *competentes* y con arreglo a las *formalidades* previstas para ello. Constituyen parte esencial del derecho positivo las normas sobre potestades, competencias y procedimiento para la determinación de deberes y facultades (hart), así como las de enjuiciamiento y tutela efectiva de los mismos (9).

II. LA DETERMINACION DE DEBERES Y FACULTADES COMO DECISION JURIDICA

Pese a la expresión habitual, no existe una verdadera «*creación*» de deberes y facultades en el riguroso sentido del término, sino una determinación de lo que en cada momento el poder público considera conveniente al interés general. Esta determinación (llámese o no «*creación*») es, por tanto, *una decisión o resolución* sobre el deber que se prescribe o la facultad que se tutela. A la vista de los intereses generales el poder público decide este camino y estos medios para recorrerlos y ahí «pone», como *un medio* más, las conductas imprescindibles y las facultades tutela-

(8) La obsesión normativista del derecho ha originado toda una artillería anti-ius-naturalista fundada en esta objeción: ¿de qué norma jurídica se puede predicar su cualidad de ser universal e inmutable? El famoso ensayo de Welzel es una exposición detallada de la imposibilidad de predicar inconcusamente y sin excepción normas del obrar para todo tiempo y lugar. Es cierto que motivo para ello ha dado la formulación clásica del derecho natural. Se olvida, sin embargo, que en una circunstancia histórica, y, desde luego, en casos concretos, pueden hacerse proposiciones apodícticas de que tal acto es bueno o malo para la convivencia humana. Pero aún hay más: se olvida la función propia de las normas. Las normas pautan «frangias» de conductas y, en tanto pautas genéricas, pueden proponerse lógicamente como válidas con toda evidencia. Por no comprenderse el rol de las normas, se va a llegar a la peregrina conclusión de que carecen de evidencia moral normas tales como no matar, no engañar, auxiliar al necesitado, etc., porque en algún caso concreto se puedan dar excepciones (todas ellas «justificables» a la luz de la razón natural).

(9) Ha sido muy positivo para la teoría jurídica general haber señalado, desde diversa perspectiva, que el derecho no es sólo «prescripción de conductas», «sino reglas para la prescripción de conductas». Sin embargo, no se ha destacado suficientemente en ese conjunto de «normas secundarias», las normas de enjuiciamiento y aplicación de la fuerza, tan consustanciales con el concepto del derecho.

bles. La atribución de lo tuyo y lo mío constituye tan sólo una finalidad más del bloque de fines perseguido por el poder público y en que consiste el «bien de la convivencia».

Las decisiones determinativas del poder público, revisten varias formas, pero todas ellas tienen la misma «naturaleza»; esto es, en todo caso expresan un deber coercible o una facultad amparable por la fuerza pública. No hay razón para llamar «creación de derecho» a unas y «aplicación del derecho» a otras. Toda determinación «*innova*» una faceta del deber o la facultad. *Innova* derecho.

La determinación (explicitación, resolución, «creación», si se usa la expresión habitual) de deberes y facultades, suele estar organizada en forma jerárquica descendente desde lo abstracto y general a lo concreto e individual, residenciándose la potestad de determinación en cada escalón de la jerarquía pública. No necesitamos explicar el sistema de jerarquización de deberes y facultades; basta remitirnos a la descripción que de la misma ha hecho la teoría pura del derecho, que coincide con el sistema *actual* de organización del derecho positivo, pero que ni siempre ha sido así ni tiene por qué ser en todo caso así. La teoría pura del derecho, diciendo *describir* el sistema de la determinación positiva, lo que en rigor propone es *lo que debería ser* un sistema lógico de determinación positiva de deberes y facultades, aunque no siempre sea así ni en todo caso deba ser así. Es bueno (es debido, conviene) residenciar las determinaciones más abstractas y omni-comprendivas de la conducta en el órgano supremo, soberano, en el «dominus» del poder o representante del pueblo, según el sistema democrático. Cabalmente por ello (por su superioridad en la escala jerárquica) es por lo que tienen *superior valor*, no por la generalidad o abstracción de su expresión. Tan es así que la escala jerárquica de poder dispone no sólo de capacidad de determinar el derecho sino de la capacidad de controlar la designación de las autoridades inferiores que determinan con mayor concreción el derecho.

1. *Las fuentes de las decisiones jurídicas*

Como hemos puesto de relieve en otra ocasión (10), el derecho puesto por el poder público está sostenido por un formidable Atlas jurídico, que es lo que, utilizando la teoría pura, hemos llamado norma fundamental: «Debe ser lo que disponga el poder público», norma que por su propia naturaleza es *trascendente* al ordenamiento positivo, cabalmente porque es la que sostiene, con toda su fuerza moral, el cosmos jurídico positivo. A su vez, esta norma, de naturaleza eminentemente formal, tiene una segunda cara, de naturaleza material: «Debe ser lo que conviene a los intereses generales (bien común)». He aquí la razón del doble

(10) V. «Filosofía del Derecho», UNED, 1984.

cuestionamiento a que se ve sometido todo deber o toda facultad positiva, a saber: si está puesta en forma (a), y si está justificada materialmente (b); su validez formal y material, en suma.

Pues bien, las «fuentes del derecho» son aquellas vías autorizadas para poner o determinar el deber y facultad y, a su vez, para establecer *cómo* ha de ponerse o determinarse, evaluarse y tutelarse. La «fuente originaria» de todo deber positivo está en ese manantial o embalse de cabecera: la norma fundamental, en su doble faceta material y formal. Todas las demás fuentes no son más que explicitaciones, determinaciones, concreciones sucesivas, según la visión de Kelsen, de esta primera y básica norma.

En este sentido la puesta de deberes y facultades por los distintos órganos del poder público no constituye más que un *proceso de decisiones* en las que cada una está condicionado formal y materialmente a otra de valor superior hasta que los deberes y las facultades son puestas a disposición del ciudadano para que lo usen, bien tomándolo directamente de una fuente común (norma general), bien de un envase individualizado (acto administrativo, orden individual). Pues bien, todo aquel al que se le da *participación* en la autoría, de explicitar o poner el deber y la facultad, tiene potestad decisoria: es *autoridad jurídica* (11). Se tiene más autoridad en la medida en que se tiene superior capacidad de determinación jurídica. Sin tener el carácter de autoridades jurídicas, porque no tienen potestad de vincular *unilateralmente* la conducta ajena, la *autovinculación* de los particulares constituyen una de las fuentes de determinación de deberes y facultades de notoria importancia y volumen, por lo que a la hora de catalogar las decisiones jurídicas de «creación del derecho» no deben ser preteridas como suele ser habitual en la teoría general del derecho. Decir que la creación contractual de deberes-facultades ha de «ajustarse» o es «aplicación» de normas superiores positivas, es cierto, tanto en su forma como, en alguna medida, en su contenido, pero lo mismo que las demás normas «creadoras de derecho»; lo mismo nada menos que la ley dictada por las asambleas legislativas. Ello no obsta, sin embargo, para que tenga sentido el dualismo *derecho público-derecho privado*, cabalmente porque con él va a delimitarse sustancialmente el campo de la *vinculación unilateral* del poder público y el campo de la *autovinculación*, ambos regulados siempre por una norma superior.

Lo que ocurre a la determinación positiva es que, lamentablemente, su grado determinativo no es completo no sólo porque su «textura» sea la mayoría de las veces «abierta», sino porque no pocas veces los tejidos positivos son tejidos muertos que caen en el desuso y en la obsolescencia más absoluta. Por mucho que el

(11) La distinción clásica entre «autoridad» y «agentes de la autoridad» servía a este respecto. Sin embargo, hay actos de los agentes de la autoridad que completan y aun innovan totalmente deberes de conducta.

poder público trate de estatalizar la costumbre y dejarla sin función «originaria», la vida social (la moralidad social) va a veces por delante de la motorización jurídica del Estado.

El positivismo es así un ideal inalcanzable de tal manera que es inevitable remitirse en ocasiones a la verdadera fuente originaria cuya «trascendencia» trata de ocultar el Estado, en su afán monopolístico, dando carácter de fuente del derecho a los «principios generales del derecho» que son no más que una manera velada de «positivar» ese manantial inapresable y fundante del deber ser. Esto es, una manera de determinar lo indeterminable. Lo que pasa es que aunque el Estado no le diese su espaldarazo, «los principios generales del derecho» estaban ahí «velis nolis» funcionando a diario en la vida jurídica «sin perjuicio de su carácter informador de todo el ordenamiento jurídico» como dice nuestro Código civil. La remisión a «los principios», como la teoría de la «norma clausura», como esa pura contradicción que Kelsen llama «norma individual», que pronto veremos, constituye no más que la manera de hacernos creer en una inmanencia positivista, cabalmente a través de lo que es «la prueba plena» de la trascendencia del derecho positivo. Por contra, la desgracia del derecho positivo es precisamente que no puede culminar su afán determinativo.

En definitiva, con todo el aparato de fuentes, se va decidiendo lo que se estima mejor para la comunidad, de tal forma que imponer conductas coactivamente y tutelar facultades es una «technè» (la técnica jurídica), una herramienta para hacer frente a los problemas colectivos. «El derecho no es un fin —dice Kelsen—, sino un medio» (12) y dice bien. Lo insólito es cómo sea posible averiguar cuál deba ser «el mejor medio» (cuestión específica de la investigación jurídica) sin preguntarse por cuáles sean los problemas sociales y sus mejores soluciones, cuestiones ambas que Kelsen llama de «política jurídica» (13), habiendo de limitarse el «científico del derecho» no más que a tomar «las decisiones jurídicas» y presentarlas en los escaparates científicos en forma de regla (si A debe ser B), como si el cómo y el por qué de la «norma secundaria» (la «endodorma» de Cossio) no fuera la auténtica interrogante de la tecnología jurídica.

III. LAS DECISIONES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA COMO CREADORAS DE DERECHO

1. *La conceptualización del derecho administrativo y la teoría del acto administrativo*

La teorización que del derecho administrativo se va haciendo predominante, singularmente en nuestro país, contribuye a en-

(12) V. «La teoría pura del Derecho», III, 3 b).

(13) V. o. c. X 5.

mascarar la auténtica naturaleza del acto administrativo como *decisión del poder público determinativa del derecho* («obligaciones y derechos») con todas las consecuencias que ello comporta en el orden práctico.

Según esta teoría, el derecho administrativo es un derecho regulador de unos «sujetos especiales»: las Administraciones públicas. ¿Qué son las Administraciones públicas? Las Administraciones públicas son unas «personas» creadas por el Estado para cumplir finalidades sociales.

El derecho administrativo es el derecho regulador de la actividad de estos sujetos que aparecen por doquier en la vida moderna. En tanto que derecho de un colectivo específico de sujetos, el derecho administrativo es un «derecho estatutario» en el sentido de que constituye el estatuto propio de esta especie de personas (14). De la misma manera que el derecho mercantil es el derecho propio de los comerciantes, el que regula su estatuto propio y su actividad «qua comerciantes», el derecho administrativo, es el que regula la organización y actividad de estos entes singulares que crea el Estado.

El artificio de esta teoría (pues toda creación conceptual comporta un cierto artificio) deriva de la necesidad de evitar determinadas fugas que aparecían en el concepto del derecho administrativo como derecho regulador de la «función administrativa del Estado».

Con la finalidad principal de excluir del concepto las funciones administrativas de las Asambleas legislativas y Tribunales, excluidas de la jurisdicción especial administrativa, el derecho administrativo se conceptualiza subjetivamente sobre la base de la actividad de determinados órganos personificados del Estado encuadrados en lo que se ha llamado Poder ejecutivo (15).

De esta manera el derecho administrativo pasa a teorizarse como el derecho regulador de la organización y relaciones de estas singulares personas, con lo que surge así la feliz asociación de ideas: derecho estatutario de estos entes jurídico-públicos.

Acontece, sin embargo, con estas «personas públicas» que son el poder público; esto es, que juntamente con los órganos «no personificados», como los tribunales o las asambleas legislativas

(14) V. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, «Curso de derecho administrativo», Civitas, 1977, pág. 33 y ss.

(15) La conceptualización jurídica, que aspira a la autonomía científica, no permite ningún tipo de excepciones a la construcción dogmática. He ahí la razón de que todas las llamadas ciencias jurídicas comiencen ante todo por autodefinirse para asegurar su autonomía científica, y luego, generosamente, establecer sus relaciones con las demás ciencias jurídicas. Entiendo que a la hora de establecer estatutos de autonomía científica, la «Teoría general del derecho» debería comprender, como competencia plena de la misma, la propuesta de un sistema general delimitador de las distintas disciplinas jurídicas que dé orden al cosmos jurídico y no quedarse tan sólo en las conceptualizaciones más genéricas. La moderna «Teoría de la ciencia» ha asumido ya esta tarea respecto los distintos campos científicos.

constituyen «el poder público» o «el Estado» y que, por tanto, desarrollan la actividad preeminente, específica y propia del Estado que es determinar (crear, desarrollar, establecer) derecho (deberes-facultades) y aplicarlo (juzgar su cumplimiento e imponerlo a la fuerza).

Precisamente la personificación de este conjunto de órganos del poder público constituye una técnica jurídica inventada para hacer frente a la necesidad de pedir responsabilidades a la acción del poder público, sentarlo en el banquillo y poder ejercer derechos frente a él («derechos públicos subjetivos»).

Lo característico del derecho administrativo deriva, por tanto, de la necesidad de arbitrar un sistema de garantías frente a los actos del poder público que no emanan de las asambleas de representantes del pueblo o de los Tribunales.

En un primer momento, el esfuerzo doctrinal va a recaer en la distinción entre «actos de autoridad», en los que los órganos del poder ejecutivo intervienen revestidos con todo el aparato propio del poder estatal, actos respecto de los cuales se estima que no cabe ningún tipo de sometimiento a los tribunales, pues por su naturaleza son tan actos del Estado como las leyes o las sentencias, y «actos de gestión» en los que el poder público no interviene como tal, sino como si de un particular se tratara (p. ej., compra de vestimenta para el ejército, etc.) y se le puede sentar en el banquillo para enjuiciarlo y, en su caso, condenarlo. La distinción entre «actos de autoridad» y «actos de gestión» tiene su antecedente, en el derecho regio, en la doctrina del fisco que nace con una finalidad similar. «El fisco» es un arbitrio técnico para poder enjuiciar y condenar al propio poder público.

Pero de lo que se trata es de controlar el propio «acto de autoridad», esto es, la decisión de los órganos del poder ejecutivo en cuanto determinan deberes y facultades y es a través de la revisión de los mismos por medio de una jurisdicción especial cómo se va a encontrar la vía de enjuiciar.

Así, el derecho administrativo se consolida como «*la Teoría de los actos administrativos*» en cuanto actos del poder ejecutivo susceptibles de ser revisados por medio de una jurisdicción especial. Esta forma de conceptualizar el derecho administrativo como una disciplina que considera un tipo de «actos de poder» revisables jurisdiccionalmente, constituye hoy todavía, según entiendo, una manera de concebir su especificidad teórico-práctica mucho más provechosa que la sofisticación conceptual creada para hacer una definición menos vulnerable. Los conceptos (y, por tanto, las definiciones) no son algo absolutamente cerrado, sin ventanas, como las mónadas de Leibniz, sino instrumentos para captar la esencia de una cosa aunque se salgan del saco conceptual muchas notas no constitutivas. La obsesión del cierre conceptual suele hacer poco útiles los conceptos y un concepto poco útil es un mal concepto.

Concebido el derecho administrativo como la teoría jurídica de los actos de determinados órganos del poder público (con lo que se expresa de forma más abierta pero más reveladora su contenido sustancial a quien se acerca a este campo científico) aparece en la propia zona iluminada por esta expresión, lo que la moderna teoría ha querido incorporar a su territorio con toda razón: las llamadas «normas de organización». Precisamente, esta manera de ver devela lo más sustancial de dichas normas, a saber, que se trata de «normas de competencia y procedimiento» del sistema de producción de actos administrativos.

La consideración de los actos administrativos como la «actividad propia» de unas singulares personas jurídicas (el «giro o tráfico administrativo») (16), oculta la verdadera esencia de los mismos y origina un sistema excesivamente artificioso, en la que el acto creador de derecho se convierte en el acto de «una parte» generador de una relación persona a persona (la «relación jurídico-administrativa») y en las que esas singulares personas ostentan, como un auténtico supermán jurídico, unos extraños «privilegios» y «potestades» pero que, salvo en eso, son meros polos, positivos o negativos, de una relación jurídica. Lo que ocurre es que ese extraño ropaje de estas singulares personas esconden nada menos que al verdadero lobo feroz: el Leviatán, el poder público, con todas sus armas y bagajes. Extraños «privilegios» y «potestades» que aparejan nada menos que la facultad de dictar normas generales, dar órdenes, imponer limitaciones, enjuiciar conductas, imponer sanciones y desencadenar la fuerza pública contra los ciudadanos. En definitiva, esas extrañas personas son nada menos que un aparato de toma de decisiones jurídicas determinativas de deberes y facultades y de imponerlas a la fuerza. Es decir, que el giro o tráfico administrativo es «hacer derecho».

Por supuesto que hay actos del poder público que no son determinantes de deberes y obligaciones, pero están ordenados a ellos. Entre ellos, los llamados actos de juicio, de conocimiento o de deseo (informes, dictámenes, propuestas, etc.), que no deciden algo relevante a un deber o una facultad, pero que constituyen «una manera obligada» de hacer, cuyo objeto es la actividad decisoria. He aquí la razón por la que la doctrina tradicional no los considera incluidos en el concepto de «acto administrativo».

2. *La norma y el acto*

La distinción entre norma y acto es, a estos efectos, poco relevante, pero ha originado no pocas ocultaciones en este campo

(16) Es paradójico que después de conceptuarse el derecho administrativo sobre la base de la «solución subjetivista», abandonando la «función administrativa» como criterio delimitador, tenga luego que acudir a un criterio funcional para delimitar lo que está dentro y lo que está fuera de esta disciplina.

y en todos los campos jurídicos. Ya es significativo cómo en la teoría general del derecho se sigue aún definiendo éste como «conjunto de normas». La falacia normativista y ordenancista del derecho no ha sido aún superada.

Sin embargo, la norma es una forma distinta de determinar conductas (deberes-facultades). La norma determina conductas en términos de previsión o programación de conductas. La norma señala una regla de actuación o de no actuación; esto es, una «clase» o «tipo» de conductas. Cuando no se determina una clase de conductas, la determinación se hace señalando unas conductas concretas. Lo concreto y lo abstracto, tienen un lindero muy indefinido, lo mismo que lo general y singular. Lo habitual es que la determinación de clases de conducta sea general y las conductas concretas (agotadoras) sean singulares. Pero no siempre es así. Una orden de limpieza general de márgenes de un río o de una carretera (acto administrativo) puede comprender a toda una comunidad, y, sin embargo, a unas personas concretas se les puede indicar una clase de acciones que pueden hacer o no hacer. Precisamente en actos que establecen prohibiciones, permisiones o licencias, se suele habilitar una clase de conductas debidas o permitidas. Pese a que conceptualmente se trate de una norma de conducta para grupos de personas, no van a ser considerados como normas o reglamentos. Usualmente se considera norma a la previsión de una clase de conductas para un colectivo genérico de personas o, más simplemente, a la «regla general» (17).

En todo caso, entendemos que no se cierra la delimitación entre norma y acto diciendo que el reglamento es «ordenación» de conductas, esto es, que «se incorpora al ordenamiento jurídico» (en el sentido de regulación de lo que debe hacerse y evitarse con permanencia) y el acto es «ordenado». Como ya puso de relieve la teoría pura del derecho, toda «creación» jurídica es a su vez «aplicación» de una norma superior, por lo que el reglamento es también algo ordenado, bien por la ley, bien por otro reglamento de superior rango jerárquico y hasta la propia ley es ordenada por la Constitución. A su vez, multitud de actos administrativos creadores de derechos y obligaciones tienen tanta permanencia o más que una ley formal y en manera alguna puede decirse que se consumen o agotan en su simple cumplimiento. Piénsese, por ejemplo, en la concesión de un sistema de riego o de una línea de ferrocarril o en una simple autorización administrativa de un centro docente; ¿dónde está el agotamiento o consumación jurídica?

Y aún más, ¿qué es el ordenamiento jurídico? O el ordena-

(17) La doctrina clásica ya señalaba que aunque «las reglas del obrar son ordinariamente comunes a muchos alguna vez, no obstante, pueden constituirse para uno que otro»; «tal precepto será de la *misma razón esencial* con otro precepto semejante, impuestos a muchos o a todos los de tal comunidad». V. SUÁREZ, «De legibus», trad. esp. Torrubiano I, pág. 110.

miento jurídico es todo el conjunto de deberes y facultades establecidos, en cuyo caso los actos y los contratos forman parte de él, o el ordenamiento es tan sólo el conjunto de normas publicadas en las gacetas oficiales, en cuyo caso se incurre en una petición de principio al formularse este criterio de distinción, a la vez que deja de señalarse la totalidad del territorio jurídico vigente.

Menos aún es posible considerar válida la afirmación de que el reglamento «innova» el ordenamiento jurídico y el acto no. El ordenamiento jurídico es una cadena de innovación continua, en el que cada autoridad pone algo de nuevo. La ley de transportes terrestres fija los criterios generales a que deben sujetarse los transportes de paquetería; el reglamento general, delimita estos criterios; la orden ministerial reguladora de los transportes de mercancías acota aún más el interés público y, por fin, la autorización administrativa a la empresa S. P. determina el interés general para la línea Zaragoza-Benasque y toda su comarca circundante a la vez que, consecuentemente, establece un sistema de derechos y obligaciones en esa comarca y para ese género de tráfico.

Sin embargo, como quiera que sujetar clases de conductas con carácter general («disposiciones de carácter general» según nuestro derecho) es materia análoga a la función legislativa, he aquí por qué la ley exige que se haga por determinadas autoridades jurídicas, con arreglo a unas rigurosas formalidades y con un sistema de publicidad (promulgación) distinto de los actos que, aunque sean normativos, suelen tener algún tipo de individuación que no requiere tantas cautelas en su explicitación.

Por supuesto que las llamadas «normas de organización» en cuanto afectan a la validez formal de la determinación de deberes-facultades, lógicamente se les exige el mismo rigor creativo que a las disposiciones de carácter general, aunque en algunos casos no afecten a órganos autorizados para conformar la decisión administrativa ni tan siquiera a nivel de propuesta.

Excuso traer a colación la innovación jurídica que aparejan, por otra parte, esos actos administrativos bilaterales que son los contratos administrativos. No voy a entrar aquí en la polémica naturaleza de los contratos administrativos, pero en lo que no cabe duda alguna es que se originan en una decisión administrativa (a), que innovan todo un sistema de derechos y obligaciones a veces de más trascendencia general que las disposiciones generales (b), y que, pese a la fórmula contractual, más que una autodeterminación de partes (o, si se quiere, por encima de la autodeterminación de las partes), la Administración ostenta unas potestades públicas o «privilegios» (c), en cuanto el contrato consiste no más que un «medio» de satisfacción de intereses generales, como el mero acto, como el reglamento, como la ley.

3. *La naturaleza común de toda decisión jurídica determinativa de deberes-facultades*

Lo que se quiere resaltar con todo lo anterior es que como ya vio la teoría pura del derecho, el derecho consiste en un sistema de determinación de deberes-facultades en la que cada determinación tiene la misma «naturaleza» o «esencia». No es conceptualmente necesario que este sistema se genere en forma descendente, aunque «es bueno» que normalmente sí lo sea y habitualmente lo es. Lo que diferencia a una decisión de otra es (aparte de su contenido, como es obvio) la jerarquía del órgano del poder público que emana. No tiene una más valor que otra por ser de distinta clase. Ocurre, sin embargo, que por ser «bueno» preservar lo general frente a lo particular («privilegium») una norma superior se ocupa de garantizarlo estableciendo el principio «*legem patere quam fecisti*», aunque autorizando a veces excepciones al mismo.

Como dice la teoría pura, no hay razón para fundamentar ningún tipo de dualismo jurídico. Todo deber-facultad está cuestionado por su validez material (si es o no contrario por razón de materia a otro establecido) y por su validez formal (si está puesto «en forma») para que produzca la sujeción o el «patere» propio de todo deber. Válido, formal y materialmente, no hay razón para distinguir si procede de una decisión del Parlamento «de cumplimiento directo», de un delegado provincial, de un agente de la circulación o de un contrato.

En rigor, si en relación con las determinaciones de deber hubiera que establecer dos clases verdaderamente distintas sería, más que por la naturaleza del deber, por la naturaleza de la consecuencia que apareja su incumplimiento: en un caso, se impone el deber a la fuerza o se sustituye por otro deber; en otro caso se impone una pena o castigo. Contrariamente a la idea que ha generalizado la teoría pura del derecho, la ejecución forzosa de una obligación no es una sanción en el sentido general del concepto, ni mucho menos lo es la declaración de invalidez que Kelsen llama «sanción de nulidad». Son tan sólo aquellas conductas que se consideran socialmente más peligrosas las que generan la respuesta sancionadora, respuesta que se atribuye a los órganos jurisdiccionales cuando es grave, pero que también ostentan los órganos administrativos. En este supuesto se trata de actos jurídico-administrativos, esto es, decisiones administrativas que aunque implican la creación de un deber para el interesado (p. ej., pagar una multa) su naturaleza principal es de carácter evaluativo y ejecutivo.

Pues bien, ¿qué se decide con la decisión creadora (determinativa) de derecho?; se decide imponer o tutelar conductas como medio para cumplir una finalidad que resuelve un problema de la convivencia humana, se decide, en suma, determinar aquellas conductas «buenas» para la convivencia que es imprescindible

imponer a la fuerza (a), o bien se decide establecer los mejores medios o técnicas para tomar decisiones que impongan o tutelén dichas conductas (b), o los mejores medios para enjuiciarlas o imponerlas a la fuerza (c). Y ello, en todo caso, tanto en la norma constitucional como en la licencia municipal de apertura de un comercio.

Por todo ello, el quehacer jurídico, en cuanto es un quehacer instrumental técnico, no puede en manera alguna ser *inteligible*, haciendo abstracción, como quiere el purismo positivista, de la finalidad que se persigue. Se dirá que entrar en el campo de la finalidad social es entrar en el campo de la política jurídica, lo cual es cierto, pero si el derecho es un instrumento al servicio de fines sociales es, en el riguroso sentido del término, política y eso, por muy desgraciado que se considere, es una palmaria realidad. Pues bien, si ello es así, ¿cómo comprender el precepto jurídico sin entender cuál es el fin que se persigue? Es cierto que tanto el ciudadano como el jurista práctico pueden hacer abstracción del sentido del precepto obedeciendo ciegamente y al pie de la letra su supuesto contenido, pero ello, amén de convertir al ciudadano en un autómatas desmotivado y al jurista en un pagayo que se limita a decir «si A debe ser B», es la garantía segura de que no pocas veces la obediencia ciega y literal constituirá un error.

El acto de determinación jurídica conlleva ciertamente una decisión política que hay que enmarcar en el plan político del poder público. Por tal razón (porque las finalidades sociales son optativas y preferenciales, en una cierta medida) el derecho es filosofía. En rigor, más que de «filosofía del derecho» debería hablarse de «la filosofía que es el derecho», esto es, la filosofía que entraña, la filosofía que «velis-nolis» apareja.

Por ello, «fas-nefas», hacer derecho es hacer política, hacer filosofía social y, «a fortiori» —porque comprende a ambos quehaceres— el quehacer jurídico es quehacer moral.

La naturaleza filosófica y política de la decisión creadora del derecho se hace más ostensible y manifiesta en las primeras decisiones de la cúspide jerárquica del Estado. La Constitución es todo un arranque de la orquestación filosófico-política del poder público donde ya figuran en esbozo sus grandes parámetros y los temas que se van a detallar «in extenso» en las determinaciones de las demás autoridades políticas. Pero filosofía política hay tanto en la Constitución como en el último acto de la cadena de desarrollo de la misma.

¿Qué sentido tendría todo el sistema de impugnación de todos los actos creadores de derecho, incluida la ley, si sólo fuese discutible la validez o fundamentación formal de la decisión (esto es, si se han cumplido las formas de creación) y no su fundamentación material (esto es, si su contenido se ajusta a las determinaciones superiores)?

Pero es que hay más; cuando por oscuridad, silencio, contradicción, ambigüedad o inconcreción de lo preceptuado hay que interpretar ¿qué sentido tiene la interpretación si no es la búsqueda de la finalidad que se persigue por el poder público?

Antes al contrario, toda la cadena de decisiones jurídicas suponen un acto de «comprensión del sentido» de una determinación anterior; esto es, un acto de conocimiento de la pretensión que le da razón, sin el cual la decisión ulterior no es posible enmarcarla en la precedente. El «marco abierto de posibilidades» (18) es un marco teleológico, no un portillo abierto al capricho de cada autoridad jurídica.

La decisión creadora, bien sea de la asamblea legislativa, bien sea del agente de tráfico (que también «crea» deberes-facultades), persigue una finalidad social y esta es su verdadera naturaleza; en definitiva: su razón de fin. Ello es tan sencillo y redondo que se oculta entre la multitud de las más rebuscadas doctrinas que enturbian la comprensión y la simplicidad de la teoría general del derecho, cuya reconstitución va siendo ya una misión casi revolucionaria.

El fin del derecho no es «la paz». Los fines del derecho suelen ser, por contra, «guerreros» (19), porque progresar es pelear. Pero tampoco es «la justicia» en cuanto calidad que se predica de una actividad de «reparto», ya que los fines sociales trascienden al problema del reparto (aunque el justo reparto de bienes y males, esté en la esencia misma de las finalidades del poder público). El fin del derecho es «el bien» de la convivencia o «los bienes» o «fines» que arreglan los problemas de la convivencia (uno de cuales, repito, es «repartir» cargas y beneficios).

Pero pongamos que sea la paz o una determinada idea distributiva. Lo que es inevitable es que este fin *da razón* al derecho como medio. No es que el fin sea algo a considerar para «valorar» el derecho o para considerarlo «desde una perspectiva axiológica», como si se le llevara a un laboratorio axiológico para someterlo a análisis críticos. No; es que *el fin decide la comprensión de las decisiones jurídicas* y, por ello, juega su juego en toda la vida del derecho.

Por ello, la decisión creadora del derecho no es tampoco una mera pauta o directiva del uso de la fuerza, ni mucho menos es el derecho un reglamento del uso de la fuerza. No es esa la naturaleza o finalidad del derecho y, por tanto, aunque sea también eso (pues las facetas del ser son plurales) se desnaturaliza el derecho presentándolo de esa manera.

La fuerza forma parte esencial del concepto del derecho, en tanto constituye su especificidad moral. Hay unos deberes-facul-

(18) V. KELSEN, o. c. X. 3.

(19) V. MAX WEBER ha destacado el sacrificio que implica para algún grupo social cualquier medida política. V. «El político y el científico». Trad. esp. Alianza, 1958.

tades que deben ser impuestos-tutelados por la fuerza comunitaria. El uso de la fuerza es, a su vez, el deber de un funcionario de la organización social, de tal manera que el incumplimiento del deber de usar la fuerza apareja a la vez el deber de usar la fuerza contra el infractor. Pero el derecho alcanza su fin sin el uso de la fuerza en cuanto se cumple: la conducta debida se pone, la indebida, se omite, las facultades se respetan y se ejercen pacíficamente. Sólo en caso de incumplimiento aparece la fuerza y ello después de un proceso evaluativo. Por ello no se señala la auténtica «realitas» del derecho cuando el realismo jurídico dice que «el derecho es lo que hacen los jueces».

4. *La decisión judicial y la decisión administrativa*

La decisión judicial forma parte, ciertamente, del sistema jurídico, pero es tan sólo una parte consecutiva.

La decisión judicial se adopta con *una conducta ya puesta a diferencia de la decisión determinativa del deber que se adopta para que sea puesta una conducta*. El vendedor no ha entregado la cosa, el aceptante no ha pagado la letra, el conductor ha causado un accidente de tráfico, el terrorista ha privado de vida a un agente de la autoridad; todo eso ya ha pasado; ya ha pasado lo que desgraciadamente se había previsto que podía pasar; ahora toca al poder público sacar las consecuencias, también previstas. Que el derecho deje o no a los particulares que insten su pretensión de tutela, no obsta para que el poder público asuma la función prevista de desencadenar la fuerza contra el infractor.

Pero antes de todo ello, el juez tiene que examinar y decidir qué ha pasado. Lo pasado, pasado está, pero de lo que se trata ahora es de reconstruirlo con la mayor verosimilitud, a fin de decidir sobre lo sucedido. Esta decisión sobre lo sucedido, en la medida en que hay varias versiones, es, como le llama nuestra tradición jurídica, un enjuiciamiento. Carnelutti le ha llamado «juicio histórico».

Una vez que se ha decidido «la versión auténtica de lo ocurrido», el juez tiene que decidir si realmente se ha producido un incumplimiento de un deber; esto es, si se ha actuado bien o mal, de acuerdo con las determinaciones positivas. Esta segunda decisión, en la medida en que hay varias alternativas y maneras de considerar la conducta de los implicados, es también un enjuiciamiento o valoración; pero un enjuiciamiento y valoración ético-jurídica a la vista del complejo de deberes determinados por el poder público. Por eso Carnelutti le ha llamado «juicio ético».

Una vez terminado el juicio, el juez conmina o condena a una parte a cumplir el deber «con todas sus consecuencias» bajo la amenaza de descargar contra él la fuerza pública o bien sustituye el primitivo deber por otro (el tiempo ya es otro y las circunstancias son también distintas) bajo la amenaza de descargar contra él la coacción pública; o, en otro caso, le castiga, si el incum-

plimiento apareja una pena. O, por último, absuelve: no ha habido incumplimiento.

Kelsen ha llamado a la sentencia «norma individual», sin que sea en ningún caso una norma en el sentido riguroso del término.

La sentencia no determina el deber, como cree Kelsen, porque no se puede determinar el deber «a posteriori» de la conducta que es requerida como obligatoria. Ahora veremos la función «creativa» o determinativa de la jurisprudencia, pero, por de pronto, quede claro que la función principal de la decisión judicial no es determinativa de la conducta sino evaluativa de unas conductas ya puestas. La sentencia aplica las consecuencias previstas para el incumplimiento, en el sentido de que «impone» o «pone» la consecuencia a continuación de la infracción. Así como la determinación del deber (sea o no normativa) propone una conducta como debida ligando la voluntad libre de cada cual al fin pretendido por el poder público (obligando), la sentencia es mera aplicación.

Se produce así una diferencia sustancial entre el acto de la autoridad administrativa y la decisión de la autoridad judicial. En el primer caso no hay aplicación de consecuencia, aunque sí hay «aplicación» en el sentido de concreción o adaptación, en cuanto el acto, todo acto, es aplicativo en esta acepción de la palabra. En el segundo caso hay aplicación de las consecuencias previstas en la determinación del deber.

Esta diferencia sustancial apareja varias consecuencias y alguna de ellas de orden fundamental, a saber: *el problema de la decisión jurídica se le plantea en primer lugar y ante todo al ciudadano*, esto es, al obligado o facultado por la norma positiva. Soy yo, tú, él; cada cual, en suma, quien se encuentra con el drama de decidir qué es lo que está prohibido o permitido. Ante la abundancia normativa, ante la oscuridad, insuficiencia o inexpressión del poder público, ¿qué debo hacer? Es al ciudadano al primero que se le presenta con toda su rotundidad el problema de la interpretación jurídica. Y, por supuesto, al abogado, al consultor jurídico. Y aún hay veces, muchas veces, en que se tiene que decidir a oscuras, aventurando lo que es debido según ley o lo que está permitido, aventura en la que nos acompaña tan sólo ese consultor general que es la conciencia moral. Por tanto, en la medida de que el deber no queda determinado por la sentencia, hay lagunas en las determinaciones positivas.

El juez, por tanto, evalúa si la decisión que adoptó el ciudadano fue o no la correcta y es con ese motivo cómo hace la «búsqueda de la norma» y decide definitivamente lo que es debido o indebido, permitido o no permitido. Es cierto que en la decisión judicial hay una decisión de lo que es o no debido o lo que es o no permitido, pero esta decisión es evaluación de lo que en aquel entonces, y no ahora, en aquellas circunstancias, y no en ésta, debió decidir el ciudadano. Y el juez está obligado a ponerse en el tiempo y circunstancia que está evaluando.

Hechas estas puntualizaciones sobre lo que es el «eidos» de la decisión judicial, vamos ahora a ver cómo con motivo del enjuiciamiento de la conducta pueden producirse efectos determinativos de deber.

En la sentencia penal, si hay un incumplimiento, se impone la pena prevista. En cuanto hay cierto arbitrio en la imposición del castigo, el juez concreta la pena. No hay, por tanto, ningún aspecto «creativo» o determinativo de deber cuyo incumplimiento se castiga.

En la decisión judicial civil a veces parece que se reproduce y concreta el deber haciendo constatar el juez que, en efecto, A debe entregar la cosa o B pagar la letra, pero ello no es más que un «prius» de la conminación en que consiste propiamente el fallo: se condena a A a entregar la cosa más los daños o perjuicios que han podido producirse por no entregarla en su tiempo a la vez que se ordena al agente de la autoridad que, sin más juicio, realice determinados actos de fuerza contra el condenado si no hace la entrega. Otras veces se sustituye el deber incumplido por otro, ya que no es posible reproducirlo.

Hay en todas estas operaciones aspectos «creativos» del deber, pero que, en rigor, aparejan la creación de otros deberes distintos, de tal manera que no se puede decir que el juez ultime la determinación de la conducta en ese proceso descendente que va desde la ley a la sentencia. El hecho sustancial de que el deber no se cumplió en su oportunidad hace posible dotar a su evaluación de una naturaleza determinativa o innovadora. El juez recrea un nuevo deber en sustitución del incumplido. En todo caso crea auténticos deberes nuevos con otros destinatarios: los funcionarios ejecutivos.

De otra parte, la opción que adopta la autoridad judicial de escoger una norma en vez de otra y, aún más, la interpretación que da al conjunto de deberes y facultades establecidos (ordenamiento jurídico) va a servir de *precedente* en casos similares que se presenten y, por tanto, va a servir de norma de conducta para el ciudadano. Pero el funcionario judicial puede cambiar de criterio, cambia de puesto, se jubila, cesa, por lo que el precedente no es más que una pauta de lo que es una tendencia en el cuerpo de funcionarios judiciales. Sin embargo, hay veces en que es la propia ley del poder público la que obliga a los funcionarios judiciales a una consecuencia y en estos casos el precedente se incorpora al ordenamiento jurídico, modulándolo, perfilándolo, completando sus agujeros y simas y, a veces, transformándolo. Pero todo ello para deberes distintos de los que se enjuician.

Conocer los precedentes es entonces tanto como conocer la determinación del poder público, ya que, en rigor, tan poder público es la autoridad judicial como la autoridad gubernamental.

Todo lo anterior no supone que el razonamiento jurídico consista en predecir el comportamiento de los tribunales; en primer

lugar, porque tan sólo en algunos supuestos se somete el problema jurídico a decisión judicial y, en segundo lugar, porque el debate jurisdiccional consiste, tanto para las partes como para el juez, en examinar si es éste y no aquél el precepto aplicable y, sobre todo, si la razón del precepto es ésta o aquélla en función de sus finalidades.

En definitiva: la decisión «creadora» de la autoridad administrativa no es lo mismo que la decisión evaluadora de la autoridad judicial. No se puede situar sin más al mismo nivel entitativo el acto administrativo y la sentencia.

Ahora bien, no todas las decisiones jurídicas administrativas son determinativas de deberes y facultades.

Ante todo, hay unas decisiones en las que la autoridad administrativa se limita a constatar que se dan las circunstancias de nacimiento de un deber o facultad perfectamente previsto en una determinación anterior de carácter normativo. Este tipo de decisiones son las llamadas en derecho administrativo «actos reglados», si bien no todos los que son llamados tales tienen clausurada toda posibilidad determinativa. Se trata de actos de reconocimiento o constatación de un derecho previsto pero que precisan de la declaración de la autoridad administrativa para que nazcan a la vida jurídica con plenitud de efectos.

Pero con independencia del supuesto anterior, las autoridades administrativas generan actos de la misma naturaleza que sus primas hermanas las autoridades judiciales: actos de enjuicimiento, actos conminatorios, actos de ejecución forzosa y hasta actos de penalización o castigo.

¿Por qué el poder público actúa de una manera tan dispar? ¿Por qué en unos casos el incumplimiento tiene que ser declarado por unos órganos del poder público especializados (los órganos jurisdiccionales) y en otros no? Ya se comprende que hay toda una serie de razones históricas que justifican esta diferencia, y, aún más, hay unas historias específicas que también inciden en la diferencia, pues no en todo caso ni en todos los países se produce este planteamiento.

Sin embargo, hay una razón de fondo en esta diferenciación de estrategia jurídica. Cuando el órgano administrativo determina un deber (en tanto que es poder público como el órgano judicial) no tiene por principio que acudir a otro órgano del propio poder público a que le constate el incumplimiento ni a que use la coacción prevista contra el infractor. La doctrina va a llamar a estas potestades inherentes a los órganos administrativos del poder público «privilegios» de autotutela, según la idea sobre la que se viene construyendo la teoría del derecho administrativo. Lo que ocurre es que ese «privilegio» es la emanación lógica de la «potestas pública».

Desde otro punto de vista, debe tenerse presente que la actuación jurisdiccional aparece y se desarrolla en la historia del

derecho sobre la base de enjuiciar incumplimientos de deberes en la que hay partes privadas en conflicto (incluso en el proceso penal) y el poder público asume la función arbitral de decidir ese conflicto entre las partes. Esto es, el poder público aparece realizando una función social de «administrar justicia».

Con todo, tanto la formación como la organización de las autoridades judiciales en la neutralidad técnica y la independencia política hace que, con toda razón, exista una corriente doctrinal a fin de que se desplace en la mayor medida posible la función de tutela jurídica hacia los órganos públicos jurisdiccionales. En todo caso, tanto las decisiones de las autoridades jurídicas como la de las autoridades judiciales están sometidas a un sistema de revisión por órganos jurisdiccionales, bien por la vía de los recursos de apelación o casación en unos supuestos, bien por la vía contencioso administrativa en otro. Porque todas las decisiones del poder público salvo las que emanen del poder constituyente, son evaluables en función de una decisión superior y, por tanto, ninguna debe ser inmune.

No habría hecho falta rodear a la doctrina jurídica de todo el aparato de ficciones y artificios que ahora soportamos para llegar a esta conclusión...

Pero el progreso jurídico no siempre ha seguido el camino recto.

Decisión jurídica y argumento de autoridad

Por JESUS I. MARTINEZ GARCIA,

Zaragoza

Observar la decisión jurídica desde la perspectiva inusual del argumento de autoridad permite obtener cierta claridad sobre su estructura y alguno de los viejos problemas que plantea. Para ello es preciso comenzar por desplazar la decisión del tradicional contexto de lógica deductiva situándola en el campo argumentativo, que respondería a su gramática profunda aunque la superficial —por emplear la terminología de Chomsky— se expresa en sintaxis silogística de considerandos y resultandos. Se intentará perfilar la identidad del argumento de autoridad, uno de los más viejos y controvertidos tópicos utilizados en la historia del pensamiento, para con su ayuda ofrecer una lectura de algunos de los elementos presentes en la decisión jurídica.

Parece haber sido arrinconado casi definitivamente el ideal del silogismo y la subsunción mecánica, tema que aparece generalmente recordado para exhibir sus insuficiencias. La solución a un caso no puede ser casi nunca automática, ya que el ordenamiento jurídico no es completo (la riqueza exuberante, potencialmente infinita, extensible analógicamente) ni unívoco (la calculada precisión de sus engranajes), atributos que paralizarían la creación legislativa. El juez máquina sólo tendría que luchar contra su ignorancia del material legislativo (pericia técnica) y sus debilidades humanas que introducen distorsiones en la fría lógica. Nunca el símbolo de la justicia con los ojos vendados representó no sólo imparcialidad sino además extrema frialdad y ascetismo. Es el hombre que actúa sólo con lógica formal, forma transparente y epigonal, último engranaje de la maquinaria jurídica.

Un ideal exagerado que no hubiera arraigado de forma tan pertinaz si no hubiera nacido a la sombra del racionalismo y de la lucha contra la arbitrariedad (separación de poderes, codificación, motivación de la decisión). Un ideal que ya no sólo se reconoce manifiestamente incumplido sino imposible de estimular y de realizar, dejando por tanto de ser ideal para ser un despiste o desenfoque del problema de la seguridad jurídica.

La solución a un caso sólo será maquinal cuando sea tan sencillo, tan típico, que encaje claramente en las leyes (dejando apar-

te el tema de la preparación del hecho, de las valoraciones siempre implícitas en una descripción, de la interrelación entre supuestos de hecho y de derecho). Pero normalmente ante el problema convergen una constelación de materiales legislativos heterogéneos que hay que recomponer, movilizadas no sólo por una racionalidad estrictamente jurídica, sino también por otro tipo de juicios previos. Como ya destacó el movimiento de derecho libre, las normas, que aunque sólo sea por su generalidad no se acomodarán fácilmente al particularismo de la casuística, no son unos vectores de fuerza de los que se deduce claramente la resultante. El juez es protagonista y si no se puede simplemente deducir (etimológicamente extraer de) hay que decidir —es decir, elegir, sopesar, preferir— y se abre el problema de la justificación de esta decisión, de dar razones, contra el decisionismo que se compromete sin saber por qué o teniendo sólo un sentimiento no racionalizado.

Estas premisas sirven para situar el pensamiento jurídico en lo que según Aristóteles constituye lo dialéctico frente a lo apodíctico, aquello cuyo principio es lo que en el pensamiento medieval se llamó lo *probabilis* frente a lo necesario, lo razonable reivindicado frente a los extremos de lo racional y lo irracional. Se parte no de evidencias sino, más modestamente, de opiniones generalmente admitidas (1). Sólo en este horizonte es pensable asignar un papel al argumento de autoridad.

Se trata del razonamiento que busca apoyo en previas tomas de posición de otros en tanto que sus autores aparecen revestidos de prestigio (2). En el fondo se pretende tomar a alguien (una persona o en el derecho generalmente un *rol* institucional) por argumento. Su técnica es la cita, la condición de su uso la erudición.

Colocar este argumento en el ámbito de lo razonable implica distinguir la autoridad (que es un valor) del poder (mero hecho) en base al apoyo de la razón. Una razón que se ha solidado contra-poner en infranqueable dicotomía a la autoridad: es el futuro innovador frente al pasado rutinario, de lo que en el campo ju-

(1) Son opiniones generalmente admitidas «las que lo son por todo el mundo, por la mayoría o por los filósofos» (ARISTÓTELES, *Tópicos*, I, 1, 100 b). Los problemas prácticos son tratados según la dialéctica: «... hemos de darnos por contentos con mostrar la verdad de un modo tosco y esquemático; hablando sólo de lo que ocurre por lo general...» (*Ética a Nicómaco*, 1094 b). La retórica o arte de la persuasión es «correlativa» de la dialéctica (*Retórica*, I, 1354 a).

(2) «L'argument de prestige le plus nettement caractérisé est l'argument d'autorité, lequel utilise des actes ou des jugements d'une personne ou d'un groupe de personnes comme moyen de preuve en faveur d'une thèse», Ch. PERELMANN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Editions de l'Université de Bruxelles, 3.^a ed. (Bruxelles, 1976), p. 411; «L'argomento autoritativo (o, tradizionalmente, *ab exemplo*) è quello per cui a un enunciato normativo va attribuito quel significato che gli è già stato attribuito da qualcuno, e per questo solo fatto», G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè (Milano, 1980), p. 372.

rídico la polémica alemana entre la razón codificadora y la autoridad de la costumbre (apoyada por cierto tipo de ciencia) constituye un buen ejemplo. Aunque en el argumento autoritativo no hay racionalidad científica sí hay una apelación a lo razonable, en tanto que pretende ser un argumento y no un mero gesto autoritario. El que utiliza argumentos de autoridad probablemente no será un autoritario pues entonces en vez de argumentar intentaría imponerse sin más. Desde un punto de vista de lingüística pragmática la significación de la autoridad no es explicable refiriéndose únicamente al que la ostenta, sino que es una noción puente entre su portador y los destinatarios de sus actos o decisiones. No se puede hacer de la autoridad sinónimo de poder y hay que fundamentarla en cierta racionalidad (3). La autoridad será un poder legitimado en las múltiples formas históricas en que pueda hacerse, de las que la tipología weberiana de las formas de dominación legítima —legal, tradicional y carismática— es ya clásica (4). El poder intenta por todos los medios tener autoridad, y conseguir un apoyo que no sea forzado sino convencido implica cierto tipo de saber (5). Por lo tanto la autoridad a que apela este argumento no es algo al margen del pensamiento para ser exclusivamente obra de la voluntad.

La importancia del argumento de autoridad en el pensamiento jurídico romano es clara, y baste pensar que el Digesto no es sino un extenso arsenal de opiniones autorizadas, de las que se recoge expresamente su procedencia, clasificadas según una problemática sistemática (6).

En el pensamiento medieval es fundamental en todas las ramas del saber, que discurren principalmente por los esquemas de la dialéctica. El *locus ab auctoritate* estuvo muy presente en la teología, cuyas técnicas intelectuales tanto influyeron en los juristas. Se asiste a los esforzados equilibrios, al fin rotos, entre la *ratio* inmanente y la *auctoritas* trascendente (7). la fuerza de la *communis opinio doctorum* en los razonamientos legales y el prestigio inmenso de algunos juristas en la conformación de

(3) Cfr. C. J. FRIEDRICH, *The Problem of Authority in Legal Reasoning*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. LIX/2 (1973), p. 179 s.

(4) Cfr. M. WEBER, *Economía y Social. Esbozo de sociología comprensiva*, Trad.: J. Medina y otros, F. C. E., 4.ª reimpression de la 2.ª edic. de 1964 (México, 1979), p. 706 s.

(5) Sobre la relación entre poder y saber, cfr. M. FOUCAULT, *Microfísica del poder*, Trad.: J. Varela y F. Alvarez-Uría, La Piqueta (Madrid, 1978), p. 139 s., y *La verdad y las formas jurídicas*, Trad.: E. Lynch, Gedisa (Barcelona, 1980), p. 37 s.

(6) Sobre el papel de la tópica en Roma, cfr. M. KASER, *En torno al método de los juristas romanos*, Trad.: J. Miquel (Valladolid, 1964) 55 p.

(7) Aunque para Tomás de Aquino la autoridad que tiene por base la razón humana aparece considerada como un argumento muy débil (cfr. *Summa Theologiae*, 1, q. 1, a. 8) la *Summa* responde a esquemas dialécticos: cfr. M. VILLEY, *Sur l'art du dialogue dans l'histoire de l'éducation juridique*, en A.A.V.V., *L'educazione giurídica. II: Profili storici*, (Perugia, 1979), p. 27 s.

las decisiones es de sobra conocido, llevando a plantear el problema del valor de la doctrina en el cuadro de las fuentes de producción del derecho (8).

La autoridad como fuente de saber se acogió también por el pensamiento humanista, a pesar de su inconformismo e insistencia en la crítica y la libertad de pensamiento, pues el humanista es filólogo, amante de modelos platónicos. Más que lucha contra este tipo de razonamientos y búsqueda de un fundamento diferente se trató de acudir a nuevas autoridades o nuevas interpretaciones. Aún en Grocio, a pesar de algunas declaraciones de principio *more geometrico*, las opiniones se sustentan principalmente sobre un consenso de autoridades heterogéneas (desde la Biblia y los clásicos hasta la ejemplaridad de la historia) seleccionadas con una mentalidad humanista (9). El argumento de autoridad ocupa un puesto importante en los numerosos tratados de dialéctica jurídica, generalmente clasificados —según un criterio ciceroniano— entre los *loci externi* o elementos de persuasión provenientes de fuera del objeto de la cuestión (10).

Pero con la llegada de la modernidad y las pretensiones de exclusividad del método científico será rechazado como oscurantista. Si pueden encontrarse puntos de apoyo firmes (empíricos o *a priori*) los argumentos de tradición y prestigio sobran. Curiosamente sólo en donde hay cierto relativismo puede haber un lugar para la autoridad. En el contexto de la ciencia aparece como un pseudoargumento infiltrado en el dominio de lo verdadero-falso en el que no cabe lo verosímil, como algo que se interfiere con inercias en la libre búsqueda de las ideas, intentando zanjar las discusiones con nombres y apellidos en vez de con razones y evidencias. La distanciamiento y crítica de Hobbes y Pufendorf con respecto a la *auctoritas* de Aristóteles es un buen ejemplo de esto. Se reprochará a la tradición el haberse conformado con colocar lo jurídico en la zona de lo probable y se intentará por primera vez hacer ciencia demostrativa (11).

Aunque mientras que la invocación a autoridades tiende a ser desplazada en ambiciosas obras teóricas pervive en la actividad concreta de los juristas, en la que la personalidad de los que sustentan las opiniones sigue siendo relevante. Basta comprobarlo aún hoy en cualquier tratado de dogmática y en la práctica jurí-

(8) Cfr. V. PIANO MORTARI, *L'argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali*, en ID., *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Jovene (Napoli, 1976), p. 77 s.

(9) Cfr. F. WIEACKER, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, Tra.: F. Fernández Jardón, Aguilar (Madrid, 1957), p. 246 s.

(10) Cfr. V. PIANO MORTARI, *Dialettica e giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica legale del sec. XVI*, en ID., *Diritto, logica, metodo nel secolo XVI*, Jovene (Napoli, 1978), p. 117 s.

(11) Esto se expresa muy claramente en N. BOBBIO, *Il modello giusnaturalistico*, en N. BOBBIO y M. BOVERO, *Società e Stato nella Filosofia Politica moderna. Modello giusnaturalistico e modello hegel-marxiano*, Il Saggiatore (Milano, 1979), p. 17 s.

dica, con lo que se entienden las dificultades que encuentra para ser considerada como una manifestación más de racionalidad científica. En las ciencias la persona desaparece tras su contribución, que se autonomiza de su autor y se confronta sola con la experiencia, rechazándose o aceptándose provisionalmente. Es un diálogo de ideas más que de personas; sólo la historia de la ciencia rescatará a las personas. Sin embargo en el derecho los nombres propios siempre serán importantes.

En nuestro tiempo, con la crisis del positivismo, la autoridad será rehabilitada por los intentos de recuperar una racionalidad propia de la *praxis* frente a la dicotomía a que se veía abocada de ser ciencia o no ser nada. La argumentación o nueva retórica de Perelman, la tópica de Viehweg, la lógica de lo razonable de Recasens y la hermenéutica de Gadamer son algunas manifestaciones bien conocidas e influyentes en lo jurídico (12). Además, los límites entre lo racional y lo razonable, entre saber y creencia, entre ciencia e ideología, aparecen cada vez más difusos. Desaparecida en las ciencias la invocación puntual a autoridades, éstas se descubren operando en un estrato profundo y global de la metodología científica: los paradigmas científicos funcionan como argumentos de autoridad (13).

Observando la decisión jurídica el uso de autoridades aparece muy claro en el apoyo en decisiones precedentes y en la doctrina cuando no son fuentes de derecho en sentido formal, ya que no siendo vinculantes su fuerza reside en su prestigio. Como de este modo generalmente no se llega a posturas unívocas, pudiendo defenderse soluciones diversas, se necesitan además criterios razonables para seleccionar la argumentación más fuerte. Mientras que la pluralidad de líneas jurisprudenciales se resuelve prácticamente por el principio de jerarquía de los órganos de que emanan o por la más reiterada jurisprudencia (predomina el criterio jerárquico con el estadístico como supletorio), en el caso de la doctrina se suele recurrir a la opinión mayoritaria (predominan

(12) Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, cit.; Th. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, C. R. BECK, 4.ª ed. (München, 1974), 130 p. La traducción española de L. Díez-Picazo fue publicada por Taurus en 1964; L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica «razonable»*, F. C. E. (México, 1971), 578 p., especial p. 499 s.; H.-G. GADAMER, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Trad.: A. Agud y R. de Agapito, Sígueme (Salamanca, 1977), 687 p. Sobre la rehabilitación de la autoridad y la tradición como principios interpretativos fecundos frente a la Ilustración cfr. p. 344 s.

(13) Esta es una de las sugerencias que pueden extraerse de la lectura del conocido y controvertido libro de T. S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, Trad.: A. Contín, 7.ª reimpresión, F.C.E. (Madrid, 1981), 320 p. Se habla de «ciencia normal» (incluso con cierto sentido normativo), el paradigma adquiere un valor ejemplar y su prestigio sólo es invalidado por la comunidad científica cuando un paradigma sustitutivo se encuentra totalmente elaborado y en condiciones de ser operativo. El tan codiciado atributo de «ciencia» es un dato de prestigio; la autoridad y mito de la ciencia.

criterios estadísticos de selección) aunque también se hable de la mejor doctrina o la más autorizada, introduciendo valoraciones.

El argumento de derecho comparado puede considerarse aquí como subespecie del de autoridad. Se trata de decidir apoyándose en lo que establece otro ordenamiento jurídico que por razones políticas, socioeconómicas, culturales o de tradición jurídica se asume como autoridad (14). Suele aparecer filtrado a través de la doctrina y no expresado directamente.

Pero también la invocación a leyes, que como es claro constituye la base principal de las decisiones, puede ser considerada como un argumento de autoridad, aunque por su carácter vinculante habría que hablar no de una autoridad probable sino necesaria o dotada de infalibilidad (15). Por este carácter incontestable pudiera parecer problemático entenderlo en un contexto de adhesión, que es el mecanismo característico de la autoridad, siempre susceptible de examen crítico. Pero no hay que olvidar que detrás está siempre el dato sociológico del consenso que hace que la ley no pretenda ser sin más sinónimo de poder o prepotencia sino ostentar cierta legitimación, y que por lo tanto en caso contrario haya bases para desobedecer. La ley es el dogma, el equivalente en lo argumentativo a la evidencia en lo apodíctico: dos casos límite. No es que el dogma no pueda ser cuestionado; lo que ocurre es que hacerlo significa situarse en mayor o menor medida fuera del sistema de creencias a que pertenece (aquí la crítica sólo puede ser extrasistemática), con las consecuencias que puedan seguirse por ello.

Desde este enfoque no hay diferencia esencial entre la argumentación por leyes y la basada en precedentes y doctrina, como pudiera darse a entender en algunos estudios sobre las fuentes del derecho. No se trata de cuerpos un tanto extraños precariamente añadidos a la ley, sino de la consecuente prolongación de unos mismos esquemas de razonamiento.

Si la ley es el dogma hace falta además una dogmática para decidir satisfactoriamente en los casos concretos, como válvula para la introducción de nuevos elementos de vitalidad que haga el dogma practicable, potenciando su capacidad de respuesta frente al reto de la realidad y tomando distancias de la mera literalidad (16). Y en el mismo desarrollo de la labor dogmática aparece de nuevo el argumento de autoridad conectado a la hipótesis o mito del legislador racional, antes de que sus resultados se utilicen autoritativamente en la decisión en cuanto doctrina jurídica invocada expresa o tácitamente. Una autoridad implica su ideal-

(14) Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit. p. 375.

(15) Cfr. R. PÉREZ PERDOMO, *L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique*, en *Archives de Philosophie du Droit*, XVI, (1971), p. 234 s.

(16) Cfr. N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmática giuridica*, Trad. it.: A. Febbrajo, Il Mulino (Bologna, 1978), p. 45 s. La función de la dogmática no es el encadenamiento del espíritu, sino ampliar libertades en el trato con el dogma señalando los límites dentro de los cuales una decisión puede considerarse defendible, aumentando la inseguridad soportable por el sistema.

zación en todos los planos (lingüístico, epistemológico, axiológico, etc.) y se actuará «como si» el legislador fuera omnisciente, coherente, justo, omnicomprendido y tantos otros atributos de racionalidad que no son empíricos pero que están presentes como «idea regulativa», como mito, en las operaciones del que trabaja con textos legales. Serán incorrectas las interpretaciones que se opongan a la imagen del *bon législateur*. Este pre-juicio es el que hace posible, por ejemplo, la existencia de antinomias y lagunas como problemas a resolver, permitiendo a la dogmática recrear el derecho positivo fingiendo que se trata de una mera descripción (17). Con el argumento *ab absurdo* o apagógico se marginan las interpretaciones no defendibles autoritativamente. Si la autoridad sirve para proponer, lo absurdo como contrapunto sirve para excluir. Su fragilidad deriva de que lo absurdo es una noción tan relativa históricamente como la de autoridad. Además, la a veces pretendida científicidad de la dogmática es un eficaz argumento de autoridad. Finalmente, no sólo la mente del decisor actúa presionada por una compleja trama de autoridades, sino que la decisión misma intenta ser un argumento de autoridad por lo menos para el destinatario e indirectamente para el resto del aparato jurídico (eventuales apelaciones, sentar precedente).

La omnipresencia observada del argumento de autoridad es perfectamente natural, puesto que no sólo indica una peculiar estrategia argumentativa, sino que es algo central en el modelo dialéctico. La invocación explícita o generalmente sobreentendida a la mayor o menor fuerza de los diversos argumentos utilizados en la decisión (*a contrario*, analógico, *a fortiori*, etc.) se puede considerar también un argumento de autoridad (18). Es por lo tanto característica estructural y no elemento de distorsión; no deforma sino que conforma la racionalidad en un contexto argumentativo. La racionalidad jurídica se articula en torno al problema clave de la autoridad, en cuanto pretende mostrarse no como la aplastante razón de la fuerza, sino como la seductora fuerza de la razón. Y si el derecho y sus decisiones intentan estar impregnados de autoridad no debe olvidarse que el papel de la crítica es irrenunciable, pues hablar de autoridad es hablar de legitimación, de examen racional. Y esto a pesar de lo problemático y preocupante que resulta plantear el tema de la racionalidad de la práctica, en donde inevitablemente acaba cayéndose al tratar cualquier cuestión ética.

(17) Una buena exposición del llamado modelo dogmático del legislador racional se encuentra en S. NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM (México, 1974), p. 85 s. Considerado como un elemento de racionalidad mitológica y conectado al argumento de autoridad en J. LENOBLE y F. OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Fac. Univ. Saint-Louis (Bruxelles, 1980), p. 152 s.

(18) Cfr. N. HORN, *Rationalität und autorität in der Juristischen Argumentation*, en *Rechtstheorie*, 6 (1975), 2, p. 150. Observaciones críticas a este trabajo se encuentran en E. P. HABA, *Rationalität der Autoritäten oder Autorität der Rationalität?*, en *Rechtstheorie*, 8 (1977), 2, p. 145 s.

La estrategia de una decisión que pretende tener autoridad suele ser la del mínimo riesgo personal para el que decide. Primero interesa apoyarse en las leyes, hechas operativas a través de los juristas, pues son vinculantes y sobre todo porque en ellas reside el consenso pretendidamente más general. Subsidiariamente se acudirá a consensos más reducidos insertándose en una línea jurisprudencial (la ejemplaridad del precedente), a poder ser la más reiterada, y en una corriente doctrinal (el prestigio de los especialistas), preferentemente la mayoritaria. Todo antes de que el decisor tenga que invocar abiertamente su problemática autoridad, que desnuda de otros elementos probablemente haría poco creíble la decisión. De este modo el que decide no está solo, se implican muchas más personas y se reparte la responsabilidad. Su subjetividad tiende a ser residual camuflándose en una más o menos consistente objetividad social. Intenta desaparecer tras un coro de voces ajenas pareciendo ser una máquina. Y mientras se pueda la rutina se prefiere a la innovación, pues romper la inercia compromete a justificar la opción de cambiar. Además no actúa como particular; sus actos son atribuidos no a su persona sino primariamente al cargo administrativo o jurisdiccional que ostenta.

El que decide en cuestiones de justicia, desde la justicia oracular hasta nuestros días, rara vez lo hace en nombre propio. Se busca a alguien o algo que abarque a él y a las partes para conseguir imparcialidad y efectividad. Se trata de ser vehículo o *medium* transparente de una justicia que proviene ya sea de fuerzas del destino, de la divinidad, de la verdad de la naturaleza, de la tradición, de la voluntad popular, etc., pero que no se inventa. Incluso en el caso de autoridades carismáticas se suele actuar no tanto en primera persona sino como representante de algo superior que otorga el carisma. También en la historia del pensamiento sobre la justicia es interesante observar que ha predominado la concepción de lo justo como descubrimiento más que como creación o invención, pues en este caso sería difícil inscribirlo en un horizonte de racionalidad que es la aspiración del iusnaturalismo. La neutralidad del juez sólo tiene sentido como imparcialidad; como neutral recepción de algo que sin embargo es ideológico. Así se hacen además posibles las garantías de la decisión. Hay una esencial discreción que a pesar de todo nunca puede evitar la subjetividad y consecuentemente la responsabilidad del que decide, que goza de considerable discrecionalidad. Pero frecuentemente todo parece ocurrir «como si éste no adoptara decisiones, sino que sólo tomara resoluciones» (19).

Una última cuestión: ¿es conservadora una decisión basada en el argumento de autoridad? Lo será sólo en tanto que mira al pasado prestigioso (el prestigio viene siempre del pasado experi-

(19) J. J. GIL CREMADES, *La motivación de las recisiones jurídicas*, en A.A.V.V., *Estudios en honor del Dr. Luis Recaséns Siches*, UNAM (México, 1980), p. 431.

mentado), pero no necesariamente en cuanto a la utilización que se haga de él. Frente a la ortodoxia puede ser el rescate de un pasado utópico, aún no totalmente expresado en el presente. Aparece así la interpretación innovadora de la ley, decisión precedente o doctrina, interpretación que apoyándose precisamente en la autoridad rompe la rutina. Esta es además la condición para la vitalidad de la autoridad.

Nota sobre la aplicación del Derecho

Por RAFAEL HERNANDEZ MARIN

Barcelona

La relación entre ley y sentencia no es una relación lógica. La sentencia no es consecuencia lógica de la ley, ni de la ley en conjunción a otras premisas descriptivas del caso concreto. Pues, al margen de otras consideraciones, el razonamiento «Todos los homicidas deben ser castigados (condenados) a una pena de reclusión menor. A es un homicida. Por tanto, A debe ser castigado (condenado) a una pena de reclusión menor» es doblemente engañoso.

En primer lugar, ese razonamiento omite la referencia a los destinatarios de la ley y la sentencia, los cuales no son los mismos en un caso y en otro. Los destinatarios de la ley son los jueces; los destinatarios de la sentencia son ciertos agentes ejecutivos. Por ello, el sentido de la ley, de la «premisa mayor», es que los jueces deben castigar (condenar) a los homicidas a una pena de reclusión menor; mientras que el sentido de la sentencia, de la «conclusión», es que los agentes ejecutivos deben castigar (condenar) a una pena de reclusión menor.

Estas observaciones son suficientes para mostrar que la sentencia no se deduce de la ley, ni de ésta en conjunción a la «premisa menor». Y la plausible conclusión deducible de la ley y la «premisa menor», «los jueces deben castigar (condenar) a A a una pena de reclusión menor», no es una sentencia; pues, repitiendo lo dicho anteriormente, los jueces no son los destinatarios de las sentencias.

La explicitación de los destinatarios de la ley y la sentencia pone de relieve también otra circunstancia, oculta en el razonamiento original: la utilización ambigua del verbo «castigar» (o «condenar») en el llamado «silogismo de la aplicación del derecho». Parece evidente que la «premisa mayor», la ley, significa, no que los jueces deben encarcelar a los homicidas, sino que deben realizar actos lingüísticos de un cierto tipo, a saber: actos de emisión de sentencias condenando a los homicidas a reclusión menor. Por otra parte, también parece evidente que la sentencia significa, no que ciertos agentes ejecutivos deben emitir sentencias condenando a A a una pena de reclusión menor, sino que dichos individuos deben encarcelar a A y retenerle en prisión durante un cierto período de tiempo.

La ambigüedad del verbo «castigar» (o «condenar») oculta a su vez, como se puede apreciar, una diferencia de niveles de lenguaje entre ley y sentencia: la ley, dirigida a los jueces, es una oración metalingüística, puesto que obliga a los jueces a realizar actos lingüísticos, pronunciar sentencias, de un cierto tipo; la emisión de una sentencia de ese tipo por parte de un juez es uno de esos actos lingüísticos a los que la ley, dirigida a los jueces, se refiere.

Esta observación proporciona un argumento ulterior contra la tesis criticada: perteneciendo a lenguajes diferentes, no puede haber relación lógica entre ley y sentencia. Aunque, obviamente, el rechazo de la concepción lógica de la aplicación del derecho no significa declararse partidario de las tesis oscurantistas o bien trivialmente verdaderas, según las cuales en la aplicación del derecho intervienen a la vez elementos racionales y volitivos, mecánicos y creativos, etc.

La aplicación del derecho no es más que la eficacia de las normas jurídicas cuyos destinatarios son los órganos encargados de resolver los conflictos. Y la relación entre esas normas y los actos de dichos órganos resolviendo los conflictos de la manera prescrita en dichas normas es la relación, semántica, de referencia. La relación entre ley (dirigida al juez) y sentencia (que aplica dicha ley) es pues la siguiente: la sentencia es parte de la referencia de la ley.

II
ESTUDIOS

El darwinismo social: Espectro de una ideología

Por FELIPE GONZALEZ VICEN

La Laguna

«Faute de valeur supérieur qu'oriente l'action, on se dirigera dans le sens de l'efficacité immédiate. Rien n'étant vrai ni faux, bon ou mauvais, la règle sera de se montrer plus fort. Le monde alors ne sera plus partagé en justes et in justes, mais en maîtres et en esclaves.»

A. Camus, *L'homme révolté*, 1951, pág. 16.

Desde los orígenes mismos del pensamiento occidental nos sale al paso una forma de reflexión que quiere explicar por la fuerza el conjunto de las relaciones sociales, viendo en la prepotencia física el fundamento de las relaciones de poder dentro de los grupos humanos y la justificación ética de toda regulación jurídica. Es la «ley del más fuerte»; aquella ley de que nos habla Tucídides, «que no hemos inventado nosotros..., sino que la hemos encontrado ya, válida para todos los tiempos», la ley establece que «el más débil debe estar sometido al más fuerte», que la llamada justicia sólo vale «cuando la fuerza es igual en ambas partes», mientras que, «cuando uno de ellos es más fuerte, éste se hace con todo lo que puede, y el más débil tiene que conformarse con lo que le sea permitido» (1). Es una línea de pensamiento que, instrumentado muy diversamente, se extiende a lo largo de los siglos y que, en nuestra época va a presentarse revestida de un atuendo pseudo-científico con el nombre de darwinismo social. Una doctrina que va a hacer estragos en la conciencia ética y política contemporánea y que se halla también en el fondo de la ideología imperialista y de las guerras de expansión que han asolado Europa en los últimos decenios. Doctrina típica de una clase social agresiva y explotadora que trata de presentar sus propias contradicciones históricas y su dominación implacable como manifestación

(1) TUCÍDIDES, V, 81, 105, VI, 82-86, *passim*.

de una ley natural universal. Estudiar el darwinismo social, si quiera sea tan someramente como en las páginas siguientes, es, por eso, tratar de poner al descubierto una de las claves esenciales para el entendimiento del substrato ideológico que sustenta y determina el acontecer político-social desde mediados del siglo último.

1. Como todas las grandes ideologías del siglo, también el darwinismo social se halla en íntima relación con la estructura y problemática de la sociedad burguesa que surge de las convulsiones políticas y sociales de fines del siglo XVIII. La Revolución francesa había terminado, no sólo con un mundo de derechos tradicionales y privilegios, sino que había acabado con el principio que transformaba en políticas las relaciones sociales y económicas, proclamando en su lugar los postulados de igualdad y libertad referidos al concepto abstracto de hombre. Al hacerlo así, al poner fin al entramado político en el que se articulaban las relaciones sociales, la Revolución desintegra la vieja sociedad en sus últimos componentes, en los individuos aislados y enfrentados entre sí. Es la «sociedad civil» de Hegel, un «sistema de las necesidades» que parte del individuo «tal como es», guiado tan sólo por el propio interés (2); una sociedad que es, por eso, la «esfera del egoísmo» y cuya «esencia no es la esencia de la comunidad, sino la esencia de la discrepancia» (3). Una sociedad cuya última consecuencia es «la disgregación general, la concentración del individuo en sí mismo, el aislamiento, la conversión de la humanidad en una suma de átomos que se repelen mutuamente» (4). Para esta sociedad competitiva, cuya dinámica social se agota en el juego de los intereses encontrados, el principio constitutivo está representado por la propiedad: «si se considera la vida y el movimiento de la totalidad de un pueblo en tanto que ambos están condicionados por la adquisición y la distribución de la propiedad... surge el concepto de sociedad» (5). La propiedad es «la realidad de la libertad personal» (6), «la plenitud real y concreta de la personalidad» (7); su significación se halla en su concepto mismo, porque «es la realización del concepto de la personalidad, la verificación de ésta por la naturaleza exterior» (8). Ahora bien, lo decisivo aquí es que la propiedad en la sociedad burguesa está

(2) HEGEL, *Rechtsphilosophie*, §§ 182 ss., 187, 209.

(3) K. MARX, *Zur Judenfrage* (1844), en K. MARX/Fr. ENGELS, *Werke*, hrgn. v. Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED, Berlín, 1981 (=MEW) Bd. I, pág. 356.

(4) Fr. ENGELS, *Die Lage Englands. Das achtzehnte Jahrhundert* (1844), MEW I, pág. 556.

(5) L. STEIN, «Der Begriff der Arbeit und die Principien des Arbeitslohnes in ihrem Verhältnisse zum Socialismus und Communismus», en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Bd. III (1845), págs. 245-46.

(6) HEGEL, *Rechtsphil*, §§ 41 ss.

(7) L. STEIN, *Der Begriff der Arbeit*, ya cit., pág. 245.

(8) L. v. STEIN, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich* (1850), hrgn. v. G. Salomon, München, 1921, Bd. I, pág. 237.

sólo basada en el juego de los intereses en pugna, lo que le presta un carácter «casual». Ya Hegel había escrito: «qué es lo que poseo y cuánto poseo es jurídicamente algo accidental» (9). La propiedad, que determina la esfera de acción de los individuos y el marco de su desenvolvimiento personal se nos presenta, no como el resultado de un proceso objetivo, sino como fruto del acaso. «La distribución de la riqueza condiciona lo más alto, la ley del desenvolvimiento personal, y esta distribución no es algo que, de acuerdo con principios firmes, dé lo mejor a los mejores, sino que es para el individuo algo totalmente casual; en la sociedad actual parece como si el azar se hubiera impuesto a lo absoluto, a la ley de la máxima perfección humana» (10). Este carácter «casual» de la distribución de la riqueza es la que hace posible la concentración de la propiedad en algunas personas, provocando lo que la sociología de la época denominaba el «movimiento social». Porque a propiedad acumulada no es estática como lo era en el antiguo régimen, sino dinámica, y por su mismo origen tiende a la explotación, a su aumento, y para ello precisa la fuerza del trabajo, que sólo pueden proporcionar aquellos que nada poseen más que justamente la capacidad de trabajo. La sociedad queda así dividida en dos clases: la de los detentadores de los medios materiales necesarios para el ejercicio del trabajo, y la de los que por no disponer más que de su trabajo están forzados a aceptar las condiciones que imponen los primeros. La sociedad de las libertades formales que había intentado instaurar la Revolución se convierten así, de hecho, en una sociedad de la opresión y «la libertad política en libertad aparente, es decir en la peor especie de esclavitud, porque la libertad aparente es la peor servidumbre» (11). Las relaciones reales entre los individuos tal como las determina la lucha de intereses y la ley de la competencia quedan intactas y consagradas, construyéndose como su garantía el edificio abstracto del Estado de los derechos del hombre y del ciudadano (12).

Hacer inteligible racionalmente, o en otros términos, justificar estas relaciones reales de explotación y dependencia va a ser el gran tema del pensamiento burgués durante todo el siglo. En su primera mitad, desde los economistas ingleses hasta los últimos representantes de la derecha hegeliana, la justificación tiene lugar entendiendo la sociedad burguesa como el final del proceso histórico y revestida, por tanto, de fundamentación inmanente. Como dirá Marx, es «como si una vez hubiera habido historia, pero ya

(9) *Rechtsphil.*, § 49.

(10) L. STEIN, «Die sozialen Bewegungen der Gegenwart» (1848), reimpr. en L. v. STEIN, *Schriften zum Sozialismus*, ed. por E. Pankoke, Darmstadt, 1974, pág. 4.

(11) Fr. ENGELS, *Fortschritte der Sozialreform auf dem Kontinent* (1983), MEW I, pág. 481.

(12) Cfr. sobre ello el análisis genial de MARX *Zur Judenfrage*, ya cit., esp. págs. 354 ss., 369 ss.

no la hubiera» (13). Esta ilusión del carácter intemporal de la sociedad burguesa —todavía L. v. Stein quería ver en el mundo social de su tiempo «las leyes en absoluto de la sociedad humana» (14)— en la que resuena el principio hegeliano de que la «verdad» se halla al fin del proceso histórico, como su «resultado» (15), va a desvanecerse paulatinamente desde julio de 1830, cuando por primera vez alzan su voz los «mudos de la historia» y empieza a hacerse realidad el vaticinio de Tocqueville, de que quienes habían derribado un trono y habían acabado con instituciones seculares no iban a detenerse ante los bastiones de la riqueza (16). El proletariado que, hasta entonces, había sido tenido como parte constitutiva y «natural» de la sociedad, se revela ahora como el factor que pone al descubierto las contradicciones de la nueva estructura social y que encarna el impulso para su superación. «El proletariado es el ejecutor de la sentencia que ha dictado sobre sí misma la propiedad privada al crear el proletariado... Por constituir la eliminación de toda humanidad, incluso de toda apariencia de humanidad, porque en las condiciones de vida del proletariado se resumen las condiciones de vida de la sociedad actual en su más extrema inhumanidad..., el proletariado puede y tiene que liberarse, algo que sólo puede hacer acabando con todas las condiciones de vida inhumanas de la sociedad actual... No se trata de lo que este o el otro proletario o todo el proletariado se proponga como finalidad. Se trata de lo que el proletariado es y de lo que en este sentido se verá históricamente forzado a hacer» (17). Esta convicción de la precariedad de su existencia histórica, este presentimiento de que, según la frase famosa, «el verdugo espera ya en la puerta» (18) va a condicionar la conciencia de la burguesía a mediados del siglo. Un pesimismo escatológico, el escepticismo más radical respecto a su propio destino histórico va a sustituir el optimismo que, desde un principio había acompañado la revolución burguesa y que todavía aflora pasajera y en Comte. «Nada es más cierto que el ocaso de nuestra vieja civilización», escribía Bruno Bauer, ya de vuelta de su radicalismo juvenil (19). Y nuestro apocalíptico Donoso Cortés: «La sociedad agoniza, se muere»; «Estamos tocando con nuestras propias manos la mayor catástrofe de la historia. En el momento actual lo que veo yo con claridad es la barbarie de Europa y de

(13) *Das Elend der Philosophie*, MEW IV, pág. 139.

(14) *Gesch.d.soz.Bewegung*, ya cit., Bd. I, pág. 46.

(15) HEGEL, *Vorl.u.d.Gesch.d.Phil.*, WW (Glockner), Bd. XIX, pág. 689.

(16) A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, en *Oeuvres complètes*, ed. J.-P. Mayer, t. I, París, 1951, pág. 4.

(17) ENGELS/MARX, *Die heilige Familie* (1845), MEW II, págs. 37-38.

(18) Cfr. Fr. ENGELS, *Die Bewegungen von 1847* (1848), MEW IV, pág. 503. Las palabras de Engels proceden del romance de H. HEINE, *Ritter Olaf* (*Sämmtl. Werke*, 1868, Bd. XVI, págs. 250 ss.).

(19) B. BAUER, *Russland und das Germanentum*, Charlottenburg, 1853, página 7.

su despoblación dentro de poco tiempo» (20). Se vive la experiencia de asistir a las postrimerías de una época, a los últimos momentos de un mundo «abandonado de los dioses»: «Cuando la disolución de las partes se halla próxima, los mejores presienten el fin y no pueden impedirlo; y al contrario, cuando los mejores presienten el fin y ya no pueden impedir la disolución de las partes, entonces el fin está próximo» (21). Como diría M. Hess desde el otro lado de las barricadas: «Vivimos en uno de esos períodos históricos que separan dos épocas... Hemos llegado al final de un mundo y asistimos al nacimiento de otro nuevo» (22).

Desde el fondo de este escepticismo histórico radical, y enfrentado con el problema de la supervivencia de sus estructuras sociales de dominación, el pensamiento burgués va a dar un giro trascendental. Abandonando la idea secular de un proceso histórico ascendente, a lo largo del cual la razón va alcanzando etapas cada vez más definitivas, una idea consustancial a la misma existencia de la burguesía revolucionaria, el pensamiento burgués vuelve ahora los ojos para su propia justificación al gran mito de la época: a la ciencia natural. Ha sonado la hora del darwinismo social.

2. Las fuentes del darwinismo social hay que buscarlas en dos teorías que van a llenar con su eco toda la segunda mitad del siglo: la teoría de Ch. Darwin y la de H. Spencer.

La teoría de Darwin, que el darwinismo social tratará de situar en su base, es por su naturaleza y sus intenciones una teoría estrictamente biológica que se propone dar respuesta al problema de la multiplicidad y variabilidad de las especies orgánicas. Desechada la idea tradicional, para la cual cada una de las especies habría sido creada originaria y directamente en su forma actual, Darwin invierte los términos y trata de ofrecer una solución dinámica y generacional al problema. El punto de partida lo encuentra en Malthus que, medio siglo atrás, había sentado como principio general de la naturaleza «la tendencia constante de toda vida orgánica a incrementarse por encima de la cantidad de alimentos a disposición de ella» (23). De aquí como ley general de todo el mundo orgánico la «lucha por la existencia», «bien entre los individuos de la misma especie, bien con individuos de especies distintas, bien con las condiciones físicas de vida» (24). Ahora

(20) DONOSO CORTÉS, *Cartas políticas sobre la situación en Prusia en 1849*, y Carta a Mons. Gaume de 24-8-1849, en *Obras*, Madrid, 1904, t. II, págs. 271 y 731-32. Sobre ello, cfr. mi conferencia *Donoso Cortés als Deuter seinner Zeit*, Berlín, 1941.

(21) E. v. LASAULX, *Neuer Versuch einer alten auf die Wahrheit der Tatsachen gegründeten Philosophie der Geschichte* (1856), neu hrsg.v.E. Thurnher, München, 1952, págs. 160, 166-67.

(22) M. HESS, *Jugement dernier du vieux monde social* (1851), en *Ausgewählte Schriften* hrsg. v. H. Lademacher, Köln, 1962, págs. 211, 214.

(23) Cfr. T. R. MALTHUS, *An Essay on Population* (1798), vol. I (Everyman's Library 692), London, 1960, pág. 5.

(24) Ch. DARWIN, *The Origin of Species by means of Natural Selection* (The Thinker's Library 8), London, 1948, págs. 48, 56 ss.

bien, y esta es la pregunta clave en el pensamiento de Darwin, ¿cómo es posible que como resultado de esta lucha «no aparezcan todos los seres orgánicos mezclados en un caos inextricable»? (25). La respuesta, sencilla y original, es que en la lucha por la vida sólo sobreviven los más aptos, mientras que los menos aptos perecen. En esta equiparación entre *struggle for life* y *survival of the fittest* puede decirse que se encierra toda la teoría de Darwin. «Unas centésimas de gramo en la balanza puede determinar qué individuos vivirán y cuáles perecerán, qué variedad incrementará su número y cuál decrecerá o finalmente se extinguirá... La más ligera ventaja en ciertos individuos, bien en todo momento o bien durante alguna estación, respecto a aquellos otros con los que se halla en lucha, una mejor adaptación a las condiciones físicas del ambiente, por leve que sea, inclinará a la larga el fiel de la balanza» (26). Por virtud de este mecanismo de conservación y destrucción de individuos y especies la lucha por la vida ejerce una selección, cuyo último resultado es la supervivencia de los más aptos. «Esta preservación de diferencias y variaciones individuales favorables y la destrucción de aquéllas perjudiciales es lo que llamo selección natural o supervivencia del más apto» (27).

A diferencia de la teoría de Darwin, la de Spencer se presenta expresamente como una teoría social. Para Spencer las sociedades humanas son verdaderos organismos, y el tema general de su obra es entender éstos desde la ley general que rige el mundo orgánico. Esta ley es la de la evolución, que es siempre «un cambio de una forma menos coherente a una más coherente», o bien «de una homogeneidad incoherente a una heterogeneidad coherente», un «cambio de lo indefinido a lo definido..., de la confusión al orden» (28). Aquí Spencer se pregunta, de modo análogo a como lo había hecho Darwin, a qué se debe que esta evolución de lo homogéneo a lo heterogéneo no desemboque en una «vaga heterogeneidad caótica» (29). La razón hay que buscarla en la «severa disciplina de la naturaleza» (30), que actúa eliminando a los menos aptos y conservando a los más aptos (31). Es la misma «selección natural» a la que asistimos en el organismo social, el cual evoluciona desde una masa indiferenciada de individuos a una organización con gobernantes y gobernados, que no es más que el resultado de un proceso por el que los más aptos se imponen. «La autoridad del más fuerte y más audaz se hace sentir entre los salvajes lo mismo que en una manada de animales o que en una pandilla de escolares» (32). Lo que en Darwin era mecanismo bio-

(25) *Origin of Species*, pág. 387.

(26) *Origin of Species*, pág. 391.

(27) *Origin of Species*, págs. 59, 58 ss., 98.

(28) H. SPENCER, *First Principles*, Sixth ed., London, 1904, págs. 262, 291, 293.

(29) *First Principles*, págs. 371 ss.

(30) H. SPENCER, *Social Statics*, London, 1868, pág. 352.

(31) *First Principles*, pág. 383.

(32) *First Principles*, pág. 276.

lógico se transforma ahora en esquema normativo de la dinámica social. El principio de toda ética consiste en la proporción directa entre el beneficio obtenido y el valor del individuo: «midiéndose este valor por su adecuación a las condiciones de existencia» (33). De aquí la ley universal, de que «los individuos más valiosos de acuerdo con su adecuación a las condiciones de existencia deberán gozar de los mayores beneficios, mientras que los menos valiosos deberán recibir menores beneficios o bien sufrir mayores males, o ambas cosas a la vez» (34).

En la confluencia de estas dos corrientes de pensamiento se encuentra el darwinismo social, que trata ya abiertamente de entender la vida social desde categorías biológicas. Una clase social que ha perdido la fe en su existencia histórica echa mano de una supuesta «necesidad natural» para fundamentar sus estructuras de poder. Porque, pese a las apariencias, el darwinismo social no es una teoría del movimiento de los grupos humanos que, como la teoría del progreso, deje abiertas las posibilidades del futuro, sino una justificación por medio de hechos de una situación dada que se pretende incommovible. En este sentido el darwinismo social no es, como ya dirá uno de sus grandes contradictores, «una teoría puramente científica de cuestiones posibles, por difíciles que sean, sino un movimiento político social movido por la fe» (35); o en otros términos, es el «darwinismo como ideología política» (36). Su punto de partida es la noción del cuerpo social como un organismo en cuyo seno se desarrolla una lucha constante por la supervivencia del grupo, como resultado de la cual van afirmándose las estructuras más adecuadas a esta supervivencia y van eliminándose las menos adecuadas (37). Es la ley de la selección natural aplicada a los grupos humanos, mera consecuencia de la «cruel e implacable lucha por la existencia que reina y tiene que reinar en la naturaleza, de ese incesante e inexorable enfrentamiento de todos los seres vivos, que hace que sólo la minoría seleccionada pueda subsistir en este enfrentamiento, mientras que la mayoría tiene que perecer miserablemente» (38).

Esta ley que todavía Haeckel toma sin muchos distinguos de Darwin va a experimentar pronto, sin embargo, una reinterpretación que constituirá el pensamiento central de todo el darwinismo

(33) H. SPENCER, *Justice: being Part. IV of the Principles of Ethics*, London & Edinburgh, 1891, pág. 4.

(34) *Justice*, págs. 8, 15 ss.

(35) O. HARTWIG, *Zur Abwehr des ethischen, des sozialen, des politischen Darwinismus*, Jena, 1918, págs. 2-3.

(36) H. M. PETERS, *Historische, soziologische und erkenntniskritische Aspekte der Lehre Darwins*, en *Neue Anthropologie*, hrgn. v. H.-G. Gadamer u. Vogler, Bd. I (dtv 4069), Stuttgart, 1972, pág. 339.

(37) Cfr. las páginas clásicas a este respecto de A. E. Fr. SCHÄFFLE, *Bau und Leben des sozialen Körpers*, Bd. I, Tübingen, 1875, págs. 19 ss., 556 ss.

(38) E. HAECKEL, *Freie Wissenschaft und freie Lehre* (1878), en *Gemeinverständliche Vorträge und Abhandlungen aus dem Gebiete der Entwicklungslehre*, 2. Aufl., Bonn, 1902, pág. 202.

social. Darwin había partido del individuo biológico y había entendido la lucha por la existencia como un enfrentamiento por la supervivencia física, en el que jugaban un papel decisivo cualidades orgánicas que luego se trasmitían fisiológicamente por herencia. El darwinismo social reduce en lo esencial la ley de selección natural en estos términos al mundo vegetal y animal y parte para el hombre fundamentalmente del individuo como ser social. Aunque en el hombre se dan, como en el resto de los animales, propiedades orgánicas que se trasmiten hereditariamente, hay en él un número de facultades, como las ideas éticas y técnicas, el manejo de instrumentos, los sentimientos de dependencia, la capacidad del lenguaje, que no se trasmiten fisiológicamente, sino por el aprendizaje y la tradición, y que son sin embargo, de importancia decisiva para la cohesión de los grupos sociales y de tanta o mayor importancia para la vida individual que las propiedades orgánicas; de tal manera, como se dirá más tarde, que el hombre «vive biológicamente como un parásito de su herencia social» (39). Esta concepción del hombre como ser primariamente inmerso en un grupo y en la tradición de valores y capacidades que él no crea, sino que recibe, va a imprimir un giro esencial a la tesis de la lucha por la existencia y la selección natural, porque pone de manifiesto que el proceso evolutivo del hombre «no sólo tiene lugar por la selección y herencia de las variaciones innatas, sino también por la selección y acumulación de creaciones culturales por vía de la tradición» (40). La lucha por la existencia dentro de los cuerpos sociales pierde así el carácter de un puro enfrentamiento por la supervivencia física y se convierte en una pugna por la conquista de bienes acumulados en el grupo y de posiciones de poder. «En los animales la lucha por la existencia es una lucha por el mantenimiento de la especie por medio de la producción y reproducción orgánicas, mientras que en las sociedades humanas la lucha tiene lugar por la propiedad, el goce, la posición social, acciones morales e ideas» (41). Y no sólo esto. La lucha no se ventila por medios físicos o por la agresión directa, sino que discurre por lo que los darwinistas sociales norteamericanos llamaron *folk ways*, los modos sociales integrados en el grupo (42), y en ella se utilizan ideas, emociones, instrumentos técnicos, y en general, productos sociales (43). La lucha física y orgánica se convierte así en un enfrentamiento entre construcciones sociales. Este es el sentido de todas nuestras instituciones, lo mismo la organización po-

(39) Cfr. G. WALLAS, *Our Social Heritage*, Sec. ed., London, 1929, pág. 19.

(40) W. SCHALLMAYER, *Vererbung und Auslese im Lebenslauf der Völker* (1903), ahora en la colección de documentos *Der Darwinismus. Die Geschichte einer Theorie*, hrgn. v. G. Altner (WdF Bd. CDIL), Darmstadt, 1981 (= *Darwinismus*); pág. 107.

(41) L. WOLTMANN, *Politische Anthropologie* (1905), en *Darwinismus*, página 138.

(42) W. G. SUMNER, *Folkways*, New Haven, 1907, págs. 4 ss.

(43) L. WOLTMANN, *Politische Anthropologie*, pág. 138.

lítica que la económica, el orden de la familia, el Derecho, la moral, el desarrollo técnico: «servir de arma en la lucha social por la existencia» (44). Una lucha en la que triunfan necesariamente aquellas organizaciones, aquellas instituciones de mayor potencia vital, es decir, más aptas para las condiciones de vida.

Con ello el círculo se cierra y el principio de la lucha por la existencia y de la selección natural postulado por Darwin para el mundo orgánico-biológico se traspone con todas sus consecuencias al mundo social. El resultado es él mismo, el triunfo del más fuerte y más apto, pero ahora no directamente basándose sólo en las condiciones individuales, sino a través de los «valores» que encarnan las personas y las clases. «También los valores culturales están sometidos a un proceso de selección... Cuando estos valores son adecuados para proporcionar a las personas o cuerpos sociales que los poseen una superioridad directa o indirecta sobre otras personas o cuerpos sociales en la lucha por los medios de existencia, estos valores se mantendrán y se expandirán a costa de los valores culturales de otras personas o cuerpos sociales menos adecuados a las condiciones de existencia» (45). La lucha por la existencia reviste en la sociedad la misma virulencia que en la naturaleza, aunque quien prevalece en la sociedad no sea el individuo en sentido físico estricto, sino sus «valores culturales», el entramado de sus intereses, sus ideas, su situación de poder. Y el triunfo es absoluto, y los «valores culturales» inferiores no quedan sólo apartados, sino que «están condenados a desaparecer» (46).

Nada tiene de extraño, por eso, la enorme difusión del darwinismo social en Norteamérica durante los años de constitución del gran capital (47); lo que se ha llamado «la época de los dinosaurios» (48). Como diría un político norteamericano: «Grandes fortunas particulares son inseparables de una civilización elevada. Todas las grandes empresas que exaltan y embellecen la existencia y mejoran las condiciones de la vida humana propiedad de la idea del dinero en unas pocas manos» (49).

3. El carácter ideológico de enmascaramiento y justificación de una situación dada propio del darwinismo social se pone de manifiesto en dos líneas de pensamiento implícitas en el mismo cuerpo de la doctrina, y que van efectivamente a extraerse y formularse con toda consecuencia.

La primera de ellas tiene su origen en la negativa de principio del darwinismo social a toda clase de reformas que pudieran pa-

(44) W. SCHALLMAYER, *Vererbung u. Auslese*, pág. 110.

(45) W. SCHALLMAYER, *Vererbung u. Auslese*, pág. 109.

(46) W. SCHALLMAYER, *Vererbung u. Auslese*, pág. 109.

(47) Sobreello, cfr. R. HOFSTADTER, *Social Darwinism in American Thought*, rev. ed., Boston, 1965.

(48) J. T. ADAMS, *The Epic of America*, New York, 1931, págs. 342 ss.

(49) El político es el senador de Kansas Ingalls. Cit. por R. B. NYE and J. E. MORPURGO, *A History of the United States (The Pelican History of the World)*, vol. II, pág. 566.

liar los resultados de la «lucha por la existencia» (50). El argumento es muy simple: si la lucha por la existencia y la selección natural son expresión de una ley natural, tratar de ayudar a las víctimas o a los perjudicados es tanto como ir contra la naturaleza misma. O como diría ya Spéncer: «¿Qué mayor absurdo que tratar de mejorar la vida social quebrantando la ley fundamental de la vida social?» (51). El Estado debe sólo asistir al enfrentamiento de la lucha por la existencia sin intervenir en la distribución de beneficios o de males que ésta trae consigo (52). «Ya que, de otro modo, la especie tendría que sufrir de dos maneras. De un lado, sufriría directamente por el sacrificio del superior al inferior, lo que implicaría una disminución general del bienestar, y de otro, sufriría a la larga por la promoción del inferior, lo que valdría tanto como impedir la promoción del superior, provocando un deterioro general» (53). Desde este presupuesto va a extenderse toda una corriente asoladora de ideas que culminará en el «seleccionismo» de finales del siglo, y que socavará duraderamente la conciencia ética occidental. Si ya Spéncer había denunciado como contraproducentes las subvenciones escolares y la ayuda a los inválidos y necesitados, medidas que, según él, sólo llevaban a la ignorancia y a la holganza (54), ahora se da un paso más. Ya no se trata tan sólo de la no ingerencia en el mecanismo de la selección social, sino de intervenir en él reformándolo y prestándole carácter definitivo por medio de medidas legislativas. Darwin había hablado incidentalmente de los obstáculos que la civilización moderna ofrece con sus medios profilácticos para una verdadera selección en el género humano (55), y la idea es recibida e interpretada a su manera por el darwinismo social (56). Los triunfadores en la lucha por la existencia deben ser protegidos y los vencidos impedidos de reproducirse. «La ley darwinisna de la lucha por la existencia actúa entre los hombres creando condiciones bajo las cuales los más aptos y capaces reciban más alimentos, mientras que cuanto menos apto se es, tanto menos alimentos se reciba, de tal manera que los menos aptos perecen necesariamente y no pueden reproducirse» (57). Son palabras del mismo autor que veía «el

(50) Sobre el problema de las reformas en el darwinismo social, cfr. H. W. KOCH, *Der Sozialdarwinismus. Seine Genese und sein Einfluss auf das imperialistische Denken*, München, 1973, págs. 126 ss.

(51) H. SPENCER, *Justice*, ya cit., pág. 260.

(52) *Justice* págs. 213, 215 ss.

(53) *Justice*, págs. 6-7.

(54) *Justice*, págs. 237 ss. Contra la ayuda a los pobres, *The man versus the State*, London, 1884, págs. 67 ss.

(55) Cfr. G. SPILLER, «Darwinism and Sociology», en *Sociological Review*, vol. VII (1914), págs. 252-53.

(56) Sobre ello, H. CONRAD-MARTIUS, *Utopien der Menschenzüchtung. Der Sozialdarwinismus und seine Folgen*, München, 1955, y G. MANN, «Rasenhigiene - Sozialdarwinismus», en *Biologismus im 19. Jahrhundert*, hrsg. v. G. Mann, Stuttgart, 1973, págs. 73 ss.

(57) A. TILLE, *Von Darwin bis Nietzsche*, Leipzig, 1895, pág. 107.

sanatorio nacional» de Inglaterra en los *slums* londinenses, donde la miseria hace que las familias «no pasen generalmente de la segunda generación» (58). Hay que cerrar los ojos a los prejuicios y sentimentalismos que se oponen a la actuación rigurosa de la selección natural en la sociedad (59). «La eliminación legal o por la miseria de los individuos peor dotados es una necesidad, si no se quiere que la humanidad se hunda» (60). Es la diferencia que hay entre el socialismo y el darwinismo: mientras que el primero «quiere procurar a cada uno las mejores condiciones de desenvolvimiento», el segundo cree en la necesidad «de acabar con los individuos débiles y de condición inferior» (61). Los obreros sin trabajo, por ejemplo, sólo deben su situación o a su falta de habilidad o al vicio, y por eso «en el grupo de los parados hay que ver el estrato inferior de las clases más bajas, en el que se halla ya consumada la derrota en la lucha con la existencia» (62). Y las citas podrían multiplicarse hasta llegar a los darwinistas sociales «seleccionistas» en sentido propio, que partiendo de la «inferioridad natural de las clases pobres» (63) predicaban una segunda «selección artificial» que fortaleciera y continuara la «selección natural» para hacer así imposible el «triunfo de los peores» (64).

Al seguir esta línea de pensamiento el darwinismo social va a dar un salto decisivo en el proceso de su radicalización, pasando de ser una justificación ideológica de intereses y situaciones concretas de poder a convertirse en justificación también ideológica del aniquilamiento del adversario. Un proceso que se prosigue al trasponerse la ideología darwinista del contexto de los grupos sociales a las relaciones entre Estados. Su ejemplo más claro lo tenemos en el imperialismo (65). El tránsito al «darwinismo social exterior» tiene como última causa la misma inseguridad de la clase burguesa que había determinado el «darwinismo social interior», y que ahora es provocada por la concentración del capital financiero y la contracción de los mercados mundiales. Por eso el esquema ideológico es el mismo. Si en el interior se partía de la lucha por la existencia con el triunfo del más apto y el aniquilamiento

(58) Cfr. F. BOLLE, «Darwinismus und Zeitgeist», en *Zeitgeist im Wandeln*, hrsg. v. H. J. Schoeps, Bd. I, Stuttgart, 1967, pág. 273.

(59) L. WOLTMANN, *Politische Anthropologie*, ya cit., pág. 138.

(60) O. AMMON, *Die natürliche Auslese beim Menschen*, Lena, 1893, página 281.

(61) A. PLOETZ, *Grundlinien einer Rassenhygiene* (1895), en *Darwinismus*, página 128.

(62) O. AMMON, *Die natürliche Auslese*, pág. 281.

(63) Cfr. G. VACHER DE LAPOUGE, «Observations sur l'infériorité naturelle des classes pauvres», en *Race et milieu social. Essais d'Anthroposociologie*, París, 1909, págs. 227 ss.

(64) Cfr. del mismo VACHER DE LAPOUGE, *Les selections sociales*, París, 1896, págs. 456 ss.

(65) Bibliografía sobre el imperialismo en H. MAUS, *Imperialismus*, en *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, Bd. V, Stuttgart/Tübingen/Göttingen, 1956, págs. 190-91.

del menos apto, ahora la lucha, igual de implacable, tiene lugar entre las naciones tenidas unas por superiores a otras, y el premio es el reparto del mundo. Ya lo diría Cecil Rhodes, un imperialista y darwinista social de pelo en pecho: «Afirmo que somos la primera raza del mundo, y cuanto mayor parte de este mundo dominemos, tanto mejor es para toda la raza humana» (66). Y como en el interior, también aquí se encubre con la máscara de la cultura la lucha por el poder, y con la selección natural la explotación de los más débiles. Es *The White Man's Burden* de R. Kipling, una ideología que no vacila en llamar incluso al cielo en su ayuda y ver en la propia nación, como los imperialistas norteamericanos, «el instrumento de Dios para civilizar el mundo» (67). Como ideología típica del «capitalismo parasitario» el darwinismo social del imperialismo va a ser el factor determinante de la brutalización de las relaciones internacionales que caracteriza la historia europea desde el último cuarto del siglo pasado. Los atavismos de violencia que alientan en el darwinismo social imperialista (68) van a llevar a la glorificación de la fuerza y de la conquista, a concebir todas las relaciones humanas como una lucha inexorable (69), y finalmente al enaltecimiento de la guerra como forma suprema de existencia de las naciones (70). Hasta qué punto estas ideas pudieron contagiar toda una época nos lo dicen unas palabras pronunciadas en su juventud por quien había de ser un liberal tan acrisolado como Max Weber: «No paz y felicidad es lo que tenemos que legar a nuestros descendientes, sino la lucha eterna por el mantenimiento y la potenciación de nuestro ser nacional... Nuestros descendientes nos pedirán cuentas ante la historia, no tanto por la organización económica que les dejamos, cuanto por el espacio de acción que hayamos conquistado para ellos» (71).

4. El darwinismo social es una ideología, pero no es ni una filosofía de la historia ni una sociología. Y no lo es porque no trata de encontrar el sentido de los hechos para articularlo en una conexión general de sentido de la realidad, sino que sólo quiere ofrecer una justificación definitiva de una estructura social. Y quiere hacerlo, y aquí se halla su falacia de principio, valiéndose para ello de categorías de las ciencias naturales. Porque cuando la reflexión científico-natural parte de un hecho, éste es para ella algo indubitado en su sentido más absoluto, un dato que no trata

(66) Cit. por H. W. KOCH, «Der Sozialdarwinismus der Vereinigten Staaten», en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd. 50 (1923), página 579.

(68) Cfr. J. SCHUMPETER, «Zur Soziologie des Imperialismus», en *Archiv f. Sozial w. u. Sozialpolitik*, Bd. 46 (1918/19), págs. 1 ss.

(69) G. WALLAS, *Our Social Heritage*, ya cit., pág. 248.

(70) Sobre la polémica en torno al culto a la guerra, cfr. P. BARTH, *Die Philosophie der Geschichte als Soziologie*, 1. Teil, 3. u. 4. Aufl., Leipzig, 1922, páginas 289 s.

(71) M. WEBER, *Der Nationalstaat und die Volkswirtschaftspolitik*, en *Gesammelte politische Schriften*, München, 1921, pág. 20.

de ninguna manera de justificar, sino sólo de explicar insertándolo en la cadena causal. Esto es también en sustancia lo que lleva a cabo dentro de sus limitaciones el darwinismo social: no justificar una estructura social, sino, tomándola como un hecho, explicarla refiriéndola a otros hechos. Es una concepción para la cual, como dirá un famoso darwinista social, la historia es un «proceso natural» y la ciencia de la historia «una historia natural de la humanidad» (72), una contra-historia cuyo presupuesto es que los diversos momentos del acontecer son meros hechos, y no eso, «momentos» dentro de una conexión racional. Por eso se ha podido decir muy exactamente que de darwinismo social puede hablarse allí donde la evolución no equivale a progreso (73). El espejismo de la historia como evolución, es decir, como una sucesión de hechos sólo unidos entre sí por la relación causal constituye, en efecto el dogma del darwinismo social, un dogma que sustenta su segundo gran equívoco, la creencia en leyes naturales para la historia. Porque para ello sería necesario que los momentos históricos fueran «hechos» en el sentido de las ciencias naturales, mientras que si se les entiende como lo que son, como momentos de un proceso racional dotado de sentido, lo que se llaman «leyes históricas» no tienen nada que ver con las leyes naturales, sino que son sólo la forma de comprensión de cada uno de aquellos momentos desde la perspectiva del proceso al que pertenecen. Esto ya lo sabía Engels cuando, refiriéndose precisamente a Darwin, escribía: «Para nosotros las llamadas "leyes económicas" no son leyes naturales eternas, sino leyes históricas que surgen y desaparecen... Para nosotros, por eso, y en tanto que expresan relaciones burguesas, ninguna de estas leyes es más antigua que la misma sociedad burguesa» (74).

El darwinismo social se mueve dentro del marco de la misma «petitio principii» que caracteriza toda ideología; preso en lo que pudiera llamarse el «círculo vicioso ideológico». Se parte de la institución o relación social que se trata de justificar y el procedimiento consiste en proyectar esta institución o relación en el ámbito de la reflexión abstracta como un valor absoluto, «ley eterna», «ley natural», «verdad en sí», para después retrotraer y utilizar como fundamentación lo postulado como valor absoluto. Para el darwinismo social el punto de partida que, primero, se proyecta como «ley natural», y luego, se utiliza como fundamentación es la estructura de la sociedad burguesa. «Toda la teoría darwinista de la lucha por la existencia es simplemente la trasposición desde la sociedad a la naturaleza orgánica de la teoría hobbesiana del

(72) L. GUMFLOWICZ, *Der Rassenkampf*, Innsbruck, 1883, págs. 38, 169.

(73) H. G. ZMARZLICH, *Der Sozialdarwinismus in Deutschland als geschichtliches Problem*, en *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, Bd. XI (1953), página 250.

(74) Fr. ENGELS, carta a P. L. Lavrov de 12-17-XI-1875, MEW XXXIV, páginas 169 ss., y *Dialektik der Natur*, MEW XX, págs. 564 ss.

bellum omnium contra omnes, de la teoría económico-burguesa de la competencia y de la teoría malthusiana de la población. Una vez que se ha llevado a cabo este juego de manos, se retrotraen... las mismas teorías desde la naturaleza orgánica a la historia y se afirma haber probado su validez como leyes eternas de la sociedad humana» (75).

(75) FR. ENGELS, carta a P. L. Lavrov de 12-17-XI-1875, MEW XXXIV, págs. 169 ss., y *Dialektik der Natur*, MEW XX, págs. 564 ss.

Moral y política

Por ERNESTO GARZON VALDES

Maguncia

En el siglo IV, un obispo de Cesárea, Basilio el Grande, escribía:

«Matar en la guerra ha sido distinguido por nuestros padres del asesinato... sin embargo, sería quizás bueno que aquellos cuyas manos no están limpias se abstengan de comulgar durante tres años» (1).

En el siglo XVI, un florentino exiliado, Nicolás Maquiavelo, preocupado por enseñar al soberano a «no ser bueno» para que fuera un buen político, anotaba sus reflexiones:

«Una persona que siempre quisiera lo bueno fatalmente fracasaría en medio de tantas personas que no son buenas. Por lo tanto un soberano que desee imponerse tiene que educarse a fin de tener la capacidad de no actuar exclusivamente de acuerdo con las leyes morales y saber hacer uso o no uso de ellas, según lo requiera la necesidad» (2).

A comienzos del siglo XX, el sin duda más fino de los sociólogos alemanes, Max Weber, en una célebre conferencia decía:

«También los antiguos cristianos sabían bien exactamente que el mundo está regido por demonios y que quien se entrega a la política, es decir, quien tiene que usar el poder y la violencia como medios, firma un pacto con fuerzas diabólicas y que con respecto a su acción *no* es verdad que lo bueno sólo puede salir lo bueno y de lo malo sólo lo malo, sino a menudo lo inverso. Quien no comprende esto es, en realidad, políticamente un niño» (3).

(1) Citado según Michael WALZER, «Political Action: The Problem of Dirty Hands», en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 2, N. 2 (1973), págs. 160-180, aquí pág. 167, nota 9.

(2) Niccoló MACCHIAVELLI, *Der Fürst*, Stuttgart, 1978, pág. 63.

(3) Max WEBER, «Politik als Beruf», en Max WEBER, *Gesammelte Politische Schriften* (editados por Johannes Winckelmann), Tübinga, 1971, págs. 505-560, aquí pág. 554 (subrayado de Max Weber).

Y en nuestro tiempo, Jean Paul Sartre titulaba a uno de sus dramas «Las manos sucias» para exponer la tragedia moral del político. En esta obra puede leerse el siguiente diálogo:

«Hugo: Todos los medios no son buenos.

Hoederer: Todos los medios son buenos si son eficaces» (4).

En todas estas citas hay algo de inquietante y paradójico que invita a su dilucidación y que quizás sea un buen punto de partida en un intento de precisar algunos aspectos relevantes de la relación entre ética y política.

Como un primer paso en esta dirección pueden subrayarse los siguientes puntos:

a) En todas estas frases está presente la idea de que, por lo menos, algunos actos políticos significativos tienen necesariamente una connotación ética negativa.

b) Más aún, según Maquiavelo y Max Weber, el ámbito de lo político estaría dominado por fuerzas diabólicas que vuelven intrínsecamente perversa la actividad en él. En el consejo del obispo se percibe la reserva moral frente a acciones exigidas por el ejercicio de la profesión del soldado, que podría ser extendida también a la del político en la medida que éste disponga la realización de acciones bélicas.

c) En la cita de Sartre, ambos personajes parecen sustentar posiciones recíprocamente excluyentes con respecto a los criterios para medir la calidad ética de los medios a los que recurre el político: uno de tipo principista o absolutista y otro consecuencialista, orientado más bien hacia los resultados de la acción. En un intento de reconciliar ambos puntos de vista podría hasta inferirse la existencia de dos morales igualmente válidas: una privada y otra pública.

En lo que sigue habré de referirme a estas tres cuestiones considerándolas desde tres perspectivas:

- I. La distinción entre lo bueno técnico y lo bueno moral.
- II. La distinción entre la moral privada y la moral pública.
- III. La posibilidad de formular algunos principios de ética normativa para el ámbito de la política que puedan ser aceptados racionalmente.

I

Georg H. von Wright ha llamado la atención sobre la diferencia que existe entre lo bueno «técnico» o «instrumental» y lo bueno «moral»:

(4) Jean Paul SARTRE, *Les mains sales*, París, 1948, pág. 193.

«Lo bueno llamado técnico está vinculado con una capacidad o habilidad. Decimos que alguien es *bueno en* (hacer) esto o aquéllo. La cosa en la que un ser es bueno puede ser llamada un arte en el sentido amplio de la palabra griega *techne*» (5).

La bondad técnica de un acto puede ser evaluada recurriendo a tests de competencia o a tests de rendimiento. En este sentido, los juicios sobre la bondad técnica son objetivamente verdaderos o falsos.

Algunos tipos de actividades a las que suele aplicarse el calificativo de lo bueno técnico son llamadas profesiones. En ellas se requieren también capacidades particulares y conocimientos específicos. Lo que distingue a esta clase de actividades es que ellas están vinculadas instrumentalmente con la satisfacción de necesidades sociales. En este sentido, no parece que haya mayor inconveniente en considerar a la actividad del político como profesión si se piensa que está lógicamente vinculada con la necesidad social de distribuir beneficios y cargas. Justamente al político profesional se refieren las reflexiones presentadas en la introducción.

Desde el punto de vista técnico, en el caso del político, el rendimiento alcanzado será el criterio que permita calificarlo como bueno o mal político. La relevancia que se otorga al resultado puede exigir, en algunos casos, que se deje de lado la consideración de los actos individuales que integran su actividad. La calidad técnica es entonces apreciada considerando la totalidad de la actividad una vez concluida ésta. Ello es lo que precisamente hace difícil emitir juicios sobre la calidad técnica de estrategias políticas en el momento en que ellas se realizan. Desde el punto de vista de la bondad técnica o instrumental puede perfectamente afirmarse que el fin justifica los medios y, más aún, que la habilidad profesional de un político puede consistir en despistar al adversario acerca de la calidad técnica de los actos que realiza. Esto es propio, por otra parte, de muchas actividades competitivas.

Si bien es cierto que existen discrepancias acerca de cuál es la forma más adecuada de encarar el problema de la distribución de cargas y beneficios en una sociedad y que, en este sentido, la profesión del político puede presentar características diferentes según el tipo de institución a la que esté vinculada, parece en general haber acuerdo acerca de algunas de las circunstancias o condiciones en las que se realiza la acción política. Como de aquí se ha inferido la necesidad de una moral especial para el político o hasta la negación de la vigencia de los principios morales en la política, conviene mencionarlas para volver sobre ellas en las siguientes secciones. Son, por lo menos, éstas:

- a) Por razones profesionales, el político tiene que manejarse

(5) Georg H. von WRIGHT, *The Varieties of Goodness*, Londres, 1963, página 19 (subrayados de von Wright).

con la violencia institucional o estructurada o, si se prefiere la expresión, con el monopolio de la violencia;

b) Los actos del político están caracterizados por una cierta despersonalización, consecuencia de las numerosas instancias que intervienen en la adopción de decisiones en sistemas políticos complejos como los actuales. Por ello, en caso de éxito, el político dirigente suele realizar una especie de concentración de responsabilidades en su persona y en caso de fracaso procura diluirla en instancias inferiores.

c) Como el ámbito de la acción política es el del conflicto de intereses y su solución, el político se ve obligado a sacrificar intereses individuales en aras de otros intereses individuales y/o sociales.

d) Estas situaciones de conflicto suelen estar caracterizadas por dos notas esenciales: i) las consecuencias de su resolución afectan a un gran número de personas, y ii) el grado de violencia o amenaza de violencia presente en estos casos puede ser, a su vez, motivo de nuevos conflictos.

e) Si bien es cierto que el político puede y hasta debe tener un modelo de las relaciones sociales que aspira lograr o conservar, verdad es también que su ámbito de acción es la realidad y que tiene que tomar a los hombres tal como son y no como deberían ser. Esto significa que a la definición de la profesión del político subyace también una cierta antropología de la cual, en conjunción con los fines que se considera deben ser alcanzados, es posible derivar exigencias profesionales de la actividad política.

f) El mantenimiento en el poder es uno de los criterios más adecuados, si no el más adecuado, para medir la excelencia técnica del político.

Un nivel muy diferente es el de lo bueno moral o ético. Aquí nos movemos en el ámbito de las razones últimas de justificación de las acciones (6). Si en el caso de lo bueno técnico el resultado obtenido era decisivo para juzgar acerca de la calidad de la acción en cuestión, aquí no sólo es relevante el resultado sino la intención con la que se actúa. Si en el plano de lo bueno técnico pueden aducirse buenos argumentos para afirmar que el fin justifica los medios, en el plano de lo ético una frase de este tipo difícilmente podría ser aceptada como candidato a regla de comportamiento. Y si a nivel técnico parece haber consenso acerca de la posibilidad de formular juicios objetivos sobre la calidad de las acciones, la aceptación de los valores de verdad o falsedad de los juicios éticos suele ser puesta en duda aún por aquéllos que admiten una fundamentación racional de las normas éticas (7).

(6) Cfr. Carlos S. Nino, «El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica», en Eugenio Bulygin y otros (comps.). *El lenguaje del derecho*, Buenos Aires, 1982.

(7) Cfr. Norbert HOERSTER, «Rechtsethik ohne Metaphysik», en *Juristenzeitung*, año 37, núm. 8, págs. 265-272.

Precisamente porque lo bueno ético se encuentra en un nivel diferente del de lo bueno técnico, tiene sentido preguntarse acerca de la calidad moral de acciones técnicamente correctas y no es contradictorio afirmar que éstas pueden ser moralmente incorrectas. Por ello es que Maquiavelo podía pretender enseñar a no ser bueno (éticamente) para ser bueno (políticamente) y es posible responder sin perderse en paradojas la pregunta ambiguamente formulada por Michael Walzer: «¿Cómo puede uno ensuciarse las manos haciendo lo que se debe?» (8); tampoco en el diálogo sartriano habría contradicción alguna si se admite que Hugo se refiere a lo bueno ético y Hoedereder a lo bueno técnico.

Si se acepta esta distinción, no parece plausible recurrir al éxito técnico como criterio para la justificación o excusa ética de las acciones políticas.

Pero es probable, sin embargo, que no pocos se negaran a aceptar esta conclusión aduciendo que el resultado exitoso de una política, por más lamentables que hayan podido ser sus medios, es beneficioso para una determinada sociedad, es decir, ha aumentado el quantum de felicidad de la comunidad y, por lo tanto, es éticamente correcta. De la suma y resta de beneficios y sacrificios, el saldo es positivo y ello es razón suficiente para calificar el comportamiento político no sólo como técnicamente correcto, sino también como éticamente encomiable. La distinción propuesta, aduciría esta argumentación, no toma en cuenta las diferencias que existen entre el ámbito privado y el público y, con desconocimiento total de la realidad de lo político, afirma ingenuamente que es posible aplicar sin más los criterios de una única moral a campos totalmente distintos. Si se quiere hablar de valoración ética del comportamiento del político concluiría esta posición, es necesario establecer ante todo una distinción bien clara entre la moral privada y la moral pública. No hacerlo sería desconocer que, al igual que en toda profesión, el político está sometido a normas éticas especiales en virtud de las funciones que realiza, de la responsabilidad que ha asumido y hasta de autorizaciones propias de su actividad profesional.

Esta objeción nos lleva a considerar la segunda de las perspectivas señaladas al comienzo, es decir, la posibilidad de distinguir entre una moral privada y otra pública.

II

Por lo pronto, en una posición extrema, podría sostenerse que por lo que respecta a la justificación de las acciones, el ámbito de la política es autónomo y son sus propias reglas las que proporcionan las razones para actuar, al igual que lo sucede en cualquier sistema normativo. Pretender aplicar a la política normas

(8) Cfr. op. cit., en nota 1, pág. 164.

morales que rigen en las relaciones privadas entre los hombres es tan contrario a la naturaleza misma de la actividad política, que conduce fatalmente a su fracaso. En efecto, el político tiene que atenerse a la realidad humana tal como es y no a las «imágenes de su fantasía»: Los hombres son esencialmente egoístas, con una marcada orientación al más, no están nunca satisfechos con lo que poseen, son desconfiados y no medidos en sus aspiraciones de felicidad ya que la naturaleza humana «desea todo y quiere tenerlo todo, pero el destino nos puede brindar sólo poco». Como la gente es corrupta, el político que desee agradarle tiene que adecuarse a ella: «un comportamiento de acuerdo con principios morales es sólo perjudicial» ya que en la política algunas cosas que son consideradas como «virtudes conducen al desastre y algunas que son consideradas como vicios, a la seguridad y al bienestar». Las reglas de la política imponen como único criterio de evaluación positiva el «éxito final» (9).

Esta posición se apoya en una serie de argumentos de distinto tipo cuyo análisis hace difícil su aceptación. Por lo pronto, si lo que se quiere decir es que el ámbito de la política escapa a toda valoración moral, ello significaría admitir que hay un enorme campo de acciones voluntarias con respecto a las cuales no tendría sentido predicar su calidad moral. Una restricción de este tipo contradice abiertamente las más elementales experiencias cotidianas ya que no es un sin sentido afirmar que la acción A es una acción política y preguntarse si está justificada moralmente. Más plausible en cambio parece ser la afirmación de que existen campos autónomos de justificación de las acciones es decir, que los distintos sistemas normativos proporcionan razones suficientes y últimas para las acciones. La política se regiría por normas y reglas de juego que otorgan la debida justificación autorizando la realización u omisión de ciertos actos. En la jurisprudencia esta posición suele ser llamada «positivismo ideológico». Examinada más de cerca se nota que la invocación de las normas llamadas «profesionales» o de los distintos sistemas normativos no puede proporcionar la justificación de estas normas o sistemas. La descripción de las normas supremas de un sistema normativo no basta para justificar moralmente las acciones que se realizan de acuerdo con ellas. El que un político considere que por razones políticas se debe hacer A y ordene A no puede ser aducido como justificación de que debe hacerse A. Se trata aquí de hechos (la creencia del político y su decisión de ordenar A) que no pueden servir de premisas justificativas en un razonamiento práctico. Avanzar por

(9) El argumento aquí presentado se basa en pasajes de *El Príncipe* y de los *Discursos de Maquiavelo* (cfr. *Der Fürst*, págs. 64 y 81 y *Discorsi*, Stuttgart, 1977, pg. 163). El haber recurrido a estas citas por razones de argumentación no significa sostener que Maquiavelo pensara que no era posible emitir juicios morales sobre las acciones políticas. Precisamente porque las aplicaba podía indicar al político las violaciones de la moral que tendría que llevar a cabo para tener éxito en su profesión.

esta vía nos conduce fatalmente a caer bajo la «guillotina de Hume» al haber confundido el plano del ser con el del deber ser (10). Y queda además pendiente la cuestión de la justificación moral de las normas o reglas en cuyo cumplimiento el político pretende actuar. En efecto, aún suponiendo que el político tenga la competencia suficiente para adoptar las medidas que juzga convenientes por exitosas, habrá que admitir que este otorgamiento de competencia es ya el resultado de un juicio de naturaleza moral. En este sentido, si se quiere hablar de «justificación política» ello tiene que ser entendido como una especie de la justificación moral.

Quien comenzó sosteniendo la posición radical aquí criticada podría ahora aceptar estas objeciones y afirmar que es verdad que la justificación política es una especie de la justificación moral, pero que lo que la distingue y especifica es que aquí se utiliza como criterio el éxito final de la acción. Si lo que quiere decir con esto es la obtención de los resultados queridos por el político (o por los gobernados) nos volvemos a encontrar en el caso anterior, es decir, la derivación de un valor moral a partir de un hecho (lo deseado); si lo que se quiere decir, en cambio es que lo bueno técnico (el éxito profesionalmente alcanzado) es equivalente a lo bueno ético y que ambas son propiedades interdefinibles o sustituibles la una por la otra, se habrá de caer bajo una variante de la «guillotina de Hume», es decir, lo que George Moore llamara «falacia naturalista» (11).

Ante estas dificultades, podría intentarse una nueva vía aceptando la posibilidad de la evaluación ética de las acciones políticas, pero insistiendo en que cuando se habla de la moral aplicable a ellas debe tratarse de una moral especial, que no es la misma que rige en la vida privada. En efecto, hay que distinguir, se dirá, entre las llamadas morales profesionales y la moral ordinaria. Aquéllas son morales adquiridas, es decir, los deberes que impone son el resultado de alguna acción que el agente mismo ha realizado creando la obligación de someterse a ellos (una promesa, un contrato, la aceptación de una designación, por ejemplo). Para este tipo de moral no vale el argumento deontológico, sino que lo que sucede más bien es que una vez reconocido el valor de una cierta institución y las condiciones necesarias para su mantenimiento pueden estar impuestos apartamientos de la moral ordinaria o no adquirida para preservar precisamente la institución en cuestión. Mientras la moral ordinaria responde a las características básicas de todo ser humano, la moral profesional deriva de las notas específicas de papeles sociales determinados y permite la realiza-

(10) Con respecto a la problemática de la derivación del deber ser a partir del ser, cfr. Ernesto GARZÓN VALDÉS, *Derecho y naturaleza de las cosas*, Córdoba (R. A.), 1970.

(11) Cfr. W. K. FRANKENA, «Der naturalistische Fehlschluss», en *Seminar: Sprache und Ethik-Zur Entwicklung der Metaethik*, editado por Günter Grewendorf y Georg Meggle, Frankfurt, 1974, págs. 83-98.

ción de actos que desde el punto de vista de la moral ordinaria estarían prohibidos. Usando una fórmula de Benjamin Freedman: «...la moral profesional nos impone realizar actos (o abster-nernos de ellos) cuya omisión (o realización) sería inmoral salvo por el hecho de la identidad profesional del actor» (12). Y lo que es más decisivo aún: si en el caso de una promesa su cumpli-miento puede traer aparejados conflictos con la moral ordinaria (basta pensar en el clásico ejemplo de la promesa de devolver el arma prestada cuando se sabe que el prestador habrá de utilizarla para cometer un crimen), en el caso del ejercicio de una profe-sión quien la practica se obliga desde el primer momento a apar-tarse de la jerarquía de valores que rige en la moral ordina-ria (13). La obligación del secreto profesional del médico, de la obediencia de las órdenes militares ilustran esta situación.

Y así, la ética que rige en la política, entendida como actividad profesional, no es una ética absolutista, propia de santos o faki-res (14), como la que puede exigirse en el ámbito privado. Los principios de la moral privada, se aduce, son incondicionados e inaplicables al ámbito de la política en donde la razón de Estado puede obligar a recurrir a medios violentos inaceptables desde el punto de vista de lo que Max Weber llamaba la «ética de la convicción». El ejercicio del poder público impone una notoria despersonalización que libera precisamente de las limitaciones éticas propias de las relaciones privadas entre los hombres; más aún, como estamos aquí en presencia de una moral profesional, en algunos casos, los deberes éticos de la vida pública son contradic-torios con los que rigen en el ámbito privado; basta pensar en el principio de lealtad a los amigos y en el deber de imparcialidad que exige la vida pública. Por ello, pretender aplicar a la vida pública los principios de la moral privada puede hasta significar la frustración de la misión encomendada al gobernante o al político en general. Las acciones públicas tienen que ser juzgadas desde una perspectiva diferente a la de las acciones del ámbito privado; dicho con una expresión también de Max Weber, la moral que impera en el plano de lo político es una «ética de la responsabi-lidad», clara e insuperablemente separada de la «ética de la con-vicción»:

(12) Cfr. Benjamín FREEDMAN, «What Really Makes Professional Morality Different: Response to Martin», en *Ethics*, Vol. 91, núm. 4 (1981), págs. 626-630, aquí 627.

(13) Cfr. Benjamín FREEDMAN, «A Meta-Ethics for Professional Morality», en *Ethics*, Vol. 89, núm. 1 (1978), págs. 1-19.

(14) Cfr., por ejemplo, Max WEBER, *op. cit.*, en nota 3: «El imperativo ético... Una ética de la indignidad —a menos que sea un santo—. Esto es: hay que ser un santo *en todo*, al menos querer serlo, hay que vivir como Jesús, como los apóstoles, como San Francisco, *entonces* tiene sentido esta ética y es expresión de una dignidad. *En caso contrario no*» (pág. 550). «La pureté, c'est une idée de fakir et de moine» (Sartre, *op. cit.*, en nota 4, pá-gina 193).

«No es posible colocar bajo un mismo techo a la ética de la convicción y a la ética de la responsabilidad o decretar éticamente cuál fin ha de justificar *cuál* medio, si se hace a este principio alguna concesión» (15).

A esta argumentación subyace la razón de Estado y la importancia del resultado como criterio de evaluación y justificación. Para ella valen pues las mismas objeciones presentadas más arriba con respecto al positivismo ideológico y a la identificación de lo bueno técnico con lo bueno ético.

Pero lo peculiar de esta posición es la creencia de que los principios éticos en el ámbito privado son incondicionados y que el sistema de la moral profesional impone necesariamente desviaciones de la moral privada. Pero esta concepción no parece ser adecuada para dar cuenta de la forma cómo los principios de la moral privada rigen la conducta de los hombres. No significa renunciar al principio de veracidad afirmar: «No se debe mentir, a menos que sea para salvar una vida inocente». Este principio es tan universal como el que prescribe «No se debe mentir», pues se aplica a todas las personas que se encuentren en aquella situación. Lo que sí puede decirse en cambio es que es menos simple ya que contiene una condición más (16). Si lo que se quiere decir cuando se afirma que existen dos morales, una privada y otra pública, es que aquélla suele ser más simple que esta última no habría mayor inconveniente en aceptar esta afirmación con el agregado de la cautelosa advertencia: ¡depende! Pero, en todo caso, esto significa renunciar a una visión tajante entre moral pública y privada.

El argumento de que la moral profesional impone desviaciones de la moral ordinaria tropieza con serias dificultades que valen para las llamadas «morales adquiridas». En efecto, si se admite que el contrato o la promesa es el origen de la moral adquirida, este contrato o promesa no puede servir de justificación de los hábitos profesionales, sino que la única obligación que crea es la de cumplir lo acordado o prometido y ello en virtud de un principio de la moral ordinaria, que establece que las promesas y los contratos deben ser cumplidos bajo la condición de que el contenido de los mismos no esté prohibido por las reglas morales. En este sentido, no es fácil comprender cuál puede ser la justificación moral de una promesa o contrato que necesariamente impone desviaciones de la llamada moral ordinaria o no adquirida (17). Cuando se analizan más de cerca los llamados deberes profesionales, tales como la obligación de guardar secreto en el caso del médico o de obedecer órdenes militares, se nota que en

(15) Cfr. Max WEBER, *op. cit.*, pág. 553.

(16) Cfr. R. M. HARE «Reasons of State», en, del mismo autor, *Applications of moral philosophy*, Londres, 1972, págs. 9-23.

(17) Cfr. Mike W. MARTÍN, «Rights and the Meta-Ethics of Professional Morality», en *Ethics*, Vol. 91, núm. 4 (1981), págs. 619-625.

realidad no se trata del apartamiento de la moral ordinaria sino que el fundamento de estas obligaciones puede ser explicado también deontológicamente recurriendo a los principios de la moral ordinaria. Así, por ejemplo, el derecho de la persona a su intimidad y el deber de respetarla permiten justificar moralmente el secreto profesional del médico: «La obligación de guardar el secreto es una obligación con respecto a un determinado paciente... más que una obligación general con respecto a la sociedad en general o con respecto a futuros pacientes» (18).

El problema de hasta qué punto la obligación profesional del militar de obedecer órdenes superiores puede justificar apartamientos de las prescripciones de la moral ordinaria adquirió sin duda enorme actualidad y repercusión pública a raíz de los procesos de Nuremberg y de los crímenes de guerra de Vietnam. Sin embargo, es un tema tan viejo como el de la problemática de la guerra justa y a lo largo de la historia de estos tres últimos siglos hay numerosos ejemplos que ponen de manifiesto que tal no es el caso, desde el proceso al comandante de la guardia encargada de la ejecución de Carlos I de Inglaterra en el que el tribunal estableció que «cuando la orden es una traición, la obediencia a la misma también lo es», hasta el artículo 47 del Código Penal Militar Alemán de 1872 que establecía: «Si la ejecución de una orden dada, realizada en cumplimiento del deber, viola un estatuto del Código Penal, el superior que da esta orden es el único responsable. Sin embargo, el subordinado que obedece esta orden puede ser castigado como cómplice si... sabía que esta orden implicaba un acto cuya ejecución constituía un crimen o un delito civil o militar.» Y, por más paradójico que ello sea, en mayo de 1944 Joseph Goebbels afirmaba: «No existe ninguna ley del derecho internacional que establezca que un soldado que ha cometido un crimen pueda escapar al castigo alegando en su defensa que obedecía órdenes de sus superiores. Esto vale especialmente cuando esas órdenes son contrarias a toda ética humana y opuestas a los usos establecidos de la guerra» (19). La moral adquirida o profesional no libera, tampoco en el caso del militar de la obligación con respecto a las prescripciones de la moral ordinaria y no parece plausible adoptar la posición del soldado en el Enrique V de Shakespeare cuando al referirse a la posibilidad de que la causa del rey fuera equivocada decía «nuestra obediencia al rey borra de nosotros su crimen». La capacidad técnica o la autorización profesional no constituyen de por sí elementos que eximan de la responsabilidad moral de los actos que realiza el profesional y sostener lo contrario implica o bien cometer la falacia naturalista (equiparando la excelencia técnica con la calidad moral) o bien tener que

(18) *Ibidem*, pág. 623.

(19) Telford TAYLOR, «Superior Orders and Reprisals», en Malham M. WAKIN (comp.), *War, Morality and Military Profession*, Boulder (Colorado), 1979, págs. 431-442.

aceptar el positivismo ideológico (al admitir que la autorización institucional otorga privilegios que permiten entrar en contradicción impunemente con la moral ordinaria).

En el caso del político, sobre cuya ética normativa habré de volver en la siguiente sección, cabe señalar por ahora que las referencias de Max Weber a Francisco de Asís y de los personajes de Sartre a ideales de pureza propios de «fakires o de santos» subrayan una concepción de la moral privada que tiende a incluir a los individuos que la practican en la clase de los santos y de los héroes. En un trabajo ya clásico, J. O. Urmson (20) ha señalado que desde el punto de vista de la moral no sólo existen tres tipos de acciones: las ordenadas, las indiferentes y las prohibidas, sino también aquéllas cuya realización permite calificar al actor de santo o de héroe. En la versión de la moral privada presentada bajo el nombre de «ética de la convicción», los individuos que podrían practicarla parecen ser más bien candidatos a ingresar en la categoría de los santos o los héroes de Urmson. Se borra de esta manera la distinción entre los actos moralmente debidos y los supererogatorios, lo que puede traer como consecuencia que las normas de la moral, por exigir demasiado, se vuelvan ineficaces como guía de conducta. Y esto vale tanto para el ámbito público como para el privado (21). Si se admite la distinción de Urmson ya no parece tan imposible colocar bajo un mismo techo a la «ética de la convicción» y a la «ética de la responsabilidad» como creía Max Weber.

Otra forma más benigna de establecer la distinción entre la moral privada y la pública es sostener que en esta última de lo que se trata es no sólo de justificar acciones, sino también instituciones o praxis entendidas como «reglas dentro de las cuales caen las acciones individualmente consideradas» (22), y precisamente estos diferentes tipos de justificación requieren la aplicación de principios también distintos o, al menos, colocar en un caso el acento más en los resultados de la acción que en lo que se hace.

No hay duda que en algunos casos el marco institucional absorbe una parte, al menos, de la responsabilidad individual de quien realiza acciones previstas por la respectiva institución. Pero en el fondo sigue en pie la cuestión de la justificación de su comportamiento so pena de volver a caer en el problema del positivismo ideológico. Además, la capacidad de absorción de la responsabilidad moral por parte de la institución es inversamente propor-

(20) Cfr. J. O. Urmson, «Saint and Heroes», en A. I. MELDEN (comp.), *Essays in Moral Philosophy*, University of Washington Press, 1958, págs. 198-216.

(21) Cfr. L. Jonathan COHEN, «Who is starving whom?», en *Theoria*, Vol. XLVII (1981), Part. 2, págs. 65-81.

(22) Cfr. John RAWLS, «Two Concepts of Rules», en *Philosophical Review*, Vol. 64 (1955), págs. 3-32.

cional a la autoridad de que se dispone dentro de la misma (23). En el caso de los funcionarios subalternos, la obediencia a las órdenes de los superiores no excluye la responsabilidad moral del ordenado, a menos que se quiera cometer la falacia de inferir del hecho de que algo sea ordenado, la obligación moral de realizarlo. Tampoco en los casos en los que el político actúa como representante delegado de grupos o de un partido político, queda liberado de la responsabilidad de adoptar decisiones moralmente justificables. En caso contrario, quedaría transformado en simple medio ejecutor de la voluntad de los votantes, con graves peligros para su autonomía ética como así también para la institución del parlamento. Aquí parece tener razón Edmund Burke en sus críticas a las posiciones extremas de la delegación, tal como la sustentada por James Mill, cuando se preguntaba: «¿Qué tipo de razón es aquella en la cual la decisión precede la discusión, en la cual un grupo de hombres delibera y otro decide?» (24). Precisamente porque la responsabilidad moral del político no se agota en la mera resolución procesal de los conflictos, la institución no puede absorberla totalmente.

Además, cuando se trata de la justificación moral de las instituciones, si se acepta que la moral es, como se señalara más arriba, el ámbito de las justificaciones últimas de las acciones, los principios a los que se recurra para la justificación de las instituciones no pueden contradecir los que rigen para las acciones individuales de los hombres; admitir que hay una moral M para las instituciones, diferente de una moral M' que rige las acciones individuales, nos conduce necesariamente a tener que recurrir a una moral M'' superior a ambas que nos permita decidir en caso de conflicto y adoptar una línea de acción justificada moralmente. Pero en este caso no estamos ya frente a dos morales diferentes sino que tenemos un mismo sistema moral que impone ciertas obligaciones a una clase de personas y otras a otras en virtud de las distintas funciones sociales que desempeñan o de su posición en la sociedad, de la misma manera que puede decirse que los padres tienen obligaciones diferentes de las de los hijos o los solteros de los casados, sin que por ello hablemos de sistemas morales diferentes. Y si se quiere volver a insistir en el carácter absoluto de las prescripciones morales del ámbito privado habrá que recordar el peligro de confundir mandatos ilimitados con mandatos *prima-facie* incondicionados, peligro que se da tanto en el ámbito público como en el privado: «Si en una situación el cumplimiento de un mandato ético tiene consecuencias morales malas,

(23) Cfr. Thomas NAGEL, «Ruthlessness in Public Life», en *Public and Private Morality*, editado por Stuart Hampshire, Cambridge, 1978, págs. 75-92, pág. 91.

(24) Citado según Peter A. FRENCH, «Burking a Mill», en Norman E. BOWIE (comp.), *Ethical Issues in Government*, Filadelfia, 1981, págs. 7-22, aquí pág. 12.

éste es un criterio seguro para inferir que no rige en esa situación» (25).

Un concepto que suele introducir también ciertas perplejidades en la relación entre moral y política es el de «legitimación» precisamente por la carga emotiva que el mismo tiene. Decir que una institución es legítima puede significar, por lo menos, dos cosas: i) que las personas que tienen el poder suficiente para imponer una determinada institución se adhieren a ella, la aceptan desde lo que H. L. Hart llama el «punto de vista interno». Este es el uso que tiene la palabra «legitimidad» en por ejemplo, Max Weber o Niklas Luhmann cuando se refieren a la «fe en la legitimidad» (26) o a las «convicciones fácticamente difundidas acerca de la validez del derecho» (27) respectivamente. Por ello puede Max Weber con razón hablar de los tres tipos ideales de dominación legítima sin que ello implique ninguna toma de posición valorativa. Este concepto de legitimidad está muy estrechamente vinculado con el de estabilidad de los sistemas políticos y por ello no es improbable que a partir de esta característica técnica del sistema se pase insensiblemente a la segunda acepción de legitimidad, es decir, ii) entenderla desde el punto de vista moral y en este sentido, si se «quiere justificar el principio de la razón de Estado habrá que aceptar el valor moral del Estado» (28) lo que en última instancia nos remite nuevamente a la concepción que se tenga del valor de los individuos a él sometidos, con lo que vuelve a borrarse la distinción tajante entre moral pública y privada.

Por último, y tal como lo ha señalado lúcidamente Franz von Kutschera, no hay tampoco que olvidar que cuando se habla de conflictos entre la moral pública y la privada no pocas veces se trata de conflictos entre exigencias morales e intereses no morales (por ejemplo, la ocupación de un país vecino para aumentar el prestigio nacional, o la manipulación de la opinión pública para ganar unas elecciones, o la implantación de una ley que limita los derechos individuales o sociales para crear un mejor clima de inversiones extranjeras y asegurar así también las ventajas económicas de una élite, etc.) (29).

Llegados a este punto, y en vista de las dificultades que existen para establecer una distinción tajante entre moralidad pública y privada, parece conveniente pasar al tercero de los puntos que nos habíamos propuesto, es decir, el de una ética normativa que pueda ser aceptada racionalmente y que tome en cuenta las circunstancias de lo político sin que ello signifique suponer la existencia de una ética especial para este campo.

(25) Cfr. Franz von KUTSCHERA, *Grundlagen der Ethik*, Berlín-Nueva York, 1982, pág. 337.

(26) Cfr. Max WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tubinga, 1976, páginas 122-123.

(27) Cfr. Niklas LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, 1969, página 27.

(28) Cfr. Franz von KUTSCHERA, op. cit., pág. 338.

(29) Cfr. Franz von KUTSCHERA, op. cit., pág. 37.

III

Por lo pronto una observación previa. Cuando en lo que siga se haga referencia a una ética racionalmente aceptable, por racionalidad habrá de entenderse la posibilidad de formular algunos principios que puedan ser aceptados como justificación final, es decir, desde el punto de vista moral, por cualquier individuo imparcial y racional. Estos principios no habrán de diferir sustancialmente de los que rigen también para las relaciones interpersonales en el ámbito de la llamada vida privada a fin de no caer en las dificultades señaladas en la sección anterior. Pero como lo que nos interesa es referirnos al ámbito de la política, habrá que tomar en cuenta las circunstancias señaladas en la sección I por cuanto éstas son algunas de las condiciones relevantes en las que se realiza la acción política.

Es indiscutible que las acciones del político afectan a un número muchísimo mayor de personas que las de un individuo en el ámbito privado. Ello suele expresarse diciendo que sus acciones afectan a toda la sociedad. Pero desde luego esta afirmación es errónea si con ello se quiere hacer referencia a una entidad supra-individual a la que pudieran aplicarse criterios de adición de beneficios o sustracción de sacrificios de los miembros que la integran para obtener así una resultante de aceptable moralidad. Tanto en el ámbito público como en el privado, los destinatarios de la acción son individuos y el reconocimiento de su individualidad prohíbe tratar a unos como medios para la obtención o mantenimiento de bienes distribuibles (30). No aceptar este principio sería negar la universalidad de las reglas morales, lo que las volvería inaceptables por parte del observador imparcial y racional o, lo que es lo mismo, equivaldría a negarles el carácter de «morales». Esto no significa que en la decisión política algunos intereses no hayan de ser sacrificados en aras de otros. Lo que se exige es que no se sacrifique un bien moral de un individuo en aras de otro bien moral equivalente de otros u otros individuos. Esto impide, por ejemplo, la justificación de la esclavitud, o del apartheid, o de sistemas totalitarios. Y hasta podría sostenerse que no sólo está prohibido este tipo de sacrificios, sino que está ordenado éticamente realizar aquellos actos que, sin implicar la renuncia de un bien moralmente relevante, contribuye a la realización de este bien en un tercero. Peter Singer ha puesto de manifiesto la importancia de este principio, no sólo para las relaciones intraestatales,

(30) Con respecto a la distinción entre bienes distribuibles y no distribuibles y su relación con el tratamiento de las personas como medios, cfr. Arthur FLEMING, «Use a Man as Means», en *Ethics*, Vol. 88 (1978), núm. 4, páginas 283-298.

sino internacionales, por ejemplo, en lo que respecta a la realización de los derechos establecidos en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (31).

Desde luego que la referencia a bienes moralmente equivalentes o a una jerarquía de bienes trae consigo una serie de problemas que es imposible tratar dentro de los límites de este trabajo. Pero tal vez puedan servir de orientación las siguientes reflexiones.

Aceptado que la acción política debe, por razones morales, tomar en cuenta a los individuos como entidades separadas y no como parte sustituibles o intercambiables de un todo social, puede avanzarse un paso más y afirmarse que el respeto a la autonomía moral es un imperativo que rige también para la acción política. Esta autonomía moral significa la posibilidad de orientar las acciones de acuerdo con aquellos principios morales que la persona acepta y de acuerdo con los cuales orienta su plan de vida. En ello consiste precisamente la dignidad del hombre en tanto «ser racional que no obedece ninguna ley como no sea aquella que él mismo se impone también» (32). Y por supuesto que sostener que cada persona tiene derecho a seguir los principios que considera válidos y que las directivas éticas son decisiones de la voluntad legisladora de cada cual no implica que no sea posible limitar moralmente las acciones de los hombres. Por una parte, sus directivas tendrán que satisfacer los criterios de universalidad y aceptabilidad por parte de un observador racional a fin de que puedan ser calificadas de morales y, por otra, de la afirmación de que cada persona es su propio legislador moral no se infiere que no deba estar sujeta a ningún tipo de limitaciones, por la simple razón de que de una frase cognitiva no es posible inferir ningún imperativo (33).

Justamente porque el respeto al plan de vida individual es uno de los imperativos de una ética política, es posible definir la tiranía como lo ha hecho James S. Fischkin:

«Una política elegida por el gobierno es un ejemplo de una simple tiranía cuando esta política impone severas privaciones a pesar de que una política alternativa no habría impuesto severas privaciones a nadie» (34).

Y estas «severas privaciones» son entendidas por Fischkin como privaciones en el plan de vida.

Por supuesto que estos principios, tanto en el ámbito público como en el privado, no son aplicables a los casos de elecciones trá-

(31) Cfr. Peter SINGER, «Famine, Affluence, and Morality», en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 1, núm. 3 (1972), págs. 229-243.

(32) Cfr. Immanuel KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, en *Werke* (editadas por Wilhelm Weischedel), Darmstadt, 1956, tomo IV, pág. 67.

(33) Cfr. Hans REICHENBACH, «Das Wesen der Ethik», en H. R. *Gesammelte Werke*, tomo 1, Braunschweig, 1977, págs. 307-338, especialmente pág. 328.

(34) Cfr. James S. FISCHKIN, *Tyranny and Legitimacy*, John Hopkins, University Press, 1977, pág. 42.

gicas, es decir, cuando cualquiera que sea el curso de acción que se elija, el resultado habrá de ser una lesión de la autonomía de la persona. Esta es la situación que Georg H. von Wright llama «predicament», es decir, aquella en la que no hay ninguna salida deónticamente posible. Pero no hay que olvidar que esta situación, aunque física y lógicamente posible, sólo puede surgir cuando antes se ha realizado una acción deónticamente imposible (35). John Rawls y James S. Fishkin se refieren a esta misma situación cuando consideran la dificultad de aplicar los principios de la justicia o de la no tiranía a situaciones que son, a su vez, el resultado de la injusticia o la tiranía. Y es probable que en la medida en que el político refuerce con sus acciones la situación de injusticia o de tiranía aumente el peligro de caer en el «predicament».

La consideración de los destinatarios de la acción política como individuos autónomos cuyos planes de vida deben ser respetados exige también que en los casos de acciones hostiles o violentas ellos sean tratados como fines en sí mismos. Dicho con otras palabras: la agresión o la violencia deben estar dirigidos a las personas que las provocan y apuntar a lo que hay de agresivo en ellas. La justificación de las acciones tiene que ser tal que se la pueda ofrecer al destinatario mismo de la acción y éste pueda comprenderla y hasta aceptarla. Esto significa poner el acento en la relación interpersonal entre el actor y el destinatario de la acción (36).

Admitir esta posición es, desde luego, avanzar un paso más allá del llamado principio del doble efecto, es decir, la distinción entre la acción intencionada y los resultados secundarios previstos pero no intencionados, para juzgar acerca de la responsabilidad del actor. Dados los problemas vinculados por el conocimiento cabal de la intención del actor (el peligro del círculo vicioso: la intención se conoce por las acciones y éstas se definen por la intención, o el problema que se plantea en el caso del actor que oculta su verdadera intención), esta teoría deja exclusivamente en manos del actor la definición de la acción que realiza y su posible justificación. Es una magnífica vía para transformar en moral o en legal cualquier acción. En la práctica, como lo ha señalado G. E. M. Anscombe, permite calificar como «accidente» cualquier crimen. Tan sólo se trata de dirigir la atención «de una manera adecuada... es decir, hacerte un pequeño discurso a ti mismo: "Lo que yo digo que estoy haciendo es..."» (37).

(35) Cfr. Georg H. von WRIGHT, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, Amsterdam, 1968, págs. 9 y ss.

(36) Cfr. al respecto Thomas Nagel, «War and Massacre», en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 1, núm. 2 (1972), págs. 123-144.

(37) Cfr. G. E. M. ANSCOMBE, «War and Murder», en James RACHELS (comp.), *Moral Problems*, Nueva York, 1971, págs. 287-297, aquí pág. 294. Con respecto a la teoría del doble efecto, cfr., entre otros, Joseph M. BOYLE, Jr., «Toward understanding the principle of Double Effect», en *Ethics*, vol. 90, número 4 (1980,) págs. 527-549.

El argumento de que como el político tiene que manejarse con la violencia necesariamente ha de actuar al margen de lo prescrito por la moral es sólo válido si se admite que **todo** ejercicio de la coacción para obligar determinadas formas de comportamiento, por más que éstas puedan ser moralmente aceptables, es ya un mal en sí mismo, no susceptible de justificación moral: Como la vida en sociedad sin el ejercicio de reglas susceptibles de aplicación coactiva es imposible mientras los hombres sean tal como son, la aceptación del argumento implica no sólo la negación de la posibilidad de la justificación del derecho sino de la vida social en general y del «mínimo propósito de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí» (38). Robert Nozick ha demostrado, en mi opinión correctamente, que aún recurriendo a argumentos que el más convencido anarquista estaría dispuesto a aceptar, es posible justificar moralmente el uso de la coacción para impedir el ejercicio de la autojusticia y la existencia de un «Estado mínimo» (39) y Norbert Hoerster ha expuesto con suficiente claridad la posibilidad de una fundamentación intersubjetiva de una ética jurídica (40). No he de repetir sus argumentos; aquí tan sólo me interesa señalar que el ejercicio de la violencia institucionalizada no significa necesariamente firmar «un pacto con fuerzas diabólicas» como parecía creerlo Max Weber, o que la profesión del político necesariamente tiene que estar al margen de la moral como puede inferirse de la versión del político presentada por Maquiavelo. Pero precisamente porque el ejercicio de la violencia no es nunca un acto gratuito o indiferente son sus casos los que más necesitados están de una justificación moral que no puede agotarse en establecer la concordancia de su uso con las normas vigentes en una sociedad dada. Esta suele ser la posición adoptada por el relativismo ético, que tropieza con serias dificultades lógicas cuando pasa al nivel de una ética normativa y no se agota en los enunciados descriptivos verdaderos de que en diferentes sociedades y épocas rigen o han regido normas éticas diferentes (41).

El hecho de que las acciones políticas, en virtud de su complejidad, puedan requerir para su ejecución la división del trabajo, con la consiguiente dispersión de responsabilidad, puede contribuir por cierto a que cada agente pierda de vista el contexto general de la actividad en la que participa y a que sea difícil identificar al o a los responsables de una determinada acción. Pero esta dificultad empírica no elimina el deber moral de tomar en cuenta a los destinatarios de la acción como agentes autónomos.

Los politólogos suelen tener la tendencia a considerar la esta-

(38) Cfr. H. L. HART, *The concept of Law*, Oxford, 1961, pág. 189.

(39) Cfr. Robert NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, 1974.

(40) Cfr. Norbert HOERSTERI op. cit., en nota 7.

(41) Cfr. Ingemar HEDENIUS. «On Relativism in Ethics», en *Theoria*. Vol. XLVII (1981), Part 3, págs. 122-123.

bilidad de los sistemas políticos como un dato positivo de los mismos y gran parte de la investigación básica en este campo está dedicada al estudio de las condiciones que permiten asegurarla. Esta connotación positiva suele ser también extendida al político que tiene la capacidad suficiente como para mantenerse en el ejercicio del poder. Si en un caso se demuestra con la estabilidad la capacidad de rendimiento y de adaptación del sistema, en el otro, la permanencia en el poder puede ser utilizada como criterio de capacidad profesional. Pero ni en uno ni en otro caso la estabilidad implica una evaluación ética. El punto de vista moral no sólo puede exigir el abandono del poder —aún cuando éste sea «una de las formas más personales de autoexpresión individual y una rica fuente de placer puramente personal», para usar una fórmula de Thomas Nagel (42) y la desestabilización del sistema, aún por vías violentas, puede tener una clara justificación moral (43). Los estudios de Gunnar Myrdal sobre la actitud de los blancos en los Estados Unidos o de Lawrence Kohlberg sobre el desarrollo de los «estadios morales» proporcionan instructivos datos empíricos que testimonian que el conflicto entre el rendimiento de un sistema o institución y los principios aceptables desde el punto de vista moral conduce al rechazo del valor incondicionado de la estabilidad como criterio positivo (44).

Sobre la imposibilidad lógica de derivar normas de conducta a partir de la descripción de la realidad humana, individual o social, no es necesario insistir aquí; que las características antropológicas del hombre constituyen datos que deben ser tenidos en cuenta para la formulación de las normas, so pena de volverlas totalmente ineficaces, es también una verdad trivial. Lo que en cambio suele a veces no ser considerado suficientemente es el hecho de que la evolución social del hombre por una parte, y el cambio de las circunstancias en las que lleva a cabo su vida, tanto desde el punto de vista nacional como internacional, por otra, fijan marcos dinámicos de referencia para la evaluación ética de las instituciones y de la acción política. En una época, por ejemplo, en la que el poder de destrucción bélico ha vuelto imposible la distinción entre combatientes y víctimas inocentes, la guerra conduce fatalmente a situaciones de «predicament», es decir, se ha vuelto deónticamente imposible desde el punto de vista moral; la responsabilidad ética por el hambre en el mundo no puede ser ya asumida con criterios de una moral parroquial «face to face» y el avance tecnológico fija condiciones que agudizan

(42) Cfr. op. cit., en nota 23, pág. 77. Con respecto a esta problemática cfr. también Bernard WILLIAMS, «Politics and Moral Character», en Stuart HAMPSHIRE y otros, *Public and Private Morality*, Cambridge, 1978, págs. 55-73, sobre todo, pg. 57.

(43) Cfr., por ejemplo, Ted HONDERICH, *Violence for Equality*, Nueva York, 1980.

(44) Cfr. al respecto, Peter SINGER, *The Expanding Circle*, Oxford, 1981, pág. 143 y ss.

aún más el problema de la justicia entre las generaciones. Maquiavelo tenía razón cuando afirmaba que el político tiene que tomar a los hombres tal como son y no como deberían ser a la vez que no perder de vista las circunstancias de la acción política. La ciencia actual ha puesto en duda el radical egoísmo humano y aportado buenas razones para sostener la vía de la benevolencia como forma de asegurar la supervivencia individual; por otro lado, si se acepta el principio moral de que intereses iguales deben ser tratados de la misma manera, siguiendo el consejo de Maquiavelo de atenerse a la realidad del mundo, una buena forma de juzgar la calidad ética de las instituciones políticas es también la de comprobar en qué medida y de qué manera afectan los intereses y los planes de vida de los destinatarios. Y es probable que una consideración de este tipo imponga la necesidad moral de instituciones que apunten a un tratamiento más igualitario de los hombres, en la medida en que también sus intereses se van haciendo más iguales en el mundo moderno. Son estos intereses concretos los que dan contenido concreto al deber de respetar el plan de vida de cada cual como expresión de su autonomía. No hacerlo nos lleva por la vía éticamente prohibida de la tiranía y el intentar realizarlo parece ser un imperativo ético que todo político racional y dispuesto a adoptar el punto de vista moral tendría que aceptar. Salvo que se quiera vivir en la poco confortable situación de una permanente disonancia cognitiva, será difícil aceptar así, por una parte la necesidad de respetar la autonomía de la persona y, por otra, aceptar como un hecho moralmente irrelevante la no consideración política de los planes de vida de los ciudadanos. Llevada a sus últimas consecuencias, una posición de este tipo concluiría por negar la función social de la ética para la promoción de la cooperación y la solución de los conflictos en las relaciones interhumanas.

Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del Estado

Por EDUARDO NOVOA MONREAL

Caracas

Desde hace siglos el espíritu humano se viene preguntando si el Estado posee un legítimo derecho de castigar a quienes han infringido importantes normas de convivencia social. Esta pregunta incluye la de determinar el fundamento y los fines de las penas que el poder público impone a los delincuentes.

A distintas etapas históricas han sucedido respuestas que denotaron una particular concepción filosófica de la organización social. Es así como se ha pasado desde un antiguo enfoque de la pena como castigo expiatorio, impuesto por la autoridad que representa a Dios en la tierra, a explicaciones metafísicas que señalaron la necesidad absoluta de la pena, como única manera de restablecer el orden jurídico quebrantado por el delito. Y se terminó en la negación rotunda de un Derecho penal basado en principios absolutos y en la afirmación de que él se justifica tan sólo por la utilidad que las penas o medidas especiales aplicables a los delincuentes puedan traer a la vida social.

Simplificando mucho, hoy es posible oponer las teorías absolutas de la pena, que explican el fundamento de ésta en razones abstractas de negación-de-la-negación del Derecho, a las teorías relativas, que se limitan a buscar en ella fines utilitarios de enmienda o resocialización del delincuente y que la repudian si ellos no se dan en la práctica. Entre ambas se colocan numerosos tratadistas, abundantes entre los de formación jurídica y escasos entre los de formación experimental, que tratan de conciliar los dos extremos por la vía sincrética de sumar fines absolutos y relativos. Para este grupo la pena sería por su naturaleza «retributiva», pero su aplicación permitiría, además, la obtención de resultados de reforma en la persona de delincuente.

Dentro de toda esta discusión puede observarse que, en el fondo, el problema puede ser reducido a la alternativa siguiente: ¿es la pena un castigo o un tratamiento? En el primer caso, la pena tiene un alcance absoluto y recae sobre el delincuente en

razón de que delinquirió (*punitur quia peccatum*); en el segundo, la pena se explica como una medida destinada a evitar nuevos delitos (*punitur ne peccetur*).

Es este tema, tan recorrido pero al mismo tiempo tan arduo, el que se ha llamado muy acertadamente el Alfa y el Omega de todo Derecho penal (1).

Las explicaciones que siguen tienen como propósito sugerir dudas, desde un punto de vista preponderantemente jurídico, acerca de la concepción absoluta de la pena y mostrar cómo ésta, en cuanto envuelve un mal que se aplica al delincuente (mal constituido por la privación o suspensión de algunos derechos humanos fundamentales), difícilmente puede justificarse por el sólo hecho de que ese delincuente haya dañado primeramente a la sociedad.

La denominación de «derecho de castigar» (*ius puniendi*) es ciertamente equívoca, pues en su sentido estricto cubriría únicamente a ciertas antiguas teorías expiatorias. Sin embargo, ella asume también un significado más amplio, que sobrepasa ampliamente a la idea de una mera purificación por el dolor, pues queda referida a toda imposición de un mal al delincuente como reacción social necesaria por haber transgredido el ordenamiento establecido.

Es explicable que observaciones tan resumidas e incompletas como las que aquí podré hacer no cubran debidamente la riqueza del debate sobre la materia. Con todo, pienso que en el momento actual del debate jurídico-criminológico es útil proponer estas reflexiones, porque la cuestión va a continuar presente por mucho tiempo más en las discusiones de las ciencias sociales.

Es difícil traer algo de novedad a un campo en el que todo pareciera haberse dicho ya por voces más autorizadas. Posiblemente el sistema de proponer las objeciones sea lo único en que se exprese algo personal.

Voy a enunciar varias proposiciones que, a mi juicio, contradicen un pretendido derecho de castigar.

1. EL DERECHO DE CASTIGAR NO SE AVIENE CON UN DERECHO DE PURA ORDENACION FORMAL; LUEGO, SU SUSTENTACION DEBE SER BUSCADA Y ENCONTRADA FUERA DEL DERECHO.

Una primera aproximación al problema pasa, en consecuencia, por la respuesta a la pregunta de qué es y para qué sirve el Derecho (2).

(1) Ver ANTONIO BERISTAIN, *Fines de la pena*, en «Rev. General de Legislación y Jurisprudencia», Madrid, nov. de 1961, p 3.

(2) Por mera comodidad escribimos con mayúscula «Derecho» cuando usamos el término con el significado de sistema normativo, reservando la escritura «derecho» para cuando designamos un derecho subjetivo.

Hablo aquí del Derecho en general, como ordenamiento imperativo que establece las instituciones necesarias para el funcionamiento orgánico de la vida social, que rige la conducta y determina las relaciones externas de los hombres que viven en sociedad y que señala las exigencias recíprocas que pueden formularse entre sí los individuos y el cuerpo social. No hablo, específicamente, del Derecho penal en este momento. Pero si el derecho de castigar es ajeno al Derecho en general, con mayor razón lo será de una de sus especies: el Derecho penal.

Ya en Santo Tomás de Aquino, pese a tratarse de un filósofo que postuló la existencia de un Derecho natural, parecieran encontrarse huellas de que el Derecho positivo, a diferencia de la moral, no está al servicio de valores absolutos, sino contingentes. Así podría deducirse de su definición de ley: «ordenación racional para el bien común, dada y promulgada por quien cuida de la comunidad», pues nada hay más relativo que el bien común de una sociedad determinada. Algo semejante se divisa en sus palabras acerca de que basta con que la ley humana prohíba aquellas cosas que destruyen la convivencia de los hombres y que ella no preceptúa sobre todos los actos de todas las virtudes, sino solamente sobre aquellos que están dirigidos al bien común (3).

La filosofía tradicional del Derecho presentó a éste como una normativa destinada a modelar a la sociedad sobre la base de ciertos principios y fines que le eran inmanentes. El Derecho tendría por objetivo introducir en la vida social la justicia, la seguridad o el bien común (4). Correspondería al Derecho, por ende, decidir sobre qué bases y cómo había de cumplirse un ordenamiento social. Esto significaba que el Derecho contenía principios absolutos que debían ser alcanzados e impuestos por medio de sus normas.

Esta doctrina se derrumbó con la teoría pura del Derecho formulada por H. Kelsen. Para este insigne jurista, el Derecho debe ser separado de los elementos que le son extraños, en especial, de la política; con tal fin toma como objeto de la ciencia jurídica al Derecho positivo tal cual es, con sus deficiencias y errores. Este Derecho positivo es autónomo de la moral y a él no le corresponde dar soluciones «justas» a los conflictos, pues la justicia es una idea moral que está más allá de toda experiencia y su contenido varía al infinito. El Derecho funciona como una técnica social destinada a inducir a los hombres a conducirse de determinada manera y como técnica puede ser empleado para cualquier fin social. Se opone Kelsen a todo intento dualista que intente colocar por encima del Derecho positivo otro criterio destinado a resolver el problema de la justicia de las normas.

(3) Ver: *Suma Teológica* de Santo Tomás de Aquino, Ediciones B.A.C., Madrid, 1956, I-II, q.21, a, 3; I-II, q.96, a, 3, y II-II, q.77, a, 1.

(4) Ver: *Los fines del Derecho* (compilado por Daniel Kuri), México, Manuales Universitarios UNAM, 1967.

También se proponen como fines: la paz, la solidaridad y otros.

Empujando más a fondo la elaboración de Kelsen, es posible llegar a concebir al Derecho como un puro instrumento de ordenación destinado a imponer un sistema de organización social elaborado por criterios externos a él.

Por consiguiente, el Derecho no es sino el instrumento de una determinada concepción política. Su papel no va más allá de aportar la solución técnica apropiada para obtener la mayor eficacia práctica de las normas requeridas para imponerla, con el mínimo de esfuerzo de los mecanismos sociales disponibles.

Toca al Derecho formular el conjunto completo, armonioso y eficiente de normas necesario para imponer una determinada concepción política de organización social. Esta concepción, desarrollada de acuerdo a ideas políticas, económicas y sociales aceptadas por quienes ejercen el gobierno efectivo de la sociedad, será comunicada a los juristas para que ellos se encarguen de la elaboración concreta del Derecho positivo correspondiente.

De lo anterior se desprende que los principios verdaderamente jurídicos son apenas formales, pues el contenido que llena a la legislación proviene de la voluntad de quienes disponen del poder y refleja el modo como éstos entienden las conveniencias políticas, económicas y sociales de una sociedad determinada.

El Derecho puede ser tenido, entonces, como un régimen de ordenación de la vida social conforme a un plan previo. La sociedad civil necesita de un orden dado, que determine la condición de cada uno de sus miembros, regule las relaciones entre ellos e imponga un sistema de organización al conjunto: todo esto lo cumple el Derecho, pero no conforme a lineamientos propios, sino como servidor de ideas de organización que le son dadas desde fuera, por quienes tienen el poder social. Tienen razón, pues, los que describen al Derecho en términos cibernéticos, como un modelo de vida social ajustado a un programa. Pero el programa le es impuesto; su tarea consiste en determinar cómo aplicarlo mejor y con más eficacia práctica.

De lo expresado resulta que en el Derecho (y sólo el Derecho positivo puede ser tenido como tal) no existen principios ni valores propios y que todos los que en él aparecen vienen de fuera y corresponden a las ideologías que han logrado imponerse de hecho en la vida social.

Necesariamente ha de fluir de todo esto que un pretendido «derecho de castigar», que permite introducir toda una rama jurídica destinada a sancionar severamente a las conductas injustas que producen mayor perturbación social, no es un concepto nacido del Derecho sino algo que corresponde a ciertas ideologías políticas dominantes.

La idea de un Derecho meramente formal, sin contenido de fondo y puro conjunto de reglas de conducta, empieza a ganar campo dentro del ámbito jurídico. Pensadores poco sospechosos de querer revolucionar el mundo occidental y cristiano le prestan

adhesión. Podría mencionarse entre ellos a Jean Dabin, que enseñó en la vieja Universidad de Lovaina.

En conclusión, un Derecho sin contenidos absolutos y con carácter puramente instrumental, que es el único que me parece científicamente aceptable, no puede fundamentar un derecho de castigar que equivocadamente se presenta como atributo jurídico inherente al Estado o como una categoría jurídica destinada a restablecer el Derecho vulnerado por el delito. Esto conduce a examinar otras fundamentaciones, sean ellas pre o metajurídicas, que para él puedan invocarse.

2. UN DERECHO DE CASTIGAR SOLO TIENE SENTIDO SI SE LE APOYA EN UN PRETENDIDO DERECHO NATURAL.

La idea de derecho de castigar supone la de alguna autoridad —normalmente el Estado— que estaría investida de la atribución de imponer penas a fin de sancionar algunos graves quebrantamientos del orden jurídico.

Sostienen, algunos, que esta atribución provendría de la naturaleza misma de la sociedad humana y del hombre que la constituye y, como tal, correspondería a la voluntad de Dios, creador del hombre y del mundo. Se trataría de una atribución que corresponde a la autoridad por sí misma, por el hecho de existir como tal y como una exigencia ineludible para el cumplimiento de sus fines. Dentro de este pensamiento se rechaza que sea la ley humana la que confiera tal atribución, pues ella sería inherente a toda autoridad y ser reconocida en todo tiempo y lugar en el que llegue a constituirse una sociedad humana, aun cuando falte una ley positiva expresa que la reconozca.

Se encuentra un apoyo a este derecho supra-legal de castigar, reclamado por la naturaleza misma del hombre y de las sociedades que forma, en la Epístola de San Pablo a los Romanos, capítulo XIII, versículos 1-7, donde se dice, entre otras cosas: «no hay autoridad que no venga de Dios y las que existen han sido establecidas por Dios»... «el que se rebela contra la autoridad, se pone en contra del orden establecido por Dios»... «Dios tiene las autoridades a su servicio para juzgar y castigar al que se porta mal»... «el que se porta bien no teme a las autoridades»... «es necesario obedecer: no por miedo, sino en conciencia».

La idea de un Derecho natural, que había declinado mucho en las primeras décadas de este siglo, tuvo un reflorecimiento en ciertos círculos jurídicos después de la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia del rechazo a facultades omnímodas del Estado en el campo legislativo que pudieran permitir un totalitarismo (5). Pero ella está siendo abandonada por gran parte de los sostenedores que le quedaban, especialmente en el ámbito católico.

(5) Es el caso de Gustavo Radbruch, quien rechazó primeramente la existencia de un Derecho Natural, pero que ante los desbordes totalitarios de fines de la década de los 30 reconsideró su posición.

El Pontificado Romano, que antes hacía frecuentes apelaciones a ella, apenas la sigue mencionando, y en el más grande documento religioso-social de los últimos tiempos, la Constitución sobre la Iglesia en el mundo actual (*Gaudium et Spes*), aprobada en el Concilio Vaticano II, ya no se le nombra directamente; apenas se encuentran algunas incidentales referencias que podría pensarse que hacen su recuerdo.

Ha contribuido a este decaimiento de la idea de un Derecho natural el reconocimiento universal de los derechos fundamentales del hombre, derivado de la aprobación de la Carta de Naciones Unidas (1945) y de su sanción por todos los Estados del mundo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). En efecto, tal reconocimiento permite colocar valla teórica adecuada a los excesos legislativos de cualquier gobierno de pretensión totalitaria, sin que sea necesario acudir a un Derecho natural que, en último término, siempre significa la invasión del campo jurídico por exigencias que reconocen su lugar apropiado dentro de la moral. Esos derechos fundamentales del hombre constituyen valores ético-culturales admitidos formalmente en nuestra época por la generalidad de los países del mundo; su eficacia y su valor provienen de allí.

Ahora bien, fundar algo tan trascendente socialmente, como lo sería un hipotético derecho de castigar, en un pensamiento iusnaturalista en franca retirada, accesible solamente a grupos muy reducidos del mundo occidental, dice bastante sobre la debilidad de los argumentos que se usan para justificarlo.

3. LA IDEA DE UN «DERECHO DE CASTIGAR» ES AJENA A LA NOCIÓN SECULARIZADA DEL ESTADO MODERNO.

Que el problema se vincula también al concepto de organización política que se tenga para una sociedad dada, es algo que fluye de lo antes expresado.

De lo que llevo expuesto se desprende que un derecho de castigar encuentra acogida únicamente en Estados organizados conforme a ideas filosófico-políticas ya superadas. Así había ocurrido en el Estado feudal, basado en la noción de cristiandad y de una ley divina que obliga a los hombres también en lo relativo a las formas concretas de organización de la vida social; también había ocurrido en las monarquías de origen divino, en las que el monarca absoluto representaba a Dios y se constituía en el soberano, pues allí el delito expresaba una rebeldía contra el soberano, a la que debía seguir la pena, como una expiación destinada a purificar por medio del dolor infligido a los cuerpos (sin perjuicio de que —según lo anotan otros— se orientara asimismo la ejecución de las penas a una explotación pre-capitalista de la mano de obra) (6).

(6) Ver: JUAN BUSTOS y HERNÁN HORMAZÁBAL, en *Pena y Estado*, «Revista de Sociología», núm. 13, 1980.

El Estado burgués, fruto del Iluminismo, si bien laiciza las estructuras sociales y empieza a poner en entredicho la idea de pena expiatoria, termina, tras muchas búsquedas, en soluciones teóricas que reflatan la añeja idea del «derecho de castigar». Porque paralela a la concepción de la pena como medio práctico para evitar los delitos, principalmente por medio del mecanismo de la prevención especial, después, que allí se desarrolla elabora también la teoría de la pena como retribución jurídica, con la cual se asigna a la sanción penal un sentido también absoluto. La pena deja de ser expiación del pecado, pues la moral aparece ya nítidamente diferenciada del Derecho, pero por influencia de la filosofía kantiana se tiende a ver en aquélla una necesidad jurídica, reparadora del hecho delictuoso y derivada de la directa vinculación entre los conceptos de infracción y merecimiento de pena.

Es importante dejar constancia que hasta hoy la mayor parte de los ius-penalistas tiende a aceptar la teoría de la retribución, concibiendo a la pena como necesario contrapeso de la acción antijurídica; ella sería la afirmación de la juridicidad destinada a restablecer la violación de la norma jurídica. Esta pena retributiva, originada en un pensamiento metafísico, importa, por su misma naturaleza, un propósito de justicia absoluta que opera mediante la inflicción de un mal al delincuente.

En el Estado burgués las nociones de libertad individual y de autonomía de la voluntad del hombre, al enlazarse con la ley como expresión de la voluntad general, dotada del consiguiente señorío social, favorecen los nexos entre responsabilidad jurídica y responsabilidad moral a las que más adelante nos referiremos. Pero también facilita la aparición de la tesis sobre la pena como coacción psicológica, que va a permitir explicar el fin de prevención general del delito.

Es cierto que el alto desarrollo de las ciencias y de la tecnología ha llevado, dentro del mundo capitalista avanzado, a nuevos derroteros en la materia, especialmente en los países del sistema anglo-sajón, menos preocupados de las teorías puramente racionales y abstractas. Ellos se manifiestan, principalmente, en soluciones pragmáticas que procuran la eliminación (o, para ser más prudentes, la reducción) social de los delitos.

La criminología actual ha recogido estas ideas, las cuales se han dirigido a la aplicación de «tratamientos» a los delincuentes con el fin de lograr su «resocialización», conceptos ambos enteramente antagónicos a un castigo y a un derecho de castigar. Pero estas tendencias, que han alcanzado enorme desarrollo en los últimos sesenta años, empiezan a ser sometidas en tiempos recientes a las duras críticas de una criminología radical, la cual brota de ambientes más en contacto con las crudas realidades sociales que se ocultan tras la prosperidad de las capas superiores de los países desarrollados.

Coincido con dichas críticas y por ello pienso que lo primero es revisar cómo y por qué se aplican sanciones penales en el mundo actual, para luego poner de manifiesto que la legislación que se ocupa de la prevención y represión de los llamados «delitos», cumple una función encubridora de la grave desorganización social existente, protectora de los intereses particulares de los grupos dominantes y preservadora de un régimen social inicuo. Bajo estas premisas, resulta obvio que debo oponerme a un «derecho de castigar» asignado al propio Estado que promueve tanto desorden y cuyas injusticias suscitan buena parte de los hechos clasificados como delictuosos por su legislación.

Pero tampoco en un nuevo régimen político más sano sería deseable ese derecho de castigar. Porque en una vida social basada en la dignidad, en la igualdad y en el pleno desarrollo de todos los hombres, promovida y lograda en un ambiente de solidaridad entre ellos y de participación de todos en las actividades sociales, no puede admitirse que algunos individuos se coloquen por encima de los demás, los enjuicien y dicten condenas en su contra. Basta con que se adopten medidas prácticas destinadas a obtener de todos el acatamiento de las normas de bien colectivo y con que, en los pocos casos en los que se produzcan violaciones de ellas gravemente perturbadoras, la sociedad reaccione ante su autor con espíritu de comprensión, generosidad y hermandad, en forma de reconducirle a una inserción social conscientemente aceptada. Y en los casos extremos, en que tales reacciones no tengan resultado, el cuerpo social podría acudir a otra clase de medidas que impidan de hecho que el díscolo perturbe a los demás, buscando siempre el menor detrimento de los derechos de éste.

4. LA IDEA DE «DERECHO DE CASTIGAR» CORRESPONDE A UN DERECHO PENAL CONCEBIDO ETICAMENTE O, CUANDO MENOS, CON FUERTES APROXIMACIONES A LA ETICA; ELLA NO ES COMPATIBLE CON EL DERECHO PENAL CIENTIFICO.

Un castigo o, para hilar más delgado, una pena retributiva, sólo pueden ser impuestos previa la comprobación de una responsabilidad moral del sujeto imputado. Así fluye del fundamento mismo del concepto absoluto de pena. Pues bien, esto trae un nuevo obstáculo a la aceptación de un pretendido derecho de castigar, porque el Derecho penal debe ser diferenciado de la moral.

Desde hace siglos el pensamiento humano se esfuerza por separar y delimitar dos disciplinas: moral y Derecho. En testimonio de ello pueden recordarse los nombres de Pufendorf, Thomasius, Kant y Fichte (7).

(7) Ver mis estudios: *¿Qué queda del Derecho Natural?*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1967, cap. XVIII, y *El Derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo XXI Editores, México D. F., 5.ª edición, 1981, pp. 72-77.

Esta empresa presenta particulares dificultades de origen histórico y epistemológico en relación con el Derecho penal. Afirmaciones como la de Jellinek, acerca de que el Derecho es el mínimo ético y la de Manzini sobre que el Derecho penal se presenta frente a los otros ordenamientos como el mínimo de cantidad ética indispensable para mantener las condiciones necesarias para una determinada organización social, amenazan perturbar y de hecho perturban el criterio de muchos penalistas.

El gran desarrollo operado en torno de las ideas de pecado, juicio y castigo durante la Edad Media, recogido dentro del Derecho Canónico bajo la forma de responsabilidad moral, y también el renacer del Derecho Romano, hicieron llegar a los juristas y, en especial, a los iuspenalistas, una noción ética de responsabilidad. No se percataron éstos que esta clase de responsabilidad no es apropiada para resolver los problemas de convivencia y de organización social que competen al Derecho. Pues ya Santo Tomás de Aquino había expresado que aquilatar la responsabilidad moral de un individuo sobrepasa la apreciación de la justicia humana y solamente corresponde a Dios; el juez humano solamente puede apreciarla de una manera imprecisa y falible (8).

El gran clásico Carrara presupone aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre y sobre esta base edifica la ciencia criminal, «que mal se construiría sin aquella».

Traspasar al Derecho penal la noción de responsabilidad moral significó un grueso error, pues en ésta se juega una decisión de absoluto moral, enteramente inconciliable con la relatividad del Derecho positivo. Ni la ley positiva ni la justicia humana están en aptitud de valorar un acto humano en su pleno sentido ético y, mucho menos, de fijar una proporción entre su inmoralidad y el castigo que merece. La misión de ambas no consiste en lograr un sistema de justicia absoluta en la que se impongan penas exactamente ajustadas al mal abstracto que causa en plano moral un cierto acto cometido con intención torcida. El fundamento del juicio penal no puede ser juzgar el problema metafísico del bien y del mal y encontrar la medida cabal de la sanción que corresponda al hombre que actuó, sino adoptar medidas apropiadas para que se mantenga un orden de convivencia que permita el mejor desarrollo humano en lo individual y en lo social. En tanto se persiga a través del Derecho penal el dictado de una justicia absoluta del género enunciado, se estará extralimitando su ámbito e invadiendo el campo de la moral.

F. Suárez pensó que las normas jurídicas estaban destinadas a hacer bueno al hombre; con ello puso una de las bases que han llevado a la etización del Derecho. En verdad, el Derecho cumple

(8) De manera más profana, Anatole France decía: «Los jueces no sondan las entrañas ni leen los corazones y así su más justa justicia es ruda y superficial» (*Opiniones de Jerónimo Coignard*).

apenas una tarea ordenadora práctica, dirigida ante todo a permitir una convivencia tranquila y pacífica de los miembros de la sociedad (aparte de ello, da forma también a un esquema de organización que le llega del dictado ideológico, según antes explicamos). Para ello le basta atenerse a la conducta externa del hombre, cualquiera que sea la disposición anímica de éste, y evitar que dentro de la vida social acaezcan hechos perturbadores. En cuanto haya acatamiento exterior de las normas, el fin de Derecho queda cumplido.

La identificación y aun la excesiva aproximación entre moral y Derecho tiene peligrosos riesgos para el respeto de los derechos del hombre, en particular para su libertad de conciencia, como ya lo ha demostrado la historia, puesto que facilita que la autoridad social trate de indagar dentro de la intimidad psíquica del imputado. En cambio, su separación correcta conduce a una concepción secularizada y científica de la responsabilidad penal.

Dentro del campo de la dogmática penal moderna, la corriente finalista, iniciada por H. Welzel, concede un predominio tan interpenetrante a los aspectos psíquicos, dentro de la teoría del delito, en desmedro de los resultados externos, principal foco de atención de un verdadero Derecho, que se desliza notoriamente a una «etización» del Derecho penal.

En efecto, el finalismo, aparte de exhibir ya en sus fundamentos filosóficos una fuerte tendencia a asimilar la responsabilidad penal con una responsabilidad moral, facilita ampliamente las vías para que la confusión llegue a arraigarse y consolidarse, pues dentro de su concepción no existe momento alguno del análisis del delito que no quede impregnado y, generalmente, dominado, por la actitud psíquica del sujeto.

No sostenemos que la postura dogmática adversa, erróneamente denominada causalismo, cuyo máximo exponente fue E. Mezger, sea completamente refractaria a una desviación como esa; pero, al menos, la acentuación que hace de la importancia de la acción como fenómeno objetivo, su presentación del tipo como una descripción legal de sucesos del mundo exterior (cuando se trata de un tipo normal) y de la antijuridicidad como la contradicción objetiva de la acción material con las normas previstas en el ordenamiento jurídico, permiten contrarrestarla.

5. LAS NUEVAS TENDENCIAS DOGMATICAS SOBRE CULPABILIDAD SON CADA VEZ MAS INCONCILIABLES CON UN SUPUESTO DERECHO DE CASTIGAR.

El desarrollo del Derecho penal moderno ha tenido como efecto que dentro de la teoría del delito se subrayen fuertemente los componentes psíquicos de éste. Las nociones de dolo, culpa y reprochabilidad subjetiva, instaladas desde antiguo dentro del ramo, y, por ello, aparentemente indiscutidas, no sólo han pasado a pri-

mer plano (en la corriente finalista), sino que han permitido la acuñación de postulados nuevos en un Derecho penal que se siente en la cresta de la ola del avance científico. Así es como ha aparecido el enunciado de *nullum crimen sine culpa*, hartamente engañoso según habrá de verse.

La notable acentuación de los aspectos psíquicos que hace el finalismo, corrobora con la especial delectación con que sus seguidores se sumergen en las más sutiles discusiones acerca de tales materias, no puede ser justificada como expresión de una labor puramente dogmática, mucho menos dentro de países que tienen legislaciones anteriores a la propagación de la doctrina finalista que subrayan convenientemente los aspectos objetivos del delito, con muy buen resultado para el debido resguardo de los derechos del hombre.

No olvidemos que Welzel formula también tesis filosófico-penales fundamentales, que manifiestamente sobrepasan una mera reconstrucción del sistema legal positivo, y en ellas se encuentran abundantes referencias a sus inclinaciones etizantes (9).

Conforme a la dogmática más difundida la culpabilidad es un presupuesto indispensable de la pena y consiste en el reproche que se hace al autor porque «se ha decidido por el mal, a pesar de que disponía personalmente de la capacidad de elegir el camino del Derecho», según las palabras de Maurach.

En un principio, el concepto de culpabilidad guardaba fuertes resabios de exigencias morales, pero con el desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad empezaron a adquirir relieve sus características más genuinamente jurídicas, hasta llegar a considerársela como un reproche personal formulado al agente de una acción antijurídica por haberla realizado pese a haber podido actuar de manera diferente. Pero aun así surgen fuertes objeciones para ella, no siendo la menor que, en el estado actual de los conocimientos humanos, las ciencias del comportamiento no permiten responder a la pregunta de si a un determinado sujeto, en circunstancias dadas, le habría sido posible obrar de manera diferente de como lo hizo; ellas no están capacitadas para resolver sobre las alternativas que se presentaban a ese sujeto ni sobre su libertad para obrar de manera diversa.

Recientemente J. Baumann se ocupa de separar nítidamente los conceptos de culpabilidad moral y religiosa y de culpabilidad jurídico-social. Este autor, firme creyente (10), manifiesta su convicción acerca de la existencia de una culpabilidad moral y religiosa que permite una valoración del comportamiento social; pero hace constar que éste es un convencimiento personal, que no le impide reconocer que en el campo penal debe admitirse un concepto jurídico-social que la capte como una culpabilidad social y

(9) Ver mi *Causalismo y Finalismo en Derecho Penal*, Juricentro, San José, 1980, §§ 16 y 18.

(10) JÜRGEN BAUMAN, *Culpabilidad y expiación ¿son el mayor problema del Derecho Penal actual?*, «Nuevo Pensamiento Penal», año I, 1972, pp. 23 ss.

que consistirá en el juicio de reproche que se formula a los ciudadanos que no han cumplido con las exigencias generales. Ese concepto jurídico-social puede construirse con los requisitos de la vida social en común y ser llenado con contenidos variables. Por consiguiente, él va a depender de la respectiva situación económica, de los fundamentos socio-económicos y de las mismas exigencias sociales de cada época, todos elementos mudables y sin pretensión ed absoluto. Pues «al Derecho no le interesa por sobre todo el bien y el mal, sino la utilidad y la dañosidad social». Recuerda la fundamentación de pena que se contenía en el Proyecto Alternativo de Código penal alemán, en la que se explicaba que «infligir una pena no es un acontecimiento metafísico, sino una amarga necesidad en una comunidad esencialmente imperfecta como la humana».

Podemos agregar que para la tarea que toca cumplir al Derecho dentro de la vida social, no es primordial un conocimiento refinado del contenido psíquico del infractor. Cuando se trata de alcanzar resultados prácticos, la disposición anímica del infractor no interesa como ingrediente esencial de la infracción ni como fundamento directo de la reacción social que deba adoptarse a su respecto. Esto no significa, de modo alguno, que esa disposición interna no merezca ninguna atención. Ella podría tener valor para determinar si son necesarias o no ciertas reacciones ante el delito, pues cuando el hecho antijurídico fue cometido accidentalmente, esto es, sin intención y obrando con el debido cuidado, es bien probable que deba concluirse que es innecesario adoptar alguna medida para evitar su repetición.

Luego, la culpabilidad no debiera ser tomada como una característica esencial del hecho que produce grave perturbación social o como elemento fundante de la reacción social para evitar que se repita, sino que podría pasar a constituirse en un mero antecedente a partir del cual cabe decidir si es conveniente ocuparse de él. El elemento diferencial estaría, entonces, en que la culpabilidad abandona su posición de parte, componente o nota esencial de lo que hoy denominamos «delito», para transformarse apenas en un dato suficiente para determinar si es necesaria o conveniente una cierta clase de medidas destinadas a contrarrestarlo.

Se ajusta correctamente a este pensamiento crítico la posición de la escuela de la Defensa Social, en cuanto postula que la reacción penal está encaminada no a fines de justicia sino de protección (social y del delincuente). Lo importante es que no se cometan aquellos hechos que hoy denominamos delitos y no el cumplir con una ilusoria justicia condenando o castigando a quienes incurrieron en ellos (11).

(11) Ver MARC ANCEL, en *Le point de vue de la doctrine de la Défense Sociale*, «Revue Inst. de Sociologie», Université Libre de Bruxelles, 1963, núm. 1, p. 34.

Afortunadamente, en el Derecho penal de los últimos años comienza a divisarse una saludable evolución en la teoría del delito y en la apreciación de la culpabilidad, evolución que alcanza, felizmente, a una revisión del concepto mismo de Derecho penal y de las exigencias de la política criminal.

Es así como, sin modificar el contenido básico de la culpabilidad, conforme al cual el juicio de reproche se formula a un sujeto por haber realizado una conducta antijurídica pese a haber podido actuar de manera diferente, se niega ahora que sea elemento de la culpabilidad el que el sujeto tenga un sentimiento o vivencia íntima de su propia culpabilidad. Bastaría, por consiguiente, que el tribunal formulara juicio de reproche al imputado, aun cuando éste no tuviera conciencia de que su obrar es reprochable (12).

Una conclusión de esta clase tiene repercusión directa en la cuestión relativa al derecho de castigar, pues cae con ella el fundamento mismo que autorizaría el castigo, que no es otro que la conciencia que tiene el infractor de haber contravenido el ordenamiento legal.

Pero, hay penalistas modernos que van todavía más allá, llegando hasta a la negación de la culpabilidad como presupuesto del delito y de la pena, entre otras razones, por estimarla una exigencia de imposible constatación. Inútil es explicar que una solución de esta clase quita todo sustento a la idea de un derecho de castigar.

E. Gimbernat es quien, en nuestra lengua, ha sostenido esta posición. El ha manifestado que la culpabilidad, cuya supresión propone, «da del delincuente la visión de que es una persona éticamente mala, que podía hacer el bien y, sin embargo, hace el mal». Esto permite a la sociedad ganarse una buena conciencia y sentirse superior frente al delincuente, con lo que olvida el problematismo de a pena estatal. El penalista hispano marca la obligación que existe de tratar humanamente, sin ahorrar ningún medio, a quien viola la ley penal: «un infeliz marginado del que la sociedad debe ocuparse como lo haría con los subnormales o los inválidos» (13).

(12) Ver: JUAN CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 25-28.

Interesa advertir que, hace algunos años, Francisco Muñoz Conde sostuvo la tesis de que cuando falta todo sentimiento de culpabilidad en el sujeto activo no se da la razón para formularle un reproche y no debe aplicársele pena.

(13) ENRIQUE GIMBERNAT O., en *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, en Libro de homenaje a Luis Jiménez de Asúa, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, pp. 495 ss.

Es preciso hacer notar que la última observación de Gimbernat que se reproduce, alude claramente a la injusta situación existente en el mundo penal de hoy; ella no tiene sentido en una justicia que intentara mayor igualdad de trato para todos los grupos sociales y que subordinará también a los poderosos a un orden jurídico.

Basta dar a conocer estas ideas, para que afluyan en tropel a la mente de quienes no participan de ellas toda clase de argumentos destinados a rebatirlas, todos ellos fundados en un compromiso con anticuados conceptos de imputabilidad, culpa moral y, hasta, de indignidad del hombre (argumento este último que recluyen en lo más profundo de sus vericuetos anímicos cuando se trata, por ejemplo, de conocer la vida real que hacen los penados en los actuales establecimientos carcelarios). En el fondo, todos estos argumentos reconocen raíces comunes; se asientan en un libre albedrío teórico que, pese a distingos más formales que reales, supone que el sujeto tuvo una efectiva posibilidad de obrar de acuerdo con las normas que transgredió, y en un concepto ético de culpa y de responsabilidad penal que propongo superar. De esta manera la discusión reúne todos los requisitos para convertirse en un verdadero diálogo de sordos.

Gimbernat, sin embargo, no economiza razones para apoyar su tesis ni rehuye las críticas abundantes que se le dirigen desde varios ángulos. Considera todas las alternativas posibles y proporciona todas las respuestas que para ellas caben, comenzando por hacerse cargo de aquellas objeciones que creen que un Derecho sin culpabilidad sería algo cruel y arbitrario, que no respetaría la dignidad de la persona humana y podría convertirse en siniestro instrumento de ideologías totalitarias.

A estas alturas, no obstante, queda claro que las denominaciones de «Derecho penal», «pena», «culpabilidad» y otras categorías, hasta ahora infaltables en el arsenal penalístico, pasan a desvanecerse o, cuando menos, pierden su sentido acostumbrado.

Me doy cuenta de que mis palabras conducen, más allá de mis deseos, a conclusiones más asertóricas que las que me propuse plantear. Al comenzar estas reflexiones apenas pretendía otra cosa que presentar inquietudes y dudas. Mi objetivo era desplegar ante nuestra vista grandes interrogantes que surgen de un hipotético derecho de castigar.

Al revisar lo expuesto capto que el discurso me ha llevado a lo que podría tenerse como una tesis absolutamente contraria al reconocimiento al Estado de un derecho de imponer penas a quienes quebrantan las normas más esenciales necesarias para una convivencia humana pacífica y ordenada.

Esto parece dimanar del razonamiento deductivo que he empleado. Los puntos de partida me parece firmes y los argumentos, correctos.

No obstante, hay dos puntos que ponen obstáculo a una respuesta definitiva: por una parte, el hecho de que hasta ahora ningún Estado haya renunciado jamás a tal derecho ni haya probabilidades reales de que alguno vaya a hacerlo en el futuro, y, por la otra, nuestra reacción subjetiva ante muy graves crímenes.

¿No merece ser considerado también todo eso?

Soslayar estos obstáculos y omitir otro análisis, esta vez de índole muy diferente del puramente deductivo que he hecho ante-

riormente, sería poco serio. Entretanto, no pueden establecerse, ciertamente, conclusiones definitivas.

Por esto, lo más a que puedo aspirar es a que mis reflexiones sean consideradas en ese examen, absolutamente necesario, de las objeciones que surgen en contra del derecho de castigar desde los puntos de vista que he desenvuelto. Lo cual no me impide reconocer que nos encontramos delante de un problema extremadamente difícil.

Para sintetizar lo expresado en las páginas precedentes, creo posible afirmar:

1) El derecho de castigar no tiene sustento en el Derecho, sino que constituye un postulado ideológico correspondiente a ideas que tuvieron aceptación en otras épocas, expresivas de un pensamiento metafísico, basadas en principios absolutos y a priori, elaboradas sobre la base de razonamientos deductivos y no verificables científicamente.

2) Conforme a los principios que se atribuyen tradicionalmente al Derecho natural, el derecho de castigar podría ser fundamentado conforme a éste.

3) Según los principios del Estado secularizado que hoy se admite, no podría caber en éste la idea de un derecho de castigar.

4) El derecho de castigar no puede encontrar acogida en un Derecho penal científicamente estructurado y cabalmente diferenciado de la moral.

5) Los avances dogmáticos en materia de culpabilidad van reduciendo gradualmente el espacio posible para la subsistencia de un derecho de castigar.

El derecho natural hoy: ética y economía

Por VLADIMIRO LAMSDORFF-GALAGANE BROWN

Barcelona

Hablar de «derecho natural hoy», a primera vista, puede parecer una paradoja. En efecto, muchas personas asocian el derecho natural con algo caduco, pasado de moda, cuando no retrógrado y oscurantista.

Hubo una época, sin embargo, en que el derecho natural desempeñó un importante papel social. Pues bien, la tesis aquí sustentada es que la necesidad social que dio lugar a su desarrollo se sigue dando hoy, y existe una actividad intelectual que trata de satisfacerla con la misma metodología, sólo que bajo distinto nombre: el de economía.

1. EL APOGEO DEL DERECHO NATURAL

Se suele asociar el derecho natural con los siglos XVII y XVIII, época de su máximo florecimiento. Fue entonces cuando sobre una lejana e imprecisa base estoica, aprovechada por la escolástica (y muy especialmente, por la «segunda escolástica» española) se popularizó toda una metodología, incluso diría toda una manera de enfocar los problemas jurídicos. Se cultivó con gran intensidad: se escribieron tratados, a veces en muchos volúmenes, que constituían auténticos «códigos» de derecho natural. Se ocuparon de estos temas no sólo juristas o filósofos, sino predicadores, polemistas, periodistas, humoristas, incluso novelistas y poetas. Sobre todo en la segunda mitad del XVIII, se puede hablar de un «boom», de una «epidemia» de derecho natural, que invadió no ya los tribunales o los consejos reales, sino hasta los salones, clubs y reuniones de la buena sociedad.

Este tipo de cosas no ocurren «porque sí». El derecho «natural», evidentemente, se desarrolló por oposición al derecho positivo, al derecho vigente en la época. Esta oposición, en bastantes países, se había hecho necesaria: el derecho de entonces era frecuentemente más un freno que una ayuda para una sociedad moderna. Además la Naturaleza o la Razón, eran la única instancia a la que se podía apelar para la crítica. En efecto, los argumentos teológicos o escriturísticos, prevalecientes hasta entonces, se habían vuelto altamente inseguros desde la escisión religiosa, al no haber ya una fuente única de Revelación aceptada por todas las partes en

litigio. Y en la medida en que alguna justificación religiosa del derecho aún se mantenía, los reyes se preocuparon de hacerla jugar en bloque a favor de su autoridad y de las leyes que promulgaban (monarquía «de droit divin»). La nueva doctrina de la soberanía hizo imposible la invocación de cualquier derecho supranacional (imperial, romano, de gentes u otro) en cuestiones internas. Sólo quedaba la Razón, pese a todas las dificultades de orden lógico que ello levantaba.

De estas dificultades se prescindió. Es más, yo diría que se las ignoró deliberadamente. Porque Hume, en pleno siglo XVIII, ya demostró que de un «ser» no se deducía un «deber ser», que de lo que somos no se seguía en ningún caso lo que hemos de hacer. Nadie quiso escucharlo: su argumento no cobró popularidad hasta el siglo XX. Es que a la sociedad de su tiempo *no le convenía* fijarse en razonamientos tan iconoclastas: se habría quedado sin la única referencia a partir de la cual podía criticar el derecho entonces vigente.

Este derecho, como hemos dicho, estaba especialmente necesitado de crítica. En Francia, por ejemplo, una simple carta del Rey, una «lettre de cachet», bastaba para encerrar a una persona de por vida en la Bastilla. El país estaba compartimentado por aduanas internas. Las diferencias impositivas hacían que el precio de ciertas mercancías, como la sal, variase de uno a veinte según las regiones. Prácticamente cada pueblo tenía su propio sistema de pesos y medidas. Los privilegios fiscales de la nobleza y del clero se hacían tanto más insoportables cuanto más se iba desdibujando el servicio que estas clases, la nobleza sobre todo, prestaban a cambio. La lentitud de los procesos hacían la justicia cara e insegura, etcétera.

Pues bien, al «derecho natural» dieciochesco le debemos reformas como el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído, el principio de legalidad en materia penal, el «habeas corpus», la libre circulación de mercancías, el principio de división de poderes, el de igualdad ante la ley, sin olvidar «minucias» como el sistema métrico o la moneda decimal.

El derecho natural, en definitiva, «ha cumplido». Ha sido un importante factor de progreso, de cuyas rentas vivimos aún hoy, muchas veces sin saberlo.

2. EL MOMENTO ACTUAL

Desde entonces, el derecho natural ha perdido popularidad. A nadie se le ocurriría escribir hoy *De jure naturae libri octo*, y la pretensión de formular un derecho válido para todo tiempo y lugar mueve a la sonrisa. Pero no nos engañemos. Eso no quiere decir que hayamos perdido la fe en los principios jurídicos que nos trajo el iusnaturalismo. Más bien al contrario, los consideramos tan «evidentes», tan «indiscutibles», que empeñarse en buscarles fundamentos ontológicos o pruebas racionales nos parece una

pérdida de tiempo. El derecho natural clásico ha perdido actualidad porque los problemas a que se enfrentó *ya están resueltos*, al menos en la teoría. No es que no se cometan arbitrariedades, pero es tan general el convencimiento de que eso está *mal* que los propios gobiernos que las practican tratan de corregirlas o esconderlas. Otros problemas están resueltos en la teoría y en la práctica: ningún país piensa volver a las aduanas interiores, ni a las leguas y toesas, ni a los ducados y maravedíes. Insistir sobre todo eso, hoy en día, no es preciso.

En cambio, aplicar la razón a la solución de problemas jurídicos es más preciso que nunca. Los argumentos religiosos son aún menos efectivos que en el siglo XVIII, el dogma de la soberanía nacional aún es más indiscutible, una autoridad internacional universalmente admitida aún es más lejana. Hoy como entonces, sólo queda la razón.

Una razón, ciertamente, más consciente de sus limitaciones. Hoy no se dice tan fácilmente que «la naturaleza manda» tal cosa, tal otra. Hoy se sabe que las «leyes naturales» sólo pueden fundamentar imperativos condicionales: si quieres tal fin, tienes que emplear tales medios. Pero incluso esto es mejor que nada: permiten discutir soluciones jurídicas al menos con argumentos «ad hominem»: queréis tal cosa, pero con esos medios conseguiréis lo contrario. Por eso el análisis racional de problemas jurídicos se practica hoy más que nunca.

Lo distinto son los problemas a resolver. Si el «habeas corpus» o la supresión de la tortura judicial ya no levantan problemas teóricos, han venido a ocupar su lugar otras cuestiones que nuestra sociedad no tiene resueltas ni siquiera en teoría. Y estos nuevos problemas son, principalmente, económicos.

¿Qué se debate, en efecto, en nuestra prensa, nuestros partidos, nuestros parlamentos o incluso nuestras tertulias? Fundamentalmente, el dilema entre economía pública y economía privada. Este tema básico luego se ramifica en multitud de subcuestiones, como la política de subsidios, el sistema fiscal, el déficit del sector público, las nacionalizaciones, etc. Según el tiempo y el lugar, estos problemas secundarios varían su protagonismo. Pero el tema central alrededor del cual giran las discusiones nunca deja de ser el económico, y más concretamente, la disyuntiva entre libertad económica y economía dirigida.

3. LA CIENCIA ECONOMICA

No es, por tanto, casual que las investigaciones económicas que más interés han despertado entre el gran público sean las que de cerca o de lejos se relacionan con esta cuestión. Mencionemos, aparte ya nombres clásicos como Adam Smith, Marx o Pareto, los análisis de von Mises sobre el socialismo, de Keynes sobre las crisis, de Galbraith sobre la estructura empresarial, de Milton Friedman sobre la política monetaria, de Laffer sobre la política fiscal, etc. Quizá incluso no sea tan aventurado afirmar que la actual expan-

sión de la ciencia económica, con la creación generalizada primero de cátedras, luego de facultades, obedece justamente al deseo de nuestras sociedades de encontrar fórmulas definitivas para su organización jurídica.

Inversamente, pocos economistas sienten reparo en adoptar una postura «normativa», y sólo una ínfima minoría es consciente de los problemas de «ser-deber ser» que ello implica. Tanto ellos como el gran público asumen sin discusión una premisa valorativa común, que la riqueza es mejor que la pobreza. Las disputas versan sobre el mejor medio de dar riqueza al mayor número. Tanto es así que en economía encontramos, más a nivel de gran público, pero también entre especialistas, todos los paralogismos que en su día han reprochado al derecho natural. Hoy en día no diremos «un imperativo de la naturaleza», pero encontramos muy natural hablar de «imperativos económicos». No nos fiamos de explicaciones de hechos históricos basadas en la «naturaleza humana», pero encontramos perfectamente lógico fundamentarlas en «motivaciones económicas». Sonreímos al pensar en un derecho común a todos los pueblos y todas las épocas, pero no nos extrañamos ante la formulación de «leyes económicas» de validez universal. La frase «la economía manda...», aunque en pura lógica está desprovista de todo sentido, se acepta como muy natural.

Pues bien, cuando unos paralogismos son aceptados como razonamientos válidos por una sociedad entera, no es cuestión de declararla insensata en base a la matemática pura. Más prudente es buscar el fondo racional de su convencimiento, y a lo mejor entonces el paralogismo se nos aparece, simplemente, como una manera de hablar.

Este es precisamente el caso de la ciencia económica. De ella, naturalmente, no se derivan imperativos de conducta. Pero nos proporciona una información: sabiendo que las mismas causas producen siempre los mismos efectos, nos dice qué consecuencias tendrán tales o cuales conductas o políticas económicas. De ahí al consejo práctico, estando todos de acuerdo en el valor «riqueza», sólo hay un paso, que se da con la mayor naturalidad.

Pero bien mirado, eso mismo constituía el núcleo racional del derecho natural clásico. Sus cultivadores se fijaban en las consecuencias a que llevaban ciertas instituciones jurídicas de su época (como la tortura judicial, las limitaciones al tráfico mercantil, la monarquía absoluta, etc.), y a partir de ahí, supuestos unos valores unánimemente profesados en la sociedad, daban consejos prácticos. El que la sociedad los aceptara era precisamente la prueba de que tales valores comunes a todos existían efectivamente. Y el considerar esos consejos válidos para todo tiempo y lugar no era sino la traducción ingenua de la universalidad de las leyes causales en que se apoyaban.

4. CONCLUSIONES

De ahí mi conclusión sobre el profundo parentesco que une al «derecho natural» dieciochesco con la actualísima ciencia económica. No habrá, entre ellos, identidad de contenido más que ocasionalmente. Pero hay identidad metodológica, y sobre todo, identidad de papel social: ambos son, en efecto, un intento de enfoque racional de problemas jurídico-políticos pendientes de solución.

De eso se sigue una segunda conclusión: que el cultivo, o al menos el conocimiento, de la ciencia económica es tan indispensable como antaño el del derecho natural para todo el que pretenda proponer o enjuiciar normas en materia de ética social y política legislativa. Cuando se habla, por ejemplo, de «justa redistribución de las rentas», o de «salario familiar», o de «planificación de la economía», se ha de saber a qué consecuencias *reales*, en virtud de leyes universales y necesarias, perfectamente establecidas por los especialistas, llevan los intentos de imponer, desde el poder, topes máximos a los patrimonios, o salarios desiguales por un trabajo igual, o planes de producción distintos a los de los empresarios. Quizá si la comparamos con la física o la química, la ciencia económica no haya descubierto *muchas* de estas regularidades de causa a efecto (aunque últimamente, su número va en aumento). Pero al menos las pocas conocidas han de tenerse en cuenta, so pena de correr el riesgo de proponer medios inadecuados, o incluso opuestos, a los fines que se desea alcanzar. Es un peligro en que han caído ya los suficientes predicadores y reformadores, laicos y eclesiásticos, para que nos esforcemos en evitarlo, adquiriendo y difundiendo entre nuestros juristas estos nuevos conocimientos económicos cuya aplicación demanda la sociedad.

La libertad de expresión e información y el problema de la televisión privada en nuestro ordenamiento jurídico

Por MODESTO SAAVEDRA LOPEZ

Granada

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La libertad de información como derecho fundamental. 3. El artículo 20 CE. Su tenor literal y su posible interpretación. 4. La jurisprudencia del T. C. en torno a la organización de la televisión. 5. Problemática de la televisión privada con base en el artículo 20 CE.

1. INTRODUCCION

Quisiera utilizar la oportunidad ofrecida por las páginas del resucitado ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO para escribir sobre un tema de filosofía jurídica «aplicada». Creo que es un defecto, enraizado en nuestra estructura académica y en nuestros planes de estudio universitarios, la separación existente entre filosofía jurídica y derecho. Los filósofos del derecho adolecen, en gran parte, de una deformación profesional. Cuando escriben o enseñan, lo hacen sobre temas eminentemente teóricos y abstractos, sin apenas referencias prácticas o institucionales. En muchos casos no conocen el derecho vigente, ni siquiera simplemente el derecho. También los especialistas en derecho positivo son víctimas de la misma separación y padecen la misma parcialidad, aunque en este caso se trata de una parcialidad de signo contrario. Son eminentemente dogmáticos que conocen o pretenden conocer bien el ordenamiento jurídico vigente, pero sin ahondar en los problemas correspondientes de filosofía jurídica o política que ofrecen las distintas instituciones o sectores de dicho ordenamiento. Así, la teoría y la práctica siguen su propio camino, como paralelas que se saben cerca pero que nunca llegan a encontrarse. La teoría, en el cielo descomprometido de una (re)interpretación de la historia o de sus propios conceptos, y la práctica en la mera superficie de un análisis de textos que sea útil a la resolución técnica de problemas de funciona-

miento. Por consiguiente, también descomprometida, a su vez, con respecto a la vida política del derecho y al tratamiento jurídico de la política. En ambos casos esta es una actitud objetivamente conservadora, cuya consecuencia no puede ser sino la reproducción y el desarrollo espontáneo y natural del estado de cosas existente.

Vivimos, sin embargo, en este país, en un momento muy especial de nuestro desarrollo jurídico-político que no puede pasar desapercibido para filósofos ni para juristas. Efectivamente, en el proceso de construcción y consolidación de un nuevo ordenamiento jurídico, las ocasiones para un reencuentro entre filosofía y derecho no son escasas. En muchos casos han sido aprovechadas, y todo indica que lo seguirán siendo en el futuro. Esperemos que para bien de las instituciones, quiero decir, para bien de la vida de todos en y bajo las instituciones, que es a donde debería conducir un esclarecimiento crítico de éstas.

Por mi parte, quiero tender también un modesto puente entre filosofía y derecho. Uno de los temas clásicos de la abstracta filosofía jurídica es el de la legitimación del derecho o, si se quiere, la legitimación del ejercicio del poder. La teoría de la justicia y la teoría de los derechos humanos, o de las libertades fundamentales, se encuadra dentro de ese tema. Pero, la mayoría de las veces, el discurso de filosofía del derecho es meramente introductorio, general, y con muy escasas referencias jurídico-positivas. No es frecuente que se dé el paso desde el análisis especulativo al estudio de una institución concreta sin perder el punto de vista filosófico-jurídico. Esto es lo que yo quisiera realizar, tomando como referente teórico o abstracto la libertad de expresión e información—uno de los presupuestos básicos de la legitimación del Derecho y del Estado—, y como referente práctico o concreto una de las instituciones en donde esa libertad de expresión alcanza vida jurídica: la televisión.

Así, voy a tratar de los problemas que el principio de libertad de expresión proyecta sobre la ordenación jurídica de la televisión, que es una de las instituciones que se están revelando como candidatas a sufrir una intervención del legislador, en ese proceso de reestructuración del ordenamiento jurídico de un Estado de derecho. En el tratamiento de estos problemas, tendré en cuenta algunas de las determinaciones específicas—de carácter político y socioeconómico— de este medio de comunicación, ya que tales determinaciones afectan al alcance que puede tomar aquel principio en la institución televisiva. Además, dado que la libertad de expresión está consagrada formalmente en nuestra Constitución, y dado que el Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre el tema, haré referencia a estos problemas mezclando el plano filosófico-jurídico y el sociológico con el dogmático propiamente dicho, en un intento de analizar críticamente las posibles vías de incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de esta garantía básica del Estado de derecho.

Por consiguiente, los pasos que seguiré en mi exposición son los siguientes: en primer lugar, unas consideraciones teóricas generales sobre la libertad de expresión e información como derecho fundamental; a continuación, un análisis del artículo 20 CE y de la interpretación que del mismo ha hecho la jurisprudencia constitucional en lo que afecta a la institución televisiva; finalmente, mencionaré algunos datos a tener en cuenta para una posible reforma del monopolio público actualmente existente, a partir de las conclusiones extraídas de los dos puntos precedentes.

2. LA LIBERTAD DE INFORMACION COMO DERECHO FUNDAMENTAL

2.1. La televisión es uno de los medios de comunicación social que encarnan el flujo social de las opiniones y de la información. Por ese carácter de soporte de la comunicación social adquiere la televisión una relevancia política de primera magnitud, que comparte con la radio, con la prensa, con el cine, etc. Sus efectos sobre la opinión pública, en la que se basa el ejercicio del poder político, hacen de su regulación jurídica, así como de la regulación jurídica de los demás medios de comunicación social, una cuestión clave para la estructura del Estado.

En la teoría del Estado democrático, desde la época liberal, una de las piezas claves ha sido siempre la libertad de expresión e información, la libertad de comunicarse y de participar sin restricciones en el proceso de formación de la opinión pública. La Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, lo reconocía ya expresamente en su artículo 11:

«La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley».

Antes, la Declaración de Derechos del Estado de Virginia había recogido expresamente, por primera vez en la historia de las declaraciones (1776), la libertad de prensa en su artículo 12:

«Que la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás, a no ser por gobiernos despóticos».

No es necesario recordar que la lucha por la libertad de prensa ha sido una constante del pensamiento y de la práctica política del liberalismo durante los siglos XVIII y XIX. Aún hoy día la lucha por la democracia va unida sustancialmente con la reivindicación del derecho a expresarse libremente. Nuestra Constitución, que en esto sigue la regla general de todas las Constituciones demo-

cráticas, también consagra este derecho en su artículo 20. No hay muchas diferencias en la formulación constitucional de este derecho en los distintos países democráticos. La Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU puede ofrecer un mismo denominador común en su artículo 19:

«Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión».

Ahora bien, si las formulaciones constitucionales son similares, la reglamentación jurídica es muy diferente de país a país. El régimen jurídico de nuestra televisión, o el de la televisión francesa, por ejemplo, tiene poco que ver con el régimen jurídico de la televisión norteamericana o italiana. El alcance y la efectividad de la norma general constitucional se ven afectados por el desarrollo legislativo concreto que se adopta a un nivel inferior. Ese desarrollo puede variar desde un régimen liberal a un régimen de monopolio público. Es evidente que el legislador tiene que intervenir en cualquier caso, aunque sólo sea por razones técnico-organizativas, pero su intervención puede llegar solamente hasta el límite donde se hace posible el ejercicio regular del derecho (adscripción de frecuencias, registro de licencias, etc.), o puede alcanzar al titular del derecho y a la forma de ejercerlo, imponiendo condiciones que limitan y organizan políticamente la comunicación realizada a través del medio. La libertad liberal se convierte entonces en un servicio público administrado por el Estado. ¿A qué obedece esa diversidad? ¿Responden igualmente ambas formas de institucionalización de la libertad de expresión e información al sentido de la protección constitucional? ¿Tiene esta diversidad algo que ver con la evolución histórica de los derechos fundamentales y del mismo Estado de derecho?

2.2. Como es sabido, en un principio los derechos humanos consagrados por la burguesía liberal eran absolutos y su ejercicio no estaba limitado más que por el ejercicio simultáneo de los mismos derechos por parte de los demás. De su reconocimiento jurídico-positivo no derivaba para el Estado más que una obligación negativa: no impedir su puesta en práctica por el individuo. En la abstención del Estado se veía la mejor garantía para la consecución de los fines pretendidos por las declaraciones: la defensa de la dignidad del hombre, el desarrollo de su personalidad, la conquista de la felicidad. El Estado se organizaba precisamente para asegurar al individuo el disfrute de sus derechos. En último término, estos derechos eran los de la esfera privada, los que garantizaban a todos por igual una libertad y una seguridad básicas a fin de que cada uno pudiese buscar a su manera su propia realización. A estos derechos se añadían los que regulaban la vida

del Estado, así como la vida de los individuos en su relación con el Estado. De esta manera, se propugnaba un Estado liberal de derecho como el mejor complemento de la vida del hombre en sociedad, un Estado en el que el control del poder por el *ciudadano* se concebía como el medio político más adecuado para asegurar el disfrute de los derechos del *hombre*. Así pues, de entre los derechos proclamados en las declaraciones de la burguesía liberal, se pueden distinguir derechos del hombre como tal, del hombre en estado de naturaleza —vida, libertad, propiedad—, y derechos del ciudadano, o derechos de participación en la vida política —derecho a formar parte del gobierno, al voto, a contribuir a la formación de la voluntad general— (1).

Dentro de ese esquema, la libertad de expresión tiene un doble carácter: es a la vez un derecho del hombre y un derecho del ciudadano, un derecho de la esfera privada y un derecho de participación en la vida política, aunque en cualquier caso es un derecho liberal.

Efectivamente, el comunicar libremente las propias opiniones es un derecho de todo individuo como persona, puesto que a través de él es como puede desarrollar sus aspectos más específicamente humanos, su espiritualidad, su cultura, y en definitiva su dignidad. El saber hace libre al hombre. Dotarse de información sobre hechos e ideas equivale a dotarse de mayores posibilidades de opción en su vida individual y social. En el intercambio cultural el hombre adquiere la autonomía que le había sido negada bajo la tutela de la autoridad espiritual y de la tradición. Toda la fuerza de la ilustración se condensa en esta idea de la autodeterminación cultural del hombre, cuyo vehículo es el intercambio ilimitado de opiniones (2). Kant culmina y expresa magistralmente esta concepción de la libertad de pensamiento y opinión como presupuesto de una humanidad ilustrada: «Sin embargo, para esa ilustración sólo se exige libertad y, por cierto, la más inofensiva de todas las que llevan tal nombre, a saber, la libertad de hacer un uso público de la propia razón, en cualquier dominio» (3).

Con el tema de la libertad de prensa, el derecho de expresión revela de forma prominente su carácter político. La prensa y, sobre todo la prensa periódica, es una de las instituciones públicas más importantes, en la que se ve comprometida la actividad del Estado. Desde el principio son impensables la institución del Parlamento y la práctica del sufragio sin el control y la mediación de la opinión pública. En los orígenes del pensamiento liberal, ésta es concebida como el efecto políticamente normativo de un proceso de

(1) Ver, sobre todo, J. RIVERO: *Les libertés publiques*, vol. 1: *Les droits de l'homme*, PUF, París, 1978 (2.^a ed.).

(2) Sobre este sentido de la libertad de expresión y de prensa en sus orígenes liberales, ver J. HABERMAS: *Historia y crítica de la opinión pública*, Gustavo Gili, Barcelona, 1981.

(3) *Respuesta a la pregunta ¿qué es ilustración?*, ed. Nova, Buenos Aires, 1958, pág. 59 (trad. de Emilio Estiú).

comunicación entre un público que ejerce de forma autónoma su razón sobre aquellos asuntos que afectan al interés general (4). De ahí su carácter constitutivo para un Estado democrático. Por consiguiente, la libertad política de expresión (como todas las demás libertades políticas) es un elemento garantizador de la «humanidad» del hombre, consistente también, entre otras cosas, en su capacidad de comunicarse libremente con los demás. Así pues, la libertad de expresión tiene una doble faceta, «humana» y «política».

Pero sobre todo, hemos dicho, es un derecho liberal. El carácter liberal de este derecho a la libre expresión del pensamiento aparece en el alcance que se le da desde el principio por la doctrina que lo reivindica. Nicolás Pérez Serrano, entre nosotros, resume así en unas notas escritas entre 1936 y 1939, cuando ya estaba declinando el régimen liberal de la libertad de emisión del pensamiento:

«Entendió el liberalismo que en esta materia, como en todas, eran primarios y soberanos los derechos del individuo; que la misión del Estado era la abstención; que del mero entrechocar ilimitado de opiniones particulares egoístas surgiría la armonía de valores objetivos para la comunidad (en frase de Smend); en su virtud, proscribió toda censura previa, redujo al minimum las medidas de policía, e incluso procuró brindar la garantía del Jurado como único Tribunal adecuado para enjuiciar delitos de opinión. Bastaba una declaración a la autoridad para fundar un periódico; apenas si después se exigía otra cosa que la entrega de algunos ejemplares de cada publicación para enriquecer las colecciones oficiales» (5).

En la lógica liberal, la lucha por la libertad de prensa se dirige contra el Estado. La libertad queda garantizada desde el momento en que el Estado no le pone trabas previas ni condiciones a su ejercicio. Como los demás derechos, éste también es absoluto. Eso no quiere decir, por supuesto, que su ejercicio pueda ser ilimitado. El respeto de los derechos de los demás constituya un límite, un ímite que ha de venir expresado en las leyes penales ordinarias, y cuya transgresión ha de ser enjuiciada por tribunales independientes. El Estado ha de asumir el simple papel de vigilante, sin que le sea lícito imponer otras condiciones u otros fines que los procedentes de la pura esfera individual. Lo que no puede hacer el Estado, especialmente, es organizar él mismo administrativamente el ejercicio del derecho, es decir, intervenir en la formación de la opinión pública a través de cualquier especie de tutela sobre los medios de comunicación social.

(4) J. HABERMAS: *Historia y crítica de la opinión pública*, cit., págs. 94 y ss.

(5) *Tratado de Derecho Político*. Civitas, Madrid, 1976, pág. 661.

El derecho es un derecho de libertad, o de defensa del individuo frente al Estado, y la misión de éste es abstenerse (6).

Como en el caso de la economía del *laissez faire*, la burguesía está convencida de la bondad de la libre iniciativa y de la mutua competencia para conseguir los fines que se esperan de la comunicación social de ideas y opiniones: autonomía moral y política, ilustración y legitimidad. En una sociedad burguesa esta convicción es ideológica, porque no existe la base social adecuada para que se produzcan los efectos de una comunicación libre: con base en una monopolización clasista de la riqueza, la cultura y el poder político, difícilmente puede reproducirse a través de la comunicación social otra cosa que una ideología solidaria con los intereses históricos de la clase monopolizadora.

Ahora bien, con independencia de esta crítica, que tiende a denunciar como ilusión los efectos legitimadores de la comunicación social en una sociedad dividida en clases antagónicas, la evolución de la prensa a partir del siglo XIX hace que ésta vaya perdiendo incluso su apariencia legitimadora. Poco a poco se va produciendo un desencanto que hace mirar con ojos más críticos la función social y política de la prensa.

En efecto, la libertad de prensa va asociada desde el principio con la libertad económica en el campo de la prensa. El contenido del derecho reside no sólo en la prohibición de una censura previa, sino también en la posibilidad de fundar una empresa periodística. Las condiciones económicas en que se realizará el ejercicio del derecho son las que determinan un cambio en la imagen sociopolítica de la prensa. Originalmente aquella imagen positiva pudo mantenerse por la inserción de la prensa en el ámbito público de una burguesía ilustrada y reflexiva, más preocupada por pensar libremente que por enriquecerse directamente con ello. Pero la comercialización de la actividad publicística hace que se deteriore rápidamente esa imagen.

Esta comercialización es inducida por diversos factores, que convergen y se potencian mutuamente (7). En primer lugar, la extensión de la clientela potencial de la prensa, unida al desarrollo de la educación y a la extensión del sufragio. En segundo lugar, la invención y explotación de la publicidad, que abarata el precio de venta del periódico y lo hace accesible a grandes masas de lectores. Por último, la evolución de las técnicas de impresión, que permiten acelerar y multiplicar la tirada, y respon-

(6) Sobre el régimen jurídico de la prensa en el Estado absoluto, y las vicisitudes que experimentó la implantación histórica de este planteamiento liberal, ver, entre otros, M. VÁZQUEZ MONTALBÁN: *Historia y comunicación social*, Bruguera, Barcelona, 1980, págs. 95 y ss.

(7) Ver J. RIVERO: *Les libertés publiques* vol. 2: *Le régime des principales libertés*, PUF, París, 1980 (2.^a ed.), págs. 197 y ss.

der a una demanda que se amplía sin cesar, pero que exige la inversión de grandes capitales (8).

Todos estos factores tienen unas consecuencias ineludibles que afectan al alcance de la libertad de prensa, y consecuentemente a su sentido: la concentración de empresas y la subordinación de la actividad periodística a las determinaciones de la publicidad. El mercado es el que decide. La competencia económica hace que sólo sobreviva el más fuerte, el de mayor tirada, es decir, el mejor soporte para los mensajes publicitarios. La historia de la prensa en todos los países confirma la tendencia a la desaparición de titulares y a la concentración de la oferta periodística. Esta tendencia va unida, en los periódicos que subsisten, a una adaptación a los intereses de la publicidad, que no coinciden necesariamente con los intereses de una comunicación social independiente y comprometida (9).

Los efectos de esta comercialización sobre la libertad de información a través de la prensa son devastadores. Tanto la libertad de expresarse como la de obtener información se ven reducidas. La primera deviene cada vez más formal, y la segunda sufre las limitaciones propias de la concentración y debilitamiento cultural de la oferta. No hay pluralidad suficiente de ofertas, y no hay suficiente libertad de opción para el lector, que se ve constreñido, por las leyes del mercado, a escoger su información de entre un abanico de fuentes limitado y unilateral.

En estas circunstancias, el Estado se ve legitimado para intervenir. Su intervención adopta distintas formas, que van desde las ayudas económicas y financieras, a las leyes limitadoras de una excesiva concentración periodística. Junto a esta intervención del Estado, aceptada ya en el contexto histórico del Estado social, en el que las relaciones entre Estado e individuo adquieren una forma sustancialmente diferente, empieza a cambiar también la concepción liberal acerca de la libertad de expresión. Como índice sintomático de este cambio se puede mencionar la aparición, ya a partir de la segunda guerra mundial, de elaboraciones doctrinales vinculadas al tópico de la «responsabilidad social» de la prensa, o al de la «función pública» de la información. Igualmente, el surgimiento del llamado «derecho a la información», incluido por primera vez en la Declaración de la ONU

(8) Sobre esto, ver también M. VÁZQUEZ MONTALBÁN: *Historia y comunicación social*, cit., págs. 161 y ss.

(9) Ver también A. BENITO: *Fundamentos de teoría general de la información*, Pirámide, Madrid, 1982, págs. 77 y ss. Un estudio sobre las vinculaciones económicas de los medios de información en España, actualmente, y el proceso de concentración en curso, en E. BUSTAMANTE: *Los amos de la información en España*, Akal, Madrid, 1982. Por otro lado, hay también estudios empíricos que muestran claramente la determinación del contenido y de la forma de la información en los medios de comunicación social por la publicidad. Para la Inglaterra de los años 60, por ejemplo, ver R. WILLIAMS: *Los medios de comunicación social*, Península, Barcelona, 1974, págs. 35 y ss.

y desconocido para la originaria teoría liberal, que se refería solamente al aspecto activo de la expresión e información y para la que el derecho a estar informado podía entenderse como el simple reflejo de la actividad informativa (10).

A pesar de todo, el régimen jurídico actual de la prensa sigue siendo fundamentalmente liberal: aunque con algunas limitaciones, las leyes de los países democráticos protegen el derecho fundamental de los particulares como personas privadas a fundar y gestionar comercialmente empresas periodísticas.

2.3. Sin embargo, no ocurre así en el campo de la radio y la televisión, sobre todo en el de esta última, donde desde un principio se configuró en muchos países (sobre todo en el área europea) de acuerdo con el modelo de un servicio público monopolizado por el Estado. En la actualidad coexisten dos tradiciones distintas en el campo de los medios de comunicación social: una prensa fundamentalmente libre (es decir, de libre iniciativa privada) y una radio y televisión fundamentalmente intervenidas, en régimen de monopolio público. Esta reserva pública se da sobre todo para el medio televisivo: las características técnicas y financieras de la televisión, distintas a las de la prensa, y sus efectos sociales particularmente importantes, son los determinantes de esta distinción (11).

Veamos. Hemos dicho antes que, en la doctrina del liberalismo, los derechos humanos de que disfruta el individuo sólo tienen el límite impuesto por la protección de iguales derechos para los demás individuos. Al ejercicio de los derechos individuales no se le imponen originalmente límites sociales, como ocurrirá posteriormente en atención a los efectos sociales de su ejercicio, o en consideración a su función social (para los liberales la función social de la libre iniciativa privada siempre es positiva). Pero sí se le imponen los límites derivados del ejercicio simultáneo del derecho por parte de otros individuos.

Pues bien, en el caso de la radiodifusión, este límite primario fue una de las causas determinantes de las condiciones impuestas originalmente al ejercicio de la libertad de expresión. Si, en general, todo el mundo podía expresarse utilizando los medios a su alcance —al menos teóricamente—, no ocurría así en el campo de las ondas —ni siquiera teóricamente—, al ser técnicamente limitada la disponibilidad de frecuencias de emisión. Se ha dicho que la radio y la televisión son un monopolio natural. Una liber-

(10) Sobre tales aspectos renovadores de la concepción liberal de la libertad de prensa, ver J. L. MARTÍNEZ ALBERTOS: *La información en una sociedad industrial*, Tecnos, Madrid, 1981 (2.ª ed.), págs. 146 y ss.; J. M.ª DESAN: *La función de informar*, EUNSA, Pamplona, 1976; J. TERRÓN: *Libertad de expresión y Constitución*, en «Documentación Administrativa», núm. 187, 1980, páginas 201 y ss. En ellos se pueden encontrar más referencias bibliográficas.

(11) Una tipología de los distintos sistemas de regulación de los medios de comunicación social, en J. de ESTEBAN: *Por una comunicación democrática*, Fernando Torres, Valencia, 1976, págs. 96 y ss.

tad individual de tipo liberal conduciría aquí inevitablemente al disfrute del monopolio por los que llegan antes. Por ello, incluso una mentalidad liberal podía aceptar sin reservas una intervención estatal (de una forma u otra, con un alcance u otro, pero siempre no sólo técnico-administrativo) limitativa de la libertad, con el fin de asegurar las condiciones en que el ejercicio de la libertad es social y políticamente legítimo: pluralidad y competencia publicística.

A las condiciones técnicas se añadían las condiciones financieras, especialmente en el caso de la televisión. La inversión de grandes capitales para fundar una emisora y para mantenerla en funcionamiento convertía también su utilización en el privilegio de los que disponían de tales capitales.

Estas circunstancias contribuyen a la conversión de la libertad liberal de expresión mediante la radio y (sobre todo) la televisión, en libertad garantizada por prestaciones estatales, es decir, contribuyen a organizar la televisión como servicio público, a fin de impedir de esa manera el monopolio u oligopolio privado de este importante y poderoso medio de comunicación. Como no puede haber una ilimitada pluralidad de titulares del derecho a emitir por televisión, el llamado a ejercer el derecho es el Estado *en nombre* de la sociedad, un Estado que se considera como la encarnación y síntesis de la sociedad misma.

A esta intención de evitar el monopolio privado de la televisión como *medio* de comunicación, se añade, en la concepción específica de la televisión como un *servicio* público, el interés por utilizar su alcance social para realizar funciones educativas, culturales y, en general, promotoras de la defensa de valores colectivos (12). En ese sentido, la televisión se concibe como una instancia supletoria de lo que la iniciativa privada es incapaz de conseguir por sí misma, como una instancia capaz de orientar la vida social hacia metas que se consideran socialmente valiosas. La experiencia de los déficits sociales específicos del Estado liberal, y particularmente en el campo de los medios de comunicación social como la prensa, potencia la justificación de la reserva estatal de la radiodifusión y la televisión. Se confirma en este caso la evolución histórica experimentada por la teoría y la práctica de los derechos fundamentales en su conjunto desde su formulación a finales del siglo XVIII. Esta evolución está caracterizada, fundamentalmente, por la aparición de los llamados derechos sociales, económicos y culturales, la mayoría de los cuales llevan consigo la pretensión de exigir determinadas prestaciones estatales. Pero también por la limitación que sufren los derechos individuales clásicos en función de fines u objetivos sociales (el caso de la propiedad no es el único, aunque sí el más significa-

(12) Ver F. KÜBLER, *Rechtsvergleichender Generalbericht*, en M. BULLINGER-F. KÜBLER (comp.): *Rundfunkorganisation und Kommunikationsfreiheit*, Nomos, Baden-Baden, 1979, pág. 278.

tivo), y en general, por la creciente actividad que se espera y se exige de la Administración para hacer efectivos incluso los derechos más «privados» del individuo (como el derecho a la intimidad en una vivienda digna, por ejemplo) (13).

No es otra la razón del servicio público de la radiodifusión y televisión: intereses sociales y políticos que, no hay que olvidarlo, son los mismos que guiaban y legitimaban las reivindicaciones liberales. No hay aquí tampoco una ruptura con la tradición liberal de los derechos fundamentales. La modificación que éstos experimentan, incluida la modificación de la libertad de expresión, especialmente en el campo de la radiodifusión, responde a las intenciones expresadas por la burguesía liberal (14). Lo que ocurre es que, al ser incapaz la iniciativa privada por sí misma de realizar tales intenciones, al contrario de lo que en principio se pensaba, al no ser capaz de asegurar espontáneamente la responsabilidad pública a la que estaba llamada, el Estado se ve obligado a intervenir y hacerse cargo de la misma en régimen de servicio público (15).

2.4. Independientemente del juicio que merezca, desde el punto de vista de la historia del capitalismo, esta asunción por el Estado de las intenciones legitimadoras de la burguesía liberal, hay que decir que el servicio público de la radio y la televisión presenta graves problemas que han de ser afrontados a su vez por los críticos del liberalismo. El principal de ellos es la dependencia política. La recaída en una situación similar a la del Antiguo Régimen no parece nada deseable. La tutela por parte de la Administración corre el riesgo de ser tan unilateral como cualquier monopolio privado. La manipulación que el Gobierno tiende inevitablemente a hacer de la televisión desequilibra desfavorablemente los hipotéticos servicios formativos o culturales que puede prestar a la sociedad. Por ello es vital que el servicio público esté organizado democráticamente.

En la doctrina más solvente sobre los derechos fundamentales, el intervencionismo del Estado social exige una corrección o compensación mediante ciertos controles democráticos. Como se sabe, esta exigencia es lo que da origen a la doctrina del Estado social y democrático de derecho (16), para la cual las prestacio-

(13) Ver J. RIVERO: *Les libertés publiques* vol. 1, cit., págs. 108 y ss. También, sobre el mismo tema, las Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho, celebradas en Murcia en 1978: *Derechos económicos, sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos*, Universidad de Murcia, 1981; A. ROVIRA VIÑAS: *El abuso de los derechos fundamentales*, Península, Barcelona, 1983.

(14) J. HABERMAS: *Historia y crítica de la opinión pública*, cit., pág. 252.

(15) F. KÜBLER: *Medienverantwortung als Rechtsproblem. Überlegungen zum Funktionswandel der Grundrechte im Bereich der Massenkommunikation*, en W. HASSEMER y otros: *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, Nomos, Baden-Baden, 1982, pág. 111.

(16) Ver E. DÍAZ: *Estado de derecho y sociedad democrática*, Edicusa, Madrid, 1966 y sigs. eds.; P. LUCAS VERDÚ: *La lucha por el Estado de derecho*,

nes del Estado social han de ser orientadas y hechas efectivas mediante las suficientes garantías democráticas, a fin de evitar el autoritarismo y los abusos de poder en beneficio de cualesquiera intereses privilegiados. El monopolio estatal de televisión, concebido como servicio público, también ha de ser suficientemente independiente del Gobierno y ha de estar controlado democráticamente.

Hay distintas formas jurídicas de materializar la independencia y el control exigidos, pero no siempre en los Estados de tradición democrática se ha conseguido una radiotelevisión que responda plenamente a esos principios. Refiriéndonos al nuestro, recientemente se ha constitucionado el control democrático mediante el artículo 20.3 CE y la Ley de 10 de enero de 1980, que define el Estatuto de la Radiodifusión y Televisión. Sin embargo, nuestra televisión se caracteriza por una fuerte dependencia política del Gobierno: por un lado éste tiene la potestad de nombrar y destituir al máximo órgano directivo, el Director General (arts. 10 y 12 del Estatuto); y, por otro, el Consejo de Administración, que tiene ciertas funciones de control (art. 8) tiende a reproducir, por su composición (doce miembros elegidos por el Parlamento por mayoría de dos tercios entre personas de relevantes méritos profesionales —art. 7—) la correlación de fuerzas existente en el Parlamento que apoya al Gobierno en cada legislatura (17).

Esta dependencia ha motivado numerosas críticas, procedentes normalmente de las fuerzas de oposición y de los portavoces de grupos con fuertes intereses económicos en el campo de la industria y de las actividades publicísticas. Predominantemente, las críticas, que saltan a los mismos medios de difusión controlados por dichos grupos, tienden a denunciar el monopolio gubernamental, proponiendo una liberalización del servicio público o por lo menos la posibilidad de su gestión indirecta, como ocurre en el caso de la radio. Por otro lado, la evolución y el progreso de la técnica impulsa la fuerza y la frecuencia de las críticas, ya que hoy es posible conseguir una pluralidad prácticamente ilimitada de canales a través de la televisión por satélite y por cable, y los costes de instalación y de emisión han descendido apreciablemente, sobre todo para emisiones de menor alcance y pocas pretensiones. Esto haría incluso innecesario el servicio público, y asimilaría el panorama de la radiodifusión al de la prensa, en donde la intervención limitadora del Estado puede tolerarse en orden a evitar, sobre todo, la concentración del poder publicístico.

Diversos intentos políticos —frustrados hasta ahora— han acompañado a las críticas liberales. Entre ellos se cuentan incluso va-

Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975; A. ROVIRA VIÑAS: *El abuso de los derechos fundamentales*, cit.

(17) Un estudio jurídico-dogmático sobre el Estatuto de la radio y la televisión, en F. GONZÁLEZ NAVARRO: *Televisión pública y televisión privada*, Civitas, Madrid, 1982, págs. 25 y ss. También E. GOROSTIAGA: *El Estatuto de la radio y la televisión*, Madrid, 1982.

rias pretensiones de regulación legal, iniciadas por el Gobierno y por grupos de la oposición. La última de ellas es una Proposición de Ley Orgánica, relativa al ejercicio del derecho de libertad de expresión e información a través de la radiodifusión y la televisión, presentada por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados en enero de 1983 (18). Mediante esta proposición se pretendía regular el régimen jurídico de la gestión indirecta del servicio público de radio y televisión, acabando así con el monopolio estatal. Ya antes se había apelado varias veces, también sin éxito, al Tribunal Constitucional, para que éste declarase inconstitucional el monopolio u obligase a la Administración a disolverlo, todo ello sobre la base de la garantía constitucional de la libertad de expresión.

No obstante estos fracasos, el clamor por la reforma es insistente. Esta parece incluso inminente, si hemos de hacer caso a las voces de las máximas jerarquías del partido en el poder, que se han pronunciado públicamente en su favor. La reforma, sin embargo, habrá de contar con ciertos datos jurídico-constitucionales vinculantes, es decir, habrá de respetar la letra y el espíritu de la Constitución, tal como ha sido interpretada en este punto por el Tribunal Constitucional. En ese sentido, habrá de afrontar toda una serie de problemas cuya regulación insatisfactoria (o su falta de regulación), puede afectar al alcance que en el medio televisivo asuma la garantía constitucional de la libertad de expresión e información. Aludiremos a algunos de esos problemas, pero antes veamos qué dicen nuestra Constitución y nuestra jurisprudencia constitucional.

3. EL ART. 20 CE. SU TENOR LITERAL Y SU POSIBLE INTERPRETACION

3.1. Recordemos la expresión literal del artículo 20 en los apartados referentes a la organización de los medios de comunicación social:

«1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

(18) Ver el BOCG, Congreso de los Diputados, 8 de febrero de 1983, Serie B, Núm. 18-I.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.»

En principio, otros artículos de la Constitución pueden contribuir a apreciar el alcance de éste, ya que sólo en un contexto de relación mutua adquiere su pleno sentido cualquier texto o fragmento que quiera ser entendido. Entre ellos, el artículo 1.1, por el que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»; el artículo 9.2, según el cual «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»; el artículo 10.1, que consagra la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad; el 10.2, que propone las declaraciones internacionales de derechos ratificadas por España como modelo de interpretación de los derechos y libertades fundamentales. Por último, el artículo 38, que reconoce la libertad de empresa, y el artículo 128.2, por el que se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica y la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales. Además, como el artículo 20 se encuadra dentro de la sección 1.^a del capítulo 2.^o (Título I), a él le es aplicable lo que dispone el artículo 53 (dentro del mismo Título), en su apartado 1: «Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)» (sobre el recurso de inconstitucionalidad).

La lectura de estos artículos plantea graves problemas de interpretación. Unos y otros pueden ser alegados para defender versiones opuestas del sentido último de la libertad de expresión e información mediante la televisión, sentido último que puede vincularse, tanto a la tradición de corte liberal-individualista, como a la del Estado social e intervencionista. Es evidente que el artículo 20 concede a cada individuo la facultad inmediata de difundir hechos y expresar opiniones, y, en ese sentido, que protege direc-

tamente a cualquiera en el ejercicio de esa actividad frente a las intromisiones del poder (19). Pero, ¿protege también la facultad individual de fundar y gestionar económicamente una emisora, o puede reservarse el Estado tal monopolio económico, regulando democráticamente el acceso? En este último caso, ¿qué facultades podría tener el individuo ante ese monopolio y dentro de él? La constitución reconoce, ciertamente, que el Estado puede ser titular de ciertos medios de comunicación social, pero, ¿no es la televisión un medio tan importante como para no dejarla en manos del Estado, dada su propensión a la manipulación política?, ¿o hay que concluir, a la inversa, que por ser tan importante ha de estar en manos del Estado para salvarla de los riesgos que su comercialización lleva consigo y a los que hemos visto que ha sucumbido, en parte, la prensa? ¿Qué alcance puede tener, en definitiva, la intervención del Estado dirigida a regular el ejercicio del derecho?

En apoyo de una u otra tesis pueden ser barajados los anteriores artículos de la Constitución. Mayor claridad tampoco arrojan las declaraciones internacionales de derechos, formuladas con la misma ambigüedad (20), ni tampoco la tradición jurídico-constitucional de los Estados democráticos ni el Derecho comparado, que como decíamos antes, están marcados por profundas divisiones.

3.2. ¿Se puede extraer algo de los debates parlamentarios? Aunque la «voluntad del legislador» no sea vinculante, acudir a ella es un método legítimo de interpretación, que puede ayudar en la tarea de buscar argumentos que apoyen la atribución de uno u otro significado a la norma en cuestión (21).

(19) Las facultades concedidas por la Constitución son derecho directamente aplicable, sin necesidad del intermedio de una ley (Ver E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1979, pág. 102; J. de ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA: *El régimen constitucional español*, vol. 1, Labor, Barcelona, 1980, pág. 131; E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 72 y ss.).

(20) Ver, además del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, ya transcrito, el 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el 10. 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Respecto al último punto de este párrafo («El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa»), España hizo una reserva en el «Instrumento de ratificación», de 4 de octubre de 1979, por la que declaraba que interpretaba este punto «como compatible con un régimen que corresponde a la organización de la radiodifusión y televisión en España» (Ver A. TRUYOL: *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1982 (3.ª ed.), pág. 178).

(21) En el conjunto de los argumentos habrá que incluir también, como quiere el Título Preliminar del C. C. (art. 3.º, pár. 1.º), los que se derivan del conocimiento de la realidad social en el momento en que las normas se aplican. No basta quedarse en el plano de la ley, ya que ésta se puede ver de una forma diferente a la luz de su relación con la sociedad. Sobre el tema de la interpretación jurídica, mi libro: *Interpretación del derecho e ideología. Elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*, Universidad de Granada, 1978. Sobre la interpretación de las normas constitucionales, ver,

En los debates parlamentarios que presidieron la gestación del artículo 20 de la Constitución aparece expresamente contemplada la televisión. Virgilio Zapatero, por el Grupo Socialista, al defender en la «Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas» la inclusión en el artículo correspondiente del control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado (control parlamentario que no estaba previsto en el Anteproyecto de Constitución redactado por la Ponencia), presenta una enmienda *in voce* para que la televisión, especialmente, estuviese sometida «al control directo de los poderes públicos», y ello en cualquier caso, con independencia de «la polémica de si la televisión debe ser monopolio del Estado, o se debe permitir su privatización» (22). A esta enmienda se adhiere también el Grupo Comunista y la Minoría Catalana, pero es rechazada en votación para no prejuzgar un futuro debate político sobre «la posibilidad de tener otras cadenas de televisión», aparte de la estatal, como explica el representante de UCD (23).

Posteriormente, y sometido ya a debate el mismo artículo en el Pleno del Congreso, se aprueba en esta sede, con el apoyo de todos los grupos parlamentarios, la enmienda del Grupo Socialista que preveía el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado. No se reproduce en este momento la polémica sobre la alternativa televisión pública-televisión privada. Sólo algunos grupos levantan su voz contra la privatización de la televisión, con argumentos que tienden a poner de relieve el alcance político de este medio de comunicación social. Así, el Grupo Comunista (24), y también la Minoría Catalana (25).

Sin embargo, la enmienda adoptada deja efectivamente sin prejuzgar, como había querido UCD en la Comisión Constitucional, si la televisión habría de ser necesariamente un medio de comunicación social dependiente del Estado o podría permitirse su privatización. Dicha enmienda coincide prácticamente con la formulación literal del actual párrafo 3 del artículo 20. Hay una pequeña diferencia en cuanto al acceso a los medios de «los grupos sociales y políticos significativos», que en la enmienda eran «los distintos grupos sociales y políticos». Pero lo que en definitiva se pretendía, como se deduce de los debates parlamentarios, era impedir que estos medios fuesen mediatizados por el gobierno de turno. En esto están de acuerdo todos los grupos, que piensan especialmente en la radio y la televisión estatales, y que tratan de sustraer al gobierno en el ejercicio del poder el control sobre este medio de comunicación.

recientemente, A.-E. PÉREZ LUÑO: *La interpretación de la Constitución*, en «Revista de las Cortes Generales», núm. 1, 1984, págs. 82 y ss.

(22) *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, T. I, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, pág. 1084.

(23) *Ibid.*, pág. 1093.

(24) T. II, pág. 2078.

(25) *Ibid.*, pág. 2080.

Sometido a debate el artículo en la «Comisión de Constitución» del Senado, surge de nuevo la polémica en torno a la constitucionalización de la televisión. El Grupo Socialista intenta nuevamente añadir una frase al párrafo 3, que impidiese la privatización: «la televisión estará, en todo caso, sometida al control directo de los poderes públicos», argumentando, por un lado, que «este inmenso poder de la información de base electrónica constituye un poder social. Las capacidades de integración y de movilización democrática de la televisión son de tal entidad que exigen, imponen, una gestión política de carácter democrático. El poder de la información ha de ser un poder de todos y al servicio de la comunidad y, además, garantizado, por su naturaleza pública. La televisión no puede ser un instrumento por y al servicio del poder establecido» (26); y también, por otro lado, que «el poder de la información y el de la televisión es tal que pensamos que la propia Constitución se convierte prácticamente en papel mojado si la información está en manos privadas» (27).

Sin embargo, la enmienda es una vez más rechazada en votación, para evitar «la eliminación de toda posible competencia con una institución privada que pueda servir también al servicio público», en palabras del senador J. Azcárate, de la Agrupación Independiente. También interviene en contra de la enmienda el senador Jiménez Blanco, de UCD, quien argumenta que la pretensión del Grupo Socialista de que la información sea socializada «no se compatibiliza con el concepto de libertad, que es uno de los valores fundamentales o uno de los principios que la Constitución ha proclamado» (28). El tema no vuelve a surgir en los debates del Pleno del Senado, quedando zanjada la cuestión (29).

Así pues, está claro que la «intención del legislador» constitucional es en este caso la de no impedir una televisión privatizada, aunque también es cierto que todos coinciden en señalar el alcance político de la misma y su importancia para la constitución de un Estado democrático. Ahora bien, independientemente del valor vinculante de los debates parlamentarios, que nunca pueden ser más que un punto de referencia a la hora de extraer el «sentido objetivo» de la ley (como está reconocido hace ya mucho tiempo en buena teoría general del derecho), independientemente de su valor vinculante, digo, lo que no resuelven esos debates es la cuestión capital acerca de si una amplia o ilimitada

(26) López Pina, por el Grupo Socialista, T. III, pág. 3268.

(27) *Ibíd.*, pág. 3269.

(28) *Ibíd.*, pág. 3269.

(29) La valoración del rechazo de la enmienda es, lógicamente, contradictoria. Para J. Terrón, por ejemplo, da lugar a «una de las más graves omisiones que puedan advertirse en el artículo 20 de la Constitución» (*Libertad de expresión y Constitución*, cit., pág. 227). Santiago Varela lo valora, sin embargo, positivamente, en *Constitución, monopolio público y televisión*, «Revista del Departamento de Derecho Político» (UNED), núm. 6, 1980, páginas 37 y ss.

comercialización de la televisión supondría un atentado contra los principios básicos del Estado democrático. Esta es la verdadera cuestión a debatir, antes que la desgastada y estéril polémica sobre la alternativa televisión pública-televisión privada. Formalmente, no hay una prohibición explícita en la Constitución de la televisión privada, como tampoco la hay del monopolio público, que se da por supuesto en el artículo 20.3. La Constitución no impone un determinado modelo para este medio de comunicación social, de tal forma que a partir del artículo 20 la televisión se puede organizar de distintas maneras (30). Esto es lo que se deduce precisamente de un análisis de los debates parlamentarios, que indican la voluntad mayoritaria de no impedir, mediante ley ordinaria, la liquidación del monopolio público. Pero lo que está por ver es si, a la vista de las peculiaridades inherentes a un modelo de televisión ampliamente comercializada, este modelo sería compatible con el intento constitucional de construir un Estado social y democrático y de garantizar aquellas condiciones que lo hacen posible. Entre estas condiciones están, precisamente, las que forman uno de los presupuestos de una opinión pública libremente formada: una pluralidad cualitativa de los medios de comunicación, que impida los riesgos inherentes a la concentración y la unilateralidad.

Como veremos a continuación, es en este sentido en el que se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional.

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA ORGANIZACION DE LA TELEVISION

Sobre la materia a la que nos estamos refiriendo hay ya una jurisprudencia reiterada. Acerca de la televisión privada se han pronunciado dos sentencias fundamentales, aparte de otras que han recaído sobre aspectos colaterales del derecho a la libertad de expresión, relativos igualmente a la organización jurídica de la información a través de los medios de comunicación social. Vamos a referirnos directamente a estas dos sentencias, sin perjuicio de extraer de las otras aquellas ideas o sugerencias que puedan tener mayor relevancia para la cuestión que nos ocupa.

4.1. La primera Sentencia tiene fecha de 31 de marzo de 1982 (31). Mediante ella el T. C. desestima un recurso de amparo promovido en 1981 por la Sociedad mercantil «Antena 3, S. A.», sobre ejercicio del derecho a gestionar y explotar la transmisión de imágenes y sonidos a través de televisión. Esta sociedad había

(30) «Tanto el régimen de explotación privada como el de monopolio público caben en nuestro ordenamiento», afirmaron ya en 1980 J. de Esteban y L. López Guerra en su estudio sobre la Constitución española (J. de ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA: *El régimen constitucional español*, cit., pág. 169).

(31) Ver «Boletín de Jurisprudencia Constitucional», núm. 12, abril 1982, páginas 272 y ss.

solicitado del Ministerio de Cultura, en diciembre de 1980, una autorización administrativa para ejercer ese derecho en todo el ámbito nacional, solicitud que le fue denegada por silencio administrativo. La sociedad estima lesionado su derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20 de la Constitución, y pide al T. C. que ordene a la Administración «la inmediata autorización que sea pertinente para la plena efectividad del referido derecho».

Es importante constatar, como lo hace expresamente el Tribunal, que la Sociedad recurrente acepta la consideración de la televisión como un «servicio público esencial», tal como dispone el Estatuto de Radiodifusión y Televisión de 10 de enero de 1980. Es decir, admite la existencia de un interés público en el ejercicio de la actividad televisiva, que dota a la Administración de legitimidad para intervenir, regulando y controlando el ejercicio del derecho. Como dice T. Quadra-Salcedo (32), la impugnación de la reserva estatal hubiese sido difícil que prosperase a la vista del artículo 128 CE, por lo que el recurso se centra en recabar la gestión indirecta del mismo. Lo que la sociedad recurrente cuestiona es la existencia del monopolio o gestión directa de tal servicio público por el ente público RTVE, creado por el Estatuto de 1980, pretendiendo que su gestión pueda ser también indirecta a través de entidades privadas. No se reivindica aquí, por consiguiente, el reconocimiento de la inmediata efectividad de un derecho que pudiese ser ejercido desde su consagración constitucional, sino que desde el primer momento se insta a la Administración para que ejerza su función de tutela del interés público, aunque en este caso esa función se concrete en realizar una concesión.

El T. C. reconoce también esas competencias cautelares de la Administración como compatibles con el artículo 20 CE, pero incluso reconoce como compatible con dicho artículo el monopolio público creado por el Estatuto. Es más —y aquí radica la importancia de esta Sentencia cara a una posible reforma del régimen jurídico de la televisión—, establece algunas de las condiciones que el legislador ordinario habrá de tener en cuenta si decide dar vía libre a la televisión privada, cosa que, reconoce el Tribunal, no está tampoco prohibida por la Constitución.

Los fundamentos jurídicos de la Sentencia son una pieza importante para la interpretación del artículo 20 CE en lo referente a la libertad de expresión a través de televisión, una interpretación que tiene carácter vinculante para todos los poderes del Estado y que se convierte por ello en parte integrante de la misma Constitución, mientras ésta no cambie y el Tribunal no modifique sus puntos de vista.

¿Cuáles son esos fundamentos?

(32) Ver *La televisión privada y la Constitución*, en «Revista de Derecho Político» (UNED), núm. 15, 1982, pág. 65.

4.1.a) El T. C. recoge la tradicional vinculación entre el derecho a la libertad de expresión y la libre formación de la opinión pública. Para el T. C. la expresión pública de la opinión no sólo es un derecho que surge de la dignidad de la persona humana como tal, sino que tiene un alcance político inmediato por ser la vía de formación de la opinión pública. De ahí que haya de someterse a las exigencias políticas derivadas de una forma de Estado (social y democrático de derecho) que se dice al servicio, precisamente, de esa misma persona humana y sus derechos, como vimos en las páginas anteriores y vemos también reconocido en el artículo 10.1 de nuestra propia norma fundamental. Sin olvidar, por consiguiente, el carácter «humano» del derecho, lo que prima es el carácter «político» del mismo. Veamos hasta qué punto.

Citando una Sentencia anterior del mismo Tribunal sobre la libertad de comunicación e información, de 16-3-81, en esta ocasión afirma nuevamente el T. C. que «el artículo 20 de la Constitución, tomado en su conjunto y en sus distintos apartados, constituye una garantía de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huera las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de libertad democrática que enuncia el artículo 1, apartado 2, de la Constitución y que es la base de nuestra organización jurídico-política» (33).

También como en la Sentencia anterior, el T. C. afirma que las libertades de expresión e información son derechos de libertad frente al poder, comunes a todos los ciudadanos. Es decir, como en el pensamiento liberal clásico, garantizan una esfera de actuación del individuo libre de intromisiones de la Administración y exenta de trabas por parte de los poderes públicos. Derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. Es lógico si lo que se pretende es que surja una opinión pública capaz de controlar/legitimar el ejercicio del poder.

Asimismo, y esto forma parte ya de las aportaciones específicas de esta Sentencia, «no hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible» (34). La libertad de empresa acompaña, por tanto, a la libertad de comunicación pública.

Hasta aquí no se sale el T. C. de la concepción tradicionalmente consagrada por la ideología liberal sobre la libertad de prensa. La libre iniciativa privada en el campo de la comunicación social vehiculiza una pluralidad de voces y opiniones capaz de funcionar como uno de los medios más importantes para ejercer el control político. También cuando el Tribunal comienza a hablar de los límites de la iniciativa privada lo hace desde los supuestos de la misma ideología liberal de la que parte: «El derecho de

(33) BJC 12/1982, págs. 278 y 279. Ver también BJC 2/1981, pág. 132.

(34) BJC 12/1982, pág. 279.

crear soportes o instrumentos de comunicación, lo mismo considerado en general que considerado como derecho referido a cada uno de los posibles instrumentos o soportes, presenta indudables límites. Se encuentra entre ellos la necesidad de no impedir un igual ejercicio de los mismos derechos por los demás ciudadanos, de manera que la creación de un medio o soporte de difusión no debe impedir la creación de otros iguales o similares» (35). Se refiere el Tribunal a la conocida escasez tecnológica de frecuencias disponibles para emitir por televisión. Esta escasez tecnológica determina una «tendencia oligopolística» contraria al pluralismo pretendido mediante la consagración de la libertad de expresión e información. Sólo si puede ser ejercido por cualquiera, el derecho a la libertad de comunicación pública alcanza su pleno sentido, como ocurre con la prensa.

No es, pues, solamente que la tendencia oligopolística de la que habla el T. C. sea contraria al principio de justicia y a la igualdad de oportunidades, convirtiendo el derecho de todos en el privilegio de los que llegan antes, sino que dicha tendencia oligopolística ha de ser evitada, sobre todo, por ser contraria a la finalidad perseguida por el derecho: la libre formación de la opinión pública. Si esa pluralidad puede ser conseguida de alguna manera también en una televisión privatizada, es decir, una pluralidad suficiente que sea expresiva en el plano comunicativo del pluralismo realmente existente en la sociedad, incluyendo sus aspectos dinámicos o evolutivos, entonces el obstáculo tecnológico no implicaría un obstáculo constitucional. Este es realmente el parecer del T. C., cuando al final de la Sentencia habla de que la televisión privada «es una decisión política que puede adoptarse, dentro del marco de la Constitución, (...) siempre que, al organizarla, se respeten los principios de libertad, igualdad y pluralismo como valores fundamentales del Estado, de acuerdo con el artículo 1.º de la Constitución, sea como resultantes de las relaciones del conjunto, sea como factores operantes *dentro de cada uno de los establecimientos que actúen en el medio...*» (36).

4.1.b) Ahora bien, hasta tanto no adopte el legislador la decisión de privatizar la televisión, su configuración como un servicio público, tal como lo hace el Estatuto vigente, es perfectamente constitucional («aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro orden jurídico político, se encuentra dentro de los poderes del legislador») (37). Y no sólo su calificación como servicio público, sino también la gestión directa del mismo por parte de un organismo público, es decir, su gestión en régimen de monopolio estatal («adoptar el sistema de gestión indirecta del servicio público requiere una decisión del legislador y un desarrollo legislativo que este Tribunal no puede suplir») (38).

(35) *Ibíd.*

(36) *Ibíd.* (subrayado mío).

(37) *Ibíd.*

(38) *Ibíd.* En contra, el Magistrado F. Rubio Llorente, en voto particular

Evidentemente, calificar la televisión como servicio público es algo más que concebirla como un simple medio de comunicación social. El T. C. acepta la calificación que hace en ese sentido el Estatuto de 1980 en su artículo 1.2, y la aclaración contenida en el preámbulo de dicha Ley, en el que se concibe a la televisión (también a la radio) como «vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones, así como medio capital para contribuir a que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, con especial atención a la protección de los marginados y a la no discriminación de la mujer».

Definir la televisión como servicio público lleva aparejados toda una serie de principios y fines vinculantes para la actividad televisiva, que expresan aquellos valores políticos, sociales y culturales que al legislador le interesa promover a través de la misma. La eficacia social de la televisión puede ser aprovechada en ese sentido, y eso es lo que tradicionalmente han hecho la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos. Así, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional de la República Federal de Alemania sobre el mismo tema consagra la televisión como un elemento clave en la formación de la opinión pública («factor» de la opinión pública es el término utilizado, contrapuesto a la simple calidad de «medio» de comunicación social), y la doctrina en aquel país está de acuerdo en extraer las consecuencias normativas pertinentes de esa cualidad, consecuencias normativas que atañen tanto a la estructura organizativa (pluralista e independiente del Estado), como a la misma actividad publicística realizada (guiada por el equilibrio, la objetividad, la consideración mutua, y otros valores como la paz, la libertad, el entendimiento entre los pueblos, etcétera) (39).

El servicio público de la televisión tiene unas mayores exigencias en orden a la promoción de valores sociales y culturales que la simple vinculación de la libertad de expresión a la libre forma-

(págs. 280 y ss.). También en sentido crítico se pronuncia F. González Navarro, quien se muestra desagradablemente sorprendido por la Sentencia en una nota complementaria añadida a su libro *Televisión pública y televisión privada*, cit., en el que había atacado la constitucionalidad del monopolio público.

(39) Sobre la ordenación jurídica de la televisión en la República Federal de Alemania, se puede ver P. LERCHE: *Landesbericht Bundesrepublik Deutschland*, en M. BULLINGER-F. KÜBLER (comp.): *Rundfunkorganisation und Kommunikationsfreiheit*, cit, págs. 15 y ss. Sobre la jurisprudencia constitucional acerca de la televisión en Alemania hay un trabajo mío en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, núm. 4, 1984 (en prensa): *La libertad de expresión e información y la ordenación jurídica de la televisión: el ejemplo alemán*. Ver también una exposición de la jurisprudencia constitucional alemana (e italiana) sobre la televisión privada en F. SAINZ MORENO: *La regulación legal de la televisión privada en la jurisprudencia constitucional*, «Revista española de Derecho Constitucional», vol. 1, núm. 2, 1981, págs. 159 y ss.

ción de la opinión pública. Con la televisión como servicio público se trata también de contribuir a la formación de aquélla, pero intentando además orientarla en función de ciertos valores que se consideran deseables, o intentando compensar los huecos no suficientemente cubiertos por la concurrencia de iniciativas individuales. Es la corrección del individualismo liberal en función de intereses generales, tal como veíamos también en páginas anteriores. En la concepción de la televisión como servicio público «el individuo no es tratado como emisor, sino como receptor y a la vez como mediatamente afectado, en cuanto que su existencia depende del mantenimiento y de la renovación permanente de las valoraciones que dan la medida del nivel de la civilización. El cuidado de los fundamentos espirituales y morales de la comunidad es una tarea del Estado y de sus instituciones; a la vista del compromiso objetivo, relativo a la programación, que se desprende de ello, el monopolio radiotelevisivo estatal, igual que la educación estatal o la promoción estatal del arte, no necesita ninguna justificación complementaria como la que se deriva, por ejemplo, de la escasez de frecuencias o de las especiales exigencias de financiación» (40).

Sin embargo, entre nosotros este servicio público no está impuesto como tal en la Constitución, ni tampoco en el plano de la jurisprudencia del T. C., que hasta ahora únicamente lo acepta como compatible con aquélla, sino en el plano de la legislación ordinaria, como es el Estatuto de 1980. De la Sentencia que estamos comentando se desprende implícitamente que el legislador podría cambiar o suprimir la calificación de la televisión como servicio público, pero esta es una cuestión sobre la que habría que andar con más cautela de la exigida en esta Sentencia, donde «la calificación de la televisión como servicio público, que consagra el artículo 1.º de la Ley 4/1980, no está cuestionada» (41), cautela impuesta por la combinación del alcance sociopolítico de la televisión y los principios constitucionales de un «Estado social y democrático de derecho» (42). Con sólo suponer esta cautela atribuir a la Constitución las exigencias derivadas de la cualidad de servicio

(40) F. KÜBLER: *Rechtsvergleichender Generalbericht*, cit., pág. 278.

(41) BJC 12/1982, pág. 279.

(42) Artículo 1. 1, CE. El mismo F. Rubio Llorente, en su voto particular, sostenía que «no es en modo alguno contraria a la Constitución la declaración de que la televisión es, por su naturaleza propia, un servicio público, e incluso hay buenas razones para sostener que una declaración de este género viene exigida por la Constitución» (BJC 12/1982, pág. 281). A mayor abundamiento, hay una Sentencia posterior, de 23-12-82, en la que se afirma que los derechos que consagra el artículo 20 CE no son de *prestación*, sino que se traducen en *libertades* para el ciudadano, por lo que su efectividad no requiere que existan medios de prensa dependientes del Estado. Otro es el caso de la radio y especialmente de la televisión, que es el ámbito para el que la Constitución alude a la presencia del Estado, como demuestran las deliberaciones parlamentarias, «dado sin duda el mayor poder de penetración de este medio y las posibilidades limitadas de su extensión» (BJC 1983-21, pág. 22). En contra, el voto particular del Magistrado M. Díez de Velasco,

público de la televisión, la jurisprudencia del T. C. respondería plenamente a la evolución histórica de la concepción acerca del derecho a la libertad de expresión e información.

4.1.c) Con todo, el servicio público de la televisión puede ser gestionado indirectamente, por los particulares. Este es el «punto neurálgico» de la Sentencia, y esto es lo que solicita la Sociedad «Antena 3, S. A.». Pero esto, como hemos dicho antes, es algo que requiere, según el T. C., una decisión del legislador que el Tribunal mismo no puede imponer (43). En cualquier caso, el T. C. se cuida de expresar las condiciones que entiende implicadas en la Constitución para la organización de la televisión privada: «siempre que, al organizarla, se respeten los principios de libertad, igualdad y pluralismo, como valores fundamentales del Estado de acuerdo con el artículo primero de la Constitución, sea como resultantes de las relaciones del conjunto, sea como factores operantes dentro de cada uno de los establecimientos que actúen en el medio, ya que la preservación de la comunicación pública libre, sin la cual no hay sociedad libre, ni soberanía popular, no sólo exige la garantía del derecho de todos los ciudadanos a la expresión del pensamiento y a la información, sino que requiere también la preservación de un determinado modo de producirse de los medios de comunicación social, *porque tanto se viola la comunicación libre al ponerle obstáculos desde el poder como al ponerle obstáculos desde los propios medios de comunicación*. Por ello, teniendo presente que el pluralismo político se encuentra erigido en uno de los valores fundamentales del Estado de Derecho que la Constitución crea y organiza, podemos decir que para que los medios de comunicación se produzcan dentro del orden constitucional tienen ellos mismos que preservar el pluralismo» (44).

Aunque no concrete demasiado, el T. C. es lo suficientemente explícito como para exigir de una manera indudable que la ley reguladora de la televisión privada no podrá dejar la puerta abierta al monopolio, al oligopolio o a la concentración por una u otra vía «de los establecimientos que actúen en el medio». Se exige pluralismo, sea externo, o interno a la institución. O bien habrán de funcionar distintas emisoras que reflejen el pluralismo social existente, o bien ese pluralismo social existente habrá de operar dentro de cada uno de los establecimientos, si es que sólo se permite la existencia de uno o de muy pocos.

De aquí es de donde tiene que partir toda posible reforma del Estatuto vigente, y con arreglo a esto ha de ser enjuiciada incluso la constitucionalidad del mismo Estatuto, cuestión que no

quien sostenía precisamente que el artículo 1.1 CE exige extender la *prestación* estatal a otros medios de comunicación social (Ibíd., págs. 23 y ss.).

(43) No habría, por consiguiente, un derecho fundamental a la gestión indirecta del servicio público (T. QUADRA-SALCEDO: *La televisión privada y la Constitución*, cit., págs. 64 y ss.).

(44) BJC 12/1982, págs. 279 y 280 (subrayado mío).

se plantea en este momento, pero que es posible plantear seriamente a la luz de esta Sentencia.

Antes de entrar en ello, conviene completar el análisis de la jurisprudencia del T. C., que como dijimos antes, es reiterada.

4.2. En efecto, la segunda Sentencia sobre la televisión, de fecha 7 de diciembre de 1982, deniega nuevamente un recurso de amparo, presentado esta vez por una persona individual contra presuntas resoluciones del Ministerio de la Presidencia en que se desestimaba, por silencio administrativo, el pretendido derecho fundamental del recurrente a comunicar libremente información veraz por medio de televisión.

El recurrente había solicitado de la Administración autorización para la instalación de transmisores de televisión y que se le señalaran las frecuencias y potencias en que podía trabajar, ya que pretendía lograr la cobertura del territorio nacional combinando las ondas electromagnéticas y la cabledifusión. El recurrente alegaba ahora ante el Tribunal que la televisión es un medio para expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones, y que su libre utilización está protegida por la Constitución en igualdad de condiciones con la prensa escrita. Aportaba además informes técnicos que según él avalaban la superación de la limitación tecnológica existente en épocas anteriores. Así pues, por exigencias del pluralismo no podría mantenerse ya el monopolio de la sociedad estatal TVE, por lo que el Estatuto de 1980, creador del monopolio, habría de ser declarado inconstitucional, ya que impedía el ejercicio de uno de los derechos constitucionales aplicables sin necesidad de esperar el desarrollo de ninguna reglamentación.

Como vemos, se produce en este momento una novedad, en principio importante, con respecto al caso anterior, a pesar de que apenas han transcurrido cinco meses desde que recayó la decisión del T. C. sobre la pretensión de la Sociedad Antena 3. La novedad es que aquí se pretende utilizar la cabledifusión y se da por supuesto que ésta ofrece posibilidades ilimitadas de emisión simultánea. Además de las alegaciones del recurrente, así lo atestiguan determinados informes recabados a la Administración durante el proceso, y así lo reconoce el mismo T. C. en los fundamentos jurídicos de la Sentencia (45). Por otro lado, tampoco se parte aquí de la aceptación del servicio público, sino que se pretende lisa y llanamente el ejercicio de un derecho fundamental del individuo que se estima suficientemente garantizado en la Constitución.

En dichos fundamentos jurídicos, el T. C. parece darle la razón al recurrente, ya que comienza resumiendo los aspectos más liberales de la doctrina sentada en la Sentencia anterior, recordando que si el caso de Antena 3 fue rechazado se debió a que ésta no solicitaba autorización para emitir por cable, y al

(45) BJC 1983-21, pág. 39.

ser de ámbito nacional la emisión pretendida, ello hubiese supuesto una limitación para el pluralismo. Esa limitación se presume superada en el caso actual, y a pesar de ello el Tribunal deniega el recurso. ¿Por qué? Porque no basta con que ese pluralismo exista teóricamente, como una posibilidad, sino que es necesaria una Ley que lo asegure organizativamente y resuelva los problemas implicados en dicha organización. Así, dice el T. C., para la implantación de la televisión privada, «en todo caso deben ser respetados los principios de libertad, igualdad y pluralismo político, como valores fundamentales del Estado. Y este último argumento, el de la necesidad de una Ley orgánica que exprese, dentro del marco de la Constitución, la decisión política de instituir la llamada «televisión privada», debe ser reiterado en esta ocasión por nosotros en su pleno alcance de generalidad, ya que sólo esta Ley podrá considerar el conjunto de los problemas suscitados y darles una solución armónica» (46).

Mientras esta ocasión no llegue, no podrá hacerse uso del derecho a la libertad de expresión a través de televisión de una manera individual, sino sólo en las formas constitucional y legalmente previstas a través del monopolio estatal. La doctrina habla en estos casos de libertad «institucional», porque es la libertad de la institución en su conjunto la que queda garantizada. Por ello hay que insistir en que si la libertad de expresión a través de televisión no es un derecho individual, habrá de ser forzosamente una libertad de tipo institucional, o no habrá libertad en absoluto. Es decir, la expresión de hechos, ideas y opiniones por medio de la televisión, en este caso de la «única» televisión existente, ha de estar garantizada como libre e independiente. Libre con respecto al Estado (incuyendo al partido o partidos que ejercen el poder en los aparatos del Estado) y también con respecto a cualquier grupo que pueda ejercer sobre ella una influencia decisiva. Ello se traduce en que la televisión pública ha de recoger, en su organización y en su funcionamiento, un repertorio plural de influencias y orientaciones, y ha de estar abierta a toda la complejidad de la estructura social, sin que el Gobierno pueda instrumentalizarla en función de sus propios objetivos. Estos son los criterios que inspiran la interpretación del T. C. respecto a la garantía de la libertad de expresión mediante la televisión, como hemos visto en las dos sentencias comentadas.

¿Responde a ello el Estatuto de 1980? Dejemos para otro momento la cuestionable constitucionalidad del mismo desde este punto de vista, por permitir una poderosa influencia del Gobierno sobre el medio, como vimos anteriormente. Esta sospecha de inconstitucionalidad se diferencia, obviamente, de la denuncia de inconstitucionalidad contra el monopolio público como tal, planteada y resuelta definitivamente por el T. C. en esta última Sentencia.

(46) *Ibíd.*, pág. 39.

cia (47). Centrémonos ahora en la problemática de una posible reforma del Estatuto que dé paso a una gestión indirecta del servicio público.

5. PROBLEMATICA DE LA TELEVISION PRIVADA CON BASE EN EL ARTICULO 20 CE

5.1. Una reforma del Estatuto vigente ha de partir de esta jurisprudencia constitucional. Ha de incorporar, por tanto, los principios de libertad, igualdad y pluralismo, «sea como resultantes de las relaciones del conjunto, sea como factores operantes dentro de cada uno de los establecimientos que actúen en el medio» (48).

Como dije antes, o bien se organiza un modelo de pluralismo externo, o bien un modelo de pluralismo interno (49). El primero se caracteriza por la existencia de distintos organizadores, que emiten más o menos simultáneamente para un mismo espacio geográfico, y que ofrecen una variedad suficiente de tendencias publicísticas o ideológicas, cualitativamente diversas y globalmente equilibradas. El segundo se caracteriza por resolver el problema del pluralismo en el interior de una estructura organizativa única, que acoge en sus órganos de control y de gestión a una variedad suficiente de grupos y fuerzas sociales, representativas de distintas tendencias políticas, sociales y culturales. El pluralismo social realmente existente queda integrado bajo un mismo techo, con posibilidades de influir eficazmente en la programación a través del nombramiento del personal directivo. Su resultante viene a ser una televisión más o menos neutral, lo que no quiere decir aséptica y anodina, sino caracterizada por su apertura a una multiplicidad de orientaciones, en función de la correlación de fuerzas existente en su seno en cada momento. El equilibrio sería resultado de la estructura organizativa y de una distribución de responsabilidades de programación más o menos autónomas, incluyendo modalidades de cogestión e independencia profesional, ya que es dudosa la

(47) En contra de la constitucionalidad del Estatuto por este motivo se habían pronunciado ya algunas voces en la doctrina, antes de plantearse expresamente ante el T. C. Así, por ejemplo, además de F. González Navarro, ya citado en el comentario a la Sentencia anterior, Santiago VARELA: *Constitución, monopolio público y televisión*, cit., y F. SAINZ MORENO: *La regulación legal de la televisión privada en la jurisprudencia constitucional*, cit., página 209.

(48) BJC 12/1982, pág. 279. Aquí haré referencia sólo a algunos problemas relacionados con estos principios filosófico-jurídicos vinculantes, sin entrar a discutir los pormenores técnico-jurídicos que una ley sobre la televisión privada debe contemplar necesariamente.

(49) Similares requisitos establece la jurisprudencia constitucional alemana para el desarrollo de la televisión privada en aquel país, sobre todo en la Sentencia de 16-6-1981, siendo bastante exigente en cuanto a las condiciones en que se debe concretar ese pluralismo externo. Ver mi trabajo *La libertad de expresión e información y la ordenación jurídica de la televisión*, cit.

consecución de ese equilibrio por la vía de su simple imposición como principio de la programación.

Cada uno de estos modelos, considerado aisladamente, tiene sus ventajas e inconvenientes, y en función de la valoración que se haga de ellos puede ser preferido uno u otro. No vamos a entrar en ello, ya que ambos son admisibles constitucionalmente y no disponemos del espacio suficiente.

También es posible concretar un modelo mixto, en el que se combinaran formas de pluralismo interno y externo. Pero es dudoso que con la existencia de una televisión de pluralismo interno bastase para no preocuparse del número y calidad de las otras, ya que la igualdad y el pluralismo, es decir, el equilibrio podría quedar fuertemente descompensado en una u otra dirección si no se adoptan las debidas precauciones.

Los peligros que acechan al pluralismo televisivo están vinculados a las apetencias de la Administración, por un lado, y a las apetencias comerciales, por otro. Los puntos claves sobre los que tienden a actuar esas apetencias son dos: la organización y la financiación. Una regulación defectuosa de alguno de ambos puntos puede violentar el artículo 20 de la Constitución, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Veámoslo más despacio.

5.2. El peligro fundamental de las televisiones públicas es su dependencia del Estado, que las convierte en un aparato estatal ocupado por las fuerzas actuantes en el interior de los restantes aparatos del Estado. Este peligro se agrava cuando las fuerzas que ocupan el ente televisivo son las que controlan también el Ejecutivo. Si el Director General es designado y removido por el Gobierno, y los órganos de control no tienen poder de decisión sobre el nombramiento del personal directivo, quedando éste también al criterio del Gobierno, directa o indirectamente, entonces la televisión sufrirá una dependencia estructural u orgánica respecto del poder gobernante, por muy objetivos que sean los principios a los que quiera vincularse su función. La libertad de expresión —libertad con respecto al Estado— quedaría contradicha. Tampoco lograría contrarrestar decisivamente esa dependencia la aparición ocasional en la pantalla de los grupos sociales y políticos significativos, con derecho a expresarse como tales. La influencia sobre la opinión pública la ejerce la televisión de una manera mucho más sutil e indirecta que a través de la propaganda que cada grupo pueda hacer de sus ideas y opiniones. Es en los espacios informativos, culturales y, sobre todo, de entretenimiento donde se ofrece una «visión del mundo» peculiar que actúa sobre los estratos más profundos de la personalidad, por encontrar una predisposición más inconsciente y pasiva del receptor, especial-

mente del receptor más ingenuo (50). Por ello, es la programación en su conjunto la que no debería ser controlada por el Gobierno. La dependencia a que aludimos sólo podría ser contrarrestada si los grupos sociales y políticos significativos tienen un control efectivo de la programación a través de sus competencias sobre el nombramiento y destitución del Director General y del personal responsable de las emisiones.

También puede ser creada una dependencia de la Administración si la financiación de la televisión pública se realiza, exclusivamente o en una proporción decisiva, a través de los presupuestos del Estado. Una televisión incómoda para el poder tendría siempre cercano el riesgo de su estrangulación financiera. Este peligro no debe ser subestimado, aún cuando teóricamente, la misma televisión pudiese ejercer una cierta oposición y denuncia, ante la opinión pública, de ese riesgo. Una manera practicable hoy por hoy de contrarrestar esta dependencia financiera sería combinando los presupuestos del Estado con los ingresos procedentes de la publicidad y de tasas especiales de tenencia de receptores. Cargar todo el peso en la publicidad es tan poco recomendable como basar la financiación en las tasas de tenencia. La publicidad crea una dependencia específica, de la que enseguida hablaré, y entre nosotros las tasas no lograrían probablemente cubrir las necesidades de una televisión de calidad.

Lo que decimos de la televisión pública también puede ser aplicable a cualquier monopolio de gestión privada. El pluralismo interno habrá de ser defendido también aquí de los riesgos procedentes de la voluntad de un grupo empresarial cualquiera de imponer «su» política de personal y/o «su» política de financiación de la programación. Lo que ocurre es que los intereses del pluralismo pueden no ser coincidentes con los intereses del capital, pero eso es algo que tendrá que valorar y decidir el propietario del capital.

5.3. Si lo que se pretende es dar paso a un pluralismo externo, es evidente que entonces el peligro de una dependencia del Gobierno es menor, si es que hay suficientes establecimientos privados que puedan competir entre sí en igualdad de condiciones. La existencia entre ellos de una televisión estatal no sería problema, si se le dota de las condiciones requeridas para que en la práctica funcione como una más entre las otras.

En este caso del pluralismo externo, el peligro procede sobre todo de la dependencia que se puede originar con respecto a un organizador o grupo reducido de organizadores, sea a través de la estructura u organización, sea a través de la financiación. Por cualquiera de estos caminos quedaría contradicho el pluralismo.

(50) Sobre la influencia social de la televisión, ver J. de ESTEBAN: *Por una comunicación democrática*, cit., págs. 55 y ss.; M. MARTÍN SERRANO: *La influencia social de la televisión*, en «Revista Española de Investigaciones Sociológicas», números 16 y 17, 1981 y 1982.

Este peligro es todavía más real e indudable en el caso de una pluralidad de televisiones *comerciales*, movidas por espíritu de lucro y financiadas a través de la publicidad (51).

Efectivamente, el mercado no es el mejor medio para regular la variedad y competencia publicísticas, que es lo que se pretende al exigir el pluralismo. La competencia comercial lleva consigo la tendencia imparable a la concentración de la oferta, conseguida mediante el desplazamiento del mercado de los más débiles económicamente, y la fusión e interconexión de establecimientos televisivos. A pesar de toda la variedad de televisiones privadas en USA, sólo existen tres grandes cadenas que se reparten el mercado, y en Italia el proceso de concentración se ha impuesto en los últimos años a un ritmo acelerado. Ello es obvio si pensamos en los elevados costes de la producción de programas, que hace que éstos busquen un elevado número de consumidores para la publicidad a través de la que se financian, una publicidad que se cotizará más cara cuanto más amplia sea la audiencia televisiva (52).

Pero la concentración de la oferta también se produce, por efecto del mercado de la publicidad, debido a otros motivos al margen de la concentración de los establecimientos o empresas publicísticas. Se produce, fundamentalmente, por imperativo de la lógica publicitaria, que hace que se coticen mejor (es decir, que se impongan en el mercado) aquellos programas aptos para ser consumidos por un gran público sin matices, homogéneo en sus gustos y preferencias, tendente a adoptar actitudes próximas a la pasividad y el conformismo, e inclinado, en muchos casos, a la hostilidad frente a las minorías y las experiencias innovadoras en el campo artístico y cultural.

En este sentido, un pluralismo de emisoras comerciales es un pluralismo ficticio, real quizá en cuanto al número, pero no verdaderamente en cuanto a la cualidad de lo que a través de la televisión puede ser comunicado y expresado. Un sistema de televisiones comerciales tenderá a hacer enmudecer a una gran parte de los grupos y fuerzas sociales, que, o se pliegan a la dinámica del mercado o están condenados a la asfixia económica.

(51) También se pueden financiar a través de un sistema de venta directa de los programas al consumidor, ya sean programas aislados o mediante abono a una cadena cualquiera. Este es el sistema conocido como *Pay TV*, existente en algunas zonas de EE.UU. Tampoco parece practicable esta modalidad de televisión comercial entre nosotros, dadas las características de nuestro mercado. Y aunque sí lo fuese, este sistema vendría desaconsejado por dirigirse específicamente a un sector de la población con la suficiente capacidad de desembolso económico, lo que iría en contra del principio de igualdad de oportunidades.

(52) Sobre las características de la televisión en EE.UU, sus interconexiones, y su dependencia del mercado de la publicidad, hay un excelente estudio de W. HOFFMAN-RIEM: *Kommerzielles Fernsehen. Rundfunkfreiheit zwischen ökonomischer Nutzung und staatlicher Regelungsverantwortung: das Beispiel USA*, Nomos, Baden-Baden, 1981.

Por otro lado, la necesidad de buscar productos a bajo coste y de fácil venta lleva también a las televisiones comerciales (aunque esto también es propio de todas aquellas, comerciales o no, que disponen de pocos recursos económicos) a buscar su suministro en las grandes empresas productoras y distribuidoras de programas, generalmente multinacionales, capaces de vender a precios más accesibles. Se produce así una dependencia cultural, tanto más irritante cuanto más sensible es la conciencia de la propia identidad nacional. En esas condiciones, la calidad de servicio público queda también desfavorablemente afectada (53).

5.4. ¿Resuelve un modelo mixto el problema del pluralismo, es decir, un modelo en el que coexiste una televisión estatal con una o varias privadas de carácter comercial? Podría pensarse que en dicho sistema la televisión estatal sería suficiente para cubrir los déficits específicos de la comercial, es decir, sería la sede que acogería predominantemente las inquietudes culturales, las aspiraciones educativas y formativas, además de las orientaciones más minoritarias o marginales. La televisión comercial, por su parte, podría dedicarse a lo suyo, orientándose predominantemente por el mercado. Al mismo tiempo, actuaría de constante acicate, produciéndose así una saludable competencia que conduciría en definitiva a mejorar la variedad y calidad del producto final. En suma, una vez cubiertas las necesidades sociales del servicio público y las exigencias del pluralismo, la TV comercial se justificaría por actuar como un medio de comunicación complementario de la estatal y en competencia con ella.

Esta solución es en principio atractiva, pero habría que adoptar las medidas oportunas para que la competencia sea eficaz y saludable, y no caiga la TV estatal, ni en la órbita de la comercialización ni en la órbita del Gobierno. Porque este es el peligro del sistema mixto en que compiten una televisión estatal y una comercial: que la primera se haga demasiado estatal o demasiado comercial, con lo cual el equilibrio pluralista quedaría gravemente dañado.

Es decir, para que la televisión estatal pueda cumplir un papel social y esté en condiciones de competir, ha de dotarse de medios económicos suficientes, tan suficientes como los de la privada. Y para ello habrá de evitar caer en la dependencia financiera del Gobierno, vía presupuestos del Estado, y en la dependencia del mercado, vía publicidad. Otros países han ensayado con éxito el sistema predominante del canon o tasa de tenencia, lo que les asegura una fuente de ingresos importante e incondicional. Aquí no es muy probable que ese sistema se pueda imponer desplazando

(53) Además del libro citado en la nota anterior, otras muestras de escepticismo frente a la televisión comercial pueden verse en B.-P. LANGE: *Kommerzielle Ziele und Binnenpluralistische Organisation bei Rundfunkveranstaltern*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt M., 1980; W. SCHMIDT: *Die Rundfunkgewährleistung*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt/M., 1980.

decisivamente los otros. Lo más factible sería una combinación de las tres fuentes de ingresos mencionadas, pero cuidando de no hacer depender la televisión pública de manera importante, ni de los presupuestos, ni de la publicidad. En caso contrario, siempre correría el riesgo de venderse para poder competir.

Se trataría, en definitiva, de potenciar una televisión pública independiente y fuerte, pluralista y competitiva, que quedara al margen de los vicios propios de una vinculación al Gobierno y/o al mercado. Si esto es difícil de conseguir junto a una televisión privada comercial, habría que hacer entonces a ésta menos privada y menos comercial, a fin de que no sea el mercado de la publicidad el llamado a decidir sobre la efectividad del derecho de todos a expresarse libremente. Sin entrar en detalles, esto se podría conseguir mediante una intervención del legislador tendente, entre otras cosas, a limitar la publicidad, a imponer una gestión cuasi pública con un control pluralista interno, y a dotar al profesional de un estatuto de autonomía que le hiciese relativamente independiente en su trabajo.

Esto haría que la necesaria competencia para evitar la mediocridad y los abusos fuese una competencia realmente profesional y publicística, y no inducida exclusivamente por motivaciones de lucro, que llevan tendencialmente a la difusión de programas a toda costa sensacionalistas aunque sean tremendamente superficiales. Dicha competencia podría potenciarse, además, con una diversificación de los organismos televisivos públicos, ya que con los suficientes recursos financieros no habría ninguna razón para mantener un único ente gigantesco produciendo, él solo, dos programas diferentes. Si a los organismos de carácter nacional unimos los específicos de las nacionalidades y regiones autónomas, el panorama podría ser suficiente para satisfacer el derecho de cada uno a expresarse y a recibir información a partir de una pluralidad —incluso externa— de fuentes.

En conclusión, esta sería una buena forma de autentificar la garantía del artículo 20 CE y hacer justicia a la propia historia del derecho a la libertad de expresión e información. Si en verdad esta autentificación satisface las aspiraciones de legitimación política con las que teórica e históricamente se presenta, si estas aspiraciones de legitimación política son realizables en las democracias representativas del capitalismo avanzado, es otra cuestión a abordar desde una crítica más radical que habrá que intentar en otro momento.

Nota sobre la justicia (1)

Por GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ

Madrid

I. EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los matices del tema son ingentes y sobre él se han escrito millones de páginas desde hace muchos siglos. No pretendo abarcarlo todo. Mi punto de partida es la reflexión sobre la Justicia hoy, en el escaso tiempo de un discurso inaugural que no quiere convertirse en una crueldad innecesaria. En un reciente libro, «Introducción a la filosofía del Derecho» me he ocupado con más extensión del tema (2), aunque aquí introduzco algunos nuevos perfiles.

Históricamente esa reflexión sobre el derecho justo se planteó hasta el siglo XVIII, bajo la rúbrica del derecho natural.

Este se concebía como «norma última de lo verdadero y lo falso, como modelo de vida humana o de vida conforme a la naturaleza...» (3).

Su pretensión de aportar criterios únicos para juzgar al derecho positivo, para ser el núcleo auténtico de lo jurídico, para ser el verdadero derecho, que al modo de la idea platónica se reflejará en el derecho creado por el hombre, es un rotundo fracaso. Hay muchos modelos de derecho natural, no hay coincidencia en su origen o fundamento —Dios o la Naturaleza por ejemplo— ni tampoco en sus contenidos. Así hay tantas propuestas de lo que es el derecho natural, el derecho justo como autores se han ocupado del tema.

El derecho natural cierra un ciclo cultural, como idea predominante en la revolución liberal, cuando es el ariete poderoso que

(1) Exposición en la inauguración del Curso Académico 1983-84 en el *Colegio Universitario de Segovia*.

(2) Editorial Debate, Madrid, 1983.

(3) «Derecho Natural», A. Passering D'Entreves, traducción castellana del profesor Hurtado Bautista, Aguilar, Madrid, 1972, pág. 3 (original en inglés «Natural law, an introduction to legal Philosophy», Edt. Hutchinson, Londres, 1958).

ayuda a la burguesía a derribar a la vieja e inservible Monarquía Absoluta. Todos los grandes valores que defendía el derecho natural racionalista de los siglos XVII y XVIII, individualismo, derechos naturales con especial énfasis en el derecho de propiedad y en la libertad individual, etc., se reflejan en el nuevo derecho positivo del Estado liberal, tanto con el constitucionalismo como con la codificación. El iusnaturalismo queda vacío; la burguesía deja de impulsarlo.

Las críticas al derecho natural ya en su decadencia, se generalizan a partir del siglo XIX. Recuérdese entre otras las de Kelsen, Bobbio, Ross o Hart y en nuestro país la de Elías Díaz, por ejemplo. La más plástica de todas sigue siendo para mí la de Holmes.

«Al caballero de la novela no le basta que aceptéis que su dama es muy agraciada; si no admitís que es la más bella de las que Dios ha creado o creará en el futuro, tendréis que concurrir al desafío. Todos los hombres sienten la necesidad del ideal, que el pobre diablo que no tiene otro camino para alcanzarlo, lo alcanza embriagándose. Me parece que este impulso está en la base del esfuerzo del filósofo para demostrar que la verdad es absoluta, y de la búsqueda que el jurista emprende de principios universalmente válidos y que identifica con el nombre de derecho natural» (4).

Esta crítica tiene la lucidez de desvelar la raíz de seguridad que está en el fondo del idealismo y que explica el éxito del derecho natural, como ideología aseguradora de la verdad jurídica. Para indagar el tema de los contenidos éticos del derecho, no sirve el derecho natural, sin perjuicio de reconocer los méritos históricos que tuvo para el progreso de la humanidad en otros tiempos, precisamente porque desconoce que la seguridad es una mercancía imposible de encontrar en el mercado de la inteligencia.

Las demás críticas aludidas han convertido al derecho natural en un instrumento inservible, a mi juicio, para la indagación que pretendemos. En España la coexistencia entre ardorosos iusnaturalistas justificadores al mismo tiempo de la dictadura de nuestro país, la conversión del derecho natural en ideología oficial, ha aumentado el desprestigio. Sin embargo, ante los avatares de la historia en este siglo, ante los totalitarismos fascista, nazi o stalinista, ante el drama y el sufrimiento de la humanidad, ante las violaciones flagrantes de los derechos humanos, los hombres requieren al jurista científico y al filósofo para que siga la reflexión sobre los elementos éticos del derecho, sobre el derecho justo, y algunos han hablado y siguen hablando, deslumbrados por el viejo prestigio del lenguaje, de un retorno del derecho natural.

Pero como dice Bobbio «...lo que renace continuamente es la necesidad de libertad contra la opresión, de igualdad contra la desigualdad, de paz contra la guerra... más que de un renaci-

(4) «Natural law». En la Harvard law review (1918), págs. 40-44.

miento del iusnaturalismo, se podría hablar del retorno de esos valores que convierten a la vida humana en digna de ser vivida y que los filósofos revelan, proclaman y en definitiva, tratan de justificar según los tiempos y las condiciones históricas, con argumentos extraídos de la concepción general del mundo prevalente en la cultura de una época. De estos argumentos el iusnaturalismo ha constituido una expresión duradera, pero no ha sido la única y no parece hoy, teóricamente, la más aceptable...» (5).

II. LAS NEGACIONES DE LA JUSTICIA

Superado el iusnaturalismo, los juristas se encierran en el estudio del derecho positivo. Surge el positivismo del siglo XIX, que no se ocupa del tema de los contenidos éticos del derecho. Cabe preguntarse, al examinar el panorama, si no cabe definitivamente una reflexión sobre la Justicia y si la caída cultural de la idea del derecho natural cierra definitivamente el tema, o dicho de otra manera, si el problema de la justicia sólo se puede abordar desde la perspectiva iusnaturalista.

Me parece necesario, en este punto de la reflexión, y antes de responder a la pregunta, examinar aquellas posiciones negadoras de la justicia, la descripción del panorama, que es amplio y plural puede ser útil, a la hora de considerar las salidas más razonables. Se trata, por consiguiente, de conocer las diversas fundamentaciones de estas negaciones. Existen posiciones que rechazan la posibilidad de una consideración objetiva del derecho justo que llamaría pesimistas y otras que calificaría de optimistas. Para unas es imposible llegar hasta los posibles componentes éticos del derecho, en unos casos en base a argumentos políticos o desde una consideración de lo que, con Bobbio, llamaríamos el positivismo como ideología, y en otros casos por argumentos de teoría del conocimiento o de teoría de la ciencia. Para las segundas, para las negaciones optimistas, estamos ante la utopía de la desaparición del derecho, ante un cierto anarquismo de la superación del derecho por el amor o por la solidaridad, en sus condiciones sociales en las cuales no es necesaria esa forma de control social que llamamos derecho, ni, por consiguiente, la idea de justicia, como contenido ético de ese derecho.

A) *Las negaciones pesimistas.*

En el ámbito del empirismo lógico o neopositivismo se encuentra el núcleo fundamental de una negación de la posibilidad de encontrar contenidos justos al derecho. Es matar al padre de la

(5) En su libro «Giusnaturalismo e positivismo Giuridico». Ed. Comunità. Milano, 1965, en el trabajo titulado «Il Giurnaturalismo come teoria della morale», pág. 195.

ilustración, sede del iusnaturalismo racionalista, por el heredero del racionalismo que es el espíritu científico.

De la misma forma que la reflexión ética con Moore, Wittgenstein, pasa a ser metaética, es decir, estudio del significado de los términos y juicios morales, y desaparece casi por completo en un largo período el estudio de la ética material, la reflexión sobre la Justicia se considerará imposible.

Los juicios de valor sobre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, y las normas que pretenden contener esos juicios de valor, son inverificables y por consiguiente no pueden pretender una objetividad. Solamente el conocimiento apoyado en la deducción lógica —la lógica o la matemática que son ciencias formales— o verificables por la experiencia o no falseable por esa vía, tiene el «status científico». La búsqueda de la justicia será expresión de las preferencias, de los sentimientos o de la voluntad, pero no está en el ámbito de lo que se puede racionalmente debatir.

En el origen de esa corriente está David Hume, al que encontraremos también apuntando la negación optimista.

En su «Investigación sobre el entendimiento humano», donde intenta presentar de nuevo las ideas del «Tratado sobre la Naturaleza Humana», que no tuvo una gran acogida, dice, en las últimas líneas:

«Cuando persuadidos de esos principios recorremos las bibliotecas, ¿qué deberíamos destruir? Si tomamos un volumen de teología o de metafísica escolástica, debemos preguntarnos ¿contiene algún razonamiento abstracto acerca de la cantidad o del número? ¿No? ¿Contiene algún razonamiento experimental acerca de los hechos y cosas existentes? ¿Tampoco? Pues entonces arrojémoslo a la hoguera porque no contiene sino sofismas e ilusiones» (6).

En el ámbito de la Filosofía jurídica es, sin duda, Kelsen con Ross el representante más significativo de esa negación pesimista.

Su famoso artículo «¿Qué es Justicia?», conferencia de despedida como profesor en la universidad de California el 27 de mayo de 1952, que reproduce otros trabajos anteriores, da cuenta de su rechazo de las justificaciones absolutas, sea «mediante la religión y la metafísica» sea «creyendo que es posible encontrar en la razón humana algunos principios fundamentales de los que poder deducir valores absolutos». Estos valores dirá «están en realidad determinados, en última instancia por elementos emocionales...», y será tajante y durísimo en su diagnóstico: «...los valores absolutos determinados de este modo y sobre todo la definición de la idea de justicia, no son más que fórmulas vacías que pueden servir para justificar cualquier orden social...» (7).

(6) Texto traducido de la edición francesa «Enquete sur l'entendement Humain», Aubier Montaigne, París, 1975, pág. 222.

(7) «¿Qué es justicia?». Edición castellana de Albert Calsamiglia. Ariel, Barcelona, Caracas, México, 1982. Las citas son todas de la pág. 46.

Desde un punto de vista distinto se puede también considerar como negación pesimista de la justicia la identificación entre derecho válido, es decir, derecho positivo, con derecho justo. Si no cabe, como la crítica epistemológica pone de relieve, un conocimiento objetivo de los valores éticos que el derecho debe incorporar y que llamamos genéricamente justicia, lleguemos a la convención, para satisfacer esa necesidad psicológica de seguridad del ser humano, de que todo derecho positivo es derecho justo. Este reduccionismo, no sólo identifica al derecho con el poder, sino que lo legitima, por un acto de prestidigitación, al hacerlo también justo.

Esa tradición se inicia en el mundo moderno en Hobbes, en la famosa definición de la ley civil en el leviatán: «...la ley civil es para todo súbdito el conjunto de reglas que la república le ha ordenado, mediante la palabra, escritura u otro signo bastante de la voluntad, utilizar para la distinción de lo justo y lo injusto, esto es, de lo contrario y de lo acorde con la regla...» (8).

Bobbio lo llama formalismo ético o teoría legalista de la justicia y es la manifestación del positivismo como ideología, del que se desprende «un deber moral de obedecer los requerimientos de las reglas y estandars del derecho positivo, sea cual sea el contenido de ellos...» (9). Es una posición negadora pesimista al identificar el derecho producido por el poder, con el derecho justo, y al cerrar así, con una obediencia incondicionada, las posibilidades de crítica al derecho. Es la faceta del positivismo que me parece más rechazable.

B) *Las negaciones optimistas.*

La justicia no es necesaria, porque se superan las situaciones en que es necesaria la existencia del Derecho y por consiguiente también de la justicia.

Estamos ante hipótesis utópicas, de raíz anarquista, e incluso liberal, lo que es un signo más de los componentes anarquistas del liberalismo o si se quiere de los componentes liberales del anarquismo. Agudamente decía Kelsen que «...donde no existen intereses en conflicto no se necesita la justicia...» (10). Si una sociedad logra superar la escasez y genera la abundancia, si todos los hombres tienen cuanto necesitan, la justicia, que debe distribuir lo escaso, o decidir en los conflictos entre valores contrapuestos, es superflua.

(8) «Levitán». Edición castellana de Moya y De Escohotado. Editora Nacional, Madrid, 2.^a ed., 1980, pág. 347.

(9) Vid. GENARO CARRIÓ, «Dworkin y el positivismo jurídico». UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Cuadernos de crítica. México, 1981, página 10. El problema en Bobbio se plantea en su obra «Giusnaturalismo e positivismo giuridico». Comunità, Milán, 1965.

(10) En «qué justicia», citado pág. 39.

Esta forma de pensar se encuentra apuntada en autores preliberales como Leibniz. Hablando de la subsistencia de la unión de los hombres en las sociedades dice lo siguiente:

«...esta función social no puede realizarse más que en virtud de las siguientes tres virtudes políticas: la amistad, la justicia y el valor. Si se observase la primera, que determina que todos los bienes sean de todos, la segunda —es decir la justicia— no tendrá utilidad...» (10 bis).

Hume, con posterioridad, ahondará también el tema en su obra «Una investigación sobre los principios de la moral» a través de una hipótesis. Si la naturaleza ha dotado a la raza humana de una pródiga abundancia, si la perpetua clemencia de todas las estaciones hace inútiles los vestidos o ropas, si existen en abundancia alimentos naturales, si fuentes límpidas proporcionan la bebida más rica «...jamás se hubiera soñado alguna vez en la cauta, celosa virtud de la justicia, ¿qué objeto tendrá hacer un reparto de bienes, donde cada uno tiene ya más de lo necesario?, ¿por qué habría de surgir la propiedad donde no fuera posible ningún daño?, ¿por qué llaman mío a este objeto cuando, en caso de poseerlo otro, me bastaría extender la mano para poseer yo mismo lo que es igual de valioso? En ese caso la justicia, al resultar totalmente inútil constituiría un vano ceremonial y posiblemente nunca llegaría a tener un sitio en el catálogo de las virtudes...» (11). Es curioso que le encontremos tanto en las negaciones pesimistas como en las optimistas, aunque en ambos supuestos adoptará plataformas de análisis distintas.

Pero todavía en estos autores estamos ante hipótesis excéntricas, que se plantean para, ante la realidad social de escasez y de necesidad, valorar al Derecho y a la justicia. Desde el anarquismo la negación de la justicia será un objetivo, si entendemos a la justicia como elemento del Derecho así en el personaje de Tolstoi, Nejludov, en «Resurrección», por ejemplo.

Pero quizá la posición negativa optimista por excelencia, racionalizada y presentada en forma científica, aunque no deje de ser en realidad una utopía libertaria, es la de Carlos Marx, de la desaparición del derecho y del Estado, en la sociedad comunista, como último escalón del progreso humano.

En un conocido párrafo de la «Crítica del Programa de Gotha» dirá Marx:

«En la fase superior de la sociedad comunista, cuando haya desaparecido la subordinación esclavizadora de los indi-

(10 bis) «Escritos Políticos». Selección, traducción, notas y prólogo de Jaime de Salas.

«Retrato de un príncipe», págs. 143 y 144. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1979.

(11) «De la Moral y otros escritos». Prólogo, traducción y notas de Dalmacio Negro Pavón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, página 21.

viduos a la división del trabajo y con ella la oposición entre el trabajo intelectual y el trabajo manual, cuando el trabajo no sea solamente un medio de vida sino la primera necesidad vital, cuando con el desarrollo de los individuos en todos sus aspectos, crezcan también las fuerzas productivas y corran a chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva, sólo entonces podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del derecho burgués y la sociedad podrá escribir en su bandera: ¡De cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades!...» (12).

Ya en «La ideología alemana» había presentado una concepción optimista del hombre que no necesitaría del derecho en la sociedad comunista. Los hombres podrán hacer lo que quieran. «Yo puedo dedicarme —dirá— hoy esto y mañana aquello» y será posible que «pueda por la mañana cazar, por la tarde pescar y por la noche apacentar el ganado, y después de comer, si me place, dedicarme a criticar, sin necesidad de ser exclusivamente cazador, pescador, pastor o crítico según los casos...» (13).

Con la complejidad de interpretación de Marx y con el pluralismo de interpretaciones —revisiones— existentes no pretendo hacer un diagnóstico tajante, pero parece que Marx considera el momento de la sociedad comunista como un momento no jurídico y su divisa «De cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades», no es una fórmula de justicia, sino más bien un tratamiento desde la superación del derecho (14).

Con un planteamiento que pretende ser científico y con un proceso que, en muchas obras de Marx se presenta como inevitable, el calvinismo sin Dios de que hablaba Bernstein, se llega a las mismas conclusiones que Leibnitz y Hume: cuando hay abundancia no es necesario el derecho, el ideal no es pues el derecho justo, sino la sociedad de abundancia que lleva a hombre no alienados que no necesitan al derecho para su felicidad.

Con este planteamiento, y rectificando otras posiciones que he sostenido hasta ahora y que empecé a cambiar en el análisis de Marx que hice en mi trabajo sobre «El Derecho y el Amor», se puede decir que Marx pretende la desaparición del derecho, en general, y no sólo del derecho burgués. Si por otra parte el comunismo es el «movimiento real que anula y supera el estado de cosas actual» (15) y es por consiguiente una necesidad histórico económica puesto que «la burguesía produce, ante todo, sus propios sepultureros. Su hundimiento y la victoria del proletariado

(12) «Crítica del programa de Gotha» tomado de la edición de Tierno Galván «Antología de Marx». Edicusa, Madrid, 1975, págs. 267 y 268.

(13) «La ideología alemana». Edt. Pueblos Unidos. Montevideo, y Grijalbo, Barcelona, 1974, pág. 34.

(14) Vid. sobre toda esta concepción negadora optimista mi trabajo: «El Derecho y el Amor». En revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 67. Invierno 1982, págs. 65 y siguientes.

(15) «La ideología alemana», citada pág. 37.

son igualmente inevitables...» (16), parece imposible dejar espacio para elementos éticos, para contenidos de justicia en el derecho.

Lo anterior explica las dificultades del marxismo para construir un pensamiento filosófico jurídico y la desilusión de algunos jóvenes estudiosos españoles que, como el profesor Almoguera en una reciente y excelente tesis doctoral, han intentado encontrar en Cerroni elementos para esa labor (17).

Aunque esta afirmación no es óbice para subrayar la enorme importancia de las aportaciones de Marx para la teoría de la justicia y para la Filosofía de los derechos humanos. Aquí sería de aplicación lo que el profesor Atienza dice en relación con los derechos humanos.

«Lo cierto es que si hoy no se puede pretender construir una teoría y una práctica, crítica y progresista de los derechos humanos sin contar con Marx, una teoría que sólo —o fundamentalmente— pretendiera basarse en él resultaría inevitablemente coja» (18).

III. BASES PARA UNA PROPUESTA

Se trata ya de contestar a la pregunta que nos hacíamos anteriormente: ante el panorama de las posiciones negadora y el derrumbamiento científico y filosófico del iusnaturalismo, se puede reflexionar con algún provecho sobre los posibles *contenidos éticos del derecho* que llamamos justicia?

Creo que, en los últimos años, la cultura jurídica está saliendo de este atasco, y que desde muchos puntos de vista se buscan repuestas positivas a nuestra pregunta.

Desde los propios analíticos, Marcus Singer y sobre todo John Rawls, se avanza en el replanteamiento de una ética material, y en el ámbito jurídico la posición de Hart es igualmente significativa.

Como señala Muguera, en los últimos años la metaética ha cedido posiciones en favor de la ética, pasándose de los temas abstractos y formales a los contenidos morales (19).

Por otra parte, esa negación pesimista, consistente en identificar derecho justo con derecho válido, es una exageración positivista, desmentida por los regímenes totalitarios. Todo derecho no es derecho justo evidentemente, aunque eso no quiere

(16) C. MARX y F. ENGELS, «Manifiesto del Partido Comunista». Obras escogidas. Ed. Progreso. Moscú, 1971, pág. 31.

(17) Vid. Joaquín Almoguera. «El pensamiento de Amoni», Universidad Autónoma de Madrid, 1983.

(18) Manuel ATIENZA, «Marx y los derechos humanos». Mezquita, Madrid, 1982, pág. 21.

(19) Vid «La razón sin esperanza». Taurus, Madrid, 1977, especialmente el trabajo «A modo de epílogo: últimas aventuras del preferidor racional», páginas 221 y siguientes.

decir que el derecho que no sea justo no es derecho, como pretende el iusnaturalismo. Al descartar esta opción también abriremos otra puerta a la reflexión sobre la justicia. Si el derecho positivo, no es, sin más, derecho justo al derrumbarse esa falacia, se hace posible, e incluso psicológicamente necesario, para el espíritu humano reflexionar sobre los contenidos éticos del derecho.

Por fin, el mecanismo marxista que conduce a la utopía de la sociedad sin derecho, y que no tiene sitio para la ética, está hoy en franco retroceso y también desde el marxismo, y no digamos desde el revisionismo, del socialismo democrático, se impulsa una reflexión ética, que tiene seria incidencia en la reflexión sobre la Justicia. Las posiciones de Rubel en Francia, de Bobbio y Treves en Italia, de Elías Díaz, de Virgilio Zapatero, y mi propio trabajo, van por esa línea.

Parece, pues, posible, hacer una reflexión sobre el derecho justo que sin ser iusnaturalista, supere las negaciones optimistas y pesimistas que hemos descrito.

A mi juicio eso exige dos puntos de partida necesarios y que yo formularía así:

1) *El derecho no lo es por ser justo, sino por ser identificable, por sus destinatarios, especialmente por los operadores jurídicos de acuerdo con criterios de producción normativa —órganos y procedimiento— que el Ordenamiento jurídico establece.* Esta afirmación, que es la forma más aceptable y más viva del positivismo jurídico, hace difícil la pretensión de Nino (20), justamente criticada por Carrio (21), de conciliar el iusnaturalismo y el positivismo.

2) *El derecho positivo, el ordenamiento jurídico, se apoya en un hecho, que he llamado en mi «Introducción a la filosofía del Derecho», «hecho fundante básico», y que es el hecho del Poder, que se convierte así en el fundamento último de la validez del derecho, y también en garantizador de su eficacia..*

El Poder no es el soberano en el sentido en que emplea el término Hobbes y tras él, Bentham o Austin. No estoy defendiendo lo que González Vicen llama positivismo imperativista que «ve la realidad del Derecho en su formulación o imposición coactiva por parte del poder supremo de una comunidad política...» (22).

Se utiliza aquí Poder en un sentido más amplio y más complejo, por supuesto, para referirse al poder del Estado, del soberano, del conjunto de las instituciones públicas que pretenden el monopolio de la fuerza legítima, pero también al poder de la sociedad, del conjunto de los ciudadanos y fuerzas sociales, que

(20) «Una reciente propuesta de conciliación entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico», en el libro homenaje a Norberto Bobbio, «La Teoría generales del diritto. Problemi e tendenze attuali». Comunità. Milán, 1983, páginas 361 a 385.

(21) «Dworkin and Legal Positivism». *Mind*, LXXXIX (1980), págs. 519 a 543.

(22) Vid. «Sobre el positivismo jurídico», en estudios de Filosofía del Derecho. Universidad de la Laguna, 1979, pág. 182.

participan de alguna manera en la formación del derecho y que luego contribuyen a su implantación a través de una aceptación generalizada.

El poder, como hecho fundante básico, de la validez del derecho es, por consiguiente, una realidad compleja formada por el Estado y por los ciudadanos que aceptan al Derecho en términos generales. Cuando se rompe esta conjunción, se produce una situación revolucionaria desde el punto de vista jurídico y el resultado de esa confrontación será un nuevo poder, nuevo hecho fundante básico, y consiguientemente la posibilidad de que ese cambio se pueda reflejar en el ordenamiento jurídico.

Aunque esta reflexión no pretende ser una reflexión de Teoría del derecho, sí que vale la pena señalar, aunque sea incidentalmente, que este punto de vista sobre el Poder como hecho fundante básico, modifica la tesis kelseniana de la norma fundante básica, y permite una base empírica al ordenamiento jurídico distinta de la del realismo escandinavo, en Ross, por ejemplo, *puesto que el Poder es un hecho social empíricamente observable (23) y validez y eficacia se confunden no a nivel de norma aislada pero sí a nivel de Ordenamiento.*

Volviendo a la reflexión sobre la justicia, estos elementos previos (*el derecho lo es aunque no sea justo, siempre que se produzca de acuerdo con las reglas del sistema y el Poder fundamentalmente su validez y garantice su eficacia*) condicionan lo que tenemos que decir al respecto.

Aisimismo, estamos influidos por el fracaso del iusnaturalismo y de su pretensión de encontrar un derecho justo como ideal permanente.

Con estas limitaciones, estoy entre aquellos que piensan que hoy sigue siendo necesaria una reflexión sobre la justicia, una indagación sobre los componentes éticos del derecho, que es compatible con la afirmación de que el derecho que no sea justo sigue siendo derecho. Decir que el derecho lo es independientemente de que sea justo no supone en forma alguna cerrar el debate, y aceptar su obediencia, por el contrario es un acicate más para esta reflexión, e incluso una razón para agudizar la conciencia individual y la moralidad crítica. No estoy seguro de los resultados, y soy relativista en cuanto a su valor, pero creo que es una propuesta razonable, que cuenta además con un consenso bastante generalizado en la cultura jurídica de nuestro tiempo. Su fundamento es un fundamento histórico, y sólo pretendo recoger lo que en el mundo moderno se ha estado intentando sortear: tanto el escollo del iusnaturalismo como la absurda creencia de que el Derecho positivo es además Derecho justo.

(23) Vid. ALF. ROSS, «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho Natural». Publicado en texto bilingüe en la Revista Jurídica de Buenos Aires, 1961, IV (Hay edición castellana de Carrió y Peschero en Centro Editor de América Latina. Buenos Aires, 1969, con el título «El concepto de validez y otros ensayos».

1. En primer lugar, *la relación entre Poder y derecho y la condición de aquél como hecho fundante básico nos lleva a formular como primera regla razonable que la Justicia del Derecho presupone la legitimidad del Poder.* Si queremos saber cuál es el derecho justo tenemos previamente que saber cuál es el poder legítimo.

De todas las fórmulas existentes, parece la más razonable, y es la mayoritaria en nuestra cultura jurídica, la fundamentación democrática del Poder, la idea de la soberanía popular y el consenso de la mayoría.

Esto supone que el Poder legítimo es el apoyado por la mayoría de los ciudadanos, mantenido por ellos, con respeto a las minorías, con la convicción de que pueden, con las reglas del juego del acceso y del cambio del Poder, convertirse en mayoría. No se puede pensar en un derecho justo que tenga como hecho fundante básico un Poder despótico.

A esta conclusión llegamos también si partimos del fracaso del iusnaturalismo para construir un ideal objetivo y absolutamente válido de Justicia. Si el derecho es producto del Poder, en la compleja definición de éste que hemos dado, y si no podemos afirmar criterios de Justicia objetiva, al margen del poder, pongamos el acento, en primer lugar, en un Poder apoyado por la mayoría, porque eso nos conduce a un derecho apoyado y aceptado también por la mayoría.

En este supuesto, además, los ciudadanos destinatarios del Derecho, contribuyen a la formación del Poder, y ahí se puede fundar la obediencia al Derecho en una sociedad democrática.

En resumen, la primera afirmación de la Justicia, todavía en un plano formal, es que el fundamento de un Derecho justo es un Poder democrático.

2. En segundo lugar, y en estrecha conexión con todo lo anterior, *el Poder al que se accede democráticamente no es estático, sino que se desarrolla y actúa en la vida social, en lo que a nosotros nos interesa en la producción del derecho. Ese Poder necesita, por consiguiente, ser regulado objetivamente, por medio del derecho, para establecer su funcionamiento y también el cambio del Poder a través de la posibilidad del acceso de la minorías, si se convierten en mayoría.* Hay, y la historia lo confirma a través de la aparición del Estado de derecho, del rule of law anglosajón, un movimiento recíproco entre Poder, como productor del derecho y derecho que tiende a regular al Poder, a través de las reglas del juego de su funcionamiento y de su cambio.

A través del cambio en el Poder las minorías que consideran que el ordenamiento jurídico apoyado en el Poder de la mayoría tiene normas injustas e inmorales podrán intentar convertirse en mayorías y cambiar esas normas y sustituirlas por otras más acordes con los valores de Justicia de la nueva mayoría. Las posiciones críticas sobre el derecho, tienen posibilidad de convertirse a su vez en derecho.

Lo único que se deberá preservar del cambio es precisamente esas reglas del juego que permiten cambiar las normas válidas. Cuando éstas desaparecen o son desconocidas por un sector social para propugnar por la fuerza un cambio, estamos ante una ruptura constitucional, ante un golpe de Estado o ante una revolución.

La segunda afirmación de la Justicia, en el mismo plano formal que la primera, *es la necesidad de unas reglas del juego que organicen el Poder y su funcionamiento y que establezcan los cauces para su cambio en elecciones periódicas por sufragio universal, si cambia la mayoría.*

3) A partir de esos dos postulados que forman lo que se puede llamar la Justicia formal, algunos consideran que no se puede avanzar más. Me parece, sin embargo, que con un fundamento histórico suficiente, se pueden describir una serie de valores que tienen vocación de realizarse en el Derecho positivo y que un Poder democrático debe propugnar —como dice el artículo primero de nuestra Constitución— para que se conviertan en valores superiores de ordenamiento jurídico.

Creo que los *valores* que se encuentran en la cultura jurídica de nuestro tiempo, que afloran progresivamente desde el tránsito a la modernidad, y que no han llegado, por supuesto, a su meta última, *son la tolerancia, el pluralismo, la libertad y la igualdad.* La descripción de su realidad histórica, muchas veces contradicha, llena de altibajos, pero real en las sociedades democráticas, se puede acompañar por la justificación de su razonabilidad.

La tolerancia aparece al constatar el fracaso de un contenido de justicia único, y la muerte de todos los dogmatismos que en el mundo han sido. El enfrentamiento entre los fanáticos defensores de explicaciones cerradas y totales, y el destino que estas explicaciones han corrido a lo largo de la historia, ha llevado a comprender la dificultad de la verdad social, política y jurídica. La cruzada por la verdad, su imposición por la fuerza, la lucha contra lo que se llamaba el error, ha conducido a la guerra y a la violencia, con consecuencias insalvables para la convivencia pacífica, y ha impulsado el odio y el exterminio del adversario. Sólo la tolerancia permite salir de esa vorágine. Históricamente es el primer valor y está también en el origen de los derechos fundamentales.

El valor pluralismo, como constatación de explicaciones del mundo plural, de distintas concepciones filosóficas y éticas es una consecuencia de la descripción de la realidad y de la defensa de la tolerancia. Son dos valores inseparables. *No hay tolerancia sin pluralismo, ni pluralismo sin tolerancia.*

Finalmente, el análisis histórico descubrirá en la cultura jurídica y política moderna otras conquistas de la razón humana: los valores de libertad y de igualdad que responden, para esa mentalidad democrática, a la exigencia moral de desarrollo de las posibilidades de la condición humana.

No es el momento de una exhaustiva justificación de la racionalidad de estos valores, quizá no posible hasta sus últimas consecuencias, pero sí parece posible sostener que se trata de valores preferidos y siempre buscados por los hombres de nuestro tiempo, que, quizá, incluso se podrán integrar en uno solo: la libertad igualitaria, sería la raíz de la democracia y, como dice Elías Díaz, lo primero porque «sin libertad no hay, pues, legitimidad democrática ni soberanía popular» (24).

La mayor parte de estas propuestas se concretan y se realizan en el mundo moderno a través de los derechos fundamentales, especialmente los valores tolerancia, pluralismo, libertad e igualdad, y en gran parte también lo que he llamado justicia formal, las reglas del acceso al poder, de la organización del poder y del cambio del poder. Pero no puedo, en este contexto profundizar la relación, quede solo señalada.

No pretendo caer de nuevo en el error iusnaturalista y no reclamo para mi propuesta las mejores razones concebibles, como si fuese ese sujeto excepcional que llamaríamos el preferidor racional (25).

Tampoco acepto el relativismo ético según el cual « toda forma moral de vida por el mero hecho de serlo, cuenta a su favor con idénticas oportunidades de justificación» (26). Sí creo que existen buenas y fundadas razones para sostener en la cultura jurídica de nuestro tiempo la propuesta de una teoría democrática de la justicia como la que acabo de hacer, con un ingrediente respetable de racionalidad, también con un motor utópico para sacarnos de la rutina y para movernos a la esperanza, porque si perdemos toda esperanza habremos atravesado sin saberlo las puertas del infierno.

(24) Vid. «La sociedad entre el Derecho y la Justicia». Ed. Salvat, 1982, página 61. Vid. asimismo su libro «De la Maldad Estatal y la Soberanía popular». Debate. Madrid, 1984.

(25) Vid «A modo de epílogo: últimas aventuras del preferidor racional», en «La razón sin esperanza», de JAVIER MUGUERZA. Ed. Taurus. Madrid, 1977, páginas 221 y siguientes.

26) En la obra citada en nota anterior, pág. 241.

El Derecho Natural en el Decreto de Graciano

Por LUCIANO BARCIA MARTIN

Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. El Decreto de Graciano. Su importancia. 2. Vida y formación de Graciano. 3. El Decreto de Graciano no es un tratado perfecto de derecho natural. 4. Fuentes del Decreto. 5. Textos de Graciano referentes al derecho natural. 6. Interpretación del pensamiento de Graciano en algunos clásicos españoles. 7. Interpretación personal del pensamiento de Graciano. 8. Principios o cualidades del derecho natural. 9. Definición del derecho natural conforme al Decreto. 10. Notas bibliográficas.

1. DECRETO DE GRACIANO. SU IMPORTANCIA.

El *Decreto* de Graciano constituye uno de los documentos más importantes en la historia del Derecho.

Propiamente hablando, el *Decreto* es una colección de normas aplicables a la disciplina de la Iglesia Católica, cuyos cánones pretende ordenar y en los cuales quiere ver la concordancia en medio de la diversidad.

Corresponde a los canonistas juzgar de su oportunidad y su influencia en la evolución y la vida de la Iglesia. El *Decreto* gozó de gran estima y de amplia difusión, aun conservando su carácter original de trabajo privado. Los Papas y los Concilios Ecuménicos han hecho referencia al Decreto en numerosas ocasiones, con lo que a la autoridad reconocida por la doctrina se añade el reconocimiento por parte de las autoridades eclesiásticas más altas de la Iglesia, a pesar de que ésta no le dio una autoridad oficial (1). Habiéndose integrado en el *Corpus Iuris Canonici*, la vigencia de sus normas perduró de alguna manera hasta la promulgación del Código de Derecho Canónico.

(1) Wilibald M. PLOCH, *Storia del Diritto Canonico*, Trad. del original hecha bajo la dirección de Pascual Giani, Scuola Arti Grafiche, 1963, Milano, págs. 448 s.

Dada la influencia que la Iglesia ha ejercido en todos los ramos del saber a lo largo de la Edad Media, no es de extrañar la influencia que una obra tan importante como es el Decreto, nacido y extendido por los diversos centros de estudio de aquella sociedad religiosa, ha tenido en el campo de la cultura. Supuesta la relación existente entre los estudios de la Filosofía y de la Teología con los estudios del derecho, el *Decreto* recibe influencias de los estudios filosóficos y teológicos anteriores, dejando a la vez sentir su influencia en los filósofos y teólogos posteriores. También los estudios del derecho aplicable a la ciudad temporal constituyen tarea propia de los centros eclesiásticos.

Durante la Alta Edad Media el saber se refugia y desarrolla en los centros eclesiásticos. El impacto producido por las invasiones de los pueblos bárbaros y las luchas siguientes hicieron que la cultura se refugiase en aquellos lugares e instituciones en los que reinaba una vida de paz y de tranquilidad humana y social, que acompaña a la paz espiritual de hombres que viven la vida religiosa, retirada, especialmente en los monasterios. Las escuelas monacales y catedralicias contribuyeron de manera muy importante en el nacimiento y desarrollo de las Universidades. Una de estas Universidades fue la de Bolonia, procedente de la escuela catedralicia de la ciudad y de otras dos escuelas dedicadas al estudio del derecho romano y del derecho eclesiástico o canónico. La obra literaria y científica se realiza y manifiesta enmarcada en su vida monacal y universitaria. Bolonia fue desde el siglo IX «el Alma Mater» de las ciencias jurídicas (2).

2. VIDA Y FORMACION DE GRACIANO.

Para la interpretación del pensamiento de Graciano es útil el conocimiento de su vida y de sus fuentes de formación.

Expresa Graciano su pensamiento en parte a través de la selección preferente de los cánones referidos a las diversas manifestaciones de la cultura y a la diversa normatividad de la disciplina. De manera más perfecta la opinión de Graciano se expresa en vía de principio mediante un *dictum* (*dictum Gratiani*, que en una terminología más antigua se llamó *paragraphum*). En ocasiones los *dicta* contienen una relación moderadamente larga, en la que es dado distinguir párrafos.

No es conocido el lugar de nacimiento de Graciano. Unos autores señalan a Carraria, lugar cercano a Ficulde (Orvieto); otros autores piensan en Chiusi en la Toscana. Tampoco son ciertas las fechas del nacimiento y de la muerte, si bien parece cierto que no sobrevivió al año 1160. Fue monje camaldulense en el monasterio de S. Félix y Nabor en Bolonia, donde enseñó teología como Maestro *Divinae Paginae*. En su formación científica influyeron las

(2) G. le BRAS, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Eglise en Occident*, Tomo VII, *L'Age Classique*, Sirey, París, 1965.

corrientes dominantes en Francia durante aquella época. También influyó en ella la especial característica de la Orden Camaldulense, la cual unía la vida contemplativa heremítica con la actividad social de cura de almas. Esta característica de la Orden contribuye a esclarecer y explicar «por qué» el heremita Graciano ha sido tan progresista y al mismo tiempo ha estado tan cerca de su tiempo, y por qué su obra no ha sido simplemente el resultado del estudio teórico, sino la obra de un docto ligada a los acontecimientos de la vida real. La elaboración de un material tan amplio como fue el manejado por Graciano requirió sin duda un largo período de años y es muy probable que la búsqueda y compilación de fuentes haya sido efectuada con ayuda de escolares y miembros de la Orden. Como término final de la elaboración del *Decreto* se señalan los años 1139 y 1151 (3).

Es posible, afirma Le Bras, «que Roland Bandinelli haya colaborado con Graciano para reunir los materiales de la Compilación» (4). Roland Bandinelli vendría a ser con el tiempo el Papa Alejandro III y ello contribuiría grandemente en la suerte y expansión del *Decreto*, en el que el mismo Alejandro III se apoyó para afirmar la libertad de la Iglesia, la independencia del Papado y la obligación de los príncipes y emperador de ayudar a la Iglesia.

3. EL DECRETO DE GRACIANO NO ES UN TRATADO PERFECTO DE DERECHO NATURAL.

La finalidad propia de la obra de Graciano explica la ausencia en ella de una exposición extensa y ordenada del Derecho Natural. Las breves alusiones, sin embargo, que hace al derecho natural justifican suficientemente la importancia que esta obra ha tenido en este campo, cuyos tratadistas no dejan de hacer mención de la misma. En su *Historia de la Filosofía del Derecho* el profesor Luño Peña considera «verdaderamente providencial y digna de especial consideración la singular circunstancia... de que naciese en Bolonia la primera parte del *Corpus Iuris Canonici* con el Decreto de Graciano» (5) a través del cual a su vez ofrece «una marcada influencia del Derecho Romano» (6). En sus *Lecciones de Derecho Natural* el profesor Puy Muñoz hace referencia por tres veces a la obra de Graciano, enmarcada «en la gran cultura de la primera escolástica» (7) y en la que «el pensamiento filosófico está mezclado con planteamientos teológicos» (8) abriendo «un nuevo campo de discusión a los problemas del derecho natural en

(3) Cfr. Wilibald M. PLOCH, loc. cit., págs. 448 ss.

(4) G. le BRAS, loc. cit., pág. 49.

(5) E. LUÑO PEÑA, *Historia de la Filosofía del Derecho*, 2.^a Edic. Ed. La Hormiga de Oro, Barcelona, 1955, pág. 300.

(6) E. LUÑO PEÑA, loc. cit., pág. 216.

(7) FRANCISCO PUY MUÑOZ, *Lecciones de Derecho Natural*, Tomo I, Dirsa, Barcelona, 1974, pág. 189.

(8) FRANCISCO PUY MUÑOZ, loc. cit., pág. 60.

las facultades dedicadas a estos estudios eclesiásticos» (9). El *Manual de Derecho Natural* del profesor A. de Asís también se fija en la obra de Graciano, al afirmar que apenas aporta ninguna novedad a los estudios del derecho natural, pues se limita «a repetir las doctrinas isidorianas sobre el Derecho natural» sirviendo de vehículo «que expandería las tesis del Arzobispado de Sevilla» (10). Añade A. de Asís unas breves reflexiones en las cuales pretende resumir el pensamiento de Graciano acerca del Derecho natural.

Hemos de reconocer que las afirmaciones de Graciano acerca del Derecho natural no constituyen un tratado completo sobre esta materia y no contienen con claridad un conjunto armónicamente ordenado. Sus expresiones no son claras ni fáciles de interpretar por los estudiosos del Derecho natural. Sin embargo, la importancia que por otras razones adquirió el *Decreto* y la ausencia de estudios sobre el Derecho natural entre los contemporáneos de Graciano explican que sus enseñanzas al respecto sean tenidas en cuenta en el desarrollo y expresión del pensamiento posterior.

Por razón de esta influencia se explica que al ordenar Santo Tomás el estudio teológico de la justicia comience a través de su objeto *el derecho*, siguiendo la tradición de Graciano, inspirada a su vez en la tradición del *Corpus Iuris Civilis* (11). A pesar de las deficiencias que acerca del Derecho natural se observan en la obra del monje camaldulense, cuando Santo Tomás expone su doctrina acerca de la ley natural se refiere al *Decreto* al menos en dos lugares de la Prima Secundae. Al preguntarse Santo Tomás sobre la mutabilidad de la ley natural (12), después de recoger algunos textos de los cuales pudiera deducirse la mutabilidad, textos tomados de la *Sagrada Escritura* y de las *Etimologías* de San Isidoro, contrapone la autoridad del *Decreto* que en el prólogo de la distinción 5 de la parte primera dice: «Naturale ius ab exordio rationalis creaturae. Nec variatur tempore, sed immutabile permanet». Al tratar de la unidad y universalidad de la ley natural, Santo Tomás examina en primer término una dificultad derivada de las palabras contenidas en el Prólogo de la distinción primera de la primera parte del *Decreto* «ius naturale est quod in lege el evangelio continentur», entendiendo dichas palabras en el sentido de que «non omnia quae in Lege et Evangelio continentur, sint de lege naturae, cum multa tradantur ibi supra naturam: sed quia ea quae sunt de lege naturae, plenarie ibi traduntur» (no todo lo que está contenido en la ley y el evangelio es de ley natural, al existir en dichos lugares muchas cosas que son superiores a la naturaleza: sino porque todo lo que es de ley natural, está contenido plenamente en ellos) (13).

(9) Francisco PUY MUÑOZ, loc. cit., pág. 36.

(10) Agustín de Asís, *Manual de Derecho Natural*, Imp. Urania, Granada, 1963, pág. 156.

(11) Cfr. Teófilo URDANOZ, *Introducción a la cuestión 57*, en Sto. Tomás, S. Th., ed. BAC, tomo VIII, Madrid, 1956, pág. 178.

(12) S. Th., 1.^a, 2.^a, q.94, a.5.

(13) S. Th., 1.^a, 2.^a, p.94, a.4.

4. FUENTES DEL DECRETO

El conocimiento de las fuentes que le han servido para su colección sirve para interpretar el pensamiento de Graciano acerca del Derecho Natural. En ellas se fijan autores como Michel Villey cuando presta atención al pensamiento de Graciano al respecto (14).

Resulta muy difícil señalar exactamente el número de textos citados en los casi 4.000 capítulos del Decreto (15). A veces un solo capítulo recoge numerosos textos o fragmentos, mientras que por el contrario una sola decretal se extiende en ocasiones a lo largo de diversos capítulos. Muchos de dichos textos provienen de la Sagrada Escritura (16); otros son tomados de los Cánones de los Apóstoles; a lo largo del *Decreto* aparecen citados los Concilios: Orientales, concilios de Africa, de Occidente (españoles, galos, concilios de finales del siglo XI a principios del siglo XII; numerosos textos son tomados de Decretales anteriores (17) o corresponden a los Santos Padres (18). Por lo que se refiere al derecho civil son tenidos en cuenta el Derecho de Justiniano y de Teodosio, la Lex Romana Visigothorum, las leges barbarorum, las Capitulares, las Constituciones imperiales de la época de Enrique I (919-936) y de Otón I (963-973) (19). Por lo que se refiere al *dictum* inicial sobre el Derecho natural afirma Villey que «es evidente que no proviene del Derecho Romano» y piensa que no puede negarse alguna relación con los filósofos griegos y romanos, como Zenón, Crisipo, Cicerón y muchos otros entre los estoicos que han proclamado el carácter divino de la ley natural, que sería el pensamiento de Zeus, el *logos*, la *ratio Iovis*; la ley natural estoica parece a Villey próximo pariente a aquella en que se inspiraría Graciano (20). No nos parece muy acertada esta afirmación de Villey, el cual reconoce que Graciano no tenía un conocimiento directo de la filosofía pagana, de la cual existen pocas influencias en los textos jurídicos romanos y en San Isidoro (21). Más bien hemos de pensar en fuentes no jurídicas, sino cristianas, apostólicas, patrísticas o teológi-

(14) Michel VILLEY, *Lecons d'Histoire de la Philosophie du droit*, Nouv. ed., Daloz, París, 1962, págs. 191 ss.

(15) Cfr. G. le BRAS, loc. cit., pág. 51.

(16) G. le BRAS, loc. cit., pág. 53, indica la existencia de unos 5000 textos tomados del A. y del N. Testamento.

(17) Entre las colecciones anteriores de las cuales se valió principalmente Graciano señala Wilibald M. Ploch, loc. cit., pág. 450, las Colecciones de Anselmo de Luca, Deus-Dedit, La Panormia, el Decreto de Ivo de Chartes, de Regino de Prüm, de Burcardo de Worms, de la *Anselmo dicata*, el *Polycarpus* y el *liber de iustitia et misericordia* del Albero di Liegi.

(18) Según estudios de Abbé Munier hay en Graciano 1.200 textos atribuidos a los SS. Padres, de los cuales son auténticos 1.022; sobresalen las citas tomadas de S. Isidoro. Cfr. al respecto G. le BRAS, loc. cit., pág. 61.

(19) Cfr. Wilibald M. PLOCH, loc. cit., pág. 450.

(20) Michel VILLEY, loc. cit., pág. 192.

(21) M. VILLEY, ibídem.

cas (22) para ver que «la justicia, la justicia de Dios (quod vult Deus ipsa iustitia est, según fórmula de San Agustín) debía ser el verdadero fundamento del Derecho y la ley ya no bastaba con que fuese sólo la voluntad del príncipe, sino que tenía que ser justa, tal como quedó expresado por San Isidoro de Sevilla, de modo muy distinto del «quod Principi placuit» romano y de la ley como un *pactum* germánica. Esa doctrina de San Isidoro es la que pasó a Graciano y a la canonística (23).

5. TEXTOS DE GRACIANO REFERENTES AL DERECHO NATURAL

El *Decreto* de Graciano consta de tres partes distintas. La primera de ellas consta de 101 distinciones. La segunda contiene 36 causas, las cuales a su vez se subdividen en una o más cuestiones. La parte 3.^a está subdividida en cinco cuestiones.

Al Derecho natural solamente se refieren 20 de las distinciones contenidas en la parte primera; las 91 restantes tratan de las personas y de los oficios eclesiásticos.

La diversidad de interpretaciones dadas a los textos que referidos al Derecho natural se contienen en el *Decreto* es una prueba de la dificultad de la tarea. Por ello, sin perjuicio de intentar una interpretación personal, he querido ofrecer conjuntamente todos aquellos textos, para que el lector pueda juzgar e interpretar por sí mismo y hasta disentir con conocimiento de causa de la opinión expresada por el autor de este artículo.

A la vez que ofrezco los textos latinos tomados del *Corpus Iuris Canonici* (24), me he permitido añadir una traducción personal, en la que de alguna manera se manifiesta la interpretación hecha por mi parte del pensamiento del monje camaldulense.

El primero y más conocido de los textos está contenido en la Parte 1.^a, Distinción 1.^a, C. 1.

«*Dictum*: Humanum genus duobus regitur, naturali videlicet iure et moribus. Ius naturale est, quod in lege et evangelio continetur, quo quisque iubetur alii facere quod sibi vult fieri, et prohibetur alii inferre, quod sibi nolit fieri. Unde Christus in evangelio: «omnia quaecumque vultis ut vobis faciant homines, et vos eadem facite illis. Haec est enim lex et prophetae».

Traducción

Dicho: El género humano se rige por dos cosas, es decir por el Derecho natural y por las costumbres. Derecho natu-

(22) M. VILLEY, *ibídem*.

(23) JOSÉ MALDONADO, *Curso de Derecho Canónico para juristas civiles*, 2.^a edic., Marsiega, S. A. Madrid, 1970, pág. 343.

(24) Los textos que siguen están tomados del *Corpus Iuris Canonici*, Edit. Lipsiensis 2.^a, Cura Ludovici Richter et Aemilii Friedeberg, Ed. Tauchnitz, Lipsiae, 1879.

ral es, el cual, lo cual (= cosa que, y ello) está contenido en la ley y en el evangelio, aquello por lo cual cada uno está mandado hacer a otro, lo que quiere que se haga a él, y está impedido de hacer a otro, lo que no quiere que se haga a él. Por eso Cristo en el evangelio (dice): «Todo lo que queréis que os hagan los hombres, hacedlo también vosotros a ellos. Porque ésta es la ley y los profetas».

Razón de la traducción: He pretendido una traducción literal. Por lo que se refiere a la frase «quod in lege et evangelio continentur» he tenido presente que dicha frase está incluida entre dos comas. Esta inclusión, en especial la separación que la coma hace del relativo *quod* y de la tercera persona del verbo en presente de indicativo, *est*, indica que la frase de relativo no puede ser predicado del verbo anterior *est*: los predicados no pueden estar separados del verbo por el signo de la coma. La presencia de este signo bien pudiera contener una significación de paréntesis en una época en que todavía no se usaba una tal figura escrita. La presencia de la primera de las comas descarta la posibilidad de traducir correctamente la frase cual se viene haciendo indebidamente «Derecho natural es aquello que se contiene en la ley y el evangelio». El predicado de *est* en el supuesto sería el pronombre sobreentendido «illud-aquello», y que sería el antecedente del «quod quisque».

Segundo texto: Después de recoger en el canon primero una cita del libro de las *Etimologías* del obispo hispalense, añade el

Decreto:

«Ex verbis huius auctoritatis evidenter datur intelligi, in quo differant inter se lex divina et humana, cum omne quod fas est nomine divinae vel naturalis legis accipiatur, nomine vero legis humanae mores iure conscripti et traditi intelligentur. § 1. Est autem ius generale nomen, multas sub se continens species».

Traducción (libre):

«Estas autorizadas palabras dan con evidencia a entender en qué se diferencian la ley divina y la ley humana, puesto que todo lo que es justo se entiende como ley divina o natural, en cambio, con el nombre de ley humana se entienden las costumbres escritas o transmitidas como derecho. § 1. El término derecho es un nombre genérico, que contiene en sí muchas especies».

El texto tercero corresponde también a la Parte 1.^a Distinción 1.^a del *Decreto*. Está tomado del capítulo 4 del libro 5 de las *Etimologías* que señala las diversas especies del Derecho en el C. VI y las define en el C. VII.

C. VI. Ius est aut naturale aut civile aut gentium».

«C. VII. Ius naturale est commune omnium gentium, eo quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur, ut viri ac feminae concunctio, liberorum successio et educatio, communis omnium possessio et omnium una libertas, acquisitio eorum, quae celo, terra marique capiuntur; item depositae rei vel commendatae pecuniae restitutio, violentiae per vim repulsio. § 1. Nam hoc, aut siquid huic simile est, numquam iniustum, sed naturale equumque habetur».

Traducción

«C. VI. El derecho es o natural o civil o de gentes».

«C. VII. El derecho natural es común a todas las gentes, porque existe en todas las partes por instinto de la naturaleza, no en virtud de una constitución positiva, como es la unión del varón y de la mujer, la sucesión y educación de los hijos, la posesión común de todas las cosas y la misma libertad de todos, la adquisición de aquellas cosas que se ocupan en el cielo, en la tierra o en el mar; igualmente la restitución de la cosa depositada y la restitución del dinero confiado, el rechazo de la violencia por la fuerza. § 1. Pues esto o lo que fuere semejante a esto, nunca es injusto, sino natural y equitativo».

El cuarto párrafo que contiene expresiones relacionadas con el Derecho natural, es el *dictum* de la distinción 5 de esta primera parte:

«Nunc ad differentiam naturalis iuris et ceterorum revertamur. § 1. Naturale ius inter omnia primatum obtinet et tempore et dignitate. Cepit enim ab exordio rationalis naturae, nec variatur tempore-sed inmutabile permanet. § 2. Sed cum naturale ius lege et evangelio supra dicatur esse comprehensum. quedam autem contraria his, que in lege statuta sunt, nunc inveniantur concessa, non videtur ius naturale inmutabile permanere...».

Traducción

«Volvamos ahora a la diferencia del derecho natural y de los demás derechos. § 1. El derecho natural tiene entre todos la primacía por razón del tiempo y por razón de la dignidad. Pues comenzó desde el principio de la naturaleza racional, y no varía con el tiempo, sino que permanece inmutable. § 2. Mas como hemos dicho anteriormente que el derecho natural está contenido en la ley y en el evangelio y en cambio ahora están permitidas cosas contrarias a lo establecido en la ley, parece ser que el derecho natural no permanece inmutable...».

Al final de la Distinción VI y comentando los problemas planteados en ella dedica Graciano al derecho natural un nuevo párrafo que en el orden sistemático establecido en este trabajo señalo como quinto de los contenidos en el *Decreto*:

«In lege et evangelio naturale ius continetur; non tamen quecumque in lege et evangelio inveniuntur, naturali iuri coherere probantur. Sunt enim in lege quedam moralia, ut: non occides et cetera, quedam mystica, otpote sacrificiorum precepta, et alia his similia. Moralia mandata ad naturale ius spectant atque ideo nullam mutabilitatem recepisse monstrantur. Mystica vero, quantum ad superficiem, a naturali iure probantur aliena, quantum ad intelligentiam, inveniuntur sibi annexa; ac per hoc, etsi secundum superficiem videantur esse mutata, tamen secundum moralem intelligentiam mutabilitatem nescire probantur. § 1. Naturale ergo ius ab exordio rationalis naturae incipiens, ut supra dictum est, manet immobile. Ius vero consuetudinis post naturalem legem exordium habuit, ex quo homines convenientes in unum ceperunt habitare; quod ex eo tempore factum creditur, ex quo Cain civitatem edificasse creditur...».

Traducción

«El derecho natural está contenido en la ley y en el evangelio; sin embargo, no todo lo que está contenido en la ley y en el evangelio se prueba que pertenece al derecho natural. Porque hay en la ley algunas cosas morales como: no matarás y otras, algunas cosas místicas como los preceptos de los sacrificios y otros semejantes a ellos. Los preceptos morales pertenecen al derecho natural y por ello se demuestra que no han admitido mutabilidad alguna. Mas los místicos, en cuanto a su significación aparecen ajenos al derecho natural; en cuanto a su inteligencia, aparecen unidos a ellos; y por esto, aun cuando aparezcan cambiados en su significado, sin embargo se prueba que desconocen la mutabilidad en cuanto a su inteligencia moral. § 2. Por tanto el derecho natural, que comienza desde el principio de la creatura racional, como se ha dicho, permanece inmutable. Mas el derecho determinado por la costumbre tuvo principio después de la ley natural, desde que los hombres reuniéndose comenzaron a habitar juntos; lo cual se cree haber sucedido desde que Caín se dice que edificó una ciudad...».

A lo largo de toda la Distinción VIII existen diversos textos relativos al derecho natural, a todos los cuales señalo con el número sexto de la ordenación querida para el presente trabajo. En el Canon 1 de la Distinción se dice:

«Iure divino omnia sunt communia omnibus; iure vero constitutionis hoc meum, illud alterius est».

Traducción:

«Por derecho divino todas las cosas son comunes a todos, mas por derecho de constitución humana esto es mío, aquello es de otro».

Como resumen del Canon 2 se dice:

«Adversus naturale ius nulli quicquam agere licet».

Traducción:

«A nadie es lícito obrar contra el derecho natural».

En los cánones siguientes viene a decir que la costumbre debe ceder y posponerse a la verdad.

El texto séptimo lo considero incluido en la distinción IX, destinada a probar que la

«Constitutio naturali iuri cedat multiplici ratione probatur», para terminar afirmando: «Cum ergo naturali iure nichil aliud precipiatur, quam quod Deus vult fieri, nichilque vetetur, quam quod Deus prohibet fieri; denique cum in canonica scriptura nichil aliud, quam in legibus divinis inveniatur, divine vero leges natura consistant: patet, quod quecumque divinae voluntati, seu canonice scripturae contraria probantur, eadem et naturali iuri inveniuntur adversa. Unde quecumque divinae voluntati, seu canonice scripture, seu divinis legibus posponenda censentur, eisdem naturale ius preferri oportet. Constitutiones ergo vel ecclesiasticae vel seculares, si naturali iuri contrariae probantur, penitus sunt excludendae».

Traducción:

«Se prueba con múltiples razones que la constitución (humana) debe ceder al derecho natural... Como por derecho natural nada se manda sino lo que Dios quiere que se haga, y nada está prohibido, sino lo que Dios prohíbe que se haga, finalmente como en la escritura canónica no se contiene otra cosa, que las que están en las leyes divinas, y las leyes divinas son firmes por naturaleza: está claro, que las cosas que se demuestran contrarias a la voluntad divina o a la escritura canónica, se demuestran también contrarias al derecho natural. Por ello cuantas cosas deben ser pospuestas a la voluntad divina, o a la escritura canónica, o a las leyes divinas, a esas mismas cosas debe ser preferido el derecho natural. Por tanto las constituciones tanto eclesiásticas como seculares deben ser plenamente excluidas, si se demuestran contrarias al derecho natural».

Considero por mi parte como última de las afirmaciones importantes del *Decreto* acerca del derecho natural la que está contenida en la Distinción XIII:

«Item adversus naturae ius nulla dispensatio admittitur; nisi forte duo mala ita urgeant ut alterum eorum necesse sit eligi».

Traducción:

«Igualmente no se admite ninguna dispensa contra el derecho natural; a no ser que de tal manera urjan dos males que sea necesario elegir uno de ellos».

Pudiera pretender alguno que existen en el *Decreto* otras afirmaciones acerca del derecho natural y sus problemas. Tal sucede con la distinción vigésima. He prescindido deliberadamente de ellos, al menos por no contener afirmación alguna que ofrezca novedad de puntos de vista acerca del pensamiento graciano sobre el derecho natural.

Por los textos aducidos podremos darnos cuenta de la imperfección de la doctrina de Graciano acerca del derecho natural, si la consideramos a la luz de los estudios realizados con posterioridad. Pero su importancia ha de juzgarse y medirse atendiendo a los tiempos en que tal doctrina fue expuesta. En su época brilló como una lucecita en medio de las tinieblas. Por ello sus pequeños destellos han llegado hasta nosotros y han contribuido al progreso e intensidad de la luz que existe en la actualidad.

Es difícil la interpretación del pensamiento de Graciano. Resulta también difícil la traducción de sus palabras. No es perfecto el lenguaje y la dicción latinas. Es incorrecto el uso de alguna de las partículas latinas empleadas; por ello a pesar de mi voluntad de ser fiel a la frase original, me he visto obligado en ocasiones a cambiar el sentido de los términos imperfectamente usados con la pretensión de hacer más inteligible el texto empleado. La dificultad y deficiencias de la materia tratada, unidas a las deficiencias del lenguaje empleado, explican las dificultades de interpretación del pensamiento de Graciano por parte de los autores, incluidos los autores españoles a los que presto atención a continuación.

6. INTERPRETACION DEL PENSAMIENTO DE GRACIANO EN ALGUNOS CLASICOS ESPAÑOLES

No podemos desconocer que es mucho «lo que debe Graciano a fuentes españolas y mucho lo que deben los españoles al gran compilador de cánones» (25). La frecuencia con que es citado el libro de las *Etimologías* manifiesta la dependencia del *Decreto* con relación a la obra del Hispalense. No es posible descubrir la dependencia que un libro de la importancia de *Las Partidas* del rey Alfonso X el Sabio, escrito un siglo después del *Decreto* (26), tiene en relación con la obra de Graciano. También el libro de *Las Partidas* contiene una definición del derecho natural como

(25) Francisco ELÍAS DE TEJADA, *El concepto de Derecho Natural en los comentaristas hispanos de Graciano*, Estratto da «Studia Gratiana» Vol. II, Istituto Giuridico Università di Bologna, 1954, pág. 83.

(26) El libro de *Las Partidas* fue hecho entre los años 1280 a 1290.

contrapuesto al «ius gentium» (27), pero no señala como fuentes de su pensar al *Decreto*, sino las palabras de los santos y los «dichos de los sabios que mostraron las cosas naturalmente» (28).

Sí en cambio se refieren a Graciano y estudian su pensamiento autores españoles diversos hasta el punto de que con razón se haya afirmado «que Graciano halló en las Españas su segunda patria» (29).

El cardenal *Juan de Torquemada*, dominico, embajador en el Concilio de Constanza escribió, entre otras cosas, unos *Comentaria in Decretum Gratiani*. La ley natural, afirma, está en la Ley evangélica. La ley divina por su parte se distingue de la ley natural, no porque ambas sean completamente extrañas, sino en cuanto la ley divina es algo sobreañadido a la ley natural, a la que presupone, como la gracia presupone a la naturaleza. Para *Juan de Torquemada* «praecepta legis naturalis et praecepta legis divinae moralia quodammodo sunt eadem» (30). Interpretando por mi parte las frases empleadas por el autor, Torquemada, pienso que no pretende exponer la definición de Graciano acerca del derecho natural, sino afirmar la identidad material que según el pensamiento de Graciano existiría entre el derecho o preceptos del derecho natural y la ley divina positiva, prescindiendo de la identidad conceptual o formal. En todo caso la ley divina positiva perfecciona a la ley natural, a la que presupone y perfecciona como la gracia presupone y perfecciona a la naturaleza.

El doctor navarro *Martín de Alpizcueta*, canónigo regular de la Colegiata de Roncesvalles, «maestro clave para la doctrina española de la paz» (31), profesor en diversas Universidades «niega la equiparación del derecho divino, íntegramente asumido, con el derecho natural» (32), por parte de Graciano. Reconoce *Martín de Alpizcueta* (33) que en el Antiguo Testamento al lado de los preceptos naturales existían los ceremoniales y los judiciales. También en la ley evangélica junto a los preceptos de derecho natural se dan otros que no pertenecen al ámbito del mismo como sucede con el precepto del bautismo. Tiene presente *Martín de Alpizcueta*, al hacer las anteriores afirmaciones, la doctrina de Graciano, acerca del cual dice: «Gratianus male intellegitur in principio Decreti» (34). Entiendo por mi parte que tal frase es una justificación

(27) P. I., tít. I, Ley II.

(28) P. I., T. I, Ley VI.

(29) Francisco ELÍAS DE TEJADA, loc. cit., pág. 85.

(30) J. de TURCREMATA, *Repertorium in omnes Commentarios... super Decretum*, Venetiis, apud haeredem Hirronimi Scoti, 1578, I, I, 22, Tomo I, página 16 b; Texto ofrecido por E. de TEJADA, loc. cit.

(31) *Martín de AZPILCUETA, Comentario resolutorio de Cambios*, Ins. y texto crítico por A. ULLASTRES, J. M. PÉREZ y L. PEREÑA, Cons. Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1965, Presentación.

(32) Francisco ELÍAS DE TEJADA, loc. cit., pág. 88.

(33) Cfr. *Martín de AZPILCUETA, In tres de poenitentia distinctiones posteriores commentarii*, Coimbra, ex officina Alvari et Johannis Barrerii, 1542, V.

(34) Tomado del artículo de Francisco ELÍAS DE TEJADA, loc. cit., pág. 89.

de Graciano y no una acusación del mismo, como parece dar a entender el profesor Elías de Tejada, ya que la frase empleada por el doctor navarro no dice que Graciano entienda mal esta cuestión, sino que *male intellegitur* (es voz pasiva) por los autores que lo acusan de confundir la ley natural con la ley y el Evangelio.

Fray Domingo de Soto, segoviano, teólogo, de la Orden de Predicadores, confesor de su Majestad el César, profesor de Salamanca, presente en el Concilio de Trento «y uno de los más excelsos cultivadores de la filosofía jurídica que las Españas hayan jamás producido» (35) también ofrece una interpretación del pensamiento de Graciano (36). Al tratar en el artículo 4.º de la cuestión 3.ª del tema «si hay una sola ley natural para todos los hombres», se opone como primera objeción a la unidad de la ley natural el principio de Graciano que traduce de esta manera: «El derecho natural es aquello que se contiene en la ley y en el evangelio...». Responde a esta objeción diciendo que «no se han de ver truncadas como están las palabras de Graciano: *el derecho natural es lo que se contiene en la ley y el evangelio*, como si enseñara que cuanto hay en el evangelio pertenece al derecho natural, sino unidas a las palabras siguientes: Es derecho natural aquello por lo cual uno es obligado a hacer lo que quisiera para sí, a saber, lo que se contiene en el evangelio, como si estas palabras fuesen un paréntesis, enseñando que el derecho natural está por entero contenido en el Evangelio, no él solamente, sino también el derecho divino». Dejo por mi parte al lector la ocasión de interpretar las mismas palabras interpretativas de Domingo de Soto, evitando de este modo el peligro de no exponer correctamente el pensamiento del dominico español, escollo que no han evitado otros intérpretes.

Antonio Agustín (1517-1586) que fue «nuestro mayor canonista, príncipe de la jurisprudencia hispana» (37) escribe su obra que lleva por título *De emendatione Gratiani*. En ella y concretamente en el diálogo XIX del libro I dedica unas líneas al tema que nos ocupa. Dejo igualmente al buen sentido del lector la interpretación correcta o al menos el intento de interpretación de la siguiente frase: «Non quidquid in Moysis lege et evangelio continetur, id ius naturale Gratianus appellat, sed vel de Decalogo intelligi debet, vel de eo quod sequitur: cum quisque iubetur facere alii, quod sibi cult fieri» (38).

Incluye con razón el profesor Elías de Tejada entre los tratadistas hispanos comentadores de Graciano al portugués «Rodrigo de Acunha o Cunha, figura relevante en la Portugal de los Feli-

(35) Cfr. FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, loc. cit., pág. 89.

(36) Fr. DOMINGO SOTO, *Tratado de la justicia y del derecho*, trad. al castellano de Jaime TORRUBIANO RIPOLL, Tomo 1.º, Edit. Reus, Madrid, 1922, página 97 ss.

(37) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, loc. cit., pág. 90.

(38) A. AUGUSTINUS, *De emendatione Gratiani*, Paris, Pierre Chevalier, 1607, pág. 158; recogido por FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, loc. cit.

pes... sentado sucesivamente en las sillas episcopales de Portalegre y de Oporto, más tarde en la archidiócesis de Braga...» (39), donde publica su obra *Commentarii in primam partem Decreti Gratiani* el año 1829. Conocedor como es de las diversas soluciones propuestas para explicar las relaciones existentes entre el derecho natural y la ley bíblica y evangélica, conocedor de las interpretaciones dadas sobre el pensamiento de Graciano, analiza las tesis de Torquemada, Azpilcueta y Soto (no se fija en el criterio de Antonio Agustín), tesis que rechaza, a la vez que ofrece una interpretación personal basada en los textos tomados del propio *Decreto*. Para *Rodrigo de Cunha*, según afirma Elías de Tejada, «Graciano nunca asevera sea derecho natural el que está contenido en el Evangelio, sino que en el Evangelio está el derecho natural contenido» (40).

7. INTERPRETACION PERSONAL DEL PENSAMIENTO DE GRACIANO

Consciente del riesgo que ello supone, voy a intentar analizar y exponer el pensamiento de Graciano en la materia objeto de estudio. Para ello procederé señalando los principios o cualidades del derecho natural, cual se pudieran ver afirmados en el *Decreto*. Me fijaré en último término en la existencia de una definición del derecho natural, preguntando si existe una o varias definiciones en dicha colección de leyes.

8. PRINCIPIOS O CUALIDADES DEL DERECHO NATURAL

1.º *Preeminencia del derecho natural.*

Afirma Graciano expresamente la preeminencia del derecho natural sobre todos los derechos, preeminencia que deriva o se fundamenta en el tiempo o momento de nacimiento y en la dignidad que le es propia. Las palabras usadas en la introducción o *dictum* de la distinción 5 «*primatum obtinet et tempore et dignitate*» señalan el lugar que en el campo del derecho corresponde al derecho natural. Los otros derechos de que se habla en esta parte del *Decreto* son el *Ius Gentium* y el *Ius civile* (41), los preceptos que llama místicos y que también están contenidos en la ley y en el evangelio (42), el derecho que proviene de las costumbres (43) o de las Constituciones de los pueblos (44).

(39) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, loc. cit., pág. 91.

(40) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, ibíd.

(41) Cfr. P.1, D.1, C.VI.

(42) Cfr. P.1, D.VI, al final.

(43) Cfr. P.1, D.VIII, can. 2.

(44) P.1, D.IX.

2.º *El comienzo del derecho natural coincide con el comienzo del género humano.*

Tal cualidad viene afirmada en dos lugares distintos: En la introducción a la distinción 5.^a (*cepit enim ab exordio rationalis creaturae*) y en los comentarios hechos a los problemas planteados en la distinción 6.^a (*ab exordio rationalis naturae incipiens*). Señala expresamente Graciano en la Distinción 6.^a que el «*ius consuetudinis*» tuvo principio en momento posterior al comienzo del género humano y del derecho natural.

Tengamos presente esta afirmación, la cual nos lleva a pensar que Graciano distingue real y conceptualmente el derecho natural del derecho contenido en la ley y en el evangelio. Sabe Graciano que el origen de éstos es muy posterior al nacimiento del género humano y no puede ignorar que la separación real es signo de distinción entre las cosas.

3.º *El derecho natural no varía con el tiempo, sino que permanece inmutable.*

Afirmaciones en tal sentido se contienen en el *dictum* que acompaña a la Distinción V (*nec variatur tempore, sed immutabile permanet*) y en la explicación contenida al final de la Distinción VI (*naturale ius... manet immobile*).

Esta propiedad distingue al derecho natural por una parte del «*ius consuetudinis*» cuyo origen es posterior a la ley natural (45) y por otra parte de los preceptos que llama místicos (46) y que también están contenidos en la Sagrada Escritura. Al derecho consuetudinario atribuye el origen en el tiempo en que Caín edificó una ciudad, derecho que, casi extinguido con ocasión del diluvio, surgió nuevamente en tiempo de Nemroth, personaje que juntamente con otros comenzó a oprimir a los demás hombres (47); la mutabilidad del derecho consuetudinario la ve confirmada por las evoluciones de la historia. Al contraponer los preceptos místicos a los preceptos morales contenidos en la Sagrada Escritura, no afirma la inmutabilidad de los preceptos místicos cuando afirma la inmutabilidad de los preceptos morales, únicos que pertenecen al derecho natural.

No distingue en los preceptos morales los primeros preceptos y las conclusiones de aquellos preceptos. Tampoco aclara con perfección la naturaleza, contenido y extensión de los preceptos místicos, cuya mutabilidad admite. Por ello no podemos ofrecer unas tesis claras acerca del problema de la inmutabilidad de la ley natural basándonos exclusivamente en las afirmaciones de Graciano, ya que para tratar de este problema es necesario tener

(45) Cfr. P.1, D.VI, al final.

(46) Cfr. P.1, D.VI.

(47) *Ibíd.*

presente la distinción existente entre las diversas clases de preceptos considerados como ley natural. Sabemos que unos principios supremos cuya pertenencia al orden de la naturaleza es innegable o fácilmente admisible, se aplican prácticamente a situaciones concretas con normas variables (en razón a la variación de las situaciones y de las cosas), cuya pertenencia directa al derecho natural o cuya exigibilidad por razones de la naturaleza puede resultar discutible.

4.º *No puede existir dispensa alguna del derecho natural.*

La Distinción XIII contiene una afirmación en tal sentido como principio general. Tampoco nos ofrece una construcción científica completa a base de la cual sea posible resolver situaciones que se relacionan con el problema de la dispensa.

Parece que para Graciano la indispensabilidad de la ley natural no es absoluta, sino limitada, cual se deduce de la frase empleada «nisi forte duo mala ita urgeant ut alterum eorum necesse sit eligi». Piensa Graciano que puede ocurrir el caso de que exista o se presente una disyuntiva para elegir entre dos males, caso en el cual se deberá elegir el mal menor. ¿Cuál es el mal menor? Aduce Graciano en el Canon I de esta Distinción un texto del Concilio Toledano VIII, según el cual es misión de la razón pura (purae rationis acumine) determinar el grado de gravedad de los preceptos.

5.º *El derecho natural nunca es injusto.*

Expresa Graciano en el Canon VII de la Distinción 1.ª la relación existente entre la justicia y el derecho natural, afirmando con carácter general y sin género de dudas o excepciones que los preceptos del derecho natural o semejantes a los mismos («aut si quid huic simile est») no pueden ser injustos, sino sencillamente naturales y equitativos. Ello es un signo más de la preeminencia afirmada para el natural en el campo de los derechos.

6.º *A nadie es lícito obrar contra el derecho natural.*

Establecido este principio de manera clara en el Canon 2 de la Distinción VIII, tiene en cuenta el principio al considerar la relación de la costumbre y de la ley positiva con el derecho natural.

Por lo que a la costumbre y al derecho consuetudinario se refiere, la misma Distinción VIII expresa la subordinación de la costumbre al derecho natural, al cual «posponitur» (se pospone).

La Distinción IX está destinada a probar que las constituciones o leyes, tanto eclesiásticas como seculares, cuando son contrarias

al derecho natural, deben ser rechazadas «penitus» (completamente). No cabe la menor duda de la ineficacia de las disposiciones contrarias al derecho natural, que expresa la voluntad de un aspecto en el que insiste la Distinción IX.

7.º *El derecho natural es voluntad divina.*

Expreso de esta manera el principio, sin hacer coincidir el derecho natural con *la* voluntad divina, porque también para Graciano hay expresiones de *la* voluntad divina que no contienen derecho natural, como veremos a continuación, dado que no todos los preceptos de la ley y del evangelio son derecho natural (48).

Que el derecho natural sea voluntad divina y de ella derivado está afirmado en la Distinción IX: «Nada se manda en el derecho natural, sino lo que Dios quiere que se haga; nada se prohíbe, si lo que Dios prohíbe que se haga».

La Distinción IX pudiera crear por sí misma dificultades para quien afirme que Graciano no equipara el derecho natural con *la* (toda) voluntad divina; en ella se dice «divine vero leges natura consistant». Pero esta frase, difícil en sí misma, deberá interpretarse atendiendo a todo el contexto de las afirmaciones y a la formación religiosa de Graciano. Sabe el monje Camaldulense, y lo ha recogido en los Comentarios, que en la ley y en evangelio existen preceptos llamados místicos, que no son derecho natural y que son expresión de la voluntad divina. No puede tampoco ignorar en razón a su formación que preceptos como el del bautismo, al que se refiere Martín de Alpiçcueta (49), no son derecho natural. Las afirmaciones más difíciles deben ser interpretadas teniendo presente lo más correcto y fácil, a la vez que más lógico.

8.º *No todos los preceptos contenidos en la ley y el evangelio son preceptos de derecho natural.*

Aparece claro este principio en los comentarios que se hallan al final de la Distinción VI. Después de afirmar que el derecho natural está contenido en la ley y en el evangelio, añade: «sin embargo, no todo lo que está contenido en la ley y en el evangelio naturali iuri coherere probantur». Además de los preceptos morales que pertenecen al derecho natural, existen en la Escritura los llamados preceptos místicos que son ajenos al mismo.

También este principio nos sirve para conocer que Graciano no identifica el derecho natural con la ley y el evangelio. Al menos por razón de la extensión de su contenido son superiores la ley y el evangelio.

(48) *Ibíd.*

(49) Véase nota 34.

9.º *El derecho natural está contenido en la ley y en el evangelio.*

Si bien no puede admitirse que Graciano equipare y confunda el derecho natural con la ley y el evangelio, sí debemos reconocer que según el autor del *Decreto* el derecho natural, todo él, esté contenido en la ley y en el evangelio.

Considero la expresión más clara e indiscutible en tal sentido la contenida en la Distinción VI de la que está traducido el principio. No otro sentido tienen las palabras propias de la Distinción 5 (dictum): «naturale ius lege et evangelio supra dicatur esse comprehensum», y conforme a él deben interpretarse las afirmaciones reflejadas en la Distinción IX «cum in canonica scriptura nichil aliud, quam in divinis legibus inveniatur, divine vero leges natu consistant» (porque en la escritura canónica no se contiene otra cosa que las que están en las leyes divinas, y las leyes divinas son firmes por naturaleza).

La dificultad de traducir el *dictum* del Canon I, que acompaña a la Distinción 1.ª de esta 1.ª parte, no supone que neguemos que en dicho lugar se afirma la contención del derecho natural en la ley y en el evangelio.

No es correcta esta inclusión del derecho natural en la Sagrada Escritura; pero es una realidad afirmada por el autor del *Decreto*, referida no a parte sino a *todo* el derecho natural.

9. DEFINICION DEL DERECHO NATURAL, CONFORME AL DECRETO

Al llegar a este momento me pregunto por la existencia de alguna *definición* del derecho natural en la obra de Graciano. Al preguntarme por la existencia de *alguna definición* no me refiero a la definición tomada de San Isidoro, que ha sido recogida de manera expresa en el *Decreto* y por consiguiente aceptada por Graciano, sino a la existencia de una *definición propia*, claramente definición dada por el autor de los *dicta*.

Han visto algunos autores tal definición en la frase inicial «ius naturale est, quod in lege et evangelio continetur, quo...». Al hacer la traducción de este párrafo por mi parte indiqué claramente que tal frase no contiene una definición en el sentido de afirmar que «es derecho natural lo que se contiene en la ley y en el evangelio». La construcción gramatical no da pie para pensar en esta definición. La presencia de las dos comas incluyendo a la primera oración de relativo excluye dicha posibilidad. La frase «quod in lege et evangelio continetur», tal como está expresada y escrita, sólo puede tener un significado y un carácter de paréntesis en una época en la que tal signo gramatical no existía. Al sentido de paréntesis hacía referencia también Domingo de Soto, como hemos visto anteriormente.

Tampoco debe verse en este lugar una definición del derecho natural, entendiendo como derecho natural aquello y sólo aquello por lo cual cada uno está mandado hacer al otro lo que quiere que se haga a él... Este principio, también expresado en las palabras de Cristo, es de derecho natural; pero no se agota todo el derecho natural. Y no hay razón para deducir que Graciano identifica el derecho natural con sólo este principio, cuando en realidad habla de la existencia de otros preceptos morales.

Por todo ello concluyo que en el *Decreto* sólo se contiene una definición explícita y voluntariamente querida acerca del derecho natural y es la definición tomada del libro de *Las Etimologías* y que aparece en el Canon VII de la Distinción 1.^a de esta Parte 1.^a del *Decreto*. *El derecho natural es (el) común a todas las gentes, porque existe en todas las partes por instinto de la naturaleza, no en virtud de una constitución positiva*. Pretender la existencia de otra definición parece contrario al verdadero pensamiento de Graciano cual se expresa a lo largo de esta parte de su obra.

Juzgar de la perfección o imperfección de la doctrina de Graciano en torno al derecho natural corresponde a los críticos. Por mi parte la considero relativamente perfecta, habida cuenta de las circunstancias. Ello no implica que esté de acuerdo con todas sus afirmaciones al respecto. La obra no pretende ser un tratado de derecho natural, sino recoger en una colección las normas aplicables a la vida de la Iglesia en unos momentos históricos en los que no se hacían estudios detenidos acerca del derecho natural.

Lo nuevo y lo viejo en la hipótesis «etiamsi daremus» de Grocio

Por JAVIER HERVADA XIBERTA

Navarra

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes de la hipótesis grociana: a) La tradición de los juristas. b) La tradición filosófico-teológica. 3. La hipótesis «etiamsi daremus» de Grocio.

1. INTRODUCCION

Grocio es, sin duda, una figura destacada en la historia del derecho natural. Ciertamente su fama ha pasado por diversas vicisitudes y sus méritos han sido discutidos. A Grocio se le ha calificado desde fundador de la ciencia moderna del derecho natural —y fundador de la ciencia del derecho internacional— hasta de epígono de la Escolástica española de los siglos XVI y XVII (1). A mi parecer es innegable que Grocio debe su fama a lo que su pensamiento tiene de nuevo. No digo nuevo como si supusiese una ruptura con el pensamiento precedente; Grocio no tuvo vocación ni talante «rupturistas» y son muchos los lazos que le unen con la tradición anterior (2). Pero fue un hombre que, en su obra *De Iure Belli ac Pacis*, supo dar con la forma adecuada de presentar temas de actualidad en clave «moderna», o sea, según algu-

(1) Sobre Grocio hay bastante bibliografía, que puede verse recogida en J. TER MEVLEN-P. J. J. DIERMANSE, *Bibliographie des écrits sur Hugo Grotius imprimés du XVII^e siècle* (The Hague, 1961); H. C. ROGGE, *Biblioteca Grotiana* (The Hague, 1883); M. BERLJAK, *Il diritto naturale e il suo rapporto con la divinità in Ugo Grozio* (Roma, 1978), págs. 137 ss.; A. TRUYOL, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, II, Del Renacimiento a Kant* (Madrid, 1975), págs. 154 ss.; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto, II, L'età moderna, 2.^a ed.* (Bologna, 1972), págs. 427 s.

(2) Vide, entre otros, R. LABROUSSE, *Il problema della originalità di Grozio*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», XXVIII (1951), páginas 1 ss.; G. AMBROSETTI, *I presupposti teologici e speculativi delle concezioni giuridiche di Grozio* (Bologna, 1955); A. CORSANO, *Ugo Grozio, l'umanista, il teologo, il giurista* (Bari, 1948); F. DE MICHELIS, *Le origini storiche e culturali del pensiero di Ugo Grozio* (Firenze, 1967); M. SANCHO IZQUIERDO-J. HERVADA, *Compendio de Derecho Natural* (Pamplona, 1980-81), págs. 313 ss.

nas de aquellas grandes líneas de pensamiento que más adelante iban a configurar una parte importante de la cultura europea. En otras palabras, Grocio, aunque hunde sus raíces en la tradición, es un pensador que no se inscribe en la línea católica y escolástica —predominante todavía no muchos años antes que él—, sino en la nueva cultura de raíz protestante. Esta nueva cultura, unida al laicismo, conformaría aquella parte del pensamiento moderno que iba a predominar en Europa los siglos siguientes.

Un ejemplo bien claro es el tratado del matrimonio que se encuentra en el *De Iure Belli ac Pacis*. Quien, después de estar familiarizado con el sistema matrimonial canónico de los tiempos precedentes, lea las páginas que Grocio dedica al matrimonio, no podrá menos que sufrir una honda decepción por lo que atañe a la calidad científica. Frente a un sólido sistema científico, decantado por una tradición de siglos y depurado por ilustres ingenios —entre ellos Tomás Sánchez (3), que Grocio cita en alguna ocasión—, el tratado grociano sobre el matrimonio aparece comparativamente de una pobreza científica rayana en el vulgarismo. Pero Grocio tuvo —para quienes en su época ya se habían apartado de la tradición anterior y para la posteridad que ha seguido ese camino— la virtud y la oportunidad de ofrecer el primer tratado del matrimonio —de cierta extensión, no exenta de rasgos eruditos— basado en la nueva concepción que se había instaurado en Europa a raíz de la reforma protestante, con la consiguiente secularización del matrimonio (4).

Grocio es una ponderada mezcla de lo viejo y lo nuevo, de tradición y —en relación a su época— de modernidad. Metodológicamente, el Grocio del *De Iure Belli ac Pacis* no presenta novedades especiales: es un jurista que se inscribe en el humanismo jurídico —la jurisprudencia culta—, si bien ofrece una obra ágil —contrariamente a la farragosa extensión de las obras de otros juristas—, escrita con elegancia y con una gran erudición (5). Pero, a la vez, es uno de los primeros juristas del nuevo orden europeo, que él contribuyó a forjar.

Esta mezcla de lo nuevo y lo viejo se observa también en la controvertida hipótesis grociana «*etiamsi daremus non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana*»; sobre ella quisiera decir alguna cosa —también en parte vieja y en parte nueva, espero— en las líneas que siguen (6).

(3) *De sancto matrimonii sacramento disputationum libre tres* (Antwerpiae, 1607).

(4) La concepción del matrimonio en el iusnaturalismo moderno ha sido estudiada con acierto por A. DUFOUR, *Le mariage dans l'Ecole allemande du Droit naturel moderne au XVIII^e siècle* (Paris 1972); Id., *Le mariage dans l'Ecole romande du Droit naturel au XVIII^e* (Genève, 1976).

(5) Cfr. F. CARPINTERO, «*Mos italicus*», «*mos gallicus*» y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica, en «*Ius Commune*», VI (1977), págs. 169 s.

(6) Esta hipótesis ha sido especialmente estudiada por J. ST. LEGER, *The «etiamsi daremus» of Hugo Grotius* (Roma, 1962), diss.; M. BERLJAK, ob. cit.

2. ANTECEDENTES DE LA HIPOTESIS GROCIANA

La tradición europea del derecho natural que Grocio recoge, tiene dos vías de transmisión a partir de la recepción del derecho romano: a) la de los juristas, que comentaron el *Corpus Iuris Civilis* o, en su caso, el *Corpus Iuris Canonici*; y b) la filosófico-teológica, cuyos principales representantes fueron los teólogos (7); éstos últimos estudiaron la ley natural y el derecho natural al establecer los fundamentos del orden moral. Desde los tiempos finales del Imperio de Roma y con anterioridad a la recepción del derecho romano, el derecho natural fue analizado por la Patrística y por los escritores eclesiásticos, quienes encontraron el punto de unión entre el paganismo —principalmente Aristóteles y el estoicismo— y el cristianismo en Rom 2, 14-16 (8) por lo que atañe al *ius naturale* y especialmente a la *lex naturae*.

Los juristas y los teólogos medievales, inmersos en la cultura europea cristiana, tuvieron puntos en común y un fondo de ideas semejantes, pero —según se desprende de estudios recientes (9) y se comprueba observando directamente las fuentes— forman como dos líneas distintas de tradición en lo que atañe al modo de tratar la noción del derecho natural: las perspectivas y la temática difieren. Hay un fondo común, pero el tratamiento sigue pautas distintas.

A mi parecer puede afirmarse que, en general, son escasas las influencias directas de los teólogos sobre los juristas —me refiero a influencias verdaderamente significativas—, en cuanto al modo de tratar la noción del derecho natural. Y también se observa el fenómeno inverso: los teólogos estudiaron filosófica y teológicamente el derecho natural y, si bien citaron las fuentes romanas (10), apenas tuvieron en cuenta a los juristas.

Que se observen pocas influencias directas de los teólogos sobre los juristas, no quiere decir ausencia de toda influencia, pues

Cfr. también P. OTTENWÄLDER, *Zur Naturrechtslehre des Hugo Grotius* (Tübingen, 1950); A. DROETTO, *Grozio e il concetto di natura come principio del diritto*, en «Rivista Internazionali di Filosofia del Diritto», XXV (1948), páginas 375 ss.; C. EDWARDS, *The Law of Nature in the Thought of Hugo Grotius*, en «Journal of Politics», XXXII (1970), págs. 784 ss.

(7) Aunque muy elementalmente, hemos intentado reseñar ambas líneas en M. SANCHO IZQUIERDO-J. HERVADA, ob. cit.

(8) Puede verse, por ejemplo, C. LARRAINZAR, *Precedentes de la doctrina medieval sobre la ley natural: comentarios directos al texto paulino Rom. 2, 14-15*, en «Persona y Derecho», VIII (1981), págs. 101 ss.

(9) Vide F. CARPINTERO, ob. cit.; Id., *El Derecho natural laico de la Edad Media. Observaciones sobre su metodología y conceptos*, en «Persona y Derecho», VIII (1981), págs. 33 ss. Id., *Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca* (Salamanca, 1975); Id., *Sobre la génesis del Derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XII-XVII*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», XVIII (1975), páginas 263 ss.

(10) V. gr., vide J. M. AUBERT, *Le droit romain dans l'oeuvre de saint Thomas* (Paris, 1955).

las hubo, sobre todo indirectas. Los sistemas filosóficos dominantes —casi todos ellos obra de los teólogos, aunque con raíces en la antigüedad— como el realismo o el nominalismo, el intelectualismo o el voluntarismo dejaron un rastro en la ciencia jurídica. Por su parte los teólogos recibieron cierta influencia de los juristas; v. gr., la noción de *ius gentium*.

Con el humanismo cambió, en buena medida, este panorama. La «jurisprudencia culta» supuso, por parte de los juristas, una mayor utilización —que a veces es abundante— de los escritos de la antigüedad y de los teólogos. Aún así siguen siendo detectables las dos vías de tradición, que no se fusionarían hasta el siglo XVIII. Este fenómeno se da incluso en los canonistas, de los que en principio cabría esperar una mayor influencia de los teólogos; por ejemplo, hasta tiempos posteriores a Grocio, ningún canonista trató del derecho natural siguiendo la pauta de los teólogos; el primero, según los datos de que dispongo, fue González Téllez, que ofreció un elegante resumen de la teoría tomista (11).

Por eso se ha sostenido —a mi juicio con razón— que la historia del derecho natural de las Edades Media y Moderna está a medio hacer: se sigue la línea filosófico-teológica, pero se suele olvidar la línea de los juristas, si se exceptúan algunas figuras singulares, como Graciano o Vázquez de Menchaca (12).

En Grocio —representante cualificado del humanismo jurídico— confluyen las dos líneas de tradición; por consiguiente, para conocer los antecedentes de la hipótesis *etiamsi daremus*, conviene examinar ambas.

a) *La tradición de los juristas*. En lo que conozco, no hay entre los juristas antecedentes claros de la hipótesis grociana, aunque sí referencias al fundamento divino del derecho natural.

Con el nacimiento de la ciencia jurídica europea, gracias a la tarea de Irnerio, el derecho natural, tal como aparecía en el *Corpus Iuris Civilis*, pasó a ser parte integrante e indiscutida de la cultura jurídica y un *tópico* reiteradamente estudiado por los juristas, aunque las referencias a su noción y fundamento fueron generalmente breves.

Ya en Irnerio el derecho natural aparece enlazado con Dios, al glosar la voz *natura* de la definición ulpiana. Para Irnerio la naturaleza ha sido «divini(tus) prodita generaliter et singulariter» (13), de donde se deduce que el derecho natural procede de

(11) *Commentaria perpetua in singulos Textus quinque Libros Decretalium Gregorii IX*, tom. I (Lugduni, 1715), págs. 1 ss.

(12) Ultimamente se han llevado a cabo estudios sobre el derecho natural en los juristas anteriores al siglo XVIII. Además de los trabajos citados en la nota 9, vide la excelente monografía de R. WEIGAND, *Die Naturrechtslehre der legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus* (München, 1967).

(13) Glosa *natura* a D. 1, 1, 1, 3. También glosa *natura* a Inst. 1, 2, pr.: «Divina prodita iudicio generaliter, singulariter indidit nature civium» (R. WEIGAND, ob., cit., pág. 18).

Dios. No hay que buscar más —me parece— en Irnerio; sin embargo, cabe preguntarse si la glosa irneriana tiene un sentido creacionista cristiano o un sentido panteísta estoico. Pienso que es más verdad lo primero. La expresión «divinitus prodita» de la glosa irneriana quiere decir creada por Dios, ya que el adjetivo *proditus* tenía en la baja latinidad el sentido —similar al latín clásico— de *hecho, salido de, engendrado* (14), lo cual nos indica que Irnerio interpretó la *natura* en el sentido creacionista cristiano, sentido que también aparece claramente en una primitiva glosa anónima añadida a la de Irnerio para ampliarla: la naturaleza es la causa segunda por medio de la que Dios Creador enseña lo qua hay que hacer (15).

Por otra parte, no parece acertado pensar que Irnerio pretendiese dar la interpretación original del paso ulpiano. Habrían de transcurrir varias generaciones de juristas antes de que naciese la preocupación por el sentido original de los textos. Irnerio, al igual que los glosadores y los comentadores, interpretó los textos romanos conforme a las ideas de su tiempo (16).

El mismo sentido cristiano tienen las glosas de Búlgaro (17) y Martino (18), o las similares expresiones usadas por la *Summa Institutionum Vindobonensis* (19); a lo cual se añaden aquellas glosas o *summae* que afirman que el derecho natural es voluntad de Dios, como por ejemplo el tratado *Divinam voluntatem vocamus iustitiam* (20). E idéntico sentido hay que atribuir a la conocida

(14) Cfr. Ch. D. DU CANGE, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, VI (reprod. Graz, 1954), pág. 523: «*Proditus, Editus, genitus*».

(15) «Est enim in omnibus natura prodita divino iudicio qua docemur cuncta hec agere sine doctrina; quod ergo illa natura docet, ius dicitur naturale a natura docente illud» (R. WEIGAND, ob. cit., pá. 19).

(16) Cfr. F. CALASSO, *Medioevo del diritto* (Milano, 1954); G. FASSÒ, *I glossatori e il giusnaturalismo medievale*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», XL (1963), págs. 69 ss.; G. OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren* (Frankfurt am Main, 1971); N. HORN, *Die juristische Literatur der Kommentatorenzeit*, en «Ius Commune», II (1969), págs. 84 ss.; P. WEIMAR, *Die legistische Literatur und die Methode des Rechtsunterrichts der Glossatorenzeit*, en «Ius Commune», II (1969), páginas 43 ss.; G. CHEVRIER, *Sur l'art de l'argumentation chez quelques romanistes médiévaux au XII et au XIII siècles*, en «Archives de Philosophie du Droit», XI (1966), págs. 115 ss.; H. COING, *Trois formes historiques d'interprétation du droit. Glossateurs, pandectistes, école de l'exégèse*, en «Revue historique de Droit français et étranger», XXXIX (1961), págs. 224 ss. y 359 ss.

(17) «Omnia naturali iure inspecto dei sunt, non solum quo ad materiam, verum etiam quantum ad formam, quia et eius fuit materia ex qua condidit et ipse eidem preiacenti singula creando formam dedit. Quod ergo dicitur quedam divini iuris esse, exaudias hominum censura, cuius omnia sunt ex sua propria» (R. WEIGAND, ob. cit., pág. 25).

(18) «Ius enim naturale cum est constitutio divine voluntatis, potest dici ars boni et equi». Inst. 1.1 (R. WEIGAND, ob. cit., pág. 32).

(19) III, 1: «Ius naturale est conditio rebus creatis ab ipsa divina dispositione imposita» (R. WEIGAND, ob. cit., pág. 27).

(20) «Absolute enim dicimus iusticiam dei voluntatem esse» (R. WEIGAND, ob. cit., pág. 35).

interpretación *natura, idest Deus*, que encontramos en Placentino (21), Azo (22), Acursio (23) y otros (24).

Todas las fórmulas usadas expresan la idea cristiana sobre la relación entre Dios y la naturaleza creada. Siglos antes ya había usado una fórmula similar San Juan Crisóstomo: «Cuando digo naturaleza, digo Dios, pues El es el autor de la naturaleza» (25). El origen de la idea es la Sagrada Escritura en la que repetidamente se atribuyen a Dios los preceptos de ley natural y el gobierno de todo el mundo. Cuanto hay en el mundo expresa y manifiesta la providencia, la sabiduría y la voluntad de Dios. Respecto del Nuevo Testamento, basta tener presente Rom 1, 18-32 y 2, 1-16.

De este modo, un maestro en Artes, Irnerio, introdujo en la ciencia jurídica un tópico filosófico y teológico que llegará hasta Grocio. Pero se trata de un tópico de alcance muy limitado, ya que los juristas apenas lo desarrollaron, ciñéndose a la interpretación del término ulpiano *natura*. Y en los casos en que se sobrepasó ese horizonte interpretativo, como ocurre con Vázquez de Menchaca (26), los juristas dieron su opinión con escaso desarrollo doctrinal.

La glosa *natura, idest Deus*, a mi parecer, no intenta decir que en el texto ulpiano la palabra *natura* debe interpretarse como sinónima de Dios. La glosa irneriana —origen de las demás— y las que expresan la misma idea con distintas palabras dan a entender que la glosa *natura, idest Deus* quiere decir que el derecho natural, enseñado por la naturaleza (*quod natura... docuit*), es enseñado en último término por Dios, ya que la naturaleza proviene de Dios por creación. No es más que la idea cristiana, presente en

(21) *Summa Institutionum*, 1, 2 (R. WEIGAND, ob. cit., pág. 43): «*Natura, id est Deus, quia facit omnia nasci*». En Placentino aparece ya planteada la cuestión de si *natura* está en caso nominativo o ablativo, cuestión que atañe al asunto del que tratamos, porque —a través de esta aparente cuestión gramatical— se quería poner de relieve el origen divino del derecho natural.

(22) *Summa Institutionum*, 1, 2, 1 (R. WEIGAND, ob. cit., pág. 52).

(23) Glosa *natura* a D. 1, 1, 1, 3.

(24) Vide V. GUALAZZINI, *Natura, idest Deus*, en «*Studia Gratiana*», III (Bononiae, 1955), págs. 411 ss.; G. FASSÒ, *La legge de la ragione* (Bologna, 1964), págs. 48 s.

(25) «*Cum autem naturam profero, Deum dico: ille quippe naturam creavit*». *Homiliae in Epistolam primam ad Corinthios*, hom. XXVI, n. 3 (PG, LXI, 216). Más clara es la traducción que aparece en la nota 3, pág. 7 de la ed. de P. C. MOLHUYSEN DEL, *De Iure Belli ac Pacis* de Grocio: «*Cum naturam dico, Deum dico. ipse enim est nature epifex*».

(26) *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, c. 27. Vázquez de Menchaca sigue el voluntarismo extremado de Ockham, al que cita. Su pensamiento puede resumirse en este pasaje: «*Ius enim naturale nihil aliud esse, quam rectam rationem ab ipsa nativitate et origine humano generi a Deo innatam supra edocti sumus. Ergo si ipsemet Deus contrariam rationem a nostra origine mentibus nostris imbuerit, id similiter erit ius naturale*». Ed. biligüe de F. Rodríguez Alcalde, vol. II (Valladolid, 1932), pág. 149. Líneas antes cita a Ockham; «*Et in hunc sensum salvari tuerique poterit opinio Occham supra relata...*».

los ya citados textos de Rom 1, 18-32 y 2, 1-16. Si aplicamos la terminología de la Escolástica, la *natura* ulpiana es interpretada como la *natura naturata* (naturaleza creada), que procede de la *natura naturans* (naturaleza creadora, o sea, Dios).

¿Fue esta interpretación la que siguieron todos los juristas? Si descartamos algún texto de sabor estoico de Cujacio (27) y a postura ambivalente de Odofredo, puede decirse que esa interpretación fue la común, como lo muestran textos inequívocos de Pierre de la Belleperche, Jacques de Revigny, Bartolo de Saxoferrato y otros (28).

Según los datos que he podido investigar, no hay, en los juristas anteriores a Grocio, precedentes de la hipótesis grociana.

b) *La tradición filosófico-teológica.* Los precedentes los encontramos en los teólogos anteriores a Grocio, a partir del s. XIV, aunque tampoco sean abundantes.

En lo referente al derecho natural no parece detectarse tal hipótesis antes de la época indicada; pero como algunos autores mantienen otra cosa, parece conveniente examinar esos posibles precedentes filosóficos y teológicos anteriores al s. XIV. Dos son los que suelen citarse: Marco Aurelio y Hugo de San Víctor.

Desde Pufendorf, algunos autores han afirmado que Grocio tomó la hipótesis *etiamsi daremus* de Marco Aurelio (29); los pasajes de las *Meditaciones* que se alegan son dos distintos, que se proponen o separadamente o conjuntamente: lib. II, 11 (30) y lib. VI, 44 (31).

(27) *Recitationes solennes ad Tit. I, Lib. I Digestorum de Iustitia et Iure*, Ad § Hujus studii, en *Opera Omnia* (Neapoli, 1722), VII, cols. 13 y 16.

(28) Los textos pueden verse en F. CARPINTERO, *El Derecho natural laico de la Edad Media*, cit., págs. 64 ss.

(29) *De iure naturae et gentium*, II, c. III, 19. Cfr. también G. FASSÒ, *Ugo Grozio tra medioevo ed età moderna*, en «Rivista di Filosofia», XLI (1950), página 184; P. D. DOGNIN, *La justice de Dieu et le droit naturel*, en «Revue des Sciences Philosophiques et Théologiques», XLIX (1965), pág. 72.

(30) «En la convicción de que puedes salir ya de la vida, haz, di y piensa todas y cada una de las cosas en consonancia con esta idea. Pues alejarse de los hombres, si existen dioses, en absoluto es temible, porque éstos no podrían sumirte en el mal. Mas, si en verdad no existen, o no les importan los asuntos humanos, ¿a qué vivir en un mundo vacío de dioses o vacío de providencia?. Pero sí, existen, y les importan las cosas humanas, y han puesto todos los medios a su alcance para que el hombre no sucumba a los verdaderos males. Y si algún mal quedara, también esto lo habrían previsto, a fin de que contara el hombre con todos los medios para evitar caer en él. Pero lo que no hace peor a un hombre, ¿cómo eso podría hacer peor su vida?. Ni por ignorancia ni conscientemente, sino por ser incapaz de prevenir o corregir estos defectos, la naturaleza del conjunto lo habría consentido. Y tampoco por incapacidad o inhabilidad habría cometido un error de tales dimensiones como para que les tocaran a los buenos y a los malos indistintamente, bienes y males a partes iguales. Sin embargo, muerte y vida, gloria e infamia, dolor y placer, riqueza y penuria, todo eso acontece indistintamente al hombre bueno y al malo, pues no es ni bello ni feo. Por que, efectivamente, no son bienes ni males».

(31) «Si, efectivamente, los dioses deliberaron sobre mí y sobre lo que debe acontecerme, bien deliberaron; porque no es tarea fácil concebir un

A mi juicio es posible que estos dos textos sirviesen de inspiración a Grocio para la forma literaria de plantear la hipótesis y exponer su pensamiento sobre las relaciones entre Dios y el derecho natural. Se observan, en efecto, concomitancias literarias. Pero debe tenerse presente que Marco Aurelio no está hablando del derecho natural ni de su fundamento, sino de la actitud que debe tener ante la vida el hombre que quiere vivir filosóficamente (en el sentido antiguo de saber práctico o sabiduría en el comportamiento). El tema es bien distinto al que ocupa a Grocio. Ciertamente el texto de Marco Aurelio puede tener una indirecta relación con el pensamiento de Grocio, al afirmar que si los dioses no hubiesen quitado todo mal, la naturaleza no hubiese dejado de corregirlo, o bien que si los dioses no deliberan sobre lo que concierne a los hombres, a cada uno le es posible deliberar sobre lo que le conviene, que es lo que está de acuerdo con la naturaleza racional y sociable (32). La idea de fondo sobre el derecho natural no pudo Grocio sacarla de Marco Aurelio, entre otras razones porque no está en Marco Aurelio (33). Por otra parte, ¿por qué buscar la fuente de la idea en unos pensamientos tan alejados del derecho natural, si la hipótesis *etiamsi daremus* estaba bastante estudiada en autores mucho más cercanos a Grocio, varios de los cuales —Gabriel Vázquez, Vitoria, Molina, Suárez— están citados en el *De Iure Belli ac Pacis*?

El otro autor al que antes aludíamos es Hugo de San Víctor (34). En realidad, Grocio no cita a este teólogo medieval ni parece probable que lo conociese, si tenemos en cuenta su educación protestante y los siglos que median entre ambos; no parece, en efecto, probable que un protestante como Grocio hubiese tenido interés en conocer un tratado medieval sobre los misterios

dios sin decisión. ¿Y por qué razón iban a desear hacerme daño? ¿Cuál sería su ganancia o la de la comunidad, que es su máxima preocupación? Y si no deliberaron en particular sobre mí, sí al menos lo hicieron profundamente sobre el bien común, y dado que estas cosas me acontecen por consecuencia con éste, debo abrazarles y amarlas. Pero si es cierto que sobre nada deliberan (dar crédito a esto es impiedad; no hagamos sacrificios, ni súplicas, ni juramentos, ni los demás ritos que todos y cada uno hacemos en la idea de que van destinados a dioses presentes y que conviven con nosotros), si es cierto que sobre nada de lo que nos concierne deliberan, entonces me es posible deliberar sobre mí mismo e indagar sobre mi conveniencia. Y a cada uno le conviene lo que está de acuerdo con su constitución y naturaleza, y mi naturaleza es racional y sociable.

«Mi ciudad y mi patria, en tanto que Antonino, es Roma, pero en tanto que hombre, el mundo. En consecuencia, lo que beneficia a estas ciudades es mi único bien».

(32) Un estudio comparativo entre los textos de Marco Aurelio y de Grocio puede verse en M. BERLJAK, ob. cit., págs. 97 s.

(33) Lo máximo que debe suponer es que el texto de Marco Aurelio contenido en el lib. VI, n. 44, pudo servirle de inspiración, por asociación de ideas. Pero todo esto son conjeturas, que sólo podrían convertirse en certeza, si Grocio lo hubiese manifestado.

(34) Vide. vgr., J. ST., LEGER, ob. cit. págs. 122 ss.; M. BERLJAK, ob. cit., páginas 82 s.

cristianos, como el que escribió Hugo de San Víctor. Si se le cita como precedente es porque se supone que en Grocio influyó Gregorio de Rímini, el cual cita a Hugo de San Víctor. Ocurre, sin embargo, que las diferencias entre el pensamiento de Gregorio de Rímini y Hugo de San Víctor son notables; y además la interpretación del pensamiento del victoriense que ofrecen los autores actuales que ven en él un precedente de Grocio no parece tener apoyo en los textos.

De entrada no deja de resultar raro que un autor, tan impregnado del augustinismo político medieval como el victoriense (35), se inclinase por el objetivismo extremado. Tanto más, si se tiene en cuenta que Hugo de San Víctor trata *de lege naturali* en el contexto teológico de la ley divina, entendida en el sentido amplio de economía de la salvación presidida por la voluntad libre de Dios. Ya es significativo que Hugo de San Víctor comience el estudio de la voluntad de Dios, poniéndola como medida de lo justo (36). Todas las cosas son justas —dice— en cuanto están de acuerdo con la voluntad de Dios, que es justa. Y la voluntad de Dios es justa, porque es la primera causa no causada; siendo eterna y no causada, la voluntad de Dios no es justa por adecuarse a las cosas, sino que las cosas —creadas por la voluntad de Dios— son justas en cuanto se ajustan a la voluntad divina. Noción ésta muy alejada del objetivismo. Obsérvese que en Hugo de San Víctor late una idea, común al pensamiento creacionista católico, a la que después volveremos a referirnos. Las cosas reciben de su causa primera un influjo ejemplar: su bondad se mide por su analogía y semejanza con la Primera Causa.

Tampoco encontramos rastros de objetivismo extremado —al menos así me lo parece— en los textos de Hugo de San Víctor que Gregorio de Rímini y algunos autores contemporáneos citan (37),

(35) Puede verse J. HERVADA, *Tres estudios sobre el uso del término laico* (Pamplona, 1973), págs. 144 ss.

(36) «Prima rerum omnium causa est voluntas Creatoris quam nulla praedecens causa movit quia aeterna est; nec subsequens aliqua confirmat, quoniam ex semetipsa justa est. Neque enim idcirco juste voluit, quia futurum justum fuit quod voluit; sed quod voluit, idcirco justum fuit, quia ipse voluit. Suum enim ac proprium voluntatis ejus est esse justum quod est, et ex eo quod in ea justum est quod ex ea justum est. Quoniam secundum eam justum est quod justum est quod utique justum non esset, si secundum eam non esset. Cum ergo quaeritur quare justum est quod justum est convenientissime respondetur: quoniam secundum voluntatem Dei est, quae justa est. Cum vero quaeritur quare voluntas Dei justa est, hoc sanius respondetur: quoniam primae causae causa nulla est cui es se est esse quod est. Haec autem sola est unde ortum est quidquid est; et ipsa non est orta, sed aeterna». *De sacramentis christianae fidei*, lib. I, pars IV, cap. 1 (PL, 176, 233 ss.).

(37) Ob. cit., lib. I, pars. IIV, caps. 6 y 7 (ibid., 267 y 268): «Quia vero homo ex duplici natura compactus fuerat, ut totus beatificaretur, duo ejus illi bona; conditor a principio praeparabat unum visibile, alterum invisibile. Unum corporale, alterum spirituale. Unum transitorium, alterum aeternum. Utrumque plenum et utrumque in suo genere perfectum. Unum carni, alterum spiritui, ut in uno sensus carnis ad jucunditatem foveretur, in altero

sino la idea común de que la ley natural es —valga la redundancia— natural, esto es, está grabada en el hombre; el *praeceptum naturae* o ley natural es descrito como discreción e inteligencia naturales, discreción *intrinsicus inspirata* y *cordi hominis aspirata*. Los adjetivos *inspirata* o *aspirata* manifiestan que Hugo de San Víctor entiende la ley natural como algo infundido por Dios, según la idea bíblica de que Dios dio al hombre entendimiento y discernimiento (38). La misma redacción literal muestra un pensamiento que no coincide con el objetivismo. «*Praeceptum naturae* —escribe— *fuit quod intus aspiratum per naturam*»; al usar la preposición *per* con acusativo (*naturam*) se afirma que la ley natural fue infundida por Dios *mediante* (por medio, a través de) la naturaleza, no que fue infundida por la naturaleza. De todo ello resulta no haber en Hugo de San Víctor ningún objetivismo al estilo de Gregorio de Rímini, Vázquez o Grocio.

Propiamente hablando, los precedentes de la hipótesis *etiamsi daremus* se encuentran en algunos autores de la Escolástica decadente de los siglos XIV y XV de signo nominalista y en los más importantes autores de la Segunda Escolástica española.

El origen medieval de la hipótesis —al menos según los datos conocidos— parece que debe situarse en el agustino Gregorio Novelli de Rímini (muerto en 1358) (39). Este autor, si bien mantiene que la ley eterna no es otra cosa que la voluntad de Dios, afirmación típicamente voluntarista (40), llega al objetivismo extremado

sensus mentis ad felicitatem repletur. Carni visibilia, spiritui invisibilia; carni ad solatium spiritui ad gaudium. Ex his bonis unum dedit, alterum promisit (...).

Bonum homini a Deo vel datum vel promissum nihil profuisset, nisi et ad illud quod datum fuerat apponeretur custodia ne amitteretur, et ad illud quod promissum fuerat aperiretur via ut quaeretur et inveniretur. Propterea ad bonum datum posita est custodia, praeceptum naturae; et ad bonum promissum aperta est via, praeceptum disciplinae. Duo ista praecepta data sunt homini: praeceptum naturae et praeceptum disciplinae. Praeceptum naturae fuit quod intus aspiratum est per naturam; praeceptum vero disciplinae quod foris appositum est ad disciplinam: intus per sensum, foris per verbum. In his duobus mandatis totum continetur quidquid bonum vel faciendum vel cavendum, praecipitur. In praecepto naturae tria sunt: praeceptio, prohibitio, concessio. Praeceptum autem naturae nos nihil aliud intelligimus, quam ipsam discretionem naturalem quae intrinsicus inspirata est ut per eam homo erudiretur de his quae sibi vel appetenda vel fugienda fuerunt. Quasi enim quoddam praeceptum dare erat, discretionem et intelligentiam agendi, ocrdi hominis aspirare. Quid ergo cognitio faciendorum fuit, nisi quaedam ad cor hominis facta praeceptio? et quid rursus cognitio vitandorum fuit nisi quaedam prohibitio? quid vero cognitio eorum quae media fuerunt existimanda est, nisi quaedam concessio? ut illic homo suo libero arbitrio relinqueretur ubi quamcunque partem elegeret non laederetur Deo igitur praecipere, erat docere hominem quae sibi necessaria forent. Prohibere autem demonstrare noxia. Concedere vero insinuare ad utrumlibet se habentia».

(38) Cfr. Eccli 17, 1-6.

(39) Vide, sobre este autor, P. ALTIERI, *Gregorio da Rimini. Interprete di alcune correnti del pensiero medioevale* (Rovigo, 1974).

(40) *In I Sententiarum*, dist. XLIII, q. 1, a. 2.

en lo que respecta a la razón de justo o injusto, de bien o mal morales. Gregorio de Rímini, siguiendo en esto los precedentes de San Alberto Magno y Santo Tomás de Aquino —que hablan de la *vis directiva* y de la *vis coercitiva* de la ley—, distingue entre la función preceptiva y la función indicativa de la ley. Por la primera, la ley es un mandato; por la segunda, muestra que algo es bueno o malo. Pues bien, lo que indica que algo es bueno o malo resulta ser la recta razón, siendo en consecuencia pecado —lo moralmente malo— aquello que se opone a la recta razón; así, pues, el pecado consiste en la conducta opuesta a la razón divina, no en cuanto es divina, sino en cuanto es recta, de modo que, si por un imposible, la razón divina o Dios mismo no existiesen, o dicha razón divina no fuese recta, habría pecado si la acción fuese contra la recta razón del hombre o de los ángeles; es más, si no existiese ninguna recta razón, pecaría quien obrase contra lo que dictaría una recta razón en caso de existir (41).

Obsérvese que la hipótesis se califica de *imposible*. El fundamento del orden moral no es, pues, realmente la razón humana o la angélica o alguna recta razón distinta; el fundamento *real* es —para el autor comentado— la razón divina, si bien lo es por ser recta y no por el simple hecho de ser divina. La imposibilidad de la hipótesis destruye —en el pensamiento de Gregorio de Rímini— la independencia real del orden moral respecto de Dios. El fundamento último del orden moral sería la razón humana *si Dios no existiese*, cosa imposible; de donde se sigue que *realmente* el fundamento último del orden moral no es la razón humana, sino la divina, siendo *imposible* en la realidad que lo sea la razón humana. Por eso se discutió la tesis de Gregorio de Rímini, pero no escandalizó a los teólogos católicos, como más adelante les escandalizaría la opinión de Grocio.

No me parece acertado afirmar que Gregorio de Rímini funde el orden moral en la razón humana: que el fundamento último del orden moral sea la razón humana es una hipótesis de la que expresamente se niega su posibilidad real. Téngase presente que no se dice que sea falsa, sino que es imposible. El matiz me parece no sólo importante, sino también decisivo. Veamos: ¿por qué la hipótesis es imposible? No porque Dios existe realmente, pues entonces sería meramente falsa; para tildarla de imposible —no se olvide que Gregorio de Rímini pertenece a la Escolástica, para la

(41) «Si quaeratur cur potius dico absolute contra rectam rationem quam contracte contra rationem divinam, respondeo ne putetur peccatum esse praecise contra rationem divinam et non contra quamlibet rectam rationem de eodem; aut aestimetur, aliquid esse peccatum, non quia est contra rationem divinam in quantum est recta; sed quia est contra eam in quantum est divina. Nam si per impossibile ratio divina sive Deus ipse non esset aut ratio illa esset errans adhuc si quis ageret contra rectam rationem angelicam vel humanam aut aliam aliquam si qua esset peccaret. Et si nulla penitus esset ratio recta adhuc si quis ageret contra illud quod agendum esse dictaret ratio aliqua recta si aliqua esset, peccaret». *In II Sententiarum*, dist. XXXIV, q. 1, a. 2.

cual cada palabra tenía un preciso significado, y no es fácil que un escolástico sustituyese el adjetivo falso por imposible— era preciso estar en posesión de una verdad fundamental: Dios es el principio de todos los seres y nada hay en la realidad que no sea vestigio o reflejo —huella— de su esencia. Incluso los valores abstractos —la belleza, la bondad, el bien, la rectitud, etc.— no *se realizan* en Dios —en el que no hay distinción entre divinidad y Dios, entre ser y ente, entre esencia y existencia, etc.—, sino que son o Dios mismo —su esencia— o una representación del entendimiento humano de los vestigios divinos en las cosas. Partiendo de esta verdad, resulta rigurosamente imposible la hipótesis, porque la razón humana es *necesariamente* reflejo de la razón divina; no es sólo que de hecho sea así, sino también que no puede ser de otra manera, porque la razón humana puede ser *imaginable* desvinculada de Dios, pero no es *inteligible* de esa manera: por eso la hipótesis es imposible. Claro está que puede decirse que, si esto es así, Gregorio de Rímini no es enteramente lógico al decir que la razón divina es medida y fundamento del orden moral por ser recta y no por ser divina, pues, según la verdad expuesta, recta y divina son realmente lo mismo. Ciertamente, hay en Gregorio de Rímini una parcial inadecuación entre la idea —común a la teología católica— desde la cual se puede decir que la hipótesis es imposible y su opinión sobre el fundamento de la ley natural; una inadecuación introducida por el nominalismo y el voluntarismo ockhamianos. Por eso la teología católica terminó por rechazar el nominalismo y, en general, el sistema ockhamiano, que persistieron sólo en los ámbitos intelectuales no católicos. Y por eso también, la Segunda Escolástica rechazó la tesis de Gregorio de Rímini.

Siguieron a Gregorio de Rímini algunos autores como Gabriel Biel (42), que transcribe casi literalmente sus palabras, Jacobo Almain (43) y Antonio de Córdoba (44).

La hipótesis *si Deus non esset vel nihil praeciperet* aparece también en Vitoria (45), Soto (46), Molina (47), Medina (48) y Suá-

(42) *Epitome et colectorium ex Occamo circa quattuor Sententiarum Libros* (Tubingen, 1501, reprod. Frankfurt am Main, 1965), lib. II, dist. XXXV, q. un., a. 1.

(43) *Moralia* (Parisiis, 1526), lib. III, cap. 6.

(44) *Opera* (Venetiis, 1569), lib. III, *de conscientia*, q. 10, ad. 2. Cit. por A. FOLGADO, *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo* (San Lorenzo de El Escorial, 1960), pág. 39.

(45) *Relectio de eo ad quod tenetur homo veniens ad usum rationis*, II, n. 9, en «Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas», BAC (Madrid, 1960), pág. 1353.

(46) *De Iustitia et Iure libri decem*, lib. I, q. IV, a. 2, ed. Instituto de Estudios Políticos (Madrid, 1967-68), págs. 29 y 31.

(47) *De Iustitia et Iure tomi sex*, lib. V, disp. XLVI, n. 14, ed. castellana de M. Fraga (Madrid, 1941-44), págs. 262 ss.

(48) *Expositio in I-II Angelici doctoris divi Thomae Aquinatis* (Salmanticae, 1577), q. 18, a. 1.

rez (49), algunos de los cuales citaron —contradiciéndola— la tesis de Gregorio de Rímini, que Vitoria tilda de «imaginaciones» (50). Con distintos matices, en los que no podemos detenernos, los escolásticos españoles indicados concuerdan en señalar que, siendo la ley natural una ley grabada en la naturaleza, la ley natural seguiría indicando lo conforme y lo disconforme con la naturaleza humana en la hipótesis de que Dios no existiese o no mandase nada, pero no sería ley propiamente dicha; lo disconforme con la regla natural sería malo como es malo el estar cojo o es malo un cuadro mal pintado, sería malo pero no culposo, o constituiría lo que más adelante se llamó pecado filosófico en contraposición al pecado teológico. La hipótesis *si Deus non esset* continúa siendo calificada de imposible (51).

Y de imposible la califica también Gabriel Vázquez, que sigue el objetivismo extremado. Según Vázquez la naturaleza de Dios es el origen primero y eterno de la naturaleza del hombre; por lo tanto, la razón divina es la medida de toda rectitud. Ahora bien, aunque la naturaleza y la razón divinas sean origen y medida de la naturaleza del hombre en cuanto que Dios es el Ser primero y Creador de todos los seres, no son la primera raíz y causa de la prohibición del mal moral ni de la regla del bien moral; antes de todo imperio, de toda voluntad y aún antes de todo juicio, existe una regla de las acciones que es válida por su misma naturaleza: esta regla es la naturaleza racional no implicando contradicción (52). De este modo, en el supuesto imposible de que Dios no juzgara correctamente y a los hombres nos quedara razón, el pecado seguiría siéndolo (53).

Gabriel Vázquez, que en otros temas tiende también a remar-

(49) *De legibus ac Deo Legislatore*, lib. II, cap. VI, nn. 4, 7 y 8. Una moderna edición es la bilingüe del Instituto de Estudios Políticos, 6 vols. (Madrid, 1967-68).

(50) *Relectio...*, cit., II, n. 10, ed., cit., pág. 1354.

(51) Una exposición algo más detallada de estos autores puede verse en M. SANCHO IZQUIERDO-J. HERVADA, ob. cit., págs. 270 ss.

(52) *Commentariorum ac disputationum in Primam Secundae Sancti Thomae tomus secundus* (Venetiis, 1.606), disp. 150, cap. 3, n. 23: «Consequens fit, ut ante omne imperium ante omnem voluntatem, imo ante omne iudicium sit regula quaedam harum actionum, quae suapte natura constet, sicut res omnes suapte natura contradictionem non implicant; haec autem non potest alia esse quam ipsa rationalis natura ex se non implicans contradictionem... Prima igitur lex naturalis in creatura rationali est ipsamet natura quatenus rationalis, quia haec est prima regula boni et mali. Ceterum cum ipse Deus tamquam primum omnium ens, praecedat omnem etiam creaturam, quatenus ex se non implicat contradictionem, haec lex tamquam in aeterna, et prima sui origine in ipsa Dei natura constituenda est».

(53) «Nam quamvis ratio divina sit mensura omnis recti, non tamen est prima radix et causa prohibitionis, ex qua malitia oriatur, quia si concesso impossibili intelligeremus Deum non ita iudicare et manere in nobis usum rationis, maneret etiam peccatum, tunc etiam, ut dicebamus, non semper eo peccatum est, quia intelligitur a Deo ut tale, sed potius e contra». Ob. cit., disp. 97, cap. 1, n. 3.

car lo natural (54), parece ir más lejos que Gregorio de Rímini. En Vázquez la raíz última de la regla del orden moral no es la razón divina sino la naturaleza de Dios; en consecuencia, la raíz última de la regla moral no es el dictamen de la recta razón divina. Con ello se establecía que la regla moral, antes que ley o mandato proveniente del legislador (razón o voluntad), es regla objetiva natural; en otras palabras, la regla moral no es el *dictamen rationis*, sino la *regula naturae*. Esto supuesto, los contenidos de la ley natural, antes que en la razón divina, se fundan en la naturaleza del hombre. En cambio, la naturaleza del hombre —y esto es importante— es reglada por la naturaleza de Dios, como principio de todo ser que no implica contradicción.

Esto último es interesante, porque indica que a pesar de su objetivismo extremado, Vázquez se mantiene dentro de la idea fundamental a la que antes hemos aludido. El no rompe la relación intrínseca y necesaria entre la naturaleza divina y la humana, de modo que la hipótesis sigue siendo *imposible*. En la realidad —la única realidad posible— la regla última sigue siendo la naturaleza divina y no la naturaleza humana; y ello, porque otra cosa es imposible y no sólo falsa. Al juzgar a Vázquez, al igual que a los demás escolásticos que utilizaron la hipótesis *si Deus non esset*, debe separarse cuidadosamente su pensamiento sobre lo que realmente existe y las hipótesis por las cuales intentaron aclarar su pensamiento.

3. LA HIPOTESIS «ETIAMSI DAREMUS» DE GROCIO

Esta misma cautela debe, a mi juicio, seguirse con Grocio: lo importante no es la hipótesis, sino su pensamiento sobre la relación entre Dios y el derecho natural (55).

(54) Vide E. TEJERO, *El matrimonio misterio y signo. Siglos XIV al XVI* (Pamplona, 1971), págs. 483 ss.

(55) *De Iure Belli ac Pacis libri tres*, prolog, nn. 11 y 12, ed., P. C. Molhuysen (Lugduni Batavorum, 1919), pág. 7: «II. Et haec quidem quae iam diximus, locum aliquem haberent etiamsi darem, quod sine summo scelede dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana: cuius contrarium cum nobis partim ratio, partim traditio perpetua, inseverint; confirment vero et argumenta multa et miracula ab omnibus saeculis testata, sequitur iam, ipsi Deo, ut opifici et cui nos nostraque omnia debeamus, sine exceptione parendum nobis esse, praecipue cum is se multis modis et optimum et potentissimum ostenderit, ita ut sibi obedientibus praemia reddere maxima, etiam aeterna, quippe aeternus ipse, possit, et voluisse credi debeat, multoque magis si id disertis verbis promiserit: quod Christiani indubitata testimoniorum fide convicti credimus.

12. Et haec iam alia iuris origo est praeter illam naturalem, veniens scilicet ex libera Dei voluntate cui nos subiici debere intellectus ipse noster nobis irrefragabiliter dictat. Sed et illud ipsum de quo egimus naturale ius, sive illud sociale, sive quod laxius ita dicitur, quamquam ex principiis homini internis profluit, Deo tamen asscribi merito potest, quia ut talia principia in nobis existerent ipse voluit: quo sensu Chrysippus et Stoici dicebant iuris originem non aliunde petendam quam ab ipso Iove, a quo Iovis nomine ius Latinis dictum probabiliter dici potest».

La hipótesis *etiamsi daremus* de Grocio no tenía de suyo nada de nuevo; puede decirse que era un lugar común en la Escolástica precedente. E incluso sostener la validez del derecho natural en la hipótesis de que Dios no existiese o no mandase nada —que equivale a no cuidarse de los asuntos humanos— tampoco resultaba novedoso.

Entonces, ¿no existe nada original al respecto en Grocio?, ¿fue un simple seguidor de la Escolástica? No me lo parece; por el contrario, pienso que hay suficiente novedad, como para ver en Grocio un innovador.

A mi entender, lo nuevo reside en que Grocio no establece ninguna relación de ejemplaridad causal —analogía y participación— entre la naturaleza divina y la naturaleza humana, entre la razón de Dios y la razón del hombre. Grocio, en el n. 12 de los *Prolegómenos al De Iure Belli ac Pacis*, o sea el siguiente al que contiene la hipótesis *etiamsi daremus*, establece una vinculación entre Dios y el derecho natural; no desliga, pues, el derecho natural de Dios. Pero la ilación entre el derecho natural y Dios no se establece en otra cosa que la *voluntad libre de Dios*. He ahí el punto clave. Para Grocio, el derecho natural tiene *dos* orígenes: «Et haec iam alia iuris origo est praeter illam naturalem, veniens scilicet ex libera Dei voluntatem». El derecho natural «ex principiis homini internis profluit», deriva de la misma naturaleza humana; ahora bien, estos principios pueden imputarse a Dios «quia ut talia principia in nobis existerent ipse voluit». No aparece para nada la razón divina ni la naturaleza de Dios como el ejemplar causal de la razón o de la naturaleza humanas. Ciertamente Dios quiso libremente —al crear libremente al hombre— que de la naturaleza humana fluyesen esos principios, pero esos principios no aparecen como *reflejo* —analogados— de la razón ni de la naturaleza de Dios; por lo tanto, la naturaleza humana, aunque no aparece desvinculada de Dios, aparece positivamente desvinculable de Dios. Roto el principio de ejemplaridad y analogía —el principio de participación—, no se establece un nexo de necesidad ontológica entre Dios y la naturaleza humana. En consecuencia, la hipótesis *etiamsi daremus* ya no se considera imposible, sino falsa, pues si la naturaleza humana no es participación y reflejo de la naturaleza de Dios (dígase lo mismo de la razón), resulta ser no sólo imaginable, sino incluso plenamente inteligible en la hipótesis *si Deus non esset*. Sin ejemplaridad causal —sin analogía y participación— no hay imposibilidad en la hipótesis, sino sólo falsedad, por lo cual Grocio se siente llamado a escribir unas líneas para mostrar que la existencia de Dios es una verdad indudable, que conocemos por argumentos, milagros y fe cristiana, cosa que ni Gregorio de Rímmini ni Vázquez tuvieron necesidad de hacer, porque en su caso era innecesario. El resultado es una concepción del derecho natural, en la que éste aparece como plenamente inteligible, en sí y en sus fundamentos, sin referencia necesaria —ontológicamente necesaria— a Dios.

¿Cuál pudo ser el origen del pensamiento de Grocio? A mi juicio, no hay más que remontarse a la Reforma protestante. El protestantismo reafirmó el rechazo de la *analogía entis* —ya contenido en el voluntarismo y en el nominalismo de Ockham— y sostuvo a libre decisión divina de salvar al hombre por la fe y no por las obras. El derecho natural pasaba así a ser algo meramente terreno, que si bien derivaba de la libre decisión de Dios, no provenía de la *imitación* de Dios que supone la *analogía entis*.

Partiendo de la *analogía entis* —cuya expresión más perfecta es la teoría de la participación de Tomás de Aquino— el derecho natural es, por esencia, un analogado, cuya existencia no es inteligible de modo pleno si no es a la luz de su analogante, Dios (la ley eterna). Con Grocio el derecho natural no precisaría del analogante para su plena inteligibilidad. Que el derecho natural sea o no mandato de Dios se transforma en un hecho, no en una necesidad ontológica.

Para terminar, sólo resta observar si el derecho natural ha sido inteligible —en sí mismo y en su fundamento— para la cultura jurídica que ha perdido la noción de la *analogía entis* y se ha edificado según el pensamiento del laicismo. Lo que enseñan los hechos es que, o se ha negado el derecho natural o por derecho natural se ha entendido algo muy diferente de lo que fue en la tradición europea hasta el siglo XVIII: se ha interpretado como valores relativos, naturaleza de las cosas, estructuras lógico-objetivas, relación de vida (*Lebensverhältnis*), etc. Cosas todas ellas muy alejadas del *ius naturale* de los juristas romanos y de la tradición europea anterior a Grocio. ¿Es esto un simple hecho histórico o es la evolución lógica de la novedad grociana? Esta es la cuestión, la gran cuestión del iusnaturalismo.

Algunas consideraciones sobre la negación del derecho subjetivo en L. Duguit

Por ALFONSO RODRIGUEZ DE QUINONES Y DE TORRES

Sevilla

SUMARIO: I. La doctrina de DUGUIT sobre el derecho subjetivo: su negación. II. Algunas objeciones a la teoría de Duguit.—III. El derecho subjetivo y la alternativa propuesta.—IV. Rechazo de la negación. El derecho subjetivo: una categoría de necesaria existencia.

I. No vamos a hacer aquí una, ni siquiera breve, exposición de las discusiones, divergencias y teorías doctrinales que sobre la naturaleza del derecho subjetivo y sobre sus elementos han sido en la historia del pensamiento jurídico. Ello excedería en mucho el espacio de estas páginas y haría engañoso un título cuya misión es orientar al lector mediante su fidelidad al contenido de lo que le sigue. Estas teorías son, de otra parte, de todos conocidas y parten de la base de la existencia misma de la categoría.

Hay, por el contrario, ciertas corrientes doctrinales cuyas tesis suponen la discusión de la categoría en sí misma y que llegan o conducen a negar la existencia del derecho subjetivo.

Como es sobradamente conocido, el antecedente de estas teorías se encuentra en las obras de Augusto Comte, pero fue el jurista León Duguit su portaestandarte (1). Su obra actuó de revulsivo en la doctrina y es a él a quien van referidas las teorías negadoras del derecho subjetivo en sus inicios (2).

(1) A pesar de que el propio Duguit reconoce a Comte como a su inspirador y antecedente de su doctrina, no ha faltado alguna voz que le acuse de seguir «demasiado» a Augusto Comte; así, Jesús PABON S. DE URBINA no duda en su obra *Positivismo y Propiedad (estudio sobre la idea de propiedad función social)*, Madrid, 1925 (que constituye su Tesis doctoral), al acusar a Duguit de plagiarlo de Comte, y así lo hace en la nota 3 al Cap. V de la segunda parte, pp. 148-149, afirmación que ratifica y explica profusamente mediante la comparación de textos de los dos autores en un Apéndice I a la ob. cit. «Comte y Duguit», pp. 247-257.

(2) Cfr. entre otros muchos, CASTÁN TOBEÑAS, *Situaciones jurídicas subjetivas*, Reus, Madrid, 1963, p. 35; CARBONNIER, *Flexible Droit*, 4.^a ed., revisada y aumentada, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1979,

Desde ese momento, inicial del actual siglo, se viene con insistencia hablando en la doctrina de una crisis del derecho subjetivo. En realidad esa crisis no se considera hoy como una crisis absoluta del derecho subjetivo, sino como una reacción contra una concepción, mejor utilización, ideológica de esta categoría.

Efectivamente, para esta teoría negadora, la expresión misma «derecho subjetivo» está fundada en un planteamiento liberal en el cual el individuo tiene derechos naturales, manifestaciones de su libertad que el Derecho objetivo debe reconocer y sancionar, y apunta a una situación y unos poderes puramente individuales. Desde esta concepción se concluye que el Derecho no puede tener como fin la satisfacción de intereses personales, sino la de los intereses generales (3).

Como señala Castán. «hay en efecto que reconocer que la exageración con que se apreciaba la importancia del derecho subjetivo, y el matiz tan acremente individualista con que se le presentó han producido una fuerte reacción contraria al mismo que ha desembocado en radicales y no menos desorbitadas negaciones de su mismo concepto (4), es decir, que «en el fondo lo que Duguit discute, más que el derecho subjetivo en sí, es la concepción del derecho individual» (5). Y es que «el derecho subjetivo parecía formar parte esencial de la filosofía liberal e individualista y por ello ha vacilado desde el momento en que ésta se ha visto duramente atacada» (6), porque es ésa, en realidad, lo que se combate, aunque este «cambio de atmósfera» ha conducido a discutir una noción, la de derecho subjetivo, que había sido indiscutida hasta entonces (7).

página 118 (hay traducción castellana de la 2.^a ed. francesa realizada por DÍEZ-PICAZO, Tecnos, Madrid, 1974); LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 5.^a ed., revisada y aumentada, Bosch, Barcelona, 1979, p. 725; Vittorio FROSINI, «Diritto soggettivo e dovere giuridico», *Rivista di Diritto Civile*, 1961, I, páginas 115-133, pp. 119-120; CASTÁN TOBEÑAS, «El concepto de derecho subjetivo», *Revista de Derecho Privado*, 1940, pp. 121-130, pp. 127-128.

No debe pensarse que tras el rechazo general de las teorías negadoras, que se ha venido produciendo desde principios de siglo, estas teorías son letra muerta. Son también notorias otras negaciones como las que se hacen desde el normativismo formalista y desde posiciones ideológicas tales como el nacionalsocialismo y el socialismo comunista. Pero tampoco son las únicas ni las últimas. Nuevas negaciones se producen especialmente en Francia, así M. VILLEY, «La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam», en *Archives de Philosophie du Droit*, vol. IX, 1964, «Le droit subjectif en question», pp. 97-128.

(3) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Manual de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1979, pp. 123-124.

(4) CASTÁN, *Situaciones...*, cit., p. 34.

(5) CASTÁN, *El concepto...*, cit., p. 128.

(6) CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit., p. 132.

(7) Cfr. CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit., p. 118. En el marco de estas ideas, pone de relieve PÉREZ LUÑO, A. E., «Delimitación conceptual de los Derechos Humanos», en *Los Derechos Humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Sevilla, 1979, ob. col. dirigida por A. E. PÉREZ LUÑO, p. 25, que «desde

Es éste el derecho subjetivo que entra en crisis, lo que ocurre es que al negarlo niega sin más la categoría considerándola fruto y representación de la concepción a la que combate, y por ello se opone «a la metafísica personalista legada al mundo por el cristianismo e hipertrofiada y deformada por las doctrinas individualistas y revolucionarias» (8).

De estas consideraciones se vale Duguit para afirmar, tras dejar sentado que «derecho subjetivo» es la noción fundamental base del sistema que se inaugura con la Revolución Francesa, que dicha categoría está en «contradicción indudable con las tendencias de las sociedades modernas y con el realismo», en contradicción, según este autor, «con el positivismo de nuestra época» (9). Considera que «la noción de derecho subjetivo se encuentra totalmente arruinada» (10) y que es una categoría metafísica, artificial y precaria (11). Para demostrar lo que acabamos de transcribir Duguit afirma que «las controversias sin fin que se suscitan sobre la verdadera naturaleza del derecho subjetivo» son la mejor prueba. Pero a continuación se atreve a decir que «en definitiva todas esas controversias conducen a esta definición (?): es el poder que corresponde a una voluntad de imponerse como tal a una o varias voluntades, cuando quiere una cosa que no está prohibida por la ley», añadiendo la concepción de Jellinek: «el derecho subjetivo es un poder de querer, o el poder de imponer a los demás el respeto de su voluntad» (12) Pero es que además el propio Duguit comparte esta noción al reconocer que los derechos subjetivos «se traducen siempre de hecho en el poder que... (se tiene)... de

una óptica marxista se ha afirmado que la teoría de los derechos subjetivos no es otra cosa más que una construcción del pensamiento jurídico burgués, para, al amparo de su vinculación con la teoría de los derechos humanos, situar a nivel jurídico-positivo el libre disfrute de la propiedad privada»; en realidad y a salvo la diferente óptica, el problema que subyace es el mismo: una categoría jurídica utilizada por una ideología y que al ser identificada con ésta es combatida junto a ella, y en este sentido, se explica «la crisis del derecho subjetivo como un fenómeno determinado por las nuevas condiciones económicas que presiden el desarrollo del capitalismo monopolista, el cual ha exigido una intervención estatal en los dominios de la propiedad privada» (PÉREZ LUÑO, ob. cit., p. 25).

(8) LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 725. En cualquier caso como se ha visto «hay que reconocer las exageraciones que, a causa de un subido tinte individualista, acompañaron a la teoría del derecho subjetivo» (CASTÁN, *Situaciones jurídicas subjetivas*, cit., p. 70). Sobre esas exageraciones puede verse, v. gr., la obra de Giuseppe SALVIOLI, «Los defectos sociales de las leyes vigentes en relación al proletariado y el Derecho moderno» (cuya redacción original data de la última década del siglo pasado), en *El Derecho civil y el proletariado*, ed. a cargo de B. CLAVERO, Sevilla, 1979.

(9) DUGUIT, Leon, *Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie F. Alcan, París 1920, p. 9. (Hay traducción española: *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1975).

(10) DUGUIT, *Les transformations...*, cit., p. 13.

(11) Cfr. DUGUIT, ob. cit., pp. 9-17.

(12) DUGUIT, ob. cit., p. 10.

imponer, incluso por la fuerza, a otros individuos mi propia voluntad» (13).

De todo ello concluye Duguit que «la noción de derecho subjetivo... implica siempre dos voluntades una frente a otra: una voluntad que puede imponerse a otra voluntad; una voluntad que es superior a otra voluntad. Esto implica jerarquía de las voluntades y, en cierta manera, una medida de las voluntades», para, a continuación, preguntar, «¿una voluntad puede ser, en sí, superior a otra voluntad?», pregunta que, ante la obvia respuesta, deja sin contestar (14).

Todo ello fundamenta, según él, su opinión de que esos derechos subjetivos han revelado su carácter antisocial tendiendo siempre a consagrar la individualidad (15), lo cual es lógico ya que para Duguit «a esta noción metafísica del derecho subjetivo... (se corresponde)... una concepción puramente individualista de la sociedad y del Derecho objetivo» (16). Como esa sociedad y ese Derecho objetivo individualista, como el individualismo en sí mismo, son insostenibles ya que, cada vez más, se impone la idea del hombre ser social, habrán de desaparecer y ser sustituidos por una sociedad y un Derecho realista y «socialista» (17), basados, no en el derecho subjetivo, sino en la noción de función social (18).

Esta afirmación es coherente con su opinión de que «lo social» es fundamento y presupuesto de la ordenación jurídica, al señalar que la regla jurídica descansa en el fundamento de la estructura social: la necesidad de mantener coherentes entre sí a los diferentes elementos sociales (19).

El elemento constitutivo de la cohesión social es la solidaridad social, la interdependencia social. Esta interdependencia es un hecho de orden real susceptible de demostración, es el hecho de la estructura social misma. Cualquiera que sea el grado de civilización, la interdependencia está constituida por dos elementos que se encuentran siempre, en grado diverso, con formas variables, pero con caracteres esenciales idénticos: la semejanza de las

(13) DUGUIT, ob. cit., p. 12.

(14) DUGUIT, ob. cit., p. 13.

(15) Cfr. DUGUIT, ob. cit., p. 14.

(16) DUGUIT, ob. cit., p. 15.

(17) Cfr. DUGUIT, ob. cit., pp. 15-19.

(18) Cfr. DUGUIT, ob. cit., p. 19.

(19) Igual Gèorges RIPERT, *Les forces creatives du Droit*, Libr. Générale du Droit et de Jurispr., París 1955, pp. 71 y ss., que coincide en el hecho aunque no en las causas ni en los medios, señalando la importancia de las relaciones sociales como fundamento del Derecho; al igual que HERNÁNDEZ GIL, A. (*La función social de la posesión*, Alianza Ed., Madrid 1969, pp. 72 y ss.) señala la dicotomía «ordenación social-ordenación estatal», y plantea la cuestión en términos más clásicos y más concretos (refiriéndose, sin duda, a un estadio evolutivo posterior al contemplado por HERNÁNDEZ GIL): El Derecho es creado voluntariamente por el hombre para prevenir y regular los conflictos que se originan en la vida en sociedad. La creación del Derecho positivo (ordenación estatal) es fácil en las sociedades modernas ya que depende del poder político; la costumbre, formada muy lentamente, no

necesidades de los hombres de un mismo grupo social y la diversidad de necesidades y aptitudes de esos mismos hombres.

Los hombres de una misma sociedad están unidos los unos a los otros porque tienen necesidades comunes cuya satisfacción no pueden asegurar más que por la vida en común: solidaridad por semejanzas. Pero, de otra parte, los hombres están unidos por sus diferentes necesidades y aptitudes y pueden, por eso, ayudarse y asegurar la satisfacción de sus necesidades diversas: solidaridad por diferencias, por la división del trabajo (20).

Ese es, pues, el fundamento de la sociedad para Duguit, fundamento que es, generalmente, aceptado aunque introduciendo una enorme variedad de matices.

En este sentido afirma Hernández Gil: «Si el contrato no es el origen histórico ni la explicación jurídico-política de la sociedad, un cierto *consensus* resulta indispensable para estar en el mundo» (21).

Es, pues, opinión común el admitir el presupuesto social de la regla de Derecho. Pero lo social no es sólo el presupuesto, sino también el fin del Derecho.

Efectivamente el presupuesto social es básicamente intrasocial (22). En este sentido es innegable la total referencia del De-

es considerada más que como fuente secundaria del Derecho. La regla jurídica, así, viene dada por la Ley y ésta es expresión de la voluntad de los gobernantes. Pero esta voluntad no es arbitraria: viene determinada por su deber y por su interés, que coinciden: mantener el orden. Deben dar reglas que sean deseadas y respetadas. Su voluntad viene determinada de este modo por millares de voluntades que están de acuerdo o que se oponen. Como toda regla nueva modificando algo, beneficia a unos y daña a otros; se ha de intentar en la creación del Derecho conciliar intereses opuestos a fin de alcanzar la aceptación general. El Derecho nace de esa lucha de fuerzas sociales, pero no surge espontáneamente de ese juego de fuerzas: las fuerzas sociales luchan por obtener la norma, pero no hay Derecho hasta tanto el poder no dé la Ley.

En resumen: el Derecho, en las sociedades modernas, es producto del Poder, de su voluntad, pero esta voluntad viene determinada por la voluntad de distintas fuerzas sociales, políticas, en oposición. El Poder quiere y debe mantener el orden, por ello ha de tener en cuenta esas otras voluntades e intentar conciliarlas o adoptar la del grupo más fuerte sin que peligre el orden: la Ley es el «resultado de una transacción entre fuerzas opuestas».

De este modo se llega al mismo resultado, «lo social» es presupuesto de toda ordenación jurídica. La creación misma del Derecho está determinada por el elemento social. Y su contenido hay que considerarlo «bajo la especie de lo social» (RECASENS SICHES, L., «Il concetto di diritto subiettivo innanzi alla Filosofia Giuridica», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1926, pp. 473-501, p. 497).

(20) DUGUIT, ob. cit., pp. 25-27.

(21) Ob. cit., p. 73.

(22) «Lo social como presupuesto —escribe HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., p. 72— está representado por relaciones de interacción o interdependencia», añadiendo que «toda relación de esta clase es social».

En el mismo sentido, como nos hace observar Max WEBER (*Economía y Sociedad*, vol. I, Fondo de Cultura Económica, 1.ª ed. española, México, 1944, pp. 20-25), «no toda clase de contacto entre los hombres tiene carácter social, sino sólo una acción con sentido propio dirigida a la acción de otros. (...)»

recho a la realidad social, pero ello no supone radical subordinación. El Derecho está al servicio de la realidad social, pero además el Derecho viene también referido a la realidad social con una misión o función (social) conformadora, modificadora, de la realidad social existente (23).

Por lo que hace al término «función social», para Duguit se trata de una noción que reposa en una concepción exclusivamente realista que elimina poco a poco la concepción metafísica del derecho subjetivo.

Partiendo de esta premisa Duguit sostiene que ni el hombre ni la colectividad tienen derechos. Los derechos del individuo y los de la sociedad son cosas que no existen, por eso es absurdo decir que es preciso conciliar derechos individuales con los derechos de la colectividad.

Sin embargo, todo individuo tiene en la sociedad una función que cumplir. No puede dejar de cumplirla ya que si se abstiene de hacerlo resultaría un desorden o, al menos, un perjuicio social. De otro lado todos los actos contrarios a esa «función» serán socialmente reprimidos. Por el contrario todos los actos que realice para cumplir la misión que le corresponde en razón de su lugar en la sociedad serán socialmente protegidos y garantizados. De donde la libertad sería un medio para que cada cual pueda cumplir de la mejor manera y con la mayor amplitud su función social. Y, añade Duguit, aquí aparece muy claro el fundamento social de la regla de Derecho, del Derecho objetivo, cuestión a la que ya nos hemos referido.

Es ésta, para Duguit, una concepción de orden realista y socialista, que transforma profundamente todas las concepciones jurídicas anteriores.

Realista ya que descansa en el hecho de la función social observada.

Y socialista (ya veremos los inconvenientes —y las aclaraciones del propio Duguit, que no es socialista en absoluto— del uso de este término) porque descansa en las condiciones mismas de la vida social (24).

Como tendremos ocasión de repetir más adelante Duguit trata de concretas aplicaciones de su doctrina. La más llamativa de éstas es la que realiza sobre el derecho de propiedad, y, tras lo que antecede, no puede sino concluir en famosa y lapidaria frase,

Por relación social debe entenderse una conducta plural —de varios— ... que ... se presenta como recíprocamente referida. (...) Un mínimo de recíproca bilateralidad en la acción es, por tanto, una característica conceptual». Y RECASÉNS SICHES («Il concetto...», cit., p. 497) indica que «La sociabilidad supone, en su mínima expresión, por lo menos un centro de actividad humana que ejerce influencia sobre otro punto de acción análogo».

(23) Se trata de una idea tan arraigada y ahora comprobada por la moderna sociología jurídica que realizar cita alguna para apoyar el texto parece de todo punto innecesario.

(24) Cfr. DUGUIT, ob. cit., pp. 19 y ss.

al tiempo que grandemente expresiva de su concepción, que «*la propriété n'est plus le droit subjectif du propriétaire; elle est la fonction sociale du détenteur de la richesse*» (25).

Se pueden hacer diversas objeciones a la doctrina recién expuesta, pero antes aclaremos el sentido que, para Duguit, tiene la voz «socialista», problema terminológico que ya habíamos anunciado.

Duguit realiza aplicaciones concretas de su doctrina, en una de ellas, concretamente en la referida a la propiedad, el autor, llevado por el impulso de su propia terminología, no puede dejar de afirmar que la transformación a que nos hemos venido refiriendo, ha de influir en la propiedad y esta «evolución se realiza igualmente aquí en el sentido socialista» y «de ahí que la propiedad, por decirlo así, se socialice» (26).

«Por decirlo así», en efecto, porque no está en el ánimo de Duguit decir lo que dice, reconociendo, inmediatamente, que «esto no significa que llegue a ser colectiva en el sentido de las doctrinas colectivistas» (es decir socialistas: término para cuyo uso Duguit ha quedado incapacitado, al utilizarlo incorrectamente, aplicándose a sí mismo sin merecerlo). A continuación, tras decir que al decir «socialista» no quiere decir socialista, explica el sentido con el cual él usa la palabra, «significa dos cosas: primeramente que la propiedad individual deja de ser un derecho del individuo para convertirse en una función social; y en segundo lugar, que los casos de afectación de riqueza a las colectividades, que jurídicamente deben ser protegidas, son cada día más numerosos» (27).

En cuanto al primer punto nos dice que la propiedad ya no es un derecho subjetivo sino una función social —tal como él la entiende— pero con ello no nos dice nada nuevo, pues es una simple proyección de su doctrina —v. supra— y no nos explica por qué eso da sentido a la utilización del término socialista, a no ser que sea simple reiteración de su concepción de función social, que ya hemos expuesto, y que tampoco justifica el uso de dicho término.

Y en el segundo punto no hace sino una referencia, no muy clara ni ortodoxa, al fenómeno asociativo, de creciente e innegable fuerza (incluso en la época en que habla Duguit) pero que está lejos, por sí solo, de justificar el uso del término «socialismo».

Por lo que antecede, queda claro que Duguit viendo el peligro de ser identificado con la auténtica tendencia socialista, se desdice pero manteniendo el término, si bien explicando el sentido exacto con que lo usa, y esa explicación nos permite, al margen de su propia declaración, afirmar que no se trata de socialismo. Pero no puede dejar de señalarse que Duguit representa una de las pri-

(25) DUGUIT, ob. cit., p. 158.

(26) DUGUIT, ob. cit., p. 148.

(27) DUGUIT, ob. cit., pp. 148 y 149.

meras propuestas de solución a la necesidad de fundar el Derecho en las exigencias sociales, de funcionalizarlo, base del moderno Estado Social de Derecho. Representa una preocupación que marcará el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho (28).

II. Retomamos en este punto la doctrina de Duguit para realizar las objeciones anunciadas. A nuestro juicio pueden hacerse las siguientes:

1. En opinión de Duguit, o al menos eso deja entrever, el derecho subjetivo es un producto de la ideología liberal y se asienta y adquiere su verdadera naturaleza con la Revolución francesa, afirmando que todo ello está en contradicción con el positivismo de nuestra época.

Parece que Duguit confunde la contraposición correcta entre Derecho objetivo y derecho subjetivo enfrentando éste al Derecho positivo.

Efectivamente, «Duguit se representa, pero de modo insensato... la concepción revolucionaria del Derecho natural y hablando de Derecho objetivo lo restringe a la idea que él ha construido de la norma positiva. Traduciendo su pensamiento al lenguaje corriente en la Ciencia Jurídica resulta reducido a esta afirmación: único Derecho es el positivo, que trae origen de la ley de solidaridad e interdependencia» (29), según habíamos visto.

De donde debe concluirse que puesto que se identifica Derecho objetivo con Derecho positivo, no puede existir un Derecho objetivo Natural del que deriven (como todos los derechos subjetivos lo hacen del objetivo) derechos subjetivos independientes del Derecho positivo, que para él es el único Derecho, y que, por tanto, lo que niega son derechos subjetivos naturales (30).

Creemos que al hilo de este razonamiento puede afirmarse que «Duguit ha malinterpretado el espíritu de la "Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano". De su texto resulta la existencia de derechos individuales naturales, inviolables y anteriores a toda ley *positiva* concreta, pero no que el derecho subjetivo sea anterior al objetivo y esté por encima de éste. Tal afirmación no puede tener ningún sentido. Si a una persona se atribuyen derechos subjetivos es simplemente porque en ella se ve la realiza-

(28) Obviamente no está tal paso en su doctrina, pero indica una de las primeras intenciones serias de sacar el Derecho del individualismo en que lo había enclaustrado la idea liberal por mor del fenómeno codificador. Posteriormente autores, al menos tan comprometidos en esta tarea como DUGUIT, rechazan su doctrina señalando, como se verá más adelante en el texto, que derecho social y derecho subjetivo no son términos incompatibles, sino más bien de complementación necesaria, así GURVITCH (cit. apud CASTÁN, «El concepto...», cit., pp. 128-129 y *Situaciones...*, cit., p. 37).

(29) RECASÉNS SICHES, L., «Il concetto...», cit., p. 478.

(30) Derechos subjetivos «no positivos» que, por otra parte, están admitidos en amplios sectores doctrinales; v., entre otros, RECASÉNS, «Il concetto...», cit., p. 486; F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, vol. I, 2.^a ed., Madrid, 1949, p. 571; CASTÁN, *Situaciones...*, cit., p. 71.

ción de un principio *ideal o positivo* que así lo establece, es decir, un Derecho objetivo. (...) De la "Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano" no puede deducirse de ningún modo una extravagancia tan grande, que el derecho subjetivo goce de prioridad conceptual y cronológica sobre el Derecho objetivo, sino sólo que por encima e independientemente de toda ley *positiva* y de toda Constitución política imperan con carácter *universal* y moralmente *necesario* una serie de normas que expresan las exigencias morales de la naturaleza humana y revelan los derechos subjetivos» (31).

Que la noción de derecho subjetivo sea la noción fundamental del sistema, como afirma Duguit, es discutible, aunque, al menos un gran sector doctrinal considera que es uno de los fundamentos de la Ciencia del Derecho y así pueden leerse afirmaciones según las cuales «este concepto... es... la piedra angular de todo el edificio jurídico» (32), y aun cuando esta afirmación sea excesiva (hay un importante sector doctrinal que da prioridad al deber jurídico), no puede dejar de pensarse que el Derecho objetivo, sea cual sea, no puede dejar de reconocer las exigencias perennes del hombre y por ello y porque el Derecho objetivo debe mirar y ser para el hombre (como individuo y en sociedad), «desde un punto de vista absoluto no es posible concebir ningún sistema de normas que no defina derechos subjetivos» (33). No es pues la noción fundamental del sistema (liberal, como lo entiende Duguit) es que es una fundamental noción y categoría jurídica.

Ahora bien, lo que sucede es que «los derechos subjetivos esenciales no son abstractos, sino cabalmente históricos» (34) y, por ello, varían según el tiempo y el lugar al igual que lo hace el Derecho objetivo (35).

Puede, pues, deducirse que el Derecho subjetivo no nace con la ideología liberal-individualista, aunque es evidente que dicha ideología usa de la categoría, como usa del resto de las nociones jurídicas, económicas, sociales, culturales en general (36), y como otras ideologías también lo han hecho (37).

(31) RECASÉNS SICHES, «Il concetto...», cit., pp. 478 y 479. El subrayado es nuestro. Obsérvese que habla de unos derechos universales y necesarios, deben ser derechos naturales, pues las características a que se refiere son las tradicionalmente predicadas del Derecho Natural.

(32) CASTÁN TOBEÑAS, «El concepto...», cit., p. 121.

(33) BATTAGLIA, Felice, *Curso de Filosofía del Derecho*, vol. II, Reus, Madrid 1951, p. 181.

(34) BATTAGLIA, ob. y vol. cit., p. 181.

(35) BATTAGLIA, ob. y vol. cit., p. 182.

(36) No es el lugar adecuado para plantearse la cuestión del origen e Historia del derecho subjetivo, sobre lo cual hay muy distintas opiniones (v. gr. VILLEY, en su ob. cit., coloca su origen doctrinal en Guillermo de Occam, para negar su anterior existencia, pretendiendo demostrar que su difusión y persistencia se deben a la mentalidad egoísta y a la deformación de valores religiosos; por el contrario CASTÁN, *Situaciones...*, cit., p. 58, parece señalar su origen conceptual en la Escuela Teológica española). Pero no

2. Para Duguit debe rechazarse la categoría de los derechos subjetivos ya que está arruinada, pues siendo una categoría «metafísica, artificial y precaria» (v. supra) contradice el realismo de nuestra época. Sin embargo, una tal afirmación supone una intencionada desvirtuación del verdadero significado de la auténtica esencia de dicha categoría, como se puede comprobar con las objeciones que siguen a ésta, genérica y de principio. Para demostrar su afirmación general, Duguit argumenta y las contraargumentaciones que modestamente hacemos son la mejor prueba de la veracidad de esta objeción.

3. Como hemos adelantado, Duguit afirma que la mejor prueba de la artificialidad de la categoría viene constituida por las «controversias sin fin que se suscitan sobre la verdadera naturaleza del derecho subjetivo». Pero ello nada prueba a no ser la verdadera, esencial y natural existencia de una categoría sobre cuya naturaleza se discute, como es objeto de polémica, también, la naturaleza jurídica de la mayoría de las instituciones y categorías jurídicas. El hecho de la discusión sobre la naturaleza no puede ser prueba de la no existencia natural de la categoría. Esta

podemos dejar de señalar que esta categoría es un factor común a toda experiencia jurídica, desde remotos tiempos, haya sido o no tratado y trabajado por los estudiosos. Sobre esta idea, demostrada, como se verá más adelante en el texto, por la moderna Sociología del Derecho —v. v. gr. CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit., pp. 119-121—, se volverá a insistir más adelante, resta indicar que otros autores también la ponen de relieve (FROSINI, «Le trasformazioni sociali e il diritto soggettivo», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1968, pp. 112-118, pp. 112-113; BATTAGLIA, ob. y vol. cit., pp. 181 y ss.; y otros muchos).

Es también de reseñar que en Roma, cuna de nuestro actual Derecho, se dió pobre elaboración doctrinal (prácticamente inexistente) sobre el derecho subjetivo, pero, al parecer, ello no fue porque no se reconociera, sino por todo lo contrario, el *ius* romano era *norma agendi*, pero también *facultas agendi*, derecho subjetivo (véase BATTAGLIA, ob. y vol. cit., p. 183; CASTÁN, «Derechos subjetivos», voz en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, VII, Seix, Barcelona 1955, pp. 102-111, p. 103; FROSINI, «Diritto soggettivo e ...», cit., p. 118; FROSINI, *La estructura del Derecho*, Studia Albornitiana, XVIII, 1974, pp. 34-35). Lo que sucede es que ese derecho subjetivo, *ius* entendido como poder de la voluntad, cambia con las doctrinas cristianas que sustituyen ese término *ius* por el de *directum* y someten la voluntad humana a un modelo, la Ley (de Dios, luego también del Estado), es el concepto cristiano de derecho subjetivo que así «dirige» la voluntad del hombre en su poder jurídico, al que desde ahora se opondrá el nuevo *ius*, el Derecho con mayúscula, la Ley (FROSINI, «Diritto soggettivo e ...», cit., p. 118; CASTÁN, *Situaciones...*, cit., p. 57). Y ahí comienza la elaboración doctrinal del derecho subjetivo que suele predicarse del iusnaturalismo por esa razón (FROSINI, ob. últ. cit., p. 119; *La estructura del Derecho*, cit., p. 37; «Le trasformazioni sociali e il diritto soggettivo», cit., p. 113).

(37) Como hemos visto, así lo hace la Teología medieval, lo hace también la moderna Doctrina Social de la Iglesia, y lo hacen incluso las democracias (v. gr. derechos públicos subjetivos, derechos fundamentales que aun cuando no son necesariamente derechos subjetivos en la elaboración actual, sino una categoría diversa muy elaborada, no puede negarse la conexión al menos en su historia conceptual, etc.; v. PÉREZ LUÑO, «Delimitación conceptual...», cit.).

existe y no de un modo artificial, sino consustancial a cualquier construcción jurídica, lo cual queda comprobado precisamente por esa permanente polémica sobre su naturaleza, en todo tiempo y lugar, en todas las construcciones que del Derecho han sido y serán.

Tendría sentido la afirmación de Duguit si la polémica a la que se refiere versara no sobre la naturaleza y elementos de la categoría, sino sobre su existencia. Pero una tal discusión no comienza sino con Comte y sobre todo con Duguit, y más por errónea identificación entre la categoría y una ideología, por motivos ideológicos y de política jurídica, que por otros (38) En cualquier caso será la negación la artificial y no la existencia del derecho subjetivo, como se verá en estas páginas.

4. El propio Duguit reconoce que todas las controversias conducen a una única noción, es decir está reconociendo la natural existencia de la categoría y el hecho de que ésta posee una esencia indiscutida. Se puede discutir, y se hace, sobre cuál sea el elemento fundamental de la definición de derecho subjetivo (interés, volun-

(38) Como señala Giuseppe LUMIA (*Lineamenti di teoria e ideologia del Diritto*, 2.^a ed. aumentada, Giuffrè, Milán 1978, p. 111) «la teoría iusnaturalista (de los derechos subjetivos, de donde parece arrancar, como hemos visto, su más precisa elaboración doctrinal) responde obviamente a una exigencia ideológica: sustraer algunos derechos al arbitrio del Estado, el cual no sólo tendría que reconocerlos sino además tutelarlos», evidentemente la consecución de este objetivo, consolidación y positivación de esos derechos (comandados por el de propiedad privada), por mor de las revoluciones burguesas, provoca de un lado la absolutización individualista y sacralización de esos derechos y, de otro, un Estado que no interviene más que para asegurar su inviolabilidad. Todo ello produce unas consecuencias ya conocidas y excesos individualistas en detrimento del equilibrio social, económico y político, conservando una igualdad jurídica formal. Cuando ello comienza a atacarse es casi imposible evitar igual ataque contra las categorías de las que dicha ideología se había servido. Como indica RECASÉNS SICHES (*Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, I, 1.^a ed., Porrúa, México 1963, p. 109) «lo que ocurre en verdad es que DUGUIT dirige sus ataques a la concepción iusnaturalista clásica, según la cual el individuo, en tanto que tal, posee necesaria y universalmente, con validez absoluta, unos derechos fundamentales de su personalidad innatos, imprescriptibles. Y trata de substituir esa concepción iusnaturalista por la idea del cumplimiento de las funciones que la solidaridad social asigna a los hombres». En resumen, en vez de proponer un cambio en la categoría para sustraerla a la influencia de esa ideología de modo que no se produzcan las consecuencias que se rechazan, arremete contra ella, tomándola como la más fiel representante de esa ideología. Ya veremos que ese cambio en los derechos subjetivos se ha producido.

Por todo ello es exacto, afirmar que de un examen en profundidad se deduce que «el derecho subjetivo sobre el que se ha suscitado toda la controversia, por razón de comodidad que no era inexcusable, es el que, en el espíritu del Código de Napoleón, era el más absoluto, el derecho subjetivo por excelencia, el derecho de propiedad. E incluso se ha estrechado aún más la hipótesis: es la propiedad más llamativa, la de la tierra, la que por regla general ha sido puesta en cuestión» (CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit. p. 119) porque se ha repetido hasta la saciedad que es precisamente en el derecho de propiedad, en su carácter sagrado e inviolable y absoluto, donde realmente se enmarcan las aspiraciones revolucionarias burguesas.

tad, ambos, su protección, etc.) pero no es discutida la esencia misma de la categoría en la que todos los autores coinciden. El mismo Duguit comparte la expresión de dicha esencia, aunque, como veremos más adelante, realiza añadidos dolosamente desfiguradores.

Efectivamente, como señala Duguit, la esencia del derecho subjetivo es el poder, el poder de hacer o de omitir y de obligar a soportar esa conducta, positiva o negativa. Y con éstas u otras fórmulas la mayoría de los autores coinciden en considerar que «derecho subjetivo es la facultad o poder reconocido a una persona por el Derecho objetivo que le permite imponer a los demás o exigir de los demás una determinada conducta» (39). Por encima y prescindiendo de las palabras, la noción que subyace es la esencia en la que coinciden las opiniones doctrinales (40).

Por ello, Duguit, en realidad, lejos de su intención, está reconociendo la existencia de la categoría y el hecho de que, por encima de controversias, los estudiosos y los hombres en general saben qué es y lo conocen, las controversias surgen en los términos usados, en los elementos definatorios destacados y en la extensión de su contenido, pero no sobre el hecho mismo de su existencia, ni sobre el núcleo atómico de su esencia.

(39) FRANCISCO RODRÍGUEZ FLÓREZ DE QUIÑONES, *Introducción al Derecho*, vol. I, Universidad de Sevilla, Sevilla 1980, p. 22.

(40) A modo de ejemplos, que pueden considerarse paradigmáticos, pueden citarse las siguientes nociones del derecho subjetivo:

Para ENNECCERUS, «conceptualmente el derecho subjetivo es un poder concedido al individuo por el Ordenamiento Jurídico, según su fin es un medio para la satisfacción de intereses humanos». Considera que «únicamente mediante la ponderación de ambos lados de su esencia se llega a conocer plenamente el derecho subjetivo». Por ello, de una parte, advierte que la mera «protección por las normas y el derecho subjetivo no son cosas idénticas», que «sólo se da un derecho subjetivo cuando aquel poder reconocido por el Ordenamiento Jurídico es concebido como una relación fija de poder propio de la persona», es decir, cuando la norma «otorga ... la facultad de actuar su voluntad de alguna manera»; y, de otra parte, que este poder «es el contenido de los derechos pero no su fin último. El fin de los derechos no es sino el fin del Derecho objetivo mismo, pues aquéllos tienden también a la seguridad de las condiciones de vida del individuo y de la sociedad o a la seguridad de los verdaderos intereses humanos». Por todo ello concluye definiendo el derecho subjetivo como «el poder concedido por el Ordenamiento Jurídico que sirve para la satisfacción de los intereses humanos». (ENNECCERUS, KIPP, WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General por ENNECCERUS, Ludwig, revisado por NIPPERDEY, vol. I, Bosch, Barcelona 1953, pp. 280-282 y 284 y 285).

El maestro CASTÁN señala que «en su sentido más general derecho subjetivo es la facultad reconocida y garantizada a una persona por el Ordenamiento Jurídico» y dicha facultad se descompone en dos facetas una «posibilidad de hacer o de querer ... que puede llamarse elemento interno» y «una posibilidad de exigir de otros el respeto, elemento que podemos denominar externo». Como Enneccerus, considera que «todo derecho subjetivo ... supone una norma que lo delimite y garantice», pero, como aquél, añade que ello no basta, que puede haber normas que impongan deberes que supongan ventaja y protección para determinada persona sin que exista derecho subjetivo. Concluye afirmando que «la protección por las normas y

5. El propio Duguit conoce esa esencia pero la formula incorrectamente desfigurándola, y ello por varios motivos:

a) Afirma que los derechos subjetivos son «el poder que corresponde a una voluntad de imponerse... *cuando quiere una cosa que no está prohibida por la Ley*». Con ello está considerando al derecho subjetivo como una facultad residual, al tiempo que lo separa violentamente del Derecho objetivo, del que, como señalaremos más adelante, es emanación directa. Nos indica que el po-

el derecho subjetivo no son cosas idénticas» y que «se da derecho subjetivo cuando el precepto jurídico o la coercibilidad de una norma establecida en favor de alguien se deja a la iniciativa y libre disposición de él». Nos ofrece CASTÁN una definición, sincrética de las diversas teorías sobre la naturaleza del derecho subjetivo, según la cual «*Derecho subjetivo es la facultad o conjunto de facultades con significado unitario e independiente, que se otorga por el Ordenamiento Jurídico a un ser de voluntad capaz o de voluntad suplida por la representación, para la satisfacción de sus fines o intereses, y autoriza al titular para obrar válidamente dentro de ciertos límites, y exigir de los demás, por un medio coactivo en la medida de lo posible, el comportamiento correspondiente*» (*Derecho Civil Común y Foral*, Tomo I, vol. I, Reus, Madrid 1955, pp. 17-19 y 25).

Para DE CASTRO «el derecho subjetivo, en nuestro Derecho, puede ser considerado como *la situación de poder concreto concedido a la persona, como miembro activo de la comunidad jurídica, y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa*» (*Derecho civil de España*, I, cit., p. 573).

El profesor LEGAZ considera que el derecho subjetivo es «*aquella situación del sujeto de derecho en la cual y por virtud de la cual ... la imposición de deberes jurídicos de otro sujeto y la creación de situaciones jurídicas nuevas en beneficio propio o de tercero se halla a su disposición*» (*Filosofía del Derecho*, cit., p. 731). (Hemos de advertir que ese poder de actuar en beneficio de un tercero que LEGAZ incluye en la noción de derecho subjetivo, es considerado como «función» o «potestad» y distinguido del derecho subjetivo por amplios sectores de la doctrina, como se verá más adelante en esta misma nota. De otro lado este tipo de relaciones pueden ser estipulaciones en favor de tercero que tienen grandes especialidades y que hacen nacer derechos subjetivos precisamente para ese tercero y no para el estipulante).

No es muy distinta de las anteriores la definición propuesta por los profesores Díez-Picazo y Gullón, según la cual se trata de «*un poder jurídico, institucionalizado y tipificado por el Ordenamiento Jurídico, que recibe de éste un tratamiento unitario e independiente y cuyo ejercicio y defensa se entregan al libre arbitrio de la persona*» (*Sistema de Derecho Civil*, I, 1.ª ed., Tecnos, Madrid 1975, p. 411).

Desde otra óptica RECASÉNS SICHES, tras afirmar que el derecho subjetivo es un poder, pero un poder moral perteneciente a la idealidad, a los valores de orden ideal, intenta concebir al derecho subjetivo desde una perspectiva genérico-formal estableciendo que es «*una cualidad de orden ideal (aunque su base o su presupuesto sea un hecho real) que la Ley ... atribuye a los sujetos en ciertas situaciones y que consiste en el poder de determinar coactivamente una especial actitud en una, alguna o todas las otras personas*» que puede reclamar «en su ayuda para tener perfecta eficacia todos los medios físicos o psíquicos que están a disposición del órgano del Derecho. Es una determinación práctico-racional que va a afectar a un sujeto» en relación al cual puede exigirse determinada actitud de otro, «*implica un poder social*» («*Il concetto ...*», cit., p. 499).

Para BATTAGLIA el elemento definitorio del derecho subjetivo es la voluntad, el querer, y considera que el derecho subjetivo es «*una posibilidad de poder otorgada al querer, más exactamente una posibilidad de querer atribuida a una posibilidad de querer*» (ob. y vol. cit., p. 195), y es que él

der o facultad en que se expresa el derecho subjetivo tiene su antecedente y su base en una *falta de norma del Derecho objetivo, en una ausencia de Derecho objetivo*, pues el derecho subjetivo actúa en la extensión en la que el Derecho objetivo *no* prohíbe. Pero, por el contrario, como muy bien indica Gómez Orbaneja, «el derecho subjetivo... consiste en la atribución de una situación favorable a una determinada persona, mediante *normas dirigidas a* piensa que el derecho subjetivo tiene un elemento formal: el querer, y un contenido: los fines perseguidos (el interés que induce a obrar) (cfr. p. 191). Como esa posibilidad de querer (el poder) tiene que venir garantizada BATTAGLIA afirma la íntima relación con el Derecho objetivo ya que no hay «función del Derecho objetivo que no sea asumida por el derecho subjetivo y reflejada en éste» (p. 190).

Desde el estructuralismo FROSINI parte de la consideración del Derecho como la estructura formal del actuar, esto es el Derecho se refiere al actuar, pero a la acción en sí misma, desvinculada de su agente, por eso supone una alienación de la acción del sujeto agente, una objetivación frente a la voluntad individual «que es por su propio instinto voluble, particular, desordenada, al ser mudable según las necesidades, las oportunidades y las emociones», de esta forma el Derecho es una «lógica de las acciones humanas», un «conjunto de formas que confieren una estructura al quehacer social». Por ello afirma que «mejor que de Derecho objetivo y subjetivo debería hablarse de un actuar jurídico (esto es, objetivado en ciertas formas) que puede conjugarse en tercera persona, atribuido a un concepto impersonal... o bien, que puede conjugarse en primera persona referido al agente como *voluntad que exige hacerse valer en las formas jurídicas de la acción, o sea, como actitud jurídica del sujeto (es decir, especificado o particularizado en una cierta forma de comportamiento) dirigido hacia el mundo del obrar social, articulado en sus estructuras» (La estructura del Derecho, cit., p. 35).* A fin de cuentas se trata de avanzar una pretensión, traducir su voluntad subjetiva en las formas jurídicas de la acción. No es una *facultas agendi* («¿de qué otra cosa se podría tener facultad si no fuera de *agere* o *facere*?»), sino una *facultas exigendi*: «la facultad reconocida en las formas jurídicas y atribuida al sujeto individual de pretender el reconocimiento jurídico de la propia acción». Por eso es un derecho al Derecho (cfr. p. 36). En el mismo sentido, cfr. FROSINI, «Diritto soggettivo e ...», cit., p. 124; y «Le trasformazioni sociali...», cit., p. 118 *in fine*.

Por su parte, Matteo FERRANTE (*Il concetto di diritto soggettivo ed alcune sue applicazioni*, Giuffrè, Milán, 1947) entiende el derecho subjetivo como *el poder de actuar el contenido normativo dirigido a la potenciación de algún aspecto de la propia personalidad*, es decir, confiere a la voluntad individual el poder de actuar el contenido normativo necesario para realizar el aspecto de la propia vitalidad contenido en una norma (cfr. pp. 48-50).

Todas estas definiciones son, como cualquier definición, criticables por muy extensas o por excesivamente restringidas, por consideraciones simplemente conceptuales o claramente ideológicas, etc., pero por encima de las propias definiciones se puede observar, casi intuir, la esencia, libre de todo lo accesorio, del derecho subjetivo. Esta esencia se basa a nuestro parecer en un doble dato: una situación de *poder jurídico* conferido por las normas del Derecho objetivo, y la *libertad* del ser humano para realizar fines susceptibles de protección por el Derecho según un cúmulo de consideraciones éticas, sociales, económicas y jurídicas.

La lista de definiciones que se han propuesto sería interminable, pero todas quedarían incompletas sin la delimitación conveniente de la figura definida frente a figuras afines: así, los derechos potestativos o facultativos, las situaciones subjetivas, las meras facultades, las potestades, las acciones o poderes procesales... Algunas de ella plantean problemas, incluso en su propia autonomía conceptual, cuyo tratamiento, y aun breve enume-

otra u otras personas. Estas normas *determinan conductas*, esto es, *señalan* por modo imperativo lo que sus destinatarios han de hacer o dejar de hacer. Contienen, consecuentemente, prohibiciones o mandatos. *Un segundo grupo de normas establecen la sanción para el caso de incumplimiento de las primeras»* (41).

Es decir, continúa, que «para que exista un derecho subjetivo se precisa que haya en favor de determinada persona una norma jurídica cuya efectividad dependa de la voluntad individual del favorecido. La última diferencia consiste no en la protección sino en la disposición sobre ella» (esta idea ya la hemos señalado, v. nota 40: la protección no constituye por sí el Derecho subjetivo —(42)—, sino cuando se da la posibilidad de actuar su voluntad o la norma en su actuación se deja a la iniciativa y libre disposición de aquel a quien beneficia). Por eso, «derecho subjetivo es el poder de exigir que el imperativo legal se cumpla» (43). Pero añade que no se trata simplemente «de una disponibilidad sobre la norma "segunda" que establece la sanción, sino ya previamente sobre la primera». Esto se ve claro en el caso de que la norma primaria imponga una prestación positiva, un dar o un hacer. El Derecho subjetivo es, por de pronto, el poder pretender esa prestación ordenada; sólo secundariamente la que, por vía de sanción, sustituya (o complemente) a la incumplida (44).

ración, excedería en mucho del marco natural de este trabajo y más aún de lo que es una nota, ya demasiado extensa, por tanto, en aras de esas consideraciones, prescindiremos del examen de la cuestión (para una iniciación al tema puede verse, v. gr. y entre otros, M. FERRANTE, ob. cit., pp. 50-57; FROSINI, «Diritto soggettivo e...», cit., pp. 128-152; BATTAGLIA, ob. y vol. cit., pp. 200-205; CASTÁN, *Situaciones jurídicas subjetivas*, cit., pp. 39-44 y 51-53; LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 731-738; y la mayoría de las obras de parte general de Derecho civil).

No obstante, de algunas de estas figuras, como la situación jurídica o la acción, nos ocuparemos brevemente más adelante. Sólo aquí unas líneas dedicadas a las «potestades», por la relación directa que tienen con la doctrina de Duguit.

Efectivamente, del derecho subjetivo la doctrina separa las potestades. Según DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (ob., vol. y ed. cit., p. 410) «potestades son los poderes jurídicos que se atribuyen a la persona, no para que ésta realice sus propios intereses, sino para la defensa de los intereses de otra persona, de suerte que su ejercicio y defensa no son libres y arbitrarios, sino que vienen impuestos en atención a los intereses en cuyo servicio se encuentran dados», y en ello se distinguen del derecho subjetivo. Casi con los mismos términos LACRUZ BERDEJO (ob. cit., p. 124) se refiere a estas «potestades» y creemos que a lo definido, tanto por unos como por otros autores, se corresponde mejor el término «función», que estimamos es preferible al de «potestades» (iguales concepto y distinción del derecho subjetivo en FERRANTE, ob. cit., pp. 56-57, en contra BATTAGLIA, ob. y vol. cit., pp. 200-202, donde critica esta distinción en la formulación que de la misma hace CARNELUTTI).

(41) GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *El ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid, 1975, pp. 35 y 36. El subrayado es nuestro.

(42) Precisamente eso opinan algunos autores, v. gr. THON, OERTMANN, etcétera. (cfr. FERRANTE, ob. cit., pp. 102-113). Véase nota 52.

(43) GÓMEZ ORBANEJA, ob. cit., p. 44.

(44) GÓMEZ ORBANEJA, ob. cit., p. 44.

Es, pues, evidente el error de Duguit: el Derecho subjetivo no trabaja en el campo de lo que la Ley no prohíbe, sino en el campo de lo que la Ley ordena o prohíbe; no en el de la ausencia de norma, sino en el del cumplimiento de las normas.

Efectivamente, como señala Legaz «el Derecho vincula la aplicación de un efecto jurídico cualquiera... a un acto facultativo de un sujeto. (...) la posibilidad jurídica de tales actos facultativos es el signo de que el Derecho ha establecido para un sujeto una situación que es la de derecho subjetivo» (45).

b) Para Duguit «la noción de Derecho subjetivo implica siempre dos voluntades, una frente a otra: una voluntad que puede imponerse a otra voluntad; una voluntad que es superior a otra voluntad» y pregunta «¿una voluntad puede ser en sí superior a otra voluntad?».

Naturalmente que *una voluntad no es en sí superior a otra voluntad*. Las voluntades consideradas en sí mismas son iguales para el Derecho, como iguales son todos los ciudadanos. Por eso cuando dos voluntades se encuentran en la misma circunstancia o gozan de igual condición, total o parcialmente, tienen idénticos derechos subjetivos (así por ejemplo el conocido principio de la *par conditio creditorum*), que, naciendo de normas de Derecho objetivo, no pueden sino ser iguales, pues por igual se aplica el Derecho objetivo. En este caso sus derechos colisionarán y la igualdad se comprueba porque, como dicen Díez-Picazo y Gullón, «el Ordenamiento Jurídico establece la igual condición de todos los derechos en colisión, de tal manera que éste impone un parcial y proporcional sacrificio de todos ellos» (46). Pero naturalmente para ello es condición *sine quae non* que las voluntades se encuentren en *idénticas circunstancias*, de otra forma, por nimia que sea la diferencia, ésta no puede dejar de influir en los derechos subjetivos que les correspondan, pues es aplicación debida el principio de Justicia según el cual se ha de dar trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. Por eso, a veces, el Ordenamiento Jurídico establece un rango o jerarquización entre diversos derechos, prefiriendo el de mayor rango, rango que se otorga, precisamente, en virtud de las diferencias que los separan, v. gr., la mayor antigüedad (*prior tempore potior iure*), el mejor título, la relación jurídica que los origina, etc.; pero como se ve son las circunstancias las que no son iguales, no las voluntades ni los hombres de que emanan.

Y es cierto que, en muchas ocasiones, los derechos subjetivos suponen voluntades enfrentadas, pero enfrentadas porque en eso también precisamente consisten esas voluntades, por tanto enfrentadas *e iguales*. De no ser así no podrían enfrentarse, y de no aceptarse esto se vendría abajo el principio de la autonomía de la vo-

(45) LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 730.

(46) Díez-PICAZO y GULLÓN, ob. y vol. cit., p. 427.

luntad (basado precisamente en la igualdad de voluntades, de las partes, y en su libertad, para enfrentarse) y con él todo el sistema negocial, y no es ésta la intención de Duguit.

En base a esa igualdad las voluntades pueden consentir en contraponerse, pues contrapuestos son sus intereses, pero siempre en un clima de igualdad: el vendedor, v. gr., quiere el precio en dinero, el comprador lo que tiene el vendedor, pero su posición es paritaria, lo que quiere el vendedor es equivalente a lo que él tiene y es querido por el comprador; de esta situación, manifestadas esas voluntades, surgen derechos subjetivos, porque así lo dispone el Derecho objetivo para estos supuestos: el derecho del comprador a recibir la cosa objeto de la relación y el del vendedor a recibir el precio, ambos son iguales e igualmente protegidos, pero sólo cuando las circunstancias son iguales, si no es así y, v. gr., uno de los derechos es satisfecho y el otro no, el titular de este último puede hacer imponer su voluntad sobre la otra parte, imponiendo a ésta una conducta que satisfaga su derecho, para, así, restablecer la igualdad rota, porque ya las circunstancias, desiguales, exigen desigual trato y protección, otra cosa sí sería considerar que una voluntad puede ser, en sí, superior a otra (47).

Con independencia de este ejemplo, un tanto tópico pero válido, el Derecho objetivo declara que ciertos derechos y con ello ciertos intereses son superiores a otros, pero no en sí, sino en virtud de las circunstancias, ya que esta política jurídica se determina en función, entre otras razones, de la finalidad económica o social para la que el derecho se le ha atribuido a su titular, o las consecuencias de todo tipo que pueda tener su ejercicio, o en virtud de las convicciones éticas imperantes en la comunidad, etc. (48).

Como se ha escrito, si yo tengo un derecho no es «por consideración a mi naturaleza individual, ni al poder de mi voluntad, ni a mis características exclusivas, sino porque siendo ante todo hom-

(47) Ahora bien, debe quedar claro que la igualdad no puede ser una mera igualdad jurídica formal, sino una auténtica igualdad de condiciones y oportunidades jurídicas, sociales, políticas, económicas y culturales, ya que en otro caso cuando dos derechos iguales chocan, circunstancias totalmente extrañas al Derecho, como nos indica la Sociología, deciden en muchas ocasiones, v. gr. presión social, temor al coste de un procedimiento judicial o a su duración ante la imposibilidad de esperar una resolución jurisdiccional, ignorancia del propio derecho, etc. (cfr. CARBONNIER, «Flexible Droit», cit., p. 123). Por eso no deja de tener parte de razón la afirmación de Karl MARX: si hay «una antinomia, derecho contra derecho, sellados ambos igualmente por la ley del intercambio mercantil», «entre dos derechos lo que decide es la violencia» (*El Capital*, Libro I, Obras de Marx y Engels (OME), vol. 40, Grijalbo, 1976, p. 255; según el traductor, M. Sacristán, la palabra usada por Marx, *Gewalt*, y que se ha traducido por «violencia», puede también traducirse por «fuerza» o por «poder»).

(48) Cfr. el epígrafe «Categorías de intereses en conflicto según su recíproca posición: criterios de preferencia», en E. BETTI, *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, trad. de J. L. de los Mozos, EDERSA, 1975, pp. 263-266.

bre... constituyo un caso particular de aplicación de algunos determinados principios» (49). Además, por otra parte, esos principios están establecidos en el Derecho objetivo, del que emana, como veremos, para todo sujeto «su derecho», el derecho subjetivo, de donde esta crítica de Duguit podría hacerse también al Derecho objetivo, incluso al positivo, para él el único existente.

Con ello queda suficientemente clara la inoportunidad de la afirmación de Duguit, que traslada de lugar el problema, de las circunstancias, los intereses, las finalidades, las convicciones éticas, al plano de la esencia de la voluntad humana, desvirtuando así, intencionadamente, la cuestión para mejor argumentar contra una categoría que no quiere comprender (conoce las «controversias sin fin» sobre la naturaleza del derecho subjetivo, pero sólo contempla la teoría de la voluntad), pues, además, en este punto no contempla la esencial noción de Derecho subjetivo, sino sólo uno de sus elementos: la voluntad, olvidando los demás y el hecho de que la voluntad precisa, para formar parte de un derecho subjetivo, estar jurídicamente protegida y reconocida, porque el Derecho objetivo entienda que es susceptible de un tal reconocimiento y tutela, por las convicciones éticas y sociales que conlleva, coincidentes con las de la comunidad, por los fines e intereses que pretende, etc.

c) Duguit nos muestra su desconocimiento desfigurador de los derechos subjetivos cuando dice que «se traducen siempre, de hecho, en el poder que... (se tiene)... de imponer, incluso por la fuerza, a otros individuos su propia voluntad».

Si por una parte es corriente en la doctrina distinguir entre el aspecto estático y el dinámico de derecho subjetivo, entre la titularidad, pertenencia o atribución a un sujeto y su ejercicio (50), no es menos frecuente observar en el derecho subjetivo un elemento interno (la facultad, la posibilidad de un *agere* lícito que vincule a otros —51—) y un elemento externo, llamado generalmente «pretensión», y que consiste esencialmente en el elemento que acompaña a la facultad dirigido al exterior, a los demás, a quienes no son titulares de ese derecho, y significa para éstos la obligación de

(49) RECASÉNS SICHES, «Il concetto...», cit., p. 479.

(50) Véase por todos FROSINI, «Diritto soggettivo e...», cit., p. 128.

(51) Un importante sector doctrinal pretende dotar de autonomía a las «facultades», denominándolas «facultades jurídicas» y distinguiéndolas del derecho subjetivo (así, v. gr., CARNELUTTI o FERRARA; este sector doctrinal, por su parte, no es pacífico, ya que se encuentra en la necesidad de separar a su vez estas facultades de otras categorías de situaciones jurídicas subjetivas, como el derecho potestativo o «facultativo» (cfr. por todos sobre estas cuestiones, CASTÁN, *Situaciones jurídicas subjetivas*, cit., pp. 40-44 y 51-53; en contra de distinguir la facultad del derecho subjetivo, BATTAGLIA, ob. y vol. cit. pp. 200-201, para quien la facultad no es más que la cara interna del derecho subjetivo —cfr. p. 198—).

En cualquier caso el elemento interno del derecho subjetivo suele denominarse genéricamente «facultad», aunque, claro es, para quienes separan derechos subjetivos y facultades jurídicas, esta «facultad» no es una «fa-

no crear obstáculos, de no impedir esa facultad, se trata, en suma, de una «pretensión» a que no haya trabas al ejercicio del derecho (52).

Pero con la admisión de este segundo elemento no se afirma que el titular pueda actuar sobre otros, sino tan sólo que por existir el derecho, por tener un titular y por comenzar a ejercerlo, surge, como algo inescindible de él, una obligación para otro u otros, un «deber jurídico» que puede consistir en dar, hacer, dejar hacer o soportar una inactividad. Hasta ese momento sólo hay pretensión a no ser obstaculizado, pero no «imposición» alguna.

Naturalmente el derecho subjetivo está tutelado por las normas del Derecho objetivo, pues sin esa tutela no podría existir. Esta protección se sitúa precisamente en el lado exterior del derecho subjetivo, como, por razones obvias, no podía ser de otro modo, y acompaña siempre al derecho, aunque no es más que un elemento instrumental del mismo que sirve para garantizar su efectividad (53). Por eso la pretensión se excita y, consiguientemente, la protección se acentúa ante alguna amenaza al derecho subjetivo o ante su violación (54), es decir cuando se prevé cercana o ya se ha producido la ineffectividad del derecho subjetivo

cultad jurídica», sino la posibilidad de hacer válida y lícitamente y la de vincular a los demás, de exigirles (CASTÁN, «El concepto de derecho subjetivo», cit., p. 130, y «Derechos subjetivos», cit., p. 110).

Más preciso nos parece FROSINI («Diritto soggettivo e...», cit., pp. 128 y 130), quien consigue encajar la facultad entre los momentos estático y dinámico del derecho subjetivo. Primero niega autonomía conceptual a la facultad para después indicar que «la facultad representa... el momento intermedio o de paso entre la titularidad y el ejercicio del Derecho subjetivo», de forma que «sólo en contemplación del interés que el Derecho objetivo quiere proteger, y cuando se hayan determinado las condiciones bajo las cuales el Derecho objetivo le otorga la tutela, la norma abstracta se concreta y da vida a una facultad en el titular del derecho subjetivo». Se trataría, por tanto, de aquel vehículo que es utilizado para atravesar la frontera entre el aspecto estático y el dinámico del derecho subjetivo.

(52) Cfr. BATTAGLIA, ob. y vol. cit., pp. 195-197; igual LEVI cit. apud FROSINI, «Diritto soggettivo e...», cit., p. 129; y creemos que la misma es la opinión de LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 738. Igual distinción entre el elemento interno y externo del derecho subjetivo parece acoger FERRANTE, ob. cit., p. 101, siguiendo a TUHR, y está muy clara en CASTÁN, *Derecho Civil Común y Foral*, I, I, cit., p. 18.

Precisamente por tratarse de un elemento «externo» y por ello el más visible del derecho subjetivo, no han faltado quienes, identificando el todo con la parte, han considerado que sólo este elemento pertenece al derecho subjetivo excluyendo a cualquier otro y concibiendo al derecho subjetivo como una pretensión frente a alguno o frente a todos (según sea de crédito o real), así THON, OERTMANN y FERRARA entre otros (cfr. FERRANTE, ob. cit., pp. 102-113; FROSINI, «Diritto soggettivo e...», cit., pp. 129-130). Esta doctrina es hoy generalmente rechazada (FERRANTE, ob. cit., pp. 114-121; FROSINI, «Diritto soggettivo e...», pp. 128 y 130; FROSINI, *La estructura del Derecho*, cit., pp. 38, donde señala, parafraseando a THON que es un error intentar separar la «pulpa» y la «cáscara», y 39).

(53) CASTÁN, «El concepto ...», cit., p. 130.

(54) BATTAGLIA, ob. y vol. cit., p. 202.

(por no haber sido respetada, ni efectiva, la pretensión). Y como el Derecho es coercible en este momento puede imponerse el hacer del titular al obligado rebelde.

Pero esa imposición a otro u otros de la voluntad del titular del derecho subjetivo no se lleva a cabo *por la fuerza*, como dice Duguit, sino mediante la correspondiente *acción*, concepto que se separa claramente del de derecho subjetivo (55) y que según Díez-Picazo y Gullón «es la posibilidad que el individuo tiene de acudir ante los Tribunales de Justicia y reclamar ante ellos el pronunciamiento de una decisión» (56), y, en el caso del derecho subjetivo insatisfecho, de ese derecho subjetivo y de esa insatisfacción surgirá la posibilidad del ejercicio de una acción; es decir, reclamar de los Tribunales la protección de su derecho, disponiendo lo necesario para su satisfacción.

Pero esto no es ejercicio del derecho por la fuerza, a no ser que consideremos, como al parecer hace Duguit, que la petición a un órgano jurisdiccional de que exija e imponga el respeto y el cumplimiento de la pretensión legítima nacida de un derecho supone un ejercicio «por la fuerza» de un derecho subjetivo: la época de la autotutela de los derechos concluyó hace ya muchos siglos.

Por eso se puede escribir que «la defensa o la imposición privada de los derechos mediante la fuerza está excluida en todas las naciones civilizadas. El Poder Público concentra o se reserva esa *facultad tutelar* y sancionadora, unas veces mediante la acción *gubernativa...* y otras veces a través del procedimiento *judicial* ante los Tribunales» (57).

(55) En realidad la cuestión no es tan pacífica. Frente a los que indican que acción y derecho subjetivo son categorías jurídicas diversas (v. gr. CARNELUTTI, cit. apud BATTAGLIA, ob. y vol. cit., p. 204; LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 676-679; FERRANTE, ob. cit., pp. 50-53, donde señala que jamás se pueden confundir ni siquiera en la época de la autotutela porque, entre otras cosas, el derecho subjetivo autoriza una actividad que es fin en sí misma y la acción o poder procesal es medio para un fin), no faltan quienes consideran que la acción es el mismo derecho subjetivo, o al menos un (otro) derecho subjetivo (en este sentido, BATTAGLIA, ob. y vol. cit., p. 205). Un planteamiento breve, pero lúcido y sistemático, puede verse en GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, vol. I, Madrid, 1976, pp. 225-237.

(56) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. y vol. cit., p. 411.

(57) Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ, *La propiedad, sus problemas y su función social*, vol. II, 2.^a ed., Anaya, Salamanca, Madrid, 1961, p. 216. El subrayado es del autor citado.

Podría objetarse que tras ese momento, entraría en función el aparato jurídico coactivo, su «fuerza». Eso nos llevaría a un tema que obviamente escapa a este trabajo y que es de enorme magnitud: las relaciones entre el Derecho y la Fuerza. No obstante puede afirmarse lo que sigue: es fuerza, sí, pero fuerza coactiva del Derecho, esto es, medida, proporcionada y proporcional, sólo aplicada a supuestos jurídicos que se incardinarian en la patología del Derecho, fuerza organizada y estructurada y aplicada con todas las garantías posibles; además no es fuerza bruta, ciega y destructiva, sino, por el contrario, una compulsión sanadora de derechos subjetivos violados con infracción de normas jurídicas desobedecidas (cfr. FROSINI, *La*

Y, además, a fin de cuentas, lo que es coactivo es el Derecho objetivo; al impedir la efectividad de un derecho subjetivo, el Derecho objetivo, la norma, queda vulnerado y el aparato coactivo reacciona (tras el ejercicio privado o público de la acción) para restaurarla, por ello carece de base la objeción de Duguit al derecho subjetivo, y más cuando él en el sistema que propugna, y como más atrás se ha reflejado, señala que todo individuo tiene una función que cumplir y que todos los actos contrarios a esa función, serán socialmente reprimidos, ¿cuál es la diferencia?

6. Vistas las consideraciones que anteceden puede decirse que la afirmación de Duguit de que el derecho subjetivo es una categoría artificial que contradice al realismo de nuestra época y antisocial por individualista que contradice a la sociedad actual «socialista», no se corresponde con la verdad.

Interesa a estos efectos incidir en algo que ya se ha señalado, que el derecho subjetivo es proyección directa del Derecho objetivo, de las normas jurídicas, que son su presupuesto esencial, pues son las que otorgan el poder o facultad jurídica en que consiste tras valorar los fines que persigue y los intereses a que responde, y las que conceden su protección (y protección disponible) a esos fines e intereses. Por tanto será derecho subjetivo lo que en un momento concreto estime el Derecho objetivo que debe serlo. Como, entre otros muchos autores, indican Díez-Picazo y Gullón, al señalar los caracteres del derecho subjetivo, éste es un poder jurídico institucionalizado por el Ordenamiento Jurídico, ya que los derechos subjetivos «son formas relativamente estables de organización social, ... respuestas sociales básicas a problemas sociales típicos»; además es un poder tipificado por el Ordenamiento Jurídico, y, por tanto, «sólo pueden ser considerados como verdaderos y propios derechos subjetivos aquellos que el Ordenamiento considera como tales en cada momento». De esta forma se debe admitir la variabilidad histórica de los tipos de derechos subjetivos, pues «depende de los principios y normas imperantes en cada momento histórico el que determinadas situaciones de poder jurídico permitan o no la calificación de derecho subjetivo» (58).

estructura del Derecho, cit., pp. 123-124), es decir, que como señala Elías DÍAZ (*Sociología y Filosofía del Derecho*, 2.^a ed., Taurus, Madrid, 1980, p. 30) «afirmar la dimensión coactiva del Derecho no significa rebajar el Derecho al nivel de la simple fuerza física. Al contrario, significa dignificar el uso de la fuerza... haciéndola legítima, justa, poniéndose ella y el Derecho al servicio de fines humanos como la libertad, la paz, la Justicia, la igualdad y el bienestar de todos los hombres», aunque, desde luego, ello exige un determinado ambiente social y político, ya que es evidente que la «legitimidad democrática marca, en definitiva, la diferencia esencial existente entre la coacción institucionalizada y la violencia o el terror». No puede negarse no obstante que el Derecho es, cuando menos, coercible y que es necesario que así sea (cfr., v. gr., entre muchos, BATTAGLIA, ob. y vol. cit., pp. 160-172; LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 385-392; Elías DÍAZ, ob. cit., pp. 26-30).

(58) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. y vol. cit., p. 411. El subrayado es nuestro.

Coincidimos, por tanto, con las enseñanzas de Legaz, para quien «*el derecho subjetivo no es cosa distinta del Derecho objetivo*», y ello «no porque lo subjetivo haya de absorberse en lo objetivo —en la norma legislada— sino porque son la misma realidad. *El Derecho es forma de vida social*, o sea, vida social en forma que, en cuanto tal, posee estructura normativa. *Es, pues, realidad existencial y el "derecho subjetivo" es también realidad existencial*, atributo de la persona en su dimensión social» (59). Los derechos subjetivos, por tanto, sólo «son jurídicamente eficaces en tanto en cuanto los reconoce y garantiza el Derecho objetivo, es decir, el sistema de normas vigentes en un pueblo determinado» (60).

Como corolario evidente de lo anterior se puede afirmar que el derecho subjetivo no es, en modo alguno, una categoría artificial, al menos no más artificial que el Derecho objetivo.

Desde otra óptica, desde la Sociología del Derecho, puede también afirmarse que el derecho subjetivo no es una categoría jurídica artificial, sino que, por el contrario, es «un fenómeno sociológico objetivamente observable» (61), por tanto las críticas sociológicas, históricas o etnológicas que se han hecho al derecho subjetivo (62) no tienen fundamento, pues pueden combatirse con la propia Sociología, la Historia y la Arqueología, la Psicología e incluso la Zoología (63), para concluir que «el derecho subjetivo no es puro artificio», sino que «con la parte inevitable de torpeza y de inadecuación propia de toda técnica jurídica, la noción traduce un fenómeno psico-sociológico elemental y, por decirlo así, visceral» (64).

(59) LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, 1.ª ed., Barcelona, 1953, p. 580 y nota 2 en esa misma p. En este último lugar sigue diciendo: «pero que no tendría dimensión social si, por de pronto, no fuese tal persona humana que ha de ser respetada en tal condición por la estructura social del Derecho». Nos anuncia con estas palabras algo que veremos en seguida, que si se niega el derecho subjetivo, se niega la libertad y con ella a la persona humana, que es, por naturaleza y al tiempo, libre y social (en la ed. de esta obra que venimos citando y que citaremos también en lo sucesivo, el texto citado no aparece literalmente, pero no se ha modificado en absoluto su sentido).

(60) RUIZ-GIMÉNEZ, *La propiedad...*, cit., p. 213. El subrayado del texto es de este autor. Que no hay derecho subjetivo sin Derecho objetivo y que aquél no puede sino derivar de las normas de éste, es afirmación que, con una u otra fórmula, comparte la generalidad de la doctrina (por todos v. RECASÉNS SICHES, «Il concetto...», cit., pp. 478-480 y 496 y 497 especialmente; FERRANTE, ob. cit., pp. 47-50; CASTÁN, «El concepto...», cit., pp. 124 y 129-130 especialmente; FROSINI, *La estructura del Derecho*, cit., pp. 33-39, y del mismo autor, «Diritto soggettivo e ...», cit., 123 y 124).

(61) CARBONNIER, *Sociología jurídica*, Tecnos, Madrid, 1977, p. 78, donde explica el error (desde el punto de vista sociológico) de Duguit afirmando que su personalidad era «demasiado dominante para someterse por mucho tiempo a la servidumbre del método sociológico».

(62) CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit., pp. 118-119.

(63) CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit., pp. 120-121.

(64) CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit., p. 121.

Por razón de la íntima relación existente entre derecho subjetivo y Derecho objetivo, si en un momento concreto y en un lugar determinado puede decirse que los derechos subjetivos son antisociales, excesivamente individualistas, ello es por causa de que el Derecho objetivo, en ese lugar y en ese momento obedece a iguales caracteres (65). Dicho de otra forma, no puede achacarse al derecho subjetivo ser demasiado individualista o demasiado poco individualista y liberal, porque no influye en la existencia ni en la esencia del derecho subjetivo el que estemos en un sistema individualista o realista, positivo y socialista (usando los términos de Duguit), ya que el derecho subjetivo se basa en el Derecho objetivo, obedezca éste a aquella tendencia o a éstas; ello influye en su ejercicio y contenido, pero su esencia permanece inalterada.

Además, a mayor abundamiento, como escribe De Castro, «el concepto de derecho subjetivo... (no) puede basarse adecuadamente en la (concepción) individualista» ya que la persona, «como miembro activo de la organización, no actúa fuera ni en contra de la Comunidad, sino en función de ella. La *summa ars* de la política está en lograr un Estado fuerte y eficaz, apoyado en y reforzado por el desarrollo máximo de los valores personales» para cuyo desarrollo «es instrumento jurídico inestimable la categoría de los derechos subjetivos». Además «la concesión de un "ámbito de confianza" a la persona de acuerdo con la propia naturaleza social del hombre es, por ello, provechosa para la vida de toda la comunidad. Cada derecho subjetivo supone la participación activa de una persona en la Organización Jurídica aportándole así un nuevo elemento de fuerza y seguridad social» (66).

Es en este mismo sentido en el que se considera que el derecho subjetivo no aparece como fenómeno único, con él nace un correlativo deber jurídico y esto constituye una conexión jurídica, pero además es evidente que tal conexión no es un fenómeno aislado, al lado de una concreta conexión existen otras muchas, de modo que todos en sociedad tienen derechos y deberes. Cuando este sistema institucional es regular y ordenado aparece como una unidad y de él se desprenden relaciones socio-jurídicas de coordinación que tienen como correlato relaciones de asistencia (tengo derecho a ser ayudado, asistido, porque he ayudado, asistido). Todo ello implica una participación general en una tarea común, supuesto que el querer, el interés, el fin, de este complejo sistema, el «querer institucional» es colectivo y coincide, al tiempo, con el de los individuos ya que «resulta de la identidad de valoraciones

(65) En el mismo sentido se pronuncia CASTÁN, «El concepto ...», cit., p. 129, siguiendo literalmente a GURVITCH a quien cita; y RECASÉNS SICHES, «Il concetto...», cit., p. 501, para quien «que en la base del derecho subjetivo esté un contenido de interés individual o social, utilitarista o altruista, dependerá del criterio que informa a la norma según la concreta doctrina que se acepta o del espíritu del régimen positivo que se examina».

(66) DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, I, cit., p. 572.

subjetivas por una colectividad de individuos que se resumen en una valoración objetiva única» (67). Como señala Santo Tomás «*ille qui quaerit bonum commune multitudinis, ex consequenti etiam quaerit bonum suum*» (68).

De donde tiene pleno sentido que se objete a Duguit que al negar el derecho subjetivo pretenda basar el orden jurídico en un concepto como el de solidaridad, sin tener presente que no es un hecho primario, sino un hecho complejo que supone otros anteriores, como es el de la individualidad (69).

Por otro lado, sociológicamente puede indicarse que existen fenómenos muy extensos de ineffectividad de derechos subjetivos, por generosidad, timidez, olvido, ajuridicidad congénita o adquirida, etc. (70), lo cual explica que, en la práctica, el sistema, aun considerado como individualista, sea menos duro y más flexible de lo que «permite suponer una visión abstracta de tantos derechos metidos dentro de un caparazón de egoísmo» (71). Por eso los sociólogos distinguen entre *Estatuto*: colección de derechos subjetivos y correlativos deberes, y *Rol*: forma cómo se realiza en la práctica el estatuto, para poner de relieve cómo casi nunca coinciden: frecuentemente el Rol es mucho más reducido que el Estatuto; no se puede negar que, en ocasiones, ha sido a la inversa, pero en esos casos generalmente estalla el Estatuto (72).

Desde luego no puede ocultarse que en base a la categoría del derecho subjetivo se han producido fenómenos de abuso, abuso de derecho, actos emulativos, etc. No podemos detenernos en esta cuestión sobre la que hay abundantísima bibliografía, pero sí indicar cómo, de un lado, los actos emulativos no son hoy considerados derechos subjetivos (ni siquiera con ejercicio excesivo o abusivo) por un gran sector doctrinal, y, de otro, que el abuso de derecho se impide hoy en todas las legislaciones, con mayor o menor fortuna, al haberse producido una positivación de doctrinas que, desde hace mucho tiempo, reclamaban un freno para este fenómeno.

III. Por todo ello no es admisible la negación de los derechos subjetivos y menos aún para sustituirlos por una noción menos útil, más indeterminada, más discutida (73), que la de la categoría

(67) BATTAGLIA, ob. y vol. cit., pp. 261-262 y 273-278.

(68) *Summa Theologiae*, ed. en latín de la B.A.C. (la *Secunda Secundae*, que citamos es el vol. III de esa Ed., Madrid, 1952), IIa., IIae., q. 47, a.10, ad.3.

(69) Crítica formulada por JARDÓN (cit. apud CASTÁN, *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto de Derecho*, sep. de la Rev. Gen. de Legis. y Jurispr., Madrid, 1947, p. 101.

(70) CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit., p. 123.

(71) CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit., p. 101, nota 3.

(72) CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit., p. 124.

(73) Para CASTÁN efectivamente la situación jurídica ha sido muy criticada sobre todo achacándosele su no utilidad, sin embargo, él entiende que es útil como categoría genérica que, de un lado, engloba todos los fenómenos de subjetividad jurídica, y de otro, por su amplitud, expresa y recoge aquellos fenómenos que no pueden encajarse en otras categorías. Por consi-

que venimos estudiando, amén de funestas en sus consecuencias si se aplicara en sustitución de los derechos subjetivos destruidos.

En efecto, las tesis negadoras del derecho subjetivo pretenden sustituir esta categoría por la noción de «situación jurídica». Desde Duguit hasta posiciones nacional-socialistas, comunistas y normativistas, que se basan en un positivismo exacerbado, se niega el derecho subjetivo y se dice que nadie tiene derechos, sino funciones sociales, deberes de conducta, y así, al fin, unas y otras teorías, propugnan que el individuo no tendrá derechos, sino que sencillamente estará situado, «situado con referencia a la norma; es decir, se encontrará en situaciones jurídicas» (74). «Algunos autores contemporáneos (Duguit, Larenz, Kelsen, etc.) han pretendido negar ese concepto (el derecho subjetivo) y se han esforzado en reducirlo al Derecho objetivo, al Derecho como norma. Según esta corriente el derecho subjetivo no sería más que una "situación jurídica" o un reflejo de los deberes establecidos en las normas» (75).

IV. Todas las posiciones que defienden o propugnan una tal sustitución no pueden tener más que una «consecuencia lógica: la de una legislación que, suprimiendo la persona, reduzca a los hombres a la estricta condición de sometidos... una organización social en la que se excluya a los derechos subjetivos, en que toda actuación del individuo quede reglamentada administrativamente, sin que nada se confíe a su iniciativa»; consecuencia que sería «radicalmente contraria a nuestra idea de la vida, asentada en un profundo respeto a la persona» (76), y llevaría a la «omnipotencia del Derecho Administrativo (que) secaría la fuerza espontánea de

guiente indica que la noción no puede tener un sentido antisubjetivo (*Situaciones jurídicas subjetivas*, cit., cfr. pp. 45-48 y 72-74)). Igual LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 723-728, quien entiende que (así concebida) es integrante del concepto de persona. No obstante el propio CASTÁN («Derechos subjetivos», cit., p. 110) afirma que le «parecen absolutamente reprochables... las teorías que niegan la existencia del derecho subjetivo», ya que «tales doctrinas... (son) ... infecundas e inconvenientes para la técnica del Derecho Privado (pues sustituyen dicho concepto por otros, como el de situación jurídica, todavía más vagos e imprecisos)».

(74) Cfr. GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho civil*, vol. I, EDERSA, Madrid, 1979, p. 245 y DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, I, cit., página 570.

(75) RUIZ-GIMÉNEZ, *La propiedad ...*, cit., p. 212. En el breve párrafo citado se señala a Duguit en primer lugar, seguramente como primer, que no originario (ese honor le cabe a Comte), representante de esta amplia tendencia, y tras él, a Larenz, que pertenece al nacionalsocialismo, para citar, por último, a Kelsen, que niega el derecho subjetivo desde su Teoría Pura del Derecho, desde su normativismo formalista. Cabría completar la enumeración señalando que desde posiciones socialistas, concretamente desde el comunismo soviético, chino, albanés, yugoslavo, etc. (por citar distintas concepciones comunistas), también se niega el derecho subjetivo.

(76) DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, I, cit., p. 570.

la iniciativa personal y el sentido de la responsabilidad» (77). Y por eso, por contradecir «a la persona, (que) en reconocimiento de su valor... hay que dejarle un ámbito de libre actuación, una *potestas procurandi et dispensandi*, (que) no puede ser rebajada y reducida a la condición de simple medio, ni siquiera de la comunidad», los Ordenamientos Jurídicos que aceptan la negación del derecho subjetivo carecen de legitimidad, ya que «el reconocimiento efectivo (del valor de la persona) por el Derecho Positivo es requisito de la legitimidad del mismo Ordenamiento Jurídico» (78).

En el mismo sentido Legaz Lacambra señala que «no es posible renunciar (al derecho subjetivo), que tiene su fundamento en exigencias ineludibles de la naturaleza humana» (79). «El derecho subjetivo —escribe Lacruz— en forma imprecisa e instintiva responde a sentimientos profundos y arraigados en nuestra civilización: el del valor del individuo, el respeto a la persona humana»; «según su esencia ha nacido para realizar, en sociedad con los demás, ayudándoles y siendo ayudado, una empresa individual y libremente determinada por él dentro de los límites trazados por la presencia de los otros». Esa libertad radical no es compatible con la negación del derecho subjetivo que conlleva «una organización en la cual el único derecho del hombre fuera cumplir su deber: una monstruosa planificación que predeterminará todos los actos externos y acaso los pensamientos de cada individuo» (80).

Y Ruiz-Giménez, certeramente, nos dice que «importa insistir en la necesidad del concepto de derecho subjetivo», porque «el derecho subjetivo es la *cristalización de las proyecciones externas de la libertad profunda de la persona humana*» (81).

Díez-Picazo y Gullón resumen magistralmente cuanto acabamos de decir, señalando que «bajo el tema del derecho subjetivo subyace también la respuesta profunda que un orden social da a un problema socio-político... los derechos subjetivos de una persona constituyen la base de la libertad de esta persona dentro del Estado y de la Sociedad.

La concesión de derechos a una persona comporta dos radicales consecuencias. En primer lugar que la persona recibe el libre

(77) DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, I, cit., p. 572. En el mismo sentido CASTÁN («Derechos subjetivos», cit., p. 110), recogiendo palabras del profesor argentino Guillermo A. BORDA, quien afirma que «la negación de los derechos subjetivos ... conduce siempre, aunque el asunto se plantee en el plano de la pura especulación lógica, a empujarse y destruir la personalidad humana frente al Estado».

(78) DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, I, cit., p. 571.

(79) LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, 1.^a ed., cit., p. 580. En la 5.^a ed. no se encuentra ya la frase citada, pero sí su sentido muy claramente en pp. 725, 729, 731 y 734.

(80) LACRUZ BERDEJO, ob. cit., p. 124.

(81) RUIZ-GIMÉNEZ, *La propiedad...*, cit., p. 213. El subrayado es de este autor. En el mismo sentido afirma BATTAGLIA, ob. y vol. cit., p. 179, que el derecho subjetivo es «constituidor de libertad, y aun de la auténtica libertad, que es la libertad jurídica».

goce de un bien (entendido en sentido amplio, tanto espiritual, v. gr., la libertad de conciencia, como material) y que esta libertad de goce le es asegurada. La idea de libertad significa que el portador del derecho decide todo lo relativo al goce del bien (si lo usará o no, cómo lo usará y en qué medida). En segundo lugar que los demás miembros del grupo social, el Estado como Organización política del grupo y las autoridades, como miembros del Estado, no pueden poner obstáculos al libre goce del bien, y deben acatar y respetar la atribución del mismo a la persona y dispensar al portador del derecho la correspondiente protección.

Bajo este aspecto sociológico la idea de "derecho subjetivo" pertenece al terreno de la "autonomía privada". En definitiva se trata de establecer que la persona, como un ser primario, tiene unos fines sustanciales y que para el desarrollo de estos fines y de su personalidad es preciso reconocerle unos derechos, pues los derechos son el cauce institucional de realización de los fines personales. El derecho subjetivo es libertad... posibilidades lícitas de actuación de la persona» (82).

En base a todas estas explicaciones los autores citados no pueden sino concluir que «es explicable que la idea de derecho subjetivo... tenga que ser mantenida por todos aquellos que admitan la sustancial dignidad del hombre, mientras que quieran proscribirla las teorías de carácter colectivista y totalitario, como sucedió en la Alemania de Hitler y sucede hoy con el comunismo soviético» (83).

Por eso «o la norma jurídica reconoce a la persona un campo de actuación libre o la norma jurídica se limita a prescribir conductas, a establecer rígidamente pautas de actuación de la persona por donde ha de moverse necesariamente, y, en este sentido, es claro que la idea del derecho subjetivo desaparece. Existirán únicamente *situaciones* ventajosas para aquellos a los que aproveche la observancia de la conducta impuesta por la norma» (84) (ya hemos visto que ello no constituye derecho subjetivo, v. supra nota 40). Es decir, situaciones jurídicas, lo cual es rechazable por las consecuencias a que lleva y de las que ya hemos dejado constancia.

Con todo lo que antecede y por las variadas razones que quedan señaladas no parece ni conveniente ni lógico, ni posible, olvidar la categoría, propugnar su sustitución; por el contrario, la categoría de los derechos subjetivos debe mantenerse, ser defendida y subsistir.

Y no se trata con ello de adoptar posturas reaccionarias, estáticas o excesivamente conservadoras, no se trata, en suma, de intentar mantener un régimen liberal-individualista. Cada día más lo social, la sociedad y sus necesidades y exigencias, la importancia del

(82) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. y vol. cit., pp. 405 y 406.

(83) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. y vol. cit., p. 406.

(84) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. y vol. cit., p. 406.

elemento social en el hombre, adquiere mayor relieve. La defensa del derecho subjetivo es una defensa de la libertad del hombre, de la libertad del ser humano para conseguir fines individuales, para autodesarrollar sus propias potencias, pero ello no significa ni el olvido de las necesidades sociales del hombre, ni el olvido de las necesidades de la sociedad, ni dar la espalda al hecho, indiscutible, de la creciente fuerza de los fenómenos societarios, de la importancia de lo social.

Efectivamente, la continua presencia de estos datos permite escribir a Lacruz que una cosa es la defensa del derecho subjetivo y «cosa distinta es, no sólo que el poder en que consiste el derecho subjetivo nunca sea ilimitado, sino también que lleve inherentes ciertos deberes, incluso cuando confiere las facultades más extensas, como el dominio», señalando como ejemplo, entre otros, la «prohibición de un uso antisocial» (85).

«Ningún derecho humano es absoluto en el sentido riguroso del término ... —escribe Ruiz-Giménez— ... se quiere expresar con ello que no pueden ser desconocidos o violados por ningún Ordenamiento Jurídico positivo y que además se pueden esgrimir frente a todos los demás miembros del cuerpo social. Pero fuera de ello los derechos son *relativos*.

En realidad, el ejercicio del derecho está sometido de un lado a *límites extrínsecos* y, de otro, a lo que algunos llaman *límites intrínsecos* y que es preferible calificar de *sentido o función*...

El límite *intrínseco* o, mejor, la *función* de todo derecho subjetivo dimana por una parte de la *propia naturaleza* del derecho, y, por otra, de la finalidad *social* que toda persona tiene que cumplir ... el derecho ... además de servir para satisfacer las necesidades personales de su titular, tiene esencialmente que contribuir al bien del conjunto» (86).

No se olvida, pues, el elemento social, el interés de la propia comunidad como tal, y tampoco deja de reconocerse que ese elemento crece día a día en fuerza y trascendencia. Por eso Díez-Picazo y Gullón señalan que «en la actualidad y previsiblemente en un futuro próximo, se observa cómo el Ordenamiento Jurídico va cercenando la libertad de la persona para actuar, va obligando a que se mueva dentro de los cauces marcados por el legislador, que tiene por objeto la prosecución de los fines generales de la comunidad o, con otra terminología, el "Bien Común". Los fines del hombre se van satisfaciendo cada vez menos a través de la libertad personal y se van confiando al Estado, quien por medio

(85) LACRUZ BERDEJO, ob. cit., p. 124.

(86) RUIZ-GIMÉNEZ, *La propiedad...*, cit., p. 215. El subrayado es de este autor. Se dice que los límites intrínsecos son funciones, pero no en su sentido técnico, como hace notar el propio autor en las páginas que siguen; no son potestades, sino se trata de función en el sentido de «función social», lo que se pone especialmente de manifiesto en la última frase del párrafo citado.

de sus normas señala prohibiciones, deberes o limitaciones al conjunto de los sometidos a su imperio» (87).

En base a estas consideraciones se puede afirmar que «en el derecho subjetivo subyace la idea, que constituye su fuerza, de que es un poder inmediato e independiente, una prerrogativa que para ejercerse no tiene necesidad a cada instante de la buena voluntad del Estado», y, por tanto, el proceso descrito puede hacer parecer que el derecho subjetivo se vuelve «fugitivo» y eso crea inquietud, pero ésta «está alimentada por un concepto abusivamente estático y conservador» del derecho subjetivo, frente a ello el proceso ofrece garantías, la garantía de la comunidad, que permite afirmar «¿derechos subjetivos inciertos?. Buen negocio si tenemos la certidumbre de una ayuda social ilimitada» (88).

No obstante, este proceso no debe, por las variadas razones aquí reflejadas, significar nunca ni llegar jamás al total desprecio por la categoría de los derechos subjetivos.

Esos crecientes límites en interés de la sociedad tienen su justificación en el propio fundamento del derecho subjetivo (que nosotros ya hemos indicado más de una vez) y que De Castro descubre de la siguiente manera: «el poder (derecho subjetivo) significa un acto de confianza de la comunidad hacia el titular; el poder se entrega por y para algo, tiene su propio fin y ni siquiera en las legislaciones más liberales dejó de tener sus propios límites.

Se manifiesta: 1.º En una cierta obligación a su ejercicio; ... el sentido antisocial de su no uso puede determinar su extinción ...

2.º En una limitación a la libertad general de crear nuevos tipos de derechos subjetivos; la prohibición de ciertos pactos y la tendencia doctrinal en favor del *numerus clausus* tienen su raíz en la necesidad de excluir cualquier intento de implantar derechos con un fin social o moralmente injustificado.

3.º La prohibición del abuso en su ejercicio; ... la naturaleza y fin de los derechos subjetivos en la organización jurídica excluye su ilimitación» (89).

Pero todo ello es un intento de compaginar, hacer compatibles, los fines y libertades de la persona con los fines e intereses de la comunidad, sin que pueda tener por consecuencia negar el derecho subjetivo. No justifica ello el considerar ciertos derechos subjetivos como funciones (90) porque, como hemos visto, derecho subjetivo y función son cosas distintas (91) y ni siquiera los derechos subjetivos que contemplan «lo social» pueden ser considerados funciones, ya que éstas se ejercen en interés ajeno, mientras que el derecho subjetivo siempre en atención a fines e intereses

(87) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. y vol. cit., p. 406.

(88) Cfr. CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit., p. 133.

(89) DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, I, cit., p. 574.

(90) Así, v. gr., parece hacer GARCÍA AMIGO, ob. cit., pp. 249 y 250.

(91) V. nota 40.

propios aunque en su ejercicio se hagan presentes y se tengan en cuenta los intereses de la sociedad.

A fin de cuentas se trata de evitar, en esta materia, los excesos tanto de la concepción iusnaturalista clásica (al servicio, luego, de la ideología liberal-individualista) como del positivismo (sociológico o normativista) exacerbado (también utilizado ideológicamente). Como indica Frosini, para la primera el derecho subjetivo es un mito, para el segundo una metáfora. Y «mito o metáfora, el derecho subjetivo pierde su preciso contorno», en cualquier caso «huye el significado propiamente jurídico de la expresión» (92).

Para evitar estos extremos el derecho subjetivo ha ido cambiando, perdiendo la pátina que cobró con el liberal-individualismo, hasta poderse afirmar que el derecho subjetivo subsiste y es necesario pero que ha sufrido una transformación para recoger en su seno deberes, límites, que no alteran su núcleo esencial, pero que lo adaptan a las nuevas necesidades sociales (93).

(92) FROSINI, «Le trasformazioni sociali...», cit., pp. 114-115.

(93) Cfr. PÉREZ LUÑO, «Propiedad privada y herencia», comentario al artículo 33 de la Constitución Española, en *Comentarios a las Leyes Políticas*, dirigidos por O. ALZAGA, EDERSA, 1983, tomo III, pp. 422-424; y V. L. MONTÉS, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 91, 93, 194, 185-186, etc., en general la idea subyace en toda la obra.

Michel Foucault: El derecho y los juegos de la verdad

Por ANTONIO SERRANO GONZALEZ

Michel Foucault ha muerto en el hospital de la Salpêtrière, la antigua leprosería que a partir del siglo XVII recluye indistintamente a los mendigos y cabezas alienadas de París, en ese amplio gesto de «demarcación» del desorden que llevó a cabo la Monarquía Absoluta. Sobre esta institución, el mismo filósofo había escrito: «Soberanía casi absoluta, jurisdicción con apelación, derecho de ejecución contra el que nada puede hacerse valer, el Hospital General es un extraño poder que el rey establece entre la policía y la justicia, en los límites de la ley» (1). La cita, aunque aislada de su contexto, sirve para evocar ese *tercer orden de la represión* que supo desmenuzar Foucault y da pie para replantear desde una perspectiva jurídica un trabajo filosófico que se despliega con vocación de «combate por la historia» (2), y que, como en el caso de la cita, se ve obligado a utilizar una determinada retórica jurídica.

Escapando a la tentación de perfilar una biografía intelectual, lo que parece especialmente inadecuado en este caso (3), resulta del máximo interés llevar a cabo esta reflexión desde sus últimas obras, *L'usage des plaisirs* y *Le souci de soi* (4). No sólo porque en ellas, tras ocho años de silencio, se modifica casi completamente el esquema de trabajo anunciado en *La voluntad de saber*, sino porque además, en la misma maniobra que el filósofo realiza para

(1) *Historia de la locura en la época clásica*, T. I, Madrid, F.C.E., 1967 p. 82.

(2) La expresión no es desinteresada y hace referencia a la obra Lucien FEBVRE, *Combates por la historia*, Barcelona, Ariel, 1972. La deuda de Foucault con la escuela de los Annales es patente, empezando por esa propuesta de que el historiador sea un intelectual crítico, que descubra series y zócalos en el espesor histórico, sin permanecer por más tiempo «dans notre cabinet, volets clos, les rideaux tirés, en tête avec nos fiches» (Lucien FEBVRE, «Sur Einstein et sur l'histoire», *Annales E.S.C.*, Jul.-Sept. 1975, p. 311).

(3) «Non, non,... Je ne suis pas là où vous me guettez mais ici d'où je vous regarde en riant» (*L'Archéologie du savoir*, París, Gallimard, 1969, p. 26).

(4) *L'Usage des plaisirs*, París, Gallimard, 1984 y *Le souci de soi*, París, Gallimard, 1984 (Tomos II y III, respectivamente, de *L'Histoire de la sexualité*).

intentar «desprenderse de sí mismo» (5), se produce un refinamiento de su experiencia filosófica que permite delimitar con precisión el objetivo de toda su obra. A saber: ¿Es posible realizar una historia del pensamiento que no dé cuenta de la verdad de los saberes sino, precisamente, de cómo se han constituido? Más allá de una historia de las ideas o de las representaciones, ¿cabe emprender una historia social de las categorías de pensamiento, una historia de los *juegos* de la verdad?

Planteadas así las cosas, y con la ambición de invertir el esquema kantiano, resulta conocido que Foucault apostaba por un tipo de historia sin sujeto, que no lo instalase como una instancia ideal que explicase de antemano la formación y transformación de los saberes —aunque fuera a través de la vía socorrida de la ideología (6)—. Al contrario, se pretendía *historizar* al sujeto, dar cuenta de su aparición en virtud de una experiencia histórica que produce determinados efectos de verdad: ¿En virtud de qué prácticas el hombre se percibe y se piensa como loco, como enfermo, como criminal o como sujeto que habla y que desea? Resultando conocido todo lo que debe a Nietzsche este planteamiento (7), sí debe ponerse de relieve la voluntad transgresora de esta obra intelectual que, esforzándose por pensar históricamente el inconsciente de las ciencias, se ve obligada a situarse constantemente en el límite —justo allí donde se define históricamente lo pensable y se predetermina lo pasado (8)—, de tal suerte que esta forma de análisis histórico se quiere constituir en la única manera posible de filosofar «a martillazos» (9).

Para llevar a cabo esta tarea, y hasta llegar a esa depuración final que le ha permitido enfilear la cuestión de forma directa —estudiando la *problematización* del deseo de la Antigüedad (10)—

(5) *L'Usage des plaisirs*, cit. p. 14.

(6) *Ibidem*, p. 17.

(7) Ver Nietzsche, Freud, Marx, Barcelona, Anagrama, 1981, y, sobre todo, Nietzsche, *la genealogía, l'histoire en Hommage à Jean Hypolite*, Paris, P.U.F., 1971 (existe traducción en castellano en *Microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta, 1980, pp. 7-31. Muy sintéticamente, podría señalarse la utilización que hace Foucault de la gnoseología nietzscheana: a) del lado del sujeto, le sirve para hacer saltar por los aires esta instancia que asegura la veracidad del conocimiento, de tal manera que, rota la identidad teológica del Yo, la historia debe moverse en el ritmo de la discontinuidad, tratando a los discursos en su dispersión de acontecimientos. b) del lado del objeto, el acto de conocer no consiste en una relación pacífica de asimilación, sino de violencia y de dominación —«no hay conocimiento que no descansa en la injusticia»—: la interpretación se realiza, pues, violentamente, pues ya no se ejerce sobre una materia que pasivamente se ofrece a la luz, sino sobre otra interpretación que estaba allí antes.

(8) «El mundo será colocado bajo el signo de la finitud, en este hueco sin condición en el que reina la Ley, la dura ley del límite» (*El nacimiento de la clínica*, México, Siglo XXI, 1978, p. 242). Ver también Pierre BOURDIEU, *Leçon inaugural*, Paris, Collège de France, 1981.

(9) Ver Pierre BOURDIEU, *Leçon inaugural*, Paris, Collège de France, 1982, pp. 6-7.

(10) *L'usage des plaisirs*, cit. pp. 9-12, 32-36.

Foucault ha tenido que situarse en los campos de emergencia del saber más «contaminados» históricamente —la psiquiatría, la medicina clínica, las ciencias humanas— para poder realizar el contacto obligado entre la filosofía y la *no-filosofía* (11). En efecto, desprovistos del pasador de seguridad que nos otorga la noción de sujeto, no existe ya ninguna racionalidad simulada que garantice la continuidad del tiempo histórico: todo se convierte en acontecimiento, y la emergencia de los discursos puede estudiarse a partir de una red de prácticas que abarca técnicas jurídicas, códigos morales, racionalidades científicas y condiciones económicas (12).

Esta apuesta por una historia del saber, a la que ninguna consideración teleológica o idea de progreso convertiría en trascendental, supone que toda la apretada malla histórica de prácticas discursivas y no discursivas no puede ser estudiada desde un esquema causal o reducido al molde de la infraestructura-superestructura, y vendría por tanto a liberar al derecho de dos interpretaciones tradicionales: ni es el piloto de altura que domina en virtud de un engañoso efecto de superficie ni tampoco un siervo maniatado a los modos de producción. Más concretamente, y sirviéndonos del esquema metodológico contenido en *L'usage des plaisirs*, habría que estudiar su margen de actuación en los dos tipos de análisis que llevó a cabo Foucault:

1. *Los dominios del saber.*

«Quisiera saber —se interrogaba— si acaso uno está incapacitado para descubrir el sistema de regularidad, de limitación, que hace posible la ciencia, en algún otro lugar, incluso fuera de la mente humana: en las formas sociales, en las relaciones de producción, en las luchas de clases y así sucesivamente» (13). Para responder a este reto, libres de cualquier instancia que se convierta en motor de la historia, ausentes un origen y un fin, Foucault indica que hay que proceder *arqueológicamente*, es decir, considerando la historia como una hermenéutica de prácticas, estableciendo relaciones y estudiando las reglas de formación del discurso en su condición de acontecimiento. Todo enunciado —ese átomo del discurso— estaría ligado a un campo de emergencia, a unas leyes de posibilidad; a una región vacía en donde pueden instalarse diferentes actores o sujetos (y no a un trono ocupado por el *cogito*); a todo un dominio asociado constituido por el resto de los enunciados que se le asemejan; y también a un horizonte

(11) Sobre este juego de palabras, ver *El orden del discurso*, Barcelona, Tusquets, 1973.

(12) «Este tipo de historia, al estudiar las formaciones de los objetos, los campos en que éstos emergen y se especifican, al estudiar también las condiciones de los discursos, se encuentra con el análisis de las formaciones sociales» (*La arqueología del saber*, Madrid, Siglo XXI, p. 248).

(13) *La naturaleza humana: justicia contra poder*, en *La filosofía y los problemas actuales*, Madrid, Fundamentos, 1981, p. 174.

exterior formado por instituciones y prácticas no discursivas. Por tanto, el enunciado tiene un espesor material, y el nuevo arqueólogo ya no es el historiador de antes que, al manejar los documentos, hacía una labor interpretativa del discurso: tenía que partir del axioma de que «allí no está dicho todo» y para llegar a ese tesoro escondido debía suministrarle una buena ración de significados. El discurso vendría a estar afectado por una especie de pobreza esencial. Por el contrario, el arqueólogo no tendría por qué ser codicioso: en vez de buscar tesoros que contienen el oro falso de la teleología, intenta encontrar la propia «ley de pobreza» del discurso, cayendo en la cuenta de que está tratando con un bien escaso, limitado, objeto de apropiación y luchas políticas (14).

Desde una perspectiva epistemológica e historiográfica, ¿qué virtualidad ha tenido para el derecho este intento por abordar las condiciones de formación y transformación del saber, que no considera a los discursos como signos interpretables de algo más profundo, que nos lo coloca en el trayecto ascendente que conduce del error colectivo a la verdad descubierta, que no pone por detrás de ellos un sujeto creador, sea individual o colectivo, que reduciría la explicación a la taumaturgia del acto creador? (15). Se podría desdoblar el balance en dos aspectos:

1) Al margen de la mayor o menor finura epistemológica, parece indudable que el análisis histórico de Foucault ha sabido poner de manifiesto hasta qué punto el derecho —los discursos filosóficos, las teorías legales y los ordenamientos, pero también las prácticas jurídicas y las instituciones— constituye una red histórica de primera magnitud para explicar la emergencia de determinados saberes en occidente, como la psicopatología o la medicina. En su esfuerzo por liberar a las ideas de su sujeción trascendental —esa condición entre hueca y mágica de las nociones de «tradición», «precursor», «influencia», «evolución», «mentalidad»—, desplegándose entonces los discursos como un haz de relaciones, el derecho entra a formar parte en condiciones de igualdad del sistema de reglas que los constituyen. Como práctica discursiva en primer lugar, porque en este espacio disperso los enunciados jurídicos se encontrarían en la misma red que los propiamente filosóficos o científicos (16). Pero también como praxis jurídica, porque tanto unos como otros vendrían a ser inseparables de un conjunto de prácticas que se constituyen en su *a priori* histórico. Formadas por relaciones tendidas entre instituciones jurídicas,

(14) Ver *La arqueología del saber*, cit. pp. 169 y ss.

(15))Ibídem, pp. 233-235. Sobre esta negación del acto creador, ver su difícil ejercicio sobre la presencia súbita del lenguaje en *Raymond Rousell*, México, Siglo XXI, 1973, pp. 50 y ss.

(16) Ver *La arqueología del saber*, cit. pp. 153 y ss. Así, por ejemplo, la medicina clínica se constituiría a partir de «un conjunto de hipótesis sobre la vida y la muerte, de elecciones éticas, de decisiones terapéuticas, de reglamentos institucionales, de modelos de enseñanza» (Ibidem, p. 54). Ver también *El nacimiento de la clínica*, cit., pp. 42 y ss. y *La gubernamentalidad*, en *Espacios de poder*, Madrid, La Piqueta, 1981.

procesos económicos y sociales, técnicas y modos de comportamiento, lejos de coocarse en una mera yuxtaposición conforman un haz estratégico que frente al discurso funciona como una regla: le ofrece aquello de que hablar, las enunciaciones a utilizar, la táctica a seguir (17).

2) En la práctica, el modo en que Foucault ha puesto a funcionar el derecho en sus análisis sobre la aparición de la medicina clínica a la psicopatología (18), resulta un ejemplo estimulante para dar cuenta no sólo de la importancia del derecho a la hora de emprender una historia del inconsciente del saber —precisamente por tratarse de un sector de la realidad donde se leen con nitidez los registros del poder—, sino especialmente la riqueza metodológica de un tipo de hacer historia que, despegada de las tradicionales historias del «estado», las «libertades» o los «derechos», lo presenta como un conjunto móvil y activo de prácticas —discursos, normas e instituciones— sin el cual no pueden explicarse los juegos históricos de la verdad («Hallé —ha escrito E. P. Thompson, en su crítica de la rígida arquitectura althusseriana— que el derecho no se mantenía cortesmente en un nivel, sino que estaba en cada uno de esos malditos niveles») (19).

En efecto, este análisis histórico que eriza las discontinuidades y evita las invariantes —y entonces la historia no es nunca más utopía (20)— se enmarca dentro de esta línea historiográfica que ha intentado «complicar» la historia, apostando por una suerte de historia *general*, libre de toda metafísica. Ausente un principio material o espiritual de explicación (21), se puede hacer jugar a

(17) Ver *La arqueología del saber*, cit. p. 112. En pp. 70-72 se ejemplifica este dispositivo respecto a la formación de la psicopatía, que se elabora a partir de un conjunto de relaciones entre diversas instancias jurídicas —la responsabilidad penal, la competencia del juez, la prueba judicial y las normas penales— y médicas —aptitudes psicológicas, facultades del médico, cuestionarios y síntomas patológicos—. Ver, para todas estas cuestiones, la presentación global de la obra de Foucault contenida en Miguel MOREY, *Lectura de Foucault*, Madrid, Taurus, 1983.

(18) Ver *Historia de la locura*, T. II., cit., pp. 170 ss.

(19) E. P. THOMPSON, *Miseria de la teoría*, Barcelona, Crítica, 1981, p. 157. Sobre estas consecuencias metodológicas, resultan excelentes análisis los de Gilles DELEUZE, *Un nouvel archiviste*, Paris, Fata Morgana, 1982, y Paul VEYNE, *Comment on écrit l'histoire suivi de Foucault révolutionne l'histoire*, Paris, Seuil, 1978.

(20) Ver Paul VEYNE, *Comment on écrit...*, cit., pp. 211 y ss.

(21) Lo que bien entendido no significa que se pierdan de vista las fuerzas sociales y las condiciones de producción: «Se puede decir muy bien en líneas generales... que la economía política —estudiada precisamente en *Las palabras y las cosas*— desempeña un papel en la sociedad capitalista que sirve a los intereses de la clase burguesa, que ha sido hecha por ella y para ella, que lleva en fin el estigma de sus orígenes hasta en su arquitectura lógica; pero toda descripción más precisa de las relaciones entre la estructura lógica de la economía y su función ideológica deberá pasar por el análisis de la formación discursiva que ha dado lugar» (*La arqueología del saber*, cit., p. 312). Incluso Foucault ha llegado a decir que, «à la limite on pourrait se demander quelle différence il pourrait y avoir entre être historien et être marxiste» (*Les jeux du pouvoir*, en GRISONI (ed.), *Politiques de la philosophie*, Paris, Grasset, 1981, p. 173).

los enunciados médicos, las medidas administrativas, los reglamentos institucionales, los textos jurídicos y filosóficos, formando relaciones entre economía, lenguaje y derecho que permitan explicar la constitución de una *experiencia* (22). Más allá de la propia obra de Foucault, todo este instrumental metodológico permite avanzar en una línea de trabajo que no trate de hacer ni «historia de las ideas» ni tampoco «historia de las instituciones», sino que —siendo especialmente sensible a los pequeños dispositivos administrativos y judiciales (23)— intente llevar a cabo una historia social del propio saber jurídico, estudiando el conjunto de prácticas que hicieron posible la racionalización del derecho en forma de ciencia. Sin pensar en una especie de Estado o de ordenamiento que se suceden a sí mismos en a forma de ser pensados jurídicamente, ni tampoco limitándonos a una interpretación meramente ideológica de la ciencia del derecho, habría que estudiar a través de qué vías y en función de qué estrategias se produce en un momento histórico determinado la creación o transformación de una noción jurídica, un modelo interpretativo o una teoría (24). En un plano más específico, quedaría abierta la perspectiva de estudiar la importantísima función del derecho a la hora de llevar a cabo una *historia política de la verdad*: no sólo por el hecho político de que las instituciones crean discursos oficiales de verdad (25), sino también porque Foucault ha revelado la función capital de las normas procesales a la hora de producir técnicas de obtención de la verdad, que luego son traspasadas a las ciencias empíricas desde su matriz jurídico-política (26). En el fondo —y de la misma manera que Foucault lo ha espozado respecto a las nociones de «prevención especial», en el derecho penal (26), o de «responsabilidad objetiva», en el derecho civil y mercantil (27)—,

(22) *La arqueología del saber*, cit., pp. 15-16.

(23) «... de hecho, hubo siempre una cierta dificultad, una cierta ignorancia de la filosofía no respecto de la teoría del derecho —toda la filosofía occidental ha estado ligada a ella—, sino de la práctica del Derecho, de la práctica judicial» (*Microfísica del poder*, cit., p. 142).

(24) En el terreno de la historiografía jurídica, esta nueva perspectiva se va abriendo camino. A título solamente ejemplar, resultan de gran interés: Johannes-Michael SCHOLZ, *Historische Rechtshistorie. Reflexionen anhand französischer Historik*, en *Vorstudien zur Rechtshistorik*, Frankfurt/Main, Klostermann, 1977, 1-175. Antonio M. HESPANHA, *A História do Direito na História social*, Lisboa, Horizonte, 1978. Bartolomé CLAVERO, «Historia, ciencia y política del derecho», *Quaderni Fiorentini* 8 (1979) 5-58.

(25) «L'État, la police, l'administration ne fabriquent pas toujours du secret en confisquant la vérité; ils savent dissoudre le réel dans le documentaire» (*Une morte inacceptable*. Prólogo a B. CUAU, *L'Affaire Mirval ou comment le récit abolit le crime*, París, Presses d'Aujourd'hui, 1976, p. VIII).

(26) Ver *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1980 y *Vigilar y castigar*, Madrid, Siglo XXI, 1978. Sobre la confesión, ver también *La voluntad de saber*, T. I. *Historia de la sexualidad*, Madrid, Siglo XXI, 1978, pp. 75-98.

(27) Ver, especialmente, *About the concept of the «Dangerous Individual in 19 th. Century Legal Psychiatry*, en *Proceedings on International Symposium held at the Clarke Institute of Psychiatry*, New York, Pergamin, 1978, pp. 1-29.

se trataría de abordar a la ciencia del derecho desde su genealogía, mostrando su papel específico como instancia de sujeción, como técnica de *contrainte*, como sistema de reglas y valores que «trabaja» en la constitución del sujeto.

2. Los tipos de normatividad.

Llámesese «arqueología» o «genealogía», el análisis de las relaciones de poder en las sociedades modernas que Foucault emprende en los años setenta constituye otro capítulo más de esa historia de los juegos históricos de la verdad. Si en *Historia de la locura*, *El nacimiento de la clínica* y *Las palabras y las cosas* son analizados fundamentalmente en su misma relación con los discursos del saber —especialmente en la última de estas obras—, se produce a continuación un desplazamiento en el objeto a considerar: ¿Cómo se articulan las relaciones de poder? ¿Cómo se constituyen y con puestos a funcionar todos esos conjuntos de reglas y de normas que se vinculan a instituciones jurídicas, religiosas, pedagógicas o médicas? Foucault intentará dar respuesta a estas preguntas mediante el estudio de las *prácticas punitivas* que, respondiendo en especial a un *modelo disciplinario*, concurren en la constitución de un tipo muy determinado de sujeto: el *delincuente* o el criminal. Para ello, empieza por estudiar en *Vigilar y castigar* aquel «único lugar en el que el poder se puede manifestar de forma desnuda» (28), la prisión, haciendo una lectura estratégica tanto de sus éxitos como de sus fracasos como forma de castigo. Esta postura metodológica requería: a) estudiar su transformación —es decir, sus condiciones históricas de posibilidad— sin acudir al tipo usual de interpretación ideal que vincula el cambio en las reformas penales con el progreso y el humanitarismo; b) paralelamente, no sólo en cuanto reglas de derecho sino de modo especial en cuanto técnicas de poder situadas dentro de una táctica política; c) no sólo en su estricta función represiva, sino en cuanto susceptible de producir efectos positivos (de división social, de creación de formas de delincuencia, de legitimación de instancias policiales, etc...) (29). Con estos presupuestos, se lleva adelante el estudio —que no se va a resumir aquí—, pero que convence al autor sobre la manera adecuada de afrontar el problema de las relaciones de poder: «El caso de la penalidad me convenció de que el análisis no debe hacerse en términos de derecho precisamente, sino en términos de tecnología, en términos de táctica y estrategia» (30). Esta declaración tajante sobre la insuficiencia del modelo jurídico debe ser matizada en un doble sentido:

(28) *Microfísica del poder*, p. 81.

(29) Ver *Vigilar y castigar*, cit., pp. 30 y ss. y *La poussière et le nuage*, en *L'Impossible prison. Recherches sur le système pénitentiaire au XIX^e siècle réunis par Michelle Pierrot, Débat avec Michel Foucault*, París, Seuil, 1980.

(30) *Microfísica del poder*, cit., p. 54.

A) Insuficiencia como lugar de residencia del poder («*el reino del no derecho*»).—Seguramente debería decirse que el mayor mérito y originalidad de la obra de Foucault consiste en haberse situado en las zonas fronterizas del derecho, en un *más acá* inexplorado, que se encuentra al mismo tiempo dentro y fuera de los discursos e instituciones jurídicas. Se ha situado en el límite y, con espíritu de *danseur de corde*, ha recorrido los intersticios de los aparatos estatales perfilando un terreno histórico que no era hasta entonces pertinente, ni política ni epistemológicamente. Sin quedar deslumbrado por el resplandor de la ley, ha sabido analizar en términos de estrategia —es decir, de funcionalidad— las zonas de sombra de las sociedades contemporáneas: «Nuestras sociedades y los poderes que en ellas se ejercen están situados bajo el signo visible de la ley. Pero de hecho, los mecanismos más numerosos, más eficaces y más incisivos funcionan en los intersticios de las leyes, según modalidades heterogéneas al derecho y en función de objetivos que no son el respeto a la legalidad, sino la regularidad y el orden. Se ha establecido todo un régimen de no derecho con efectos de desresponsabilización, de puesta en tutela, y de mantenimiento en minoría» (31). En efecto, el método arqueológico le ha permitido abordar con la suficiente desenvoltura un problema que sólo en la superficie aparece como técnico-jurídico —la reforma del derecho penitenciario y la tipificación de los fines de la pena—, para pensar estratégicamente el fracaso de la prisión como lugar de corrección y método de rehabilitación. A partir de aquí, se va descendiendo en el espesor histórico hasta descubrir este plano capilar de la realidad, formado por dispositivos disciplinarios, técnicas de vigilancia y adiestramiento y procesos de individualización de los elementos del cuerpo social, que constituyen en el límite una especie de *continuo carcelario*, que atraviesa el derecho con efectos de expansión y rarefacción. Todo este conjunto de técnicas se ejercerían microscópicamente, fabricando una auténtica ortopedia social que habría crecido ininterrumpidamente desde el siglo XVII, e impregnarían las instituciones de un tipo de poder silencioso y poco espectacular. De esta forma, y no sin una cierta dificultad que le obliga a acudir en ocasiones a la retórica (32), frente a la noción de ley —norma jurídica— y por debajo de las libertades formales o políticas, discurriría otro modelo más sutil de norma —la disciplina—. Muy sintéticamente, la distinción entre ambas se establecería de la siguiente manera:

(31) Presentación de Robert CASTEL, *El orden psiquiátrico. La edad de oro del alienismo*, Madrid, La Piqueta, 1980, p. 11.

(32) Reconocida con lucidez por el propio filósofo, diez años después: «*Ce qui m'a gêné dans les livres précédents, c'est d'avoir considéré les deux premières expériences —la verdad, el poder— sans tenir compte de la troisième —la conducta individual—. En faisant apparaître cette dernière expérience, il m'a semblé qu'il y avait là une sorte de droit fil qui n'avait pas besoin pour se justifier de recourir à des méthodes légèrement rhétoriques par lesquelles on esquivaient l'un des trois domaines fondamentaux de l'expérience*» (*Les Nouvelles*, 28.6-5.7.1984).

a) Frente a la *abstracción* de la ley, las disciplinas se sitúan siempre en un nivel empírico y se vinculan necesariamente a un *espacio*, preciso y determinado, sin el cual no pueden ejercerse. «Se trata de establecer las presencias y las ausencias, de saber dónde y cómo encontrar a los individuos..., poder a cada instante vigilar la conducta de cada cual, apreciarla, sancionarla, medir las cualidades y los méritos. Procedimiento, pues, para conocer, para dominar y para utilizar. La disciplina organiza un espacio analítico» (33).

b) Frente a su *generalidad*, los mecanismos disciplinarios operan mediante la clasificación y distribución, porque su estrategia normalizadora pasa precisamente por la *individualización* de los distintos grupos sociales: «el niño está más individualizado que el adulto, el enfermo más que el hombre sano, el loco y el delincuente más que el normal y el no-delincuente» (34). Se vinculan pues a una economía de las conductas.

c) Frente a su *publicidad*, las disciplinas son silenciosas, actúan como una maquinaria anónima, vigilante y persistente, que utiliza el poder incorpóreo de la *mirada*: «un arte oscuro de la luz y de lo visible ha preparado en sordina un saber nuevo sobre el hombre, a través de las técnicas para sojuzgarlo y los procedimientos para utilizarlo» (35).

d) Frente a su carácter *represivo*, las disciplinas se sitúan en un plano inferior, subsidiario —la «infrapenalidad»—, calificando y adiestrando todo un conjunto de conductas que escapan a la atención del legislador y la administración de justicia. Sin embargo, su función principal no es la de constituirse en una penalidad de segundo orden, que vendría a completar a la justicia allí donde ésta no puede llegar: no actúan mediante la aplicación de una pena, sino que su funcionamiento es inherente al propio procedimiento de adiestramiento y sujeción de los individuos. La diferencia, por tanto, entre sanción penal y medida disciplinaria sería cualitativa, porque ésta se agota en su propio carácter de distribución y clasificación. No reprime, *normaliza*. «La penalidad perfecta que atraviesa todos los puntos y controla todos los instantes de las

(33) Todo este esquema responde a la crítica del Panóptico. Ver *Vigilar y castigar*, cit., pp. 206 y ss. y *El ojo del poder*, en J. BENTHAM, *El Panóptico*, Madrid, La Piqueta, 1980. En la misma línea de Foucault, aunque con final pesimista, Lucio D'ALESSANDRO, *Utilitarismo morale e scien a della legislazione. Studio su J. Bentham*, Napoli, Guida, 1981. Un estudio reciente, de gran interés, es el de Charles E. BAHMUELLER, *The National Charity Compan. Jeremy Bentham's Silent Revolution*, Berkeley/Los Angeles/London, Univ. California Press, 1982. Como ejemplo más solvente de la postura contraria, ver H. L. A. HART, *Bentham on Legal Rights*, en *Oxford Essays in Jurisprudence*. Second Series. Oxford, Oxford Univ. Press, 1973, pp. 171-202 y *Bentham, Lecture on a master mind*, en *More Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Blackwell, 1971, pp. 18-43.

(34) *Vigilar y castigar*, cit., p. 182. Ver también BOVE, P., *The End of Humanism. Michel Foucault and the power of Disciplines*, en *Humanities in Society*, 1981.

(35) *Vigilar y castigar*, cit., p. 32.

instituciones disciplinarias, compara, diferencia, jerarquiza, homogeneiza, excluye» (36).

El rescate y el análisis de todo este conjunto de técnicas fronterizas con el derecho, que permiten que el poder circule a través de todo el espacio disciplinario, viene a suponer, al mismo tiempo, la constatación de la importancia política de los sistemas penales como factor activo de división social —«no quiero decir que el sistema penal ha introducido las contradicciones fundamentales, pero me opongo a la idea de que el sistema penal sea una simple superestructura» (37)— y la comprobación de su propia insuficiencia como lugar de residencia del poder. Tal contradicción resulta sólo aparente dentro de la lógica de este análisis, pues, al margen de la evidente importancia «genealógica» de las prácticas penales, la justicia tendría hoy vocación de castigar «sistemáticamente» —al estar también atravesada por el modelo disciplinario—, y entonces su misma configuración jurídica cumple la función ideológica de ocultar esta vocación —por un lado— y la acción silenciosa de las disciplinas —por otro— (38).

Por otra parte, este esquema que enfrenta al modelo jurídico —la ley, negativa, pobre en virtud de su propia ostentación— y el modelo estratégico o disciplinario —la norma, positiva, gestora de conductas, rica por su propia pobreza— se correspondería con la consideración de las ciencias del hombre como virtuales agentes de dominación (39). Sus discursos y aparatos habrían hecho nacer al propio sujeto, dotándole de un contenido limitado y empírico —la «esclavitud antropológica» (40)—, al tiempo que lo tutelan mediante una batería de prescripciones sobre las conductas y los cuerpos. Al lado del derecho, e infiltrándose también en él —como en el caso de la criminología—, se alinearía esta forma de tiranía técnica que a cada momento traza la línea que separa lo normal de lo patológico, lo verdadero de lo falso. Más aún, después de los conflictos provocados por las crisis de crecimiento de las ciencias humanas, los dos sectores —derecho y medicina, especialmente— formarían parte de una estrategia general, auxiliándose mutuamente y en una especie de simbiosis ajustada al cuerpo social (4), lo que se diferencia claramente de esa corriente antipsiquiátrica que en el ámbito anglosajón viene a defender la primacía del Estado «justo» sobre el Estado «terapéutico» y que termina

(36) *Ibidem*, p. 188.

(37) *Microfísica del poder*, cit., pp. 62-63.

(38) «Il est essentiel pour nous de croire que la machine pénale ne fonctionne que de loin, déclanchée chaque fois par un incroyable concours de circonstances» (Prólogo a Serge LIVROZET, *De la prison à la révolte. Essai-témoignage*, París, Mercure de France, 1973, p. 11).

(39) Ver *Vigilar y castigar*, cit., pp. 102 y ss., *Historia de la locura*, T. II, cit., pp. 87 y ss. y *Table ronde sur l'expertise juridique*, en ACTES. *Cahiers d'action juridique*, París, Maspero, 1978, pp. 214-215.

(40) Ver *Las palabras y las cosas*, Madrid, Siglo XXI, 1968.

(41) Ver *Table ronde sur l'expertise psychiatrique*, cit., p. 215 y *Vigilar y castigar*, cit., pp. 208 y ss.

en muchos casos haciendo la apología del liberalismo más tradicional.

B) Insuficiencia como modelo de explicación («*el poder sin rey*»).—Tal conclusión se desprende directamente de esta descripción fisiológica sobre los circuitos del poder. Posteriormente, en *La voluntad de saber*, al plantear como hipótesis de trabajo el hecho de que en occidente no se ha desactivado la carga transgresora del deseo a través de la represión legal sino, paradójicamente, mediante su puesta en discurso —en esa sutil combinación entre *scientia sexualis* y *ars erotica*— (43), se realiza una reflexión sobre las técnicas de confesión en las prácticas judiciales, las pastorales cristianas y el psicoanálisis que estiliza al máximo esta concepción desjuridizada de las relaciones de poder. Muy brevemente, al denunciar que en virtud de tales técnicas el lugar secreto y nocturno de nuestro sexo se ha constituido en el lugar donde habita nuestra «verdad» —convirtiéndonos en sujetos de deseo y obligándonos al lento y difícil ejercicio de la confidencia— resultaba más evidente que nunca que el funcionamiento del poder tenía que dejar de ser visto como un mecanismo que excluye, reprime, rechaza o prohíbe. En esa confesión espontánea de lo que uno ha hecho, pensado, deseado u olvidado, se plasmaría el nivel más refinado de un poder que produce realidad y efectos de verdad. El modelo jurídico llegaba a ser entonces completamente inservible como criterio de explicación: a) De un lado, porque la tradición filosófica occidental habría pensado siempre el poder en términos de su legitimación, dentro de un esquema estático y vertical que relaciona el concepto de la soberanía con la obligación de obedecer, cuando se tendría que proceder desde el plano horizontal y dinámico de los dispositivos materiales, las estrategias locales, las técnicas concretas de dominación. Por tanto, este tipo de reflexión tradicional cumpliría una función ideológica, al no permitir descubrir el panorama general por estar enteramente «centrado en el rey» (44).

(42) Ver, como el más cualificado exponente de la teoría del «Estado terapéutico» —que sustituiría las penas fijadas en el código por una terapia administrada técnicamente por los psiquiatras— a Karl MENNINGER, *Verdict Guilty. Now what?*, en *Harper's Magazine*, Ag. 1979, 60-64. (Existe traducción alemana en HÖRSTER, Norbert (ed.), *Recht und Moral Texte ur Rechts-philosophie*, München, Dtv, 1979, pp. 195-202). En la línea contraria, defendiendo el principio de seguridad jurídica, ver D. N. ROBINSON, *Psychologie and Law. Can Justice survive the social sciences?*, New York, Oxford Univ. Press, 1980 y W. J. WINSLADE, *Psychoterapeutic discretion and judicial decision: A case of enigmatic justice*, en *Law-Medicine relation: a philosophical exploration*, Dordrecht, Reidel, 1981, pp. 139-159). Sin embargo, la postura antipsiquiátrica más combatiente es la de Thoms SZASZ (*Recht, Freiheit und Psychiatrie*, Wien, Europaverlag, 1978). Pero aunque VENTURA se ha referido a «*i deliranti proclamati psico-politici di Foucault e Szasz*», («*Malattia mentale, società e norma*», en RIFD LIII (1976), 383-414), la crítica de este autor norteamericano termina en la defensa de los planteamientos más puros del Estado liberal (Ver, sobre todo, *La justicia en el estado terapéutico*, en *La teología de la medicina*, Barcelona, Tusques, 1981, pp. 179-198).

(43) Ver *La voluntad de saber*, cit., pp. 65-93.

(44) *Ibidem*, pp. 414 y ss. y *Vigilar y castigar*, cit., pp. 31-34.

b) Por otra parte, el discurso jurídico tendería a poner siempre en relación al Estado o el legislador con el ciudadano o destinatario de las normas, cuando el poder, para Foucault, ni se posee ni se adquiere: se ejerce a partir de innumerables puntos en un juego de relaciones múltiples.

Como crítica, y argumentando con el mismo sano sentido práctico que requiere toda estrategia, podría decirse, en primer lugar, que todo este análisis sobre el modo más apropiado de *pensar* el poder ha servido para poner de manifiesto la importancia de dos planos normativos —la ley y la norma, el derecho y la disciplina, el castigo y la vigilancia— que se relacionarían, en el duro juego del saber y el poder, de una forma complementaria: de abajo a arriba, las disciplinas ajustan esa dominación abstracta a través del derecho mediante una acción normalizadora que homogeneiza por la diferencia, la distribución, la clasificación y la especialización, al tiempo que se infiltra en las propias prácticas jurídicas haciéndolas más operativas; de arriba a abajo, las normas jurídicas establecerían un sistema de igualdad formal, que funciona ideológicamente como una pantalla que oculta la circulación del poder por todos los filtros sociales (45). Sin embargo, un análisis crítico del derecho y sus funciones debe ir más allá de esta constatación, por que en este punto el esquema servido por Foucault se monta sobre una zona reducida del edificio jurídico. En efecto y a la postre, el derecho es considerado como un instrumento esencialmente represivo, frente a unas técnicas disciplinarias creadoras y enormemente eficaces. La ley que se pone en tela de juicio es, por excelencia, la ley penal, y se describe estratégicamente en función de sus virtualidades como término de comparación respecto a todos esos procedimientos de normalización. Incluso cuando se le pone a «trabajar» como gestora de diferentes ilegalismos o formas de delincuencia (46), el derecho simplemente aporta una suerte de complicidad tácita, pasiva, en la praxis, en ese terreno ya disciplinario de la actividad policial. La norma jurídica, en el esquema descrito, no contiene promesas, ni establece diferencias, ni atribuye consecuencias favorables a los comportamientos deseados.

Por esta razón, una actividad crítica que quiera aprovechar las enormes perspectivas metodológicas abiertas por esta obra filosófica —esa obra de «salubridad» que dijera Barthes— (47) debería, tras asumir la dosis de realidad que implica saber que el poder ni es simulacro ni se incardina exclusivamente en los aparatos estatales, remontar el vuelo hacia los planteamientos de fondo, intentando situarse en esa zona fronteriza, allí donde han emergido las

(45) *Ibidem*, p. 189.

(46) *Ibidem*, pp. 260 y ss. Ver también Pierrette PONCELA, «Le droit pénal: au nom de la loi ou malgré la loi», *Archives de philosophie du droit* 25 (1980), 29-47.

(47) Ver Roland BARTHES, *Por ambas partes*, en *Ensayos críticos*, Barcelona, Seix Barral, 1977.

grandes construcciones doctrinales, en ese «impensado» de los discursos jurídicos, que permitiría, desmontando sus estrategias, desvelar los juegos de la verdad jurídica, dotándole de una historia.

Así, utilizando un ejemplo que viene a cuento, resulta ciertamente saludable escuchar por boca del filósofo que sólo ha podido encontrar esas voces tan buscadas de «la soberanía nacional» y la «voluntad popular» al contemplar a las masas iraníes manifestándose contra su Sha, en una acción física que sería al mismo tiempo un acto de derecho público (48). Pero sin duda resulta todavía más conveniente rastrear el juego histórico de estas palabras, exponer su genealogía, analizar sus tensiones, las instancias en las que aparecen, las instituciones con las que se relacionan, las formas y contradicciones que adoptan. Hacer pues, pacientemente, esa historia del detalle jurídico, de los pequeños movimientos, de los desplazamientos de las palabras, del orden del discurso.

(48) *L'esprit d'un monde sans esprit*, en P. BLANCHET/C. BRIERE, *Iran: la révolution au nom de Dieu*, París, Seuil, 1979, pp. 232 y ss.

III
IN MEMORIAM

Semblanza del Prof. D. Agustín de Asís Garrote

Por JOSE DELGADO PINTO

Salamanca

Agustín de Asís presidía la Junta Directiva de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social cuando ésta planeaba los pasos a seguir para la reaparición de esta revista. Sin embargo, no pudo ver la aparición de este primer número. El 7 del pasado mes de agosto fallecía de forma inesperada y la noticia de su muerte nos producía, a sus discípulos y a sus innumerables amigos, un hondo y vivo sentimiento de tristeza y estupor.

Se me ha encargado que redacte unos folios destinados a su recuerdo. Con toda seguridad cualquier otro de sus discípulos o amigos hubiera cumplido mejor este cometido. Yo lo acepto, en todo caso, como un honor, aunque se trate de uno de esos honores con los que jamás hubiera querido ser distinguido. Creo que el mejor modo de recordar aquí a Agustín de Asís es intentar trazar su semblanza como profesor de filosofía del derecho: no hacer un estudio sobre su obra, no es el momento ni la circunstancia, sino tan sólo esbozar los rasgos generales que nos permitan comprender su quehacer como profesor de nuestra disciplina.

La clave gracias a la cual ese quehacer múltiple y polifacético cobra un sentido coherente se encuentra en la interacción de los dos factores que principalmente condicionan toda biografía: de un lado, la circunstancia histórica concreta; de otro, las cualidades individuales, el conjunto de aptitudes, de virtudes intelectuales y morales de la persona. El primero marca ciertos límites al quehacer intelectual del sujeto individual, pues nadie puede evadirse de la condición de ser hijo de su tiempo. Pero esos límites dejan siempre una cierta holgura, delinear un horizonte dentro del que son posibles caminos diversos, dependiendo ya del factor personal el que sea uno u otro el recorrido.

En nuestro caso la circunstancia histórica posee un alcance cronológico bien determinado, pues la actividad de Agustín de Asís como filósofo del derecho se desarrolló a lo largo de una treintena de años, entre los primeros de la década de los cincuenta y los primeros también de la de los ochenta; de ellos hay que señalar como decisivos los años cincuenta, los años de formación. Se trata de un momento en que la filosofía del derecho en España tiene un perfil muy preciso. Pues, con muy contadas excepciones que corresponden a personas que accedieron a sus cátedras antes de la guerra civil, sus cultivadores profesan un yusnaturalismo neoescolástico, escolar y no

polémico, con escasa apertura a las corrientes filosófico-jurídicas foráneas. Un yusnaturalismo que sólo comienza a someterse a crítica y autocrítica en torno al comienzo de los años sesenta. Puede decirse que los filósofos del derecho cuya formación tuvo lugar en la postguerra, en los años cuarenta y cincuenta, constituyen una generación puente. Formados en el antedicho yusnaturalismo, su destino intelectual hubo de consistir en afrontar el embate de las corrientes contemporáneas de pensamiento que desde entonces penetraron en nuestro país de forma cada vez más abierta y generalizada. Unos se han mantenido fieles a aquel yusnaturalismo, depurándolo en polémica con las teorías adversas. Otros, sin renunciar a la convicción fundamental que subyace a las distintas teorías yusnaturalistas, han procurado reformularla en consonancia con la filosofía contemporánea. Otros, finalmente, han abandonado del todo la idea del derecho natural.

Agustín de Asís pertenece de lleno a esa generación. Formado inicialmente en el yusnaturalismo neoescolástico, mantuvo siempre los postulados básicos de esta teoría ético-jurídica. Sin embargo, al calor de la confrontación con otros modos de pensamiento, su gran inteligencia, aguda y crítica, le condujo al empeño de formularlos en un lenguaje nuevo a partir de un conocimiento profundo de las fuentes clásicas desde Aristóteles a Suárez. Poseía, además en alto grado, el don divino del entusiasmo, arraigado en una vitalidad desbordante y contagiosa. Y creo que sólo en virtud de ese rasgo de su personalidad puede explicarse la cuantía de sus empresas en proporción al tiempo de que dispuso. Era, por último, un hombre tolerante, un hombre de encuentro y de concordia; ejercitaba esa tolerancia casi natural que mana de la conjunción de la inteligencia con la bondad. Gracias a ese talante pudo actuar en numerosas ocasiones y circunstancias como puente de encuentro de unos con otros durante un período en que las relaciones entre los componentes del gremio de los filósofos del derecho fueron más encrespadas que pacíficas.

Agustín de Asís nació el 17 de diciembre de 1930 en un pueblo de la provincia de Zamora, El Cubo de la Tierra del Vino. Su padre era Catedrático de Latín del Instituto de Enseñanza Media de Zamora y su madre Maestra Nacional. El mismo reconoció en múltiples ocasiones que el ambiente familiar en que transcurrieron su infancia y su adolescencia influyó decisivamente en su ulterior dedicación a la docencia y a la investigación; una prueba de esto es el hecho de que obtuviera el título de Maestro Nacional en 1948, cuando todavía hacía la carrera de Derecho. Los estudios de Bachillerato y de Licenciatura en Derecho los cursó, con gran brillantez, en Salamanca. En la Facultad tuvo como profesor de Derecho Natural y Filosofía del Derecho a don Francisco Elías de Tejada, quien ejerció sobre él una profunda influencia hasta el punto de que recién terminada la Licenciatura le sigue a Sevilla para dedicarse a nuestra disciplina. Fue su maestro y siempre mantuvo hacia él un hondo y sincero afecto, incluso cuando, en época muy posterior, por diversos motivos, se distanciaron públicamente.

Es fundamentalmente en Sevilla donde transcurren los años decisivos de formación, de preparación para la cátedra. De su Facultad de Derecho fue Ayudante de Clases Prácticas y luego Profesor Adjunto, por oposición, de

Derecho Político y Filosofía del Derecho. También fue becario y colaborador contratado del Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Sin embargo, su tesis doctoral la presentó en la Universidad de Madrid, defendiéndola a finales de 1953; versó sobre «Ideas sociopolíticas de Alonso Polo (El Tostado)», siendo publicada luego como un libro en 1955.

Pensionado por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas amplió estudios durante el curso 1954-55 en el Instituto Superior de Filosofía de la Universidad Católica de Lovaina, donde trabajó con varios profesores, entre ellos J. Leclercq. El segundo semestre de 1955 lo pasa en Colonia conociendo directamente las últimas manifestaciones del pensamiento filosófico-jurídico alemán, bajo la dirección de E. von Hippel, a cuya vida y obra dedicaría luego un trabajo ya en su etapa granadina: «Introducción al pensamiento jurídico y político de Ernst von Hippel», estudio introductorio a la traducción de «Historia de la Filosofía Política», de E. von Hippel, Madrid, «IEP», 1962, I, pp. XVII-LXIII.

Vuelto a Sevilla se hace cargo durante diversos períodos de las clases de Derecho Natural y Filosofía del Derecho lo que armoniza con otras tareas: investigación y preparación de las oposiciones, conferencias, participación en cursos de verano, etc. Este período termina finalmente cuando en abril de 1957 obtiene por oposición la cátedra de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada.

Es asombrosa la actividad desplegada por Agustín de Asís en estos pocos años. Pues, además de la docencia y la investigación propias de quien se prepara para optar a una cátedra universitaria, participó en diversas actividades y empresas culturales radicadas en Sevilla. No voy a hacer aquí una reseña de todos estos trabajos y actividades; me limitaré a aludir brevemente a sus principales publicaciones.

En algunas de ellas se hace patente la influencia de su maestro ya en la elección de la temática. Así, en el libro «Bartolomé Herrera, pensador político», Sevilla, 1954, que contiene un estudio cuidadoso de la obra de B. Herrera, uno de los más importantes pensadores peruanos de la primera mitad del siglo XIX. Por cierto que Agustín de Asís dedicó otros varios estudios al pensamiento hispanoamericano; entre ellos el titulado «La filosofía del derecho en Hispanoamérica» (en «Revista de Estudios Americanos», núm. 44, Sevilla, 1955, 467-476), en el que hace importantes precisiones a los trabajos de J. L. Kunz sobre la filosofía del derecho en Latinoamérica durante el siglo XX. La influencia antes citada se manifiesta también en el libro que recoge su tesis doctoral, «Ideas sociopolíticas de Alonso Polo (El Tostado)», Sevilla, 1955, que se presenta como el primero de una serie de estudios, proyectada por el profesor Elías de Tejada, sobre los teóricos que en el siglo XV introdujeron a Aristóteles en la Universidad de Salamanca, en una línea que culminaría con Pedro Martínez de Osma y Fernando Roa, y que influiría en F. de Vitoria.

Un trabajo en el que se pone ya de relieve un rasgo peculiar del modo como entendía Agustín de Asís el estudio de la filosofía del derecho es «Algunos caracteres del saber filosófico-jurídico en Grecia», Sevilla, 1956 (publicado inicialmente en «Anales de la Universidad Hispalense», XVI, 1955), que cons-

tituye un estudio sobre la filosofía del derecho griega desde el período mitológico con Homero y Hesíodo hasta Aristóteles. Prescindiendo de la mayor o menor originalidad de la interpretación que se ofrece de distintos momentos del pensamiento griego, se muestra aquí no sólo una buena información en cuanto a los principales estudios sobre el tema tratado, sino sobre todo un conocimiento directo y profundo de las fuentes griegas. El rasgo a que me refería no es otro sino la importancia que siempre concedió a la lectura y conocimiento de las principales obras de los «clásicos» de la filosofía jurídica y política. Los que fuimos sus discípulos recordamos siempre, con gratitud retrospectiva, la serie de «lecturas» que nos proponía, mejor nos imponía, desde el principio. Era uno de los escasos puntos en que se mostraba intransigente. Pero no era esto signo de un «clasicismo» nostálgico vuelto por sistema hacia el pasado e ignorante del pensamiento contemporáneo. La mejor prueba de que el conocimiento de los clásicos se completaba con un vigilante «estar al día» de las últimas novedades en filosofía del derecho la constituye su publicación de ese mismo año, «Notas sobre el sentido actual de la Filosofía del Derecho» (en «AFD», IV, 1956, 311-336)), en la que toma posición ante algunas de las principales corrientes filosófico-jurídicas de la época. Lo destacable es que, con este trabajo, fue uno de los primeros que en nuestro país expuso y valoró críticamente el pensamiento de autores como H. Coing, W. Maihofer, E. Fechner, etc.

Finalmente, hay otras dos publicaciones de esta etapa que considero deben ser mencionadas. La primera, «Economía y Derecho» (en «Rev. Grañ. de L. y Jurisprudencia», febrero de 1957), consiste en lo esencial en una reseña de las principales aportaciones doctrinales que, tomando como punto de referencia la obra de K. Marx, se habían producido en el ámbito germánico y, sobre todo, en la filosofía jurídica italiana, sobre el tema polémico de las relaciones entre lo económico, por un lado, y lo jurídico y lo ético, por otro. En la segunda, «Filosofía del Derecho y Derecho Natural» (en «Revista Brasileira de Filosofía», VII/4, 1957, 379-392), esboza su posición ante un tema clave de la «Memoria» exigida en las oposiciones a cátedra y que después trataría más por extenso en su «Manual»: el de la peculiaridad de la filosofía del derecho como modo de conocimiento jurídico y el puesto que histórica y sistemáticamente debe atribuirse al derecho natural.

Agustín de Asís fue catedrático de la Universidad de Granada desde la primavera de 1957 hasta finales de 1966 en que por concurso de traslado pasó a la de Valladolid, aunque hay que hacer notar que ya a comienzos de 1965 obtuvo la excedencia para desempeñar su primer cargo político. Durante algún tiempo fue también Secretario General de la Universidad. Esta etapa granadina es su etapa más fructífera como profesor de filosofía del derecho, aquella en la que dejó más honda huella en nuestra disciplina. En esos cortos siete años y medio desplegó una intensa actividad proyectada en diversos planos, de la que aquí mencionaré tan sólo algunas de sus manifestaciones principales.

Está, en primer lugar, su actividad docente. A este propósito es de justicia reconocer que renovó completamente la enseñanza de la disciplina, desde largos años abandonada en la Facultad de Derecho granadina. No sólo per-

feccionó las llamadas clases teóricas, sino que, además, emprendió modalidades didácticas inusuales en aquel tiempo y que sólo muy pocos profesores más de la Facultad practicaban en parte. Me refiero, por ejemplo, a los seminarios que organizó con los alumnos y los primeros colaboradores. Para hacer posible un trabajo de esta índole, en el que se intentaba integrar docencia e investigación, hubo de empeñarse en la tarea de constituir una biblioteca de Derecho Natural y Filosofía del Derecho, para la que a la sazón ni siquiera se disponía de espacio físico. Sólo quienes hemos sido testigos de ello sabemos cuánto de la actualmente espléndida biblioteca del Departamento de Filosofía del Derecho, de Granada, se debe a su esfuerzo personal.

Un aspecto decisivo de la labor docente de Agustín de Asís se centró en la formación de nuevos profesores. Desde el principio atrajo a bastantes recién licenciados y alumnos de los últimos cursos que se dedicaron a la filosofía del derecho. Para no olvidar a algunos de los que comenzaron a trabajar con él pero después no pudieron continuar, o que a su marcha de Granada prosiguieron con otros profesores, me limito a citar aquí a los tres que sin ninguna duda nos consideramos discípulos suyos: el que esto escribe que, cuando el profesor de Asís se incorporó a Granada acababa de defender su tesis doctoral; Francisco Puy, que, ya bajo su dirección, la realizó sobre la filosofía del Derecho en España de 1700 a 1760; y Nicolás M.^a López Calera, que la hizo sobre Joaquín Costa. A través de las tesis doctorales que dirigió y de otros trabajos que fomentó, Agustín de Asís fue de los primeros en impulsar los estudios sobre la historia del pensamiento jurídico español, en especial del siglo XIX, y así se le reconoció en la dedicatoria del núm. 11/2, 1971, de los «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», dedicado monográficamente al tema «Pensamiento jurídico español del siglo XIX». Los que tuvimos la suerte de ser sus discípulos podemos testimoniar en qué alto grado destacaban las virtudes más arriba aludidas al ejercitar esta difícil forma del magisterio: su inteligencia y preparación al suscitar temas de investigación; su contagioso optimismo y capacidad de infundir aliento; finalmente, su espíritu abierto, que ya entonces se manifestaba en su exquisito respeto ante las convicciones discordantes, sin abdicar de las propias, aunque sin imponerlas, pero que se puso de relieve sobre todo posteriormente, cuando alguno de nosotros adoptó posiciones doctrinales o tomó decisiones con las que no estaba totalmente de acuerdo.

En segundo lugar, Agustín de Asís empleó buena parte de su tiempo en promover instituciones y actividades orientadas al fomento y la difusión de la filosofía jurídica y política. Además de lo que ya queda consignado, hay que señalar que revitalizó la Cátedra «Francisco Suárez S. J.», creada tiempo atrás en la Universidad de Granada, pero que languidecía desde hacía años. Fue su director desde 1961 a 1967 y en su seno se organizaron conferencias y cursos de filosofía del derecho y de teología, y se publicaron ediciones críticas de textos clásicos. Sobre todo se inició la publicación de los «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», en cuya dirección le relevó el profesor López Calera cuando éste se trasladó a la cátedra de Granada, y que se convertiría en la revista española de filosofía jurídica más difundida. Desde el principio fue, por decisión del propio Agustín de Asís, una publicación abierta a con-

tribuciones de signo dispar, pues, como se decía en la presentación del número primero, se partía de la convicción de que «el homenaje más fructífero, que podríamos hacer a nuestros clásicos no es el de su mera glosa, sino el de dar cabida bajo su advocación a los nuevos problemas y a las nuevas perspectivas que en nuestros tiempos originan los temas preponderantemente tratados por ellos».

Por último, hay que hacer referencia a sus publicaciones. Las principales de este período creo que pueden agruparse en dos series. Por un lado están: «Derecho y Arte», de 1959, en que recoge el texto de una conferencia pronunciada en la Escuela Social de Granada; el estudio sobre el pensamiento y la obra de E. von Hippel, ya aludido más arriba; y dos breves artículos correspondientes a sendas incursiones en el campo de la eclesiología: «Los poderes del Romano Pontífice a través de algunas figuras del Antiguo Testamento» (en «ACFS», II, 1962, 4-18) y «Puntos de vista sobre la Encíclica 'Ecclesiam Suam'» (en «ACFS», IV/1, 1964, 5-8). En la segunda serie se integran varios trabajos en los que se estudian temas relacionados con la cuestión del Derecho natural y cuyos resultados fueron luego recogidos, de una u otra forma, en su Manual; así, entre otros, «Sobre la problemática del Derecho natural» (en «AFD», VI, 1959, 111-155), «La ley natural en J. J. Rousseau» (en «ACFS», I, 1961, 157-180), etc.

El «Manual de Derecho Natural», I, Granada, 1963, en que se recoge plenamente, pero transformada, una edición más breve aparecida en 1959, es su obra de mayor envergadura. Se trata de un libro singular. Pese a su extensión, 681 páginas, es sólo el tomo I, que debía tener su continuación en un segundo volumen. Y, en efecto, en el volumen publicado no se exponían cuestiones que no debían faltar en una obra que por su mismo título implicaba una pretensión de completud sistemática. Así, por ejemplo, la noción precisa de derecho natural en cuanto distinto de la ley ética natural, la exposición de su contenido esencial, etc., eran temas cuyo tratamiento se difería al tomo segundo. Esto nos hace ver ya que no se trataba de un Manual más del estilo de los varios que por entonces se manejaban. Más que una obra didáctica, constituía un libro en el que se exponía por extenso y se defendía el yusnaturalismo clásico que impregnó el pensamiento jurídico europeo desde los griegos hasta H. Grocio. Era el resultado de un gran esfuerzo por repensar desde sus raíces el viejo yusnaturalismo y exponerlo en una forma y con un lenguaje nuevos, en confrontación con las corrientes contemporáneas de pensamiento. En el momento en que se publicó constituyó una obra novedosa en el contexto de la literatura filosófico-jurídica española. Sin entrar aquí en valoraciones, lo que sí se puede afirmar es que entonces, que comenzaba en España la crítica al yusnaturalismo heredado, hubiera sido oportuna y necesaria una discusión pormenorizada de esta obra. El que no se produjera hay que atribuirlo en no pequeña medida a la escasa institucionalización de la crítica interna, como vía de formación de tradiciones de pensamiento, en nuestra comunidad científica.

Durante cerca de doce años Agustín de Asís perteneció al Claustro de la Universidad de Valladolid, aunque gran parte de ellos permaneció en la situación de excedente debido a que se empeñen activamente en la vida polí-

tica, desempeñando una serie de cargos públicos, y, posteriormente, ejercicio como jurista práctico en su bufete de abogado. Aunque procuró por diversos medios mantener su vinculación con la Universidad, la verdad es que durante este período la mayor parte de su tiempo y de sus energías las empleó en la práctica inmediata en el plano de la política y del derecho. Como otros muchos, cuya profesión y vocación consistía en el ejercicio de la reflexión teórica sobre los problemas que plantea la existencia del Derecho y del Estado, sintió en un momento dado la necesidad de pasar a ser protagonista activo en la resolución de dichos problemas. Cuando se toma en consideración este fenómeno tan generalizado, la valoración no puede dejar de ser ambivalente. Pues si, por un lado, no cabe ninguna duda de que la experiencia práctica supone un enriquecimiento decisivo para el quehacer teórico, por otro siempre queda la duda de si esto compensa lo que no se pudo hacer y seguramente se hubiera hecho en el plano de la teoría, de la investigación y la docencia.

Como he dicho, Agustín de Asís ocupó diversos cargos públicos; fue Jefe Nacional del Servicio Español del Profesorado, Director General de Enseñanza Media y Formación Profesional, Consejero Nacional de Educación, etc. Al desempeñarlos no olvidó su calidad de profesor universitario. Quiero decir con esto que su actividad no se redujo a adoptar decisiones para resolver los problemas que se presentaban, sino que, además, a propósito de ellos organizó congresos, pronunció conferencias, publicó estudios, etc.

Al comenzar el curso 1978-79 Agustín de Asís pasó a desempeñar su cátedra en el Departamento de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. El discurso de apertura de ese curso que le correspondió pronunciar todavía en Valladolid, fue en realidad su despedida de esa Universidad. Como su incorporación a la Facultad de Derecho de la Complutense vino a coincidir con su retirada de la actividad política, pronto se entregó nuevamente a las tareas propias del profesorado universitario con la intensidad en él característica. Así, por lo que se refiere a la docencia, además de las clases teóricas que profesa en la Facultad y en CEU, pronuncia conferencias y organiza seminarios y cursos monográficos con alumnos y colaboradores. También, al poco tiempo, se encuentra de nuevo rodeado de discípulos a los que dirige su tesis doctoral u orienta en su trabajo de investigación.

En esta nueva coyuntura tuvo ocasión en diversas circunstancias y tareas de poner a contribución su comprobada capacidad para hacer posible el diálogo y el encuentro entre personas y grupos de orientaciones diversas. Fue por esta contrastada virtud suya, además de como reconocimiento de su preparación y experiencia, por lo que, en un momento de renovación generacional dentro de la filosofía del derecho española, fue elegido en marzo de 1979 presidente de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, de la que era miembro fundador. Y, después, fue reelegido en la Asamblea general celebrada en Madrid en diciembre de 1982.

Su trabajo de investigación se manifiesta también de nuevo en una serie de publicaciones sobre temas específicos de nuestra disciplina. En algunas desarrolla de forma más profunda y amplia problemas ya tratados en el Manual. Así ocurre en «Naturaleza y sobrenaturaleza en la fundamentación

del Derecho Natural» (en «Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en memoria y homenaje a D. Luis Legaz y Lacambra, 1906-1980», I, Madrid, 1983, 109-149). Aquí, al hilo de una exposición amplia de las encontradas posiciones de pensadores católicos y protestantes, aborda la cuestión, que considera ineludible para un filósofo cristiano, de si es posible fundar el Derecho natural en la naturaleza humana, teniendo en cuenta que la concepción cristiana del hombre incluye necesariamente su relación a Dios y, por tanto, su vocación o apertura a lo sobrenatural. La cuestión del Derecho natural es también el eje temático sobre el que gira la lección que pronunció en el CEU en la inauguración del curso 1982-83: «Justicia humana y Derecho positivo», Madrid, 1982, 26 pp. Por cierto que en una nota en la página 14 aseveraba, refiriéndose a su Manual de 1963, que ahora «rectificaría muchas de las afirmaciones allí mantenidas». Nada tiene esto de extraño, si se tiene en cuenta el tiempo transcurrido y la experiencia acumulada durante el mismo. De hecho estaba trabajando en esa tarea de rectificación, entendida no como abandono de la vieja verdad subyacente al iusnaturalismo, sino como un intento de reformularla, presentando a éste como una teoría preferible a la positivista precisamente porque permite, mejor que ésta, dar cuenta cumplida de cómo se desarrolla la práctica jurídica efectiva. Por esto su trabajo de investigación se centraba en temas tales como la metodología de la jurisprudencia y los problemas de la interpretación jurídica y de las fuentes del derecho. Como un adelanto de sus reflexiones sobre esta línea temática cabe considerar su discurso de apertura de curso en Valladolid, «Para una formulación de la teoría de las fuentes del Derecho» (Valladolid, 1978, 54 pp.), en el que desarrolla una crítica de la situación doctrinal sobre el tema como base para un futuro trabajo más extenso. También cabe citar en este sentido su ponencia sobre las funciones del jurista, en las V Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho celebradas en Madrid en diciembre de 1982.

Sus amigos sabíamos de la ilusión y el entusiasmo con que trabajaba en estos proyectos de investigación: cómo se proponía abandonar su bufete para dedicarles todo su tiempo, cómo últimamente se ocupaba en profundizar afanosamente en el estudio de la metodología de la jurisprudencia romana y del «common law». Estaba en óptimas condiciones para llevarlos a término por su preparación, por su experiencia, por su edad. Sin embargo, la muerte lo ha impedido, poniéndoles fin de forma inesperada y definitiva. Pero, aunque su desaparición prematura ha hecho imposible que nos ofreciera los frutos más granados de su quehacer universitario. Agustín de Asís había ya vivido intensamente el tiempo de que dispuso, y el balance de su vida presenta una larga nómina de actividades meritorias, de empresas bien cumplidas, de obras bien hechas. La serie de distinciones de que fue objeto, entre ellas la Gran Cruz de Alfonso X el Sabio, así lo reconocen. Su huella en la filosofía del derecho española ha sido amplia y profunda. Por su obra escrita, que en su momento deberá ser objeto de estudio detenido. Por sus discípulos, en los que pervive su magisterio. Por el ejemplo de esas virtudes tuyas que, como el entusiasmo y la tolerancia, tan necesarias nos van a ser en la coyuntura presente de nuestra disciplina.

JOSÉ DELGADO PINTO

IV
INFORMACIONES

Información

La Sección española de la IVR celebró en Zaragoza, los días 15 a 17 de diciembre de 1983, su VI Encuentro, con el temario general: *Pacifismo, no violencia, desarme*. La organización corrió a cargo del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza, bajo la dirección del profesor Dr. J. J. Gil Cremades.

Inicialmente, la discusión giró en torno a dos ponencias principales. La primera, *Paz, desarme y libertad: obstáculos económicos e ideológicos*, de J. Ballesteros (Valencia), analizó críticamente los tópicos de la discusión actual sobre el tema, desde las perspectivas de la psicología social, la política internacional, la economía mundial y la misma «polemiología». La segunda ponencia, desarrollada, por V. Lamsdorf (Barcelona), subrayó las vinculaciones entre desarme y economía internacional. Por su tono provocativo suscitó la réplica, entre otros, de M. Atienza (Alicante) y M. A. Barrere (San Sebastián).

En la segunda parte de la reunión se formó una «mesa redonda», dirigida por J. R. Capella (Barcelona) y F. Laporta (Madrid), que abordó aquellos aspectos del tema no tratados por las ponencias generales. En la discusión fueron presentándose los contenidos de las diversas comunicaciones: A. Montoro (Murcia), *La prevención de la guerra*; A. E. Pérez-Luño (Sevilla), *La paz como valor constitucional*; A. Ruiz de la Cuesta (Sevilla), *La lucha contra la violencia*; F. Puigpelat (Barcelona), *Paz y racionalidad*, y sobre una cuestión similar, J. I. Martínez (Zaragoza); A. Sánchez de la Torre (Madrid), *Paz y disimetría*; las relaciones entre el derecho como técnica y los problemas de la paz fueron tratados por E. J. Vidal (Valencia), F. Fraile (León) y R. Castejón (Madrid). El tópico «pacifismo» fue especialmente analizado por F. Puy (Santiago de Compostela) y por el profesor de la misma Universidad L. Barcia. Aspectos de psicología social trataba F. J. de Lucas (Valencia), en *La sacralización de la defensa, obstáculo para la paz*. Muy activa fue la participación de la Universidad del País Vasco, especialmente sensibilizada por el tema de la violencia política, estudiada por los profesores de San Sebastián, J. Ezquiaga y C. F. Casadevante. No faltaron algunas intervenciones sobre el tema desde la perspectiva de la «historia de las ideas»: A. Osuna (Valladolid), *El derecho de la paz en la Escuela Española de Derecho Natural*; F. J. Caballero (Madrid), *Rousseau-Hobbes ante la guerra*; J. M. Romero (Madrid), *El ideal de la paz perpetua en Kant*.

En las discusiones se oyó la voz de algún representante de organizaciones pacifistas, que servía de contraste a la actitud profesoral ante el tema. En todo caso, la propia Sección española de la IVR consideró oportuno, tras

discusión y aprobación, dar a conocer a la opinión pública —que, por cierto se hizo eco de la iniciativa— de unas conclusiones, cuyo resumen es el siguiente:

1. La guerra nuclear carece de justificación moral debido a la desproporción entre los males que causa y los fines que supuestamente podría perseguir.

2. La carrera de armamentos constituye un proceso condenable, no sólo por el despilfarro de bienes que supone, sino fundamentalmente por los riesgos que entraña. Se debe llamar la atención de los miembros de las comunidades científicas sobre la responsabilidad que se contrae al participar directa o indirectamente en dicha carrera.

3. Advertimos que se suscitan graves dudas acerca de la legitimación de los poderes políticos —incluso los representativos— en los actos de preparación de una posible guerra nuclear.

4. Debe subrayarse firmemente el principio de la subordinación del poder militar al poder civil, así como la necesidad de articular mecanismos eficaces de control por parte de la sociedad civil sobre todos los actos del poder político, especialmente en esta delicada materia.

5. Estimamos necesaria una regulación no restrictiva del derecho constitucional a la objeción de conciencia; la consideración del valor moral de la desobediencia civil en estas materias; el apoyo financiero público y privado a las investigaciones por la paz, y, en general, un firme impulso de la educación para la paz, en función de los intereses comunes de la humanidad.

La prensa española comentó tanto las actividades de la reunión como el comunicado final.

El día 17 de diciembre se celebró la Asamblea de la Sección española de la IVR, que, entre otras cuestiones, procedió a nombrar la siguiente junta directiva: J. Delgado Pinto (Salamanca), Presidente; N. M. López Calera (Granada), J. J. Gil Cremades (Zaragoza), J. R. Capella (Barcelona), Vicepresidentes; G. Robles (Palma de Mallorca), Secretario, J. M. Romero (Madrid), Tesorero.

La próxima reunión científica de la Sección española de la IVR se celebrará en diciembre de 1984 en Palma de Mallorca y tendrá como tema: «Neocontractualismo».

V

CRITICA BIBLIOGRÁFICA

Manuel ATIENZA: «Marx y los derechos humanos». Madrid, Mezquita, 1983. 280 páginas.

El libro del profesor Atienza tiene, a mi juicio, interés para los lectores castellanos por ser el primer trabajo que trata el problema de los derechos humanos en Marx, planteado con precisión y con claridad en unas primeras páginas (Presentación: Marxismo y derechos humanos, p. 1 a 22) que le sitúan en el panorama del pensamiento socialista. Entre las premisas que acepta, o de las que parte aparece el carácter histórico del concepto de derechos humanos situado en «la modernidad y la aparición del sistema social burgués» (p. 2). Asimismo, y tomando como elementos de referencia la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución francesa de 1789 y de 1793 o la Declaración de la ONU de 1948, definirá a los derechos humanos como... «los derechos (en un sentido algo metafísico de la expresión de todos los hombres a disfrutar de determinadas libertades fundamentales en el plano individual, social, político, etc., y a ser tratados por igual, o, al menos, a no sufrir discriminaciones en ciertos aspectos». Es una definición instrumental, punto de partida de la comparación con el marxismo, que naturalmente se perfilará y se completará con el propio trabajo. Así se puede provisionalmente aceptar. Con otras pretensiones sería insuficiente, al no tener en cuenta, precisamente, toda la tradición del socialismo democrático que será imprescindible para entender en plenitud el concepto.

La acotación del término marxismo es, asimismo, compleja, como reconoce el autor, y renuncia a formularla para centrarse en las líneas del pensamiento marxista en materia de derechos humanos: «... Concretamente y por lo que se refiere a la cuestión de los derechos humanos, es posible distinguir, por lo menos, dos líneas de pensamiento marxista, que luego desarrollaré: la primera trata de mostrar los elementos de continuidad existentes entre el liberalismo y el socialismo y ve en el marxismo el desarrollo y profundización de los derechos humanos clásicos; la segunda pone el énfasis en los elementos de ruptura y en la posibilidad de una transición pacífica (a través del derecho de sufragio y de la democracia) del capitalismo al socialismo y condena los derechos humanos como productos exclusivamente burgueses y capitalistas...». Comparto este diagnóstico del profesor Atienza, que coincide con él y yo formulé, y tampoco era original, en «El Socialismo y la libertad». Es, el tema de los derechos humanos uno de los que sirven de elemento de distinción entre lo que podríamos llamar el Socialismo democrático o el Socialismo liberal, como diría Rosselli, y el marxismo leninismo.

Pero la distinción no permite situar fácilmente a Marx en una de las dos corrientes con nitidez. Es más, ambas, pretenden justificar sus posiciones en el pensamiento de Marx. Por eso es inútil el intento de Atienza de es-

tudiar los derechos en Marx, tarea que reconoce difícil, pero que aborda con gran libertad de espíritu, y sin posiciones preconcebidas, ni para atacar injustificadamente, ni para defender contra toda razón la obra del gran pensador de Tréveris.

Me parece que uno de los elementos a destacar es precisamente eso. Hasta bien recientemente el pensamiento progresista habrá sido crítico con el pensamiento socialista y marxista, sin tocar a Marx, que era tabú, criticando a Engels, a Lenin o a otros autores. El profesor Atienza entra críticamente y con respeto, en la obra de Marx.

Aunque en la presentación no se identifica plenamente, creo que su enfoque está más próximo al socialismo democrático, aun reconociendo que los dos modelos recogen sólo parcial y unilateralmente el pensamiento de Marx (p. 21). Su diagnóstico último se puede, me parece, encontrar en estas líneas... «lo cierto es que si hoy no se puede pretender construir una teoría —y una práctica— crítica y progresista de los derechos humanos sin contar con Marx, una teoría que sólo —o fundamentalmente— pretendiera basarse en él, resultaría inevitablemente coja. Nadie que busque acercarse a este o cualquier otro problema perteneciente al campo del Derecho, del Estado o de la Ética en general puede eludir la necesidad de buscar fuera de Marx, y a veces incluso, contra Marx, muchos de los conceptos teóricos, de las actitudes éticas, etc., que nos permitan entender mejor la realidad para poder cambiarla como quería Marx...» (p. 21). También coincido con él; por eso es especialmente interesante el recorrido que hace por el itinerario intelectual de Marx en nuestro tema.

Una única objeción a este punto de partida, sin venir, me parece, demasiado a cuento, trae a colación el tema del cristianismo. Parece como si hubiese una obsesión religiosa, que le hace perder en las primeras páginas de la presentación la línea de coherencia y de claridad con que se parte en el estudio. Nada se perdía con suprimir esa referencia sesgada e innecesaria, al menos en ese momento de su argumentación.

Los tres capítulos que siguen se corresponden con tres períodos en la vida de Marx, con influencias distintas en el tema de los derechos humanos, aun defendiendo, como hace Atienza, «la importante continuidad en la resolución de su pensamiento» (p. 19). Para esta clasificación reconoce la influencia de Guastini en su conocido trabajo «Marx: Della filosofia del diritto alla scienza della società..» (Il Mulino. Bolonia, 1974). El primero estudia la actitud del joven Marx, al inicio defensor desde posiciones liberales progresistas de los derechos humanos, pero a partir de 1843 con posiciones hostiles situándolas en el ámbito de la alienación. Por eso titula el capítulo «Derechos Humanos y alienación del hombre».

El segundo período lo estudia en el capítulo tercero, que titula «los derechos humanos entre la ética y la política», que refleja el tiempo comprendido hasta 1852 y centrado fundamentalmente en el Manifiesto. Aquí, aunque considera Marx la importancia práctica de alcanzar ciertos derechos por la clase trabajadora, desde el punto de vista teórico, los considera medios y, por consiguiente, les sitúa más en el plano político que en el ético, según Atienza.

Finalmente, el tercer período, estudia la etapa de madurez, en la que

aumenta el interés de Marx por el tema, sin perder definitivamente la ambigüedad, se titulará por Atienza «los derechos humanos en la sociedad capitalista».

Si entramos ya en análisis del Capítulo Segundo, «Derechos Humanos y alienación del hombre», veremos cómo se describe el primer momento de la biografía intelectual de Marx, el momento liberal hasta 1843. Es quizá el momento de mayor atención al Derecho, a la Filosofía del Derecho. Desde su artículo sobre «El manifiesto de la escuela histórica del Derecho», analiza Atienza los trabajos sobre la Ley contra los hurtos de leña, los debates sobre la libertad de Prensa, las últimas disposiciones prusianas sobre la censura y el proyecto de ley sobre el divorcio (Todos estos trabajos se pueden encontrar en la excelente versión de J. Luis Bernal, «En defensa de la libertad», Fernando Torres. Ed Valencia, 1983). De su examen Atienza deduce, con razón, que en estos escritos juveniles, Marx defenderá una ideología liberal burguesa de corte radical: «... la libertad a la que se hace referencia es fundamentalmente la libertad negativa propia del Estado liberal abstencionista, la libertad como garantía de un ámbito en el que no puedan interferir los demás... y la libertad política, la libertad de participación en la vida pública, pero no la libertad material y positiva, la libertad como capacidad del hombre para autodeterminarse que caracterizará el pensamiento de Marx de las obras posteriores. De la misma manera, la igualdad la configura esencialmente como igualdad ante la ley, formal... y también como «igualdad política, pero no como igualdad efectiva y material...» (p. 39).

El análisis de los textos de esta etapa me parece lúcido y expresa un buen conocimiento de la obra de Marx. Así desde el manuscrito de Kreuznach, «la Crítica de la Filosofía del Derecho Público de Hegel», hasta «La Sagrada Familia», pasando por «La Cuestión Judía» con referencia a otros escritos marxianos de la época como «Los Manuscritos Económico-filosóficos», se analiza esta etapa, iniciada por la ruptura con Hegel y especialmente, por su mayor dedicación al tema, se estudia y se critica «La Cuestión Judía».

La consideración de los derechos humanos en este trabajo, publicado en los Anales Franco-Alemanes en 1844, pero escrito en 1843, como forma de alienación, como la religión, permite a Atienza retomar el tema. Así, ya en la Crítica de la Filosofía del Derecho Público, de Hegel, Atienza considera fundamental que «Marx parece interpretar la separación entre la sociedad civil y el Estado político en términos religiosos: «así como los cristianos son iguales en el cielo y desiguales en la tierra», los diferentes miembros del pueblo «son iguales en el cielo de su mundo político y desiguales en la existencia terrestre de la sociedad» ... y esa analogía entre crítica de la religión y crítica política tendrá gran importancia en Marx (p. 45). La crítica la hace Marx a las declaraciones francesas de 1789 y de 1793, y la pormenorizada noticia de la misma que realiza el profesor Atienza le lleva a la cita de Marx que sirve de conclusión: «ninguno de los derechos humanos trasciende, por lo tanto, el hombre egoísta, el hombre como miembro de la sociedad burguesa, es decir, el individuo reflejado en sí mismo en su interés privado y en su arbitrariedad privada y dissociada de la Comunidad...» (p. 51) de esa aberración humana, se sale por la emancipación humana que Marx acota así en la Cuestión Judía: ... «Sólo cuando el hombre individual

real incorpore a sí el cuidado abstracto y se convierta como hombre individual en ser genérico, en su trabajo individual y en sus relaciones individuales sólo cuando el hombre ha reconocido y organizado sus «fuerzas propias» como fuerzas sociales y cuando por lo tanto no desglosa ya de sí la fuerza social bajo la forma de fuerza política, sólo entonces se lleva a cabo la emancipación humana»... (p. 52).

El análisis de la tesis de Marx va acompañado de una crítica de Atienza (p. 57 a 73) que cifra en varios puntos. El primero se refiere al silencio de Marx respecto al derecho de resistencia frente a la opresión; el segundo se refiere a la subordinación que hace Marx, discutible, según Atienza, de los derechos del ciudadano a los derechos del hombre; el tercero se refiere a la crítica de Marx a los derechos concretos (la libertad, la igualdad, el derecho de propiedad, la seguridad jurídica); el cuarto afecta al valor genérico de la Crítica de Marx, que en todo caso tendría un simple valor histórico, referido al panorama de los derechos del hombre que Marx conoció, pero no extrapolable, por ejemplo a las situaciones actuales, con la existencia de los derechos económicos sociales y culturales. Coincido con esos planteamientos, que el autor desarrolla además con brillantez y agudeza, pero una vez más es heterogéneo el quinto referente nuevamente a la crítica de Marx a la religión, que no es propiamente una crítica a «La Cuestión Judía», sino una divagación, sobre la relación Marxismo-Religión resuelta de manera tajante y sin matices (vid p. 72). No se entiende muy bien qué sentido tiene aquello en esas páginas.

Las últimas páginas del Capítulo se titulan «la Sagrada Familia Marxismo y utilitarismo» (p. 73 a 87), y se dedican por el autor a recordar los textos de la Sagrada Familia sobre derechos humanos y a establecer un diálogo entre Marx y otros autores sobre el concepto de libertad. Constant, Rousseau, Hegel, Kant o Bentham, pasan muy rápidamente y en ningún caso desde sus fuentes, sino desde obras sobre ellos. Creo que esta parte, que tiene interés, y que debe ser profundizada, debe serlo desde la lectura directa de esos autores.

El capítulo tercero, central, con el siguiente, para entender la posición del Marx maduro en esta materia, describe con gran claridad el tema desde las Tesis sobre Feuerbach de 1845. El profesor Atienza tiene la virtud, muy estimable para un profesor, de que escribe con claridad y con amenidad, sin detrimento de la profundización y de observaciones críticas muy pertinentes. También en este capítulo, que me parece ejemplar en este sentido, expone una considerable capacidad de síntesis.

La descripción del Marx que desprecia a los derechos humanos como ideología, pero que los acepta, o al menos a algunos de ellos como instrumento para la conquista del poder por el proletariado, va siendo desgranada por Atienza a través de todas las obras de este período.

A través de las «Tesis sobre Feuerbach» se desprende, dice Atienza, «la consideración de los derechos humanos como un producto característico del pensamiento especulativo, abstracto, como un conjunto de ideas alejadas de la práctica revolucionaria» (p. 94). Son así una ideología y en «La Ideología Alemana» (1846) perfilará sus ideas al respecto, considerando a la libertad, y en eso hay continuidad con su obra anterior, como «ficticia»,

«irreal» (p. 95), en la sociedad burguesa. Atienza describe el concepto de libertad personal, que «significa» el máximo desarrollo del individuo (el fin de la alienación) y exige, por lo tanto, la abolición del trabajo y de la propiedad privada y, en general, de las condiciones de existencia de la antigua sociedad burguesa, incluyendo el Derecho y el Estado» (p. 97). En este contexto es correcto señalar que ese concepto «presenta unos rasgos acusadamente libertarios» (p. 98).

Pero quizá donde Atienza señala la mayor dificultad para la construcción de una teoría marxiana de los derechos humanos está en el «problema de cómo hacer compatible una concepción intelista determinante de la evolución histórica de la llegada de socialismo con la concepción del socialismo como una exigencia ética, como un imperativo moral» (p. 106). Para Marx, en esta etapa de su vida el socialismo es inevitable —un calvinismo sin Dios al decir de Berstein— y no cabe fácilmente una fundamentación de los derechos fundamentales con tal punto de vista. Sin embargo, Marx considera que algunos aspectos de la ideología de los derechos humanos, puede ser útil para transformar la realidad, y así dice Atienza: «Marx parece atribuir una considerable importancia a la conquista de los derechos de asociación y de huelga» (p. 113). Es lo que podíamos llamar una concepción selectiva e instrumental de los derechos humanos.

El mismo planteamiento, entre el rechazo doctrinal y una concreta aceptación práctica de algunos derechos, excluido siempre el de propiedad privada, se encuentra en «El Manifiesto Comunista». Aquí se defienden, por ejemplo, «la obligación de trabajar para todos, la educación pública y gratuita de todos los niños, la abolición del trabajo de éstos en las fábricas y la propuesta de un régimen de educación combinado con la producción material...» (p. 129).

En esta comparación entre «la Ideología Alemana» y el «Manifiesto Comunista» echo de menos un análisis, que debería hacer el profesor Atienza en una eventual nueva edición de su obra, sobre el distinto carácter de ambas obras, más científica y filosófica la primera, y más polémica y de lucha política la segunda, y la influencia de esta situación en el planteamiento del tema de los derechos humanos.

En el epígrafe «La revolución del 48 y la Nueva Gaceta Renana», Atienza analiza trabajos, situados en el mismo nivel polémico y de lucha que el Manifiesto Comunista, publicados principalmente en la Nueva Gaceta Renana en 1848. Después, en otro epígrafe titulado «La situación francesa. Derechos Humanos y República Constitucional», a través de los trabajos «Las luchas de Clase en Francia de 1848 a 1850» y «El 18 Brumario de Luis Bonaparte», estudia Atienza el tema de la dictadura del proletariado, que incidirá negativamente en la idea de los derechos humanos y que liga a la posibilidad o no de una vía legal, a través del sufragio hacia el socialismo. Para Atienza, en el Marx de aquellos años parece excluida esa vía. Eso, sin embargo, no supondrá rectificación de su concepción instrumental de los derechos humanos que «eran el terreno de lucha, la situación más favorable para el proletariado de cara a llevar a cabo su revolución» (p. 149). Entre esos derechos valorará especialmente el derecho de asociación y el sufragio universal.

Atienza, al final del capítulo con la rúbrica «Los Derechos Humanos; medios o fines», distingue esta etapa del Marx juvenil puesto que en los primeros tiempos «... Marx había formulado una crítica radical y total de los derechos humanos que no eran otra cosa que productos burgueses, instrumentos de la alienación humana, mientras que ahora, aunque no deja de considerarlos como fenómenos burgueses, como formando parte de la ideología burguesa, enfatiza su capacidad para servir como instrumentos en la lucha por el logro de la sociedad comunista...» (p. 159).

Unas reflexiones críticas cierran el capítulo. La concepción medial o instrumental de los derechos humanos que permiten la sustitución de esos medios por otros, el economicismo, que conduce a un determinismo social de la superestructura por la infraestructura, la tesis de la extinción del Derecho y el Estado serán limitaciones de Marx para entender el tema de los derechos humanos, y su profunda raíz ética. Atienza termina el capítulo con la siguiente y oportuna reflexión: «... Marx comprendió que muchos de los derechos humanos desbordaban ampliamente la propia sociedad que los habría generado, que tenían un sentido utópico en el mejor sentido de la expresión, pero el economicismo por un lado y la radical desconfianza en el Derecho y en el Estado por el otro, le llevaron a no ver en ellos más que instrumentos políticos y no exigencias éticas...» (p. 163).

El capítulo cuarto, «Los derechos humanos en la sociedad capitalista», se inicia con la conocida posición de Marx, sobre la situación española, a través de sus escritos en el «New York Daily Tribune» y sobre la utilidad de la pena de muerte que negará, en el contexto de la negación del castigo que calificará como «medio de defensa de la sociedad contra cualquier atentado a sus condiciones de existencia...» (p. 167).

En los artículos de 1854 a 1856, y luego en su obra, con Engels, «Revolución en España», hace observaciones agudas y positivas sobre las libertades medievales, sobre la limitación del poder real, sobre el significado de los comuneros, sobre la Constitución de Cádiz y sobre la monarquía absoluta en España, que no están en la línea de sus planteamientos de rechazo de los derechos humanos. Atienza describe esa situación, sin valorarla (p. 167 a 171), cuando, a mi juicio, es un ejemplo de contradicción y del uso a veces oportunista, que en sus escritos no científicos, sino coyunturales y panfletarios hace Marx, de los temas.

A partir de 1857, con la crítica de la economía: «Contribución a la crítica de la economía política» (1859) y con otras obras que no se conocerán en su tiempo y que se publicarán ya en el siglo xx, como la «Introducción general a la Crítica de la Economía política» (de 1857 y publicada en 1903) y los «Elementos fundamentales para la crítica de la Economía política» (1857-58 y publicados a partir de 1939 y conocidos como Grundrisse) se perfila la parte más conocida de la concepción de Marx sobre el Derecho, que Atienza resume, a veces con una cierta confusión, y donde «la postulación de la libertad e igualdad de todos los hombres tenía que ser, para Marx, la forma ideológica característica de la sociedad burguesa» (p. 180).

En el epígrafe del capítulo que Atienza denomina «La Internacional. Los derechos humanos y la religión» sólo hay dos elementos dignos de mención. Por una parte la aparición de posiciones contradictorias con la forma nor-

mal de tratamiento de los derechos humanos por Marx, en «La Alocución a los trabajadores»; en el Congreso fundacional de la Internacional (1864). Estas posiciones suponen, por ejemplo resaltar la importancia de la jornada de 10 horas por los trabajadores ingleses, y también hablar, con un lenguaje que Atienza llama jurídico-moral, del establecimiento de derechos y deberes» (p. 195). Una vez más las exigencias coyunturales, y el deseo de integrar en la Internacional a los sectores más amplios posibles de la clase obrera y en particular de la inglesa, llevan a Marx a encubrir y moderar su auténtico pensamiento.

Por otra parte, es importante que Atienza reconozca que el ateísmo de Marx no es la causa profunda de su desconfianza hacia los derechos humanos...» (p. 204) y termina el capítulo recordando el punto de vista de la Iglesia del siglo XIX, sobre los derechos humanos, de los que no era, como es sabido, muy partidaria.

En el análisis del tema en «El Capital» (pp. 207 a 231), Atienza describe, quizá algo superficialmente el itinerario del razonamiento de Marx y concluye que «partía de la denuncia de los derechos humanos de libertad, igualdad y propiedad y llegaba, más o menos paradójicamente, a reconocer en muchas de sus determinaciones concretas (por ejemplo, en el derecho a la limitación de la jornada de trabajo, a la asociación o a la educación) contradicciones generales por la sociedad capitalista y cuyo desarrollo «es el único camino histórico que lleva a la disolución y transformación de la misma» (p. 230).

En el epígrafe que titula Atienza «La Comuna de París. El final de la Internacional» (pp. 230 a 251), se analiza la obra de Marx posterior al primer Tomo del Capital y especialmente «la guerra civil en Francia». El problema se mantiene, entre un rechazo teórico de los derechos humanos y una defensa práctica de alguno de ellos como el derecho de sufragio —el sufragio universal— o el derecho a la educación. Quizá en análisis laterales como el referente a la extinción del Estado o al anarquismo de Bakunin, se plantean temas cuya vinculación con el de los derechos humanos no se explicita.

No coincido con la valoración que hace Atienza al sostener que en la Crítica del Programa de Gotha, «que escribe en 1875 y que Engels publica en 1891, no aparece ya la idea de la desaparición del Derecho y del Estado. En relación con el Derecho se apoya en el famoso texto que concluye: «... De cada cual según sus capacidades, a cada cual, según sus necesidades...». Me parece que este texto se puede, sin embargo, insertar, respecto al Derecho en una tradición que, desde Leibnitz y Hume, sostiene que en las sociedades de abundancia donde no existe la escasez ni la necesidad, no hay lugar para la virtud de la justicia, o como hoy diríamos para el Derecho. En un trabajo que recoge este mismo Anuario, me extiendo más en ese tema. Coincido por el contrario en su afirmación de que en esta obra se acentúa la tendencia, ya señalada en su última etapa, de una comprensión de la dimensión práctica de los derechos humanos (p. 262), dentro de algunas observaciones discriminatorias para la mujer (pp. 265-266).

El profesor Atienza en la conclusión de su interesante y recomendable trabajo concluye que «... la insuficiencia de la postura de Marx en relación con los derechos humanos se debe... a que sólo se interesó por ellos, y los

defendió por razones políticas, no éticas» (p. 179). Creo que tiene razón. En Marx hay una concepción instrumentalista que no toma en serio, congruentemente con las premisas de las que parte, el fundamento ético de los derechos humanos. Hasta ahora se atribuirá normalmente al leninismo la responsabilidad doctrinal en el stalinismo. Creo que con una de las posibles interpretaciones de Marx y desde luego con su concepción de los derechos humanos se puede también llegar a esa misma solución.

Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ

El libro del profesor Manuel Atienza, «Marx y los derechos humanos» (1), me ha parecido una obra documentada que presenta una completa panorámica, ordenada cronológicamente, del pensamiento de Marx. Su lectura, sin embargo, y en especial la tesis central, me han producido una sensación de insatisfacción. La extensión de una recensión hace imposible utilizar todo el aparato teórico-crítico que exigiría un comentario riguroso a esta obra. Por ello, mi propósito es el de hacer un par de calas críticas en la misma. Las discrepancias que se pondrán de manifiesto servirán para aclarar el sentido en el que la obra me ha dejado insatisfecho.

1.ª cala: Marx, Hegel y la libertad

Según el profesor Atienza, Marx y Hegel coincidirían «en considerar a la libertad como la autodeterminación del hombre»:

«Las conexiones entre Hegel y Marx, también a propósito del concepto de libertad, son indudables (...) con posterioridad al período de Jena (...). Hegel tomará conciencia del mundo moderno y de sus problemas, pero seguirá considerando la libertad negativa, la libertad del liberalismo, como insuficiente. Así, en su *Filosofía del Derecho*, se referirá a este tipo de libertad como «la libertad del vacío». Naturalmente, también en este caso parece existir un considerable trecho entre un autor —Hegel— que considera que el Estado es la realización máxima de la libertad, y otro —Marx— que parte de la incompatibilidad entre la libertad y el Estado, por más que ambos coincidan en considerar a la libertad como la autodeterminación del hombre» (2).

En mi opinión, sin embargo, en esta coincidencia es más lo que separa a ambos autores que lo que les aproxima.

El recorrido de la *Filosofía del Derecho* hegeliana parte de la visión del hombre como individuo que quiere su libertad. Constata Hegel que ese individuo necesita de las cosas del mundo material para realizar esos deseos de libertad. Las cosas aparecen, así, a primera vista, como medios. En un segundo paso, Hegel da la vuelta a este razonamiento: las cosas de que el individuo puede disponer son las que establecen los límites reales de su libertad. De

(1) ATIENZA, Manuel: *Marx y los derechos humanos*, Madrid, Mezquita, 1983.

(2) ATIENZA: *op. cit.*, pp. 80-1.

este modo, las cosas son medios para realizar los deseos de libertad del individuo y, a la vez, son las que determinan qué deseos puede tener. Como la única manera que puede encontrar Hegel de disponer libremente de un objeto es ser propietario del mismo, su conclusión será la identificación de libertad y propiedad. Así lo formula en el par. 45 de su Filosofía del Derecho:

«Tener propiedad aparece, en relación con la necesidad, como un medio, al surgir ésta en primer lugar; pero la postura verdadera es que, desde el punto de vista de la libertad, la propiedad, en cuanto primera existencia de la misma, es fin esencial para sí» (3).

En la escena que sirve a Hegel de punto de partida aparece, pues, un individuo que se encuentra con una serie de cosas ahí, sin saber de dónde han salido y de las que resulta que es o no es propietario sin que sepa tampoco muy bien por qué. Para este individuo, libertad y propiedad se identifican. Como constatación de que en la sociedad burguesa la medida de la libertad la da la propiedad, Marx podría estar de acuerdo con Hegel. Pero la visión que éste ofrece es ahistórica y «esencial» (4).

Marx presenta la escena de un modo muy distinto: los hombres aparecen relacionados entre sí para producir esas cosas que el individuo hegeliano «se encuentra». Vista así la escena, Marx intenta determinar las características del modo cómo esos hombres se encuentran relacionados entre sí para producir y se ocupa de investigar los hechos históricos que permiten explicar el porqué de esa relación (5).

Esta divergencia entre uno y otro autor es, desde mi punto de vista, básica. Se trata de una bifurcación en la que los caminos que recorren Hegel y Marx se separan. Esto determina que en un momento dado puedan estar usando las mismas palabras y, sin embargo, diciendo cosas muy distintas el uno del otro. Ambos se preocuparon del problema de dotar de un contenido positivo a la libertad y ambos concibieron esta libertad positiva como autodeterminación del hombre. Pero aquella divergencia confiere significados tan distintos a las palabras «autodeterminación» y «hombre» que en esa coincidencia me parece que es más lo que les separa que lo que les aproxima.

(3) «Eigentum zu haben, erscheint in Rücksicht auf das Bedürfnis, indem dieses zum Ersten gemacht wird, als Mittel; die wahrhafte Stellung aber ist, dass vom Standpunkte der Freiheit aus das Eigentum als das erste Dasein derselben, wesentlicher Zweck für sich ist». HEGEL, G. W. F.: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Leipzig, Verlag von Felix Meiner, 1930, p. 54.

(4) Sobre el carácter determinante de este punto de partida en el desarrollo hegeliano puede verse CERRONI, Umberto: *Società civile e Stato politico in Hegel*, Bari, De Donato, 1974, esp. pp. 43-52.

(5) Puede verse esta escena como el resultado del desarrollo de su intuición juvenil, expuesta en el tercer manuscrito, de que la relación del hombre con las cosas no puede desligarse de la relación del hombre con el hombre y, a la inversa, de que la relación del hombre con el hombre no puede verse desligada de la relación del hombre con las cosas.

2.^a cála: la separación sociedad civil-Estado político

Uno de los temas recurrentes del libro del profesor Atienza es el de la separación sociedad civil-Estado. En pp. 42-45 se habla del mismo «in extenso». Sin embargo, pocas páginas después aparece una afirmación que resulta sorprendente:

«Ya me he referido anteriormente al sentido que tiene en el joven Marx la separación entre la sociedad civil y el Estado político. Aquí podría añadirse que dicha separación no fue probablemente nunca tan tajante como le pareció al joven Marx o a los liberales. Y, en todo caso, dicho esquema no parece ser en absoluto válido referido a las sociedades capitalistas avanzadas en las que el Estado cumple un papel cada vez más intervencionista en la sociedad civil y particularmente en la esfera de la economía. Esto último, por su lado, ha tenido un reflejo muy claro en el campo de los derechos humanos: la aparición, al lado de los clásicos derechos civiles y políticos, de la nueva categoría de los derechos sociales, económicos y culturales» (6).

En este párrafo, parece afirmarse que la intervención del Estado en la economía prácticamente elimina la separación sociedad civil-Estado político. Esta sólo se daría, en todo caso, en el modelo liberal de Estado-guardián.

La separación sociedad civil-Estado político es uno de los temas más complejos del pensamiento de Marx. Tal como yo lo veo es la manifestación de la fractura entre el carácter que realmente tiene la existencia humana en el capitalismo y la representación que de la misma ofrece la sociedad burguesa.

El análisis que Marx hace del capitalismo descubre que los bienes, tanto materiales como culturales son producto del esfuerzo de toda la sociedad. Descubre también que unas determinadas personas se encuentran en una situación privilegiada explicable históricamente. Esta situación privilegiada consiste en:

a) Que esas personas poseen y, por consiguiente, están en condiciones de utilizar en favor de sus intereses privados, una serie de bienes, producto del esfuerzo de toda la sociedad, que resultan ser básicos para determinar el sentido de la producción social. Marx denomina estos bienes «medios de producción».

b) Que quienes se ven privados de esos medios de producción, se ven obligados a vender su fuerza de trabajo a quienes los poseen, para que la utilicen en el modo y con la finalidad que juzguen más adecuada a sus propios intereses.

c) Que quienes poseen los medios de producción están en condiciones de apropiarse de la diferencia de valor entre lo que rinde la fuerza de trabajo humana que compran y lo que cuesta reponerla (7).

(6) ATIENZAS *op. cit.*, pp. 60-61.

(7) En *El Capital*, Marx analiza el carácter real de la existencia humana en el modo de producción capitalista. Así, por ejemplo, el estudio de la mercancía revela, entre otras cosas, el carácter social de la producción (desarrollando una intuición del 1.º Manuscrito, en la que se analiza el carácter alienado del trabajo asalariado». O bien, el estudio acerca de la acumulación originaria indaga el proceso histórico que dio como resultado la situación privilegiada.

La representación que de la existencia humana ofrece la sociedad burguesa es, sin embargo, muy diferente a lo que surge del análisis de la situación real hecho por Marx de acuerdo con aquella representación:

a) Los individuos son átomos que sólo entran en relación entre sí mediante acuerdos de voluntad.

b) Los individuos son naturalmente libres e iguales.

c) Frente a los individuos están las cosas, las cuales no tienen entidad ontológica suficiente como para «negarse» a ser poseídas por aquéllos (8).

La esfera de lo político (a la que la de lo social se reduce) aparece construida en base a la representación, pero operante sobre la situación real. El Estado político aparece actuando en base a normas abstractas, generales e iguales para todos que, se supone, responden al bien común en la medida que hacen posible la convivencia y respetan y protegen el ámbito de autonomía individual. Si se analiza la representación operando sobre la situación real a través de la esfera de la política, aparecen los diferentes hiatos en que consiste la separación sociedad civil-Estado político.

Así, por ejemplo, el hecho real de que un individuo (como otros muchos) se vea obligado a vender su fuerza de trabajo a otro individuo para subsistir, aparece como un acuerdo que ambas partes celebran por propia voluntad y en igualdad de derechos. Que se llegue a un acuerdo y el contenido del mismo pertenecen al ámbito de la autonomía individual. El Estado no se inmiscuirá. Su única función, en todo caso, será la de garantizar que las partes cumplan sus compromisos (9).

(8) Las hipótesis antropológicas de Locke pueden ser formuladas mediante estas tres proposiciones. Resulta revelador que, por ejemplo, Kant, cuyo análisis de la propiedad privada descubre en ella una relación hombre-cosa-hombre, presente en ocasiones la relación hombre-cosa como si fuera independiente de la relación hombre-hombre. Así, en el caso del postulado de la razón práctica que Kant utiliza como fundamento de la deducción jurídica. Según este postulado, no hay cosa alguna del mundo externo que no pueda convertirse en objeto de mi arbitrio. Lo cual no es sino una paráfrasis profana de la afirmación que Dios creó el mundo para el hombre (vid. Rechtslehre, p. 57, en KANT, I.: *Metaphysik der Sitten*, Zweite Auflage, Herausgegeben von K. Vorlaender, Leipzig, Verlag der Dürschens Buchhandlung, 1907.

(9) En el capítulo IV del Libro I de *El Capital*, Marx describe explícitamente cómo aparece en la representación el contrato de trabajo.

La esfera de la circulación o del intercambio de mercancías, dentro de cuyos límites se mueve la compraventa de la fuerza de trabajo, era en realidad un verdadero Edén de los derechos innatos del hombre. Lo único que impera allí es libertad, igualdad, propiedad y Bentham. ¡Libertad! Pues el comprador y el vendedor de una mercancía, por ejemplo, la fuerza de trabajo, no están determinados más que por su libre voluntad. Contratan como personas libres, jurídicamente iguales. El contrato es el resultado final en el que sus voluntades se dan una expresión jurídica común. ¡Igualdad! Pues sólo se relacionan entre ellos como propietarios de mercancías, e intercambian equivalente por equivalente. ¡Propiedad! Pues cada cual dispone estrictamente de la suya. ¡Bentham! Pues cada uno de los dos se interesa exclusivamente por sí mismo». MARX, Karl: *Das Kapital*, Erster Band (Marx-Engels Werke, edición a cargo del Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED, Band 23, Berlín, Dietz Verlag, 1983), pp. 189-90. Transcribo la traducción de *El Capital*, Libro primero de Obras de Marx y Engels, Edición dirigida por Manuel Sacristán, tomo 40, Barcelona, Grijalbo, 1976, p. 191.

Frente al hecho de que una serie de personas controlen unos bienes, los medios de producción, producto del esfuerzo social, y ello les permita determinar el sentido de la producción en función de sus intereses privados, surge la representación de que los individuos «se encuentran» ahí con las cosas, de que las cosas son para que los individuos sean propietarios de ellas y de que todas las cosas indiferenciadamente pueden ser objeto de propiedad privada. Desde la esfera de la política, el control de los medios de producción por manos privadas se ve, pues, simplemente, como una manifestación del derecho de propiedad de los individuos sobre las cosas. El Estado no se inmiscuirá, pues se trata de algo que cae dentro de la esfera de la autonomía individual. Es más, contribuirá a mantener esta situación en la medida en que una de sus funciones es garantizar la propiedad de los ciudadanos (10).

Estos ejemplos pueden aclarar el modo cómo la esfera de la política es funcional al mantenimiento de la situación privilegiada que Marx descubre: contribuye a mantenerla —por la fuerza si es necesario—, ocultando que exista.

Esta realidad plantea un par de problemas. En primer lugar, ¿cómo es posible mantener la pretensión de un bien común que preserve una situación privilegiada? Por otro lado, cómo el modo de ocultar la situación de privilegio consiste fundamentalmente en exagerar desmesuradamente el ámbito real de la autonomía individual, ello trae como consecuencia una falsa representación de la existencia. Los individuos tenderán a ocuparse de «sus asuntos» y a ver lo «social» como algo ajeno, cuya gestión delegarán en representantes que se ocuparán de ella profesionalmente. Imposibilidad de que voluntad estatal y bien común se identifiquen y separación gobernantes-gobernados son dos de las cosas que, desde mi punto de vista, significa la separación sociedad civil-Estado político (11).

El hecho de que el Estado intervenga en la economía o en otros ámbitos de la sociedad civil no significa de por sí que estos problemas queden resueltos. La imposibilidad de formular un bien común que guíe la intervención estatal se mantendrá mientras se mantenga la situación privilegiada. Mientras los hombres sigan concibiéndose como átomos independientes unos

(10) Precisamente, el hecho de que Marx no hable indistintamente de «cosas», sino que utilice la distinción entre medios de producción y objetos de consumo es uno de los elementos que permite criticar las bases tanto del liberalismo como de la economía política.

(11) La Cuestión Judía muestra cómo las categorías sobre las que se funda el Estado político son incapaces de penetrar la realidad de la existencia civil y, por consiguiente, incapaces de formular siquiera una generalidad que no sea una abstracción. En la Crítica de la filosofía hegeliana del derecho público, se afirma claramente que la separación gobernantes-gobernados es una de las manifestaciones de la separación sociedad civil-Estado:

O Estado político y sociedad burguesa se encuentran separados y entonces no pueden participar *todos y cada uno* en el Poder Legislativo [(en realidad] el Estado político existe *aparte* de la sociedad burguesa; por una parte la sociedad burguesa se disolvería por sí misma, si todos fuesen legisladores; por la otra el Estado, que se le opone, sólo puede soportarla en una forma adecuada a su propia *norma* []]. O bien la participación de la sociedad burguesa en el Estado mediante *diputados* es precisamente *expresión* de su separación y de su unidad meramente dualista». MEW, ed. citada, Band 1, pp. 324-5, trad. OME, tomo 5, pp. 147-8 (los subrayados son del propio Marx. Los intercalados del traductor).

de otros, lo «social» les seguirá pareciendo igualmente ajeno, con la diferencia de que, ahora, se inmiscuirá mucho más en sus asuntos privados.

La salida que sugiere Marx a estos problemas es la de que los individuos lleguen a vivir en la teoría y en la práctica su existencia como social. Ello exige, desde luego, eliminar la situación privilegiada, pero también la asunción por parte de cada persona de su cuota de responsabilidad en la gestión social. Las expresiones «comunismo» y «extinción del Estado y del Derecho» condensarían esas sugerencias (12).

Conclusión

La tesis del libro del profesor Atienza es la de que Marx no consideraba los derechos humanos como fines, sino como medios (13). Creo que ahora estoy en condiciones de explicar en qué sentido me resulta insatisfactoria: me parece un corsé que impide que el pensamiento de Marx muestre toda la capacidad de sugestión que aún hoy día puede tener para nosotros.

La pertinencia de las calas críticas que se han hecho puede quedar demostrada ahora: me han permitido hablar de la visión del hombre («derechos humanos») de la utopía («fines») y de las razones de la desconfianza en el Estado («derechos humanos») que sugiere la obra de Marx. Desde la perspectiva de esas calas críticas, he pretendido crear la impresión de que los planteamientos de Marx podían estar «más allá» de los derechos humanos. En el contexto de la obra del profesor Atienza parecen estar claramente «más acá».

La raíz última de las discrepancias reside, tengo la impresión, en una diferente actitud de acercamiento a la obra de Marx. El profesor Atienza se aproxima a ella provisto de una «solución» en la que cree firmemente —como confiesa en el libro— y que se articula en torno al concepto de derechos humanos. Marx aparece, visto en función y en los términos de esa

(12) El artículo «Bruno Bauer, La cuestión judía, Braunschweig, 1843» acaba con estas palabras:

«Sólo cuando el hombre real, individual reabsorba en sí mismo al abstracto ciudadano y, como hombre individual, exista a nivel de especie en su vida empírica, en su trabajo individual, en sus relaciones individuales; sólo cuando, habiendo reconocido y organizado sus «fuerzas propias» como fuerzas sociales, ya no se separe de sí la fuerza social en forma de fuerza política; sólo entonces, se habrá cumplido la emancipación humana». MEW, band 1, p. 370, trad. OME, tomo 5, p. 201.

El profesor Atienza reproduce esta cita en p. 52. Sin embargo, páginas más adelante, al hablar del Manifiesto, encontramos esta afirmación: «Es decir, prescindiendo de que Marx parecía atribuir a la propiedad privada capitalista el origen de todo posible conflicto social, resulta claro que su crítica se efectuaba a partir del «igual derecho» de todos los hombres a la propiedad» (p. 124).

Tanto si se trata de una afirmación referida con carácter general a la obra de Marx, como si se trata de una afirmación referida únicamente al Manifiesto (lo que no queda del todo claro), pone muy bajo el listón de la utopía marxiana y oculta la radicabilidad de la crítica de Marx.

(13) ATENZA: *op. cit.*, pp. 275-6.

solución. El resultado es que el profesor Atienza encuentra un pensamiento muerto, enterrado y anacrónico. Por el contrario, desde mi punto de vista, hay en Marx una cantera de la que pueden extraerse materiales que aún hoy día resultan útiles y esclarecedores. Pero quizá la posibilidad de saber apreciarlos dependa precisamente de la creencia de que la «Solución» está aún por encontrarse.

José Antonio ESTÉVEZ ARAUJO

Contestación al Profesor Estévez Araujo

Al profesor José Antonio Estévez la lectura de mi libro *Marx y los derechos humanos* le ha producido insatisfacción. En realidad no lo lamento, aunque sí lamentaría haberle producido aburrimiento; pero esto no parece seguirse de su comentario. Por mi parte, tengo que decir que la lectura de su recensión no me ha producido ni insatisfacción ni tedio, sino interés. Un interés que, sin embargo, no desearía mixtificar y convertir en «interés general común», por lo que trataré de contenerlo en los límites de unos breves comentarios.

1. Respecto a la primera «cala crítica» tengo que decir que me ha interesado en cuanto «cala», es decir, en cuanto concurso a propósito de la relación libertad-propiedad en Hegel, pero no acabo de ver dónde está la «crítica». Que aun coincidiendo en ciertos aspectos, la concepción de la libertad de Hegel y en Marx es muy distinta, es algo obvio y que afirmo explícitamente en mi libro. Me extraña incluso que se haya podido interpretar de otra manera las breves referencias que le dedico a la cuestión. Por otro lado, en las pp. 65 y ss. de mi libro trataba de mostrar las diferencias (aunque también las analogías) entre el concepto de hombre de Marx y de Hegel (en contra de lo que parece insinuar Estévez al final de su primera cala); y el segundo apartado del capítulo II está dedicado a señalar —siguiendo precisamente un trabajo de Cerroni, autor al que también explícitamente se refiere Estévez en este punto— en qué habría consistido la famosa «ruptura» con Hegel. En resumen la lectura de la primera cala crítica no me ha producido insatisfacción, pero sí una cierta extrañeza.

2. Respecto al problema de la separación sociedad civil-Estado político, sí creo que existe una discrepancia, pero también —desde mi punto de vista— algunas cosas que aclarar. La discrepancia me parece que consiste en lo siguiente: Estévez piensa que la tesis de la separación sociedad civil-Estado político, *tal y como la interpreta Marx*, es adecuada para comprender lo que ha sido, y lo que es, la sociedad capitalista y que permite plantear (o sugiere) un proyecto de transformación de la sociedad en torno al «comunismo» y a la «extinción del Derecho y el Estado». Yo considero que el esquema marxiano (especialmente tal y como se plantea en sus obras de juventud —a las que se refiere el texto de mi libro reproducido en la

recensión) no es del todo adecuado para explicar las sociedades modernas y en especial las sociedades de capitalismo avanzado, caracterizadas por un acusado intervencionismo estatal. En cierto modo consecuencia de ello, en mi libro traté también de formular (o de recoger) diversas críticas a la concepción marxiana de «comunismo» y a la tesis de la «extinción» (tesis esta última que, en Marx, es menos clara de lo que a veces se supone).

Ahora bien —y aquí empiezan las aclaraciones— mi crítica a Marx en este punto no me lleva a postular que en las sociedades de capitalismo desarrollado exista una identificación entre voluntad estatal y bien común o entre gobernantes y gobernados, como parece sugerir Estévez al final de su segunda «cala crítica». La cala, en este caso, es «crítica», pero me parece que «cala» muy poco en las tesis que yo trataba de defender en mi libro. Para decirlo brevemente, mi opinión es que se puede (mejor, se debe) tener una concepción conflictual de la sociedad, sin necesidad de adherir a todas y cada una de las tesis del marxismo. Más aún, me parece que los principales conflictos de las sociedades desarrolladas del presente no pueden interpretarse adecuadamente *desde dentro* del pensamiento de Marx. Lo cual no quiere decir que yo considere que se trate de «un pensamiento muerto, enterrado y anacrónico». El profesor Estévez puede estar seguro de que yo sería el primero en sentirme sumamente insatisfecho si creyera que he empleado una considerable parte de mi tiempo en estudiar muertos, entierros y anacronías.

Respecto a lo que mi amable crítico plantea en la nota 12, mi afirmación —que se refiere efectivamente al Manifiesto— me sigue pareciendo aceptable, aunque quizá debí haberla aclarado más. En todo caso, yo no he tratado en absoluto de ocultar la radicalidad de la crítica de Marx, ni creo haber puesto muy bajo el listón de la utopía marxista, al menos si se considera el libro en su conjunto. Por otro lado, el centro de mi interés no ha sido subir o bajar el listón, sino examinar críticamente esa utopía.

3. Me parece que las líneas de conclusión permiten, efectivamente, explicar la insatisfacción de Estévez, pero dudo que la explicación de tal insatisfacción esté exactamente donde él sugiere. Para llegar a la conclusión de que los planteamientos de Marx podrían estar «más allá» y no «más acá» de los derechos humanos no habrían sido necesarias, me parece, ninguna de las dos «calas críticas». Me temo que bastaría con leer mi libro. Para no incurrir excesivamente en pedantería, me limitaré a invitar a algún paciente lector que haya llegado hasta aquí a que lea, entre otras, las páginas 56-7, 159 y ss., 201-223 y ss y 274-5 del libro en cuestión.

Ahora bien, yo estoy de acuerdo con Estévez en que la diferencia entre nosotros dos está en una «diferente actitud de acercamiento a la obra de Marx». Pero, tal y como yo la veo, tal diferencia consistiría en lo siguiente: yo he tratado de adoptar un punto de vista externo, distanciado y crítico (acertado o no) respecto a Marx; Estévez, por el contrario, parece asumir el punto de vista interno de quien presupone que la solución a los problemas está ya dada en algún texto que se debe interpretar convenientemente. Otra manera de decir lo mismo creo que sería ésta: la actitud de Estévez frente a Marx es la misma actitud que caracteriza al jurista tradicional frente a las normas: lo que suele llamarse una actitud dogmática; la mía

pretendía ser una actitud escéptica más semejante, me parece a la que caracteriza al científico social. Las dos actitudes no son, seguramente, del todo incompatibles entre sí, pero yo diría que Marx —a diferencia de los marxistas— es un buen ejemplo de esta segunda actitud, plasmada en lo que consideró como su lema favorito y con el que yo encabezaba mi libro y termino ahora este comentario: «hay que dudar de todo».

Manuel ATIENZA

Enrique ZULETA: «Paradigma dogmático y ciencia del Derecho». Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1981. 302 páginas.

El libro de E. Zuleta tiene por objeto analizar el modelo de ciencia jurídica que rige la actividad de conocimiento de los juristas prácticos y que impregna la enseñanza académica del Derecho: la dogmática. Este análisis es realizado con bastante profundidad y rigor intelectual, recurriendo el autor tanto a planteamientos sistemáticos como a un análisis de las fuentes históricas correspondientes. Así, junto a una exposición de las características del modelo dogmático de ciencia jurídica, son considerados aquellos autores que más han contribuido a su consolidación y articulación teórica: Savigny, el Ihering formalista y Kelsen.

Por otro lado —y esto hace aún más interesante su libro—, E. Zuleta logra con notable éxito aproximar la teoría de la ciencia jurídica a los avances más significativos de la teoría contemporánea de la ciencia. Aunque la calificación de la dogmática jurídica como paradigma de ciencia normal no es suya —el autor la toma de A. Aarnio—, el esclarecimiento de la estructura teórica y de los condicionamientos y límites de la dogmática resulta bastante satisfactorio desde los logros conseguidos en el entendimiento de la práctica científica a partir, sobre todo, de Th. Kuhn.

La bibliografía en la que se apoya E. Zuleta para la elaboración de su estudio es, por otro lado, bastante completa y moderna, y comprende obras procedentes de un ámbito internacional plural y competente.

El diagnóstico de la dogmática jurídica que realiza el autor es bastante acertado y detallado. Y consigue poner de manifiesto los presupuestos teóricos e histórico-doctrinales que llevan a la consagración del modelo en la historia de las ciencias jurídicas. No encontramos ninguna novedad radical en los resultados de este análisis. La historia y la estructura de la dogmática es algo bastante estudiado ya, aunque la labor de profundización y sistematización de E. Zuleta es elogiable, junto con esa ya mencionada aproximación a la teoría actual de la ciencia.

Lo que realmente se echa de menos desde un punto de vista metodológico son, a mi modo de ver, dos cosas: en primer lugar, el recurso a ejemplos procedentes de la labor dogmática misma, a fin de clarificar de una manera más concreta y chocante el proceder de la doctrina jurídica, y poner de manifiesto, de esa forma, los límites y las insatisfacciones que ha producido, en la práctica, el modelo criticado. No es gran defecto éste, desde luego,

sabiendo que el lector jurista puede completar por sí mismo el análisis en el sentido al que estamos aludiendo. Pero se habría evitado una gran dosis de abstracción y se habría hecho el libro más atractivo.

En segundo lugar, se echa también de menos una profundización en el análisis de los presupuestos históricos externos (histórico-sociales) de la consagración del paradigma dogmático y de su crisis, es decir, en el análisis del «contexto de descubrimiento». Es verdad que se alude a ciertos procesos históricos que están en la base de la configuración de la dogmática y de su decadencia (o por lo menos de la decadencia de su inflexibilidad), como son los procesos de codificación y de decodificación que experimentan, respectivamente, el siglo XIX y el actual. Pero es una alusión que se hace marginalmente, en el Prólogo (pág. XIII), y en unas cuantas páginas en las que, ya al final, se habla brevemente de la crisis del Estado liberal (254 y ss.). No parece suficiente, en un libro de 300 páginas, máxime cuando el mismo autor reconoce que, siendo la dogmática un concepto histórico, es necesario poner de manifiesto los factores históricos y políticos que la condicionan (pág. 14). Esta ausencia hace un tanto dogmática la investigación de E. Zuleta, entendiéndolo por dogmática también en este caso una forma de proceder que, como la de la doctrina jurídica criticada, se fija sólo en el análisis de su objeto y de sus presupuestos teórico-filosóficos sin trascenderlo en la dirección de la historia real en la que funciona.

Aparte de estas cuestiones de planteamiento, quisiera hacer referencia a una cierta parcialidad de fondo advertida en este estudio. Me refiero a la parcialidad en la designación del paradigma dogmático, en la medida en que el autor lo identifica con el formalismo del primer Ihering y su labor de construcción conceptual de tipo lógico-naturalista. Es más cierto, sin embargo, que esta dirección representa sólo una de las versiones históricas de la ciencia jurídica dogmática, ciertamente brillante y nunca completamente abandonada en el proceder de la doctrina. La labor de conceptualización y tipificación es imprescindible para poder abarcar cognoscitivamente el ordenamiento jurídico, pero la dogmática no se reduce a ello, y mucho menos sigue los pasos del Ihering cultivador que practicaba el «apareamiento» de los conceptos. Hay una jurisprudencia de valores y de fines que es la que ha inspirado predominantemente la historia del método jurídico adoptado en la práctica por la doctrina y los tribunales. Una jurisprudencia que concibe su misión en la clarificación y ordenación de las fuentes jurídicas mediante conceptos e instituciones, sí, pero concebidos como guías provisionales para orientarse a través del laberinto jurídico, y siempre modificables y abiertos a los valores que inspiran el ordenamiento. Una jurisprudencia, además, para la que la norma no es necesariamente la expresión de la voluntad del legislador, sino también valor objetivado, y para la que la interpretación, que ciertamente constituye el punto de partida de la construcción jurídica, no es necesariamente averiguación de aquella voluntad psicológica de un legislador histórico.

Hay una dogmática, por consiguiente, que concibe el ordenamiento también como un sistema interno de principios y no sólo como un sistema externo de conceptos. Esto no es óbice, sin embargo, para el mantenimiento del calificativo de dogmática a la ciencia jurídica y para el mantenimiento

de su crítica. Sólo que la explicación del concepto de dogmática jurídica ha de ser modificada, si no queremos que se nos escape de él la mayor parte de la historia de la doctrina y de la práctica jurídica profesional.

Hay algo que sigue perteneciendo, de todas formas, al núcleo conceptual de la dogmática, que es esencial para entender su significado y que viene dado por su mismo origen terminológico. Según ello, la dogmática sería, esencialmente, la labor y el resultado del análisis y reconstrucción del sentido de un ordenamiento jurídico objetivo y vinculante. Dogma es el ordenamiento jurídico, porque su validez se presupone incontrovertida por la ciencia y por la práctica jurídicas. Dogmática es la explicitación de ese ordenamiento, si ella es producto de una actitud objetivista y políticamente sumisa. El carácter de dogma del ordenamiento viene determinado por la actitud política de los dogmáticos del derecho: la ley es la ley y no puede ser cuestionada. La dogmática, pues, es más una actitud que un método determinado de conocimiento y construcción del material, ya que bajo el concepto de ley se pueden entender cosas distintas: voluntad o razón, y ello sin forzar los presupuestos a los que responde la labor teórica y práctica de los juristas dogmáticos.

E. Zuleta afirma que la dogmática jurídica se encuentra en un estado de crisis y que no se pueden desconocer sus dilemas, perplejidades, problemas no resueltos y caminos sin salida. Como solución alternativa apunta en la dirección de abrir la ciencia hacia la filosofía, hacia una concepción amplia de la racionalidad, que para él es la racionalidad del discurso práctico.

Sin embargo, lo que ha entrado en crisis es un determinado modelo de ciencia jurídica, aquel que considera terminada su labor en la construcción conceptual y en la coherencia lógica de su sistema. Este modelo entró en crisis hace ya mucho tiempo, debido a la quiebra histórica de la sociedad y del Estado liberales. Por eso, la consciencia que de sí misma tiene la doctrina jurídica es capaz de aceptar el carácter provisional de su labor, revisable, integrable y mejorable, siempre que no se salga de los límites del ordenamiento. Si esos límites del ordenamiento son los del sistema de valores y principios que lo informan, incluidos los constitucionales, entonces es perfectamente admisible la inclusión de la razón práctica y de la filosofía, que tienen por objeto el tratamiento de los mismos, y que nos vienen propuestas por E. Zuleta como una alternativa superadora del paradigma de ciencia normal en el campo del Derecho.

No hay superación de la dogmática con la instalación de la razón práctica en la argumentación jurídica, si por ella entendemos la argumentación sobre valores, fines y principios que pueden ser considerados elementos integrantes del ordenamiento. La ciencia jurídica sigue siendo dogmática, aunque haya perdido su ingenuidad objetivista o su cientifismo, porque su actitud sigue siendo la misma: conocer para aplicar. Se reconoce la autoridad del sistema y se parte de él, aunque sus límites sean más amplios de lo que al principio se creía.

¿Hay una alternativa a la dogmática así entendida? Desde el punto de vista de la práctica jurídica, no la hay en un Estado en el que los jueces están sometidos a un ordenamiento jurídico previamente establecido, que

sigue teniendo carácter de dogma, y en donde el principio de legalidad es una de las bases de ese Estado. Ahora bien, desde el punto de vista de la ciencia jurídica sí la hay en una crítica del Derecho que traspase los límites dogmáticos que siempre puede tener la razón práctica.

No voy a desarrollar aquí el programa de una crítica del Derecho como «otra» ciencia jurídica. Pero en este caso sí se puede afirmar que se trata de un paradigma científico-jurídico distinto al de la dogmática, dirigido por un interés diferente de conocimiento. Ese interés le hace resaltar en el Derecho su carácter de elemento de mediación social distribuidor del poder. Su cometido como ciencia es la denuncia de esa distribución formalmente jurídica y de su encubrimiento ideológico. Su alimento es la existencia de unas estructuras sociales reproductoras de un poder mal repartido. Por eso existirá como paradigma distinto al de la dogmática mientras exista la necesidad de la denuncia, o sea, mientras exista una diferencia entre lo proclamado por el Derecho y sus glosadores, y lo que se puede descubrir en un análisis social e histórico objetivo. Por eso la razón crítica, siendo práctica, es algo más que ella: es análisis social, económico y político.

E. Zuleta no percibe la diferencia entre dogmática y razón crítica porque parte de un concepto restringido de dogmática y le contrapone una razón práctica, prudencial y filosófica, superadora del formalismo jurídico. Sólo que esto deja las cosas más o menos como están.

Modesto SAAVEDRA

LA DOGMÁTICA JURÍDICA COMO PARADIGMA DE CIENCIA NORMAL

A propósito de una crítica de M. Saavedra

La crítica de M. Saavedra a mi *Paradigma dogmático y ciencia del derecho* ofrece una ocasión para reflexionar nuevamente sobre las posibilidades de una reconsideración de la tradición científica de la dogmática jurídica a la luz de algunas de las orientaciones actuales de la filosofía de la ciencia. Tal fue el propósito del libro y el alcance de mis enfoques de entonces, acotados no solamente por mis propias limitaciones, sino por la propia novedad de cuestiones que recién comenzaban a afrontarse. La crítica objetiva y rigurosa de Saavedra señala con acierto algunas lagunas que en trabajos posteriores al comentado he intentado superar. Ante todo, la falta de una profundización en los «presupuestos históricos externos» o presupuestos históricos sociales. A ello precisamente dediqué algunos cursos y artículos, luego recogidos en mi libro de 1982 *Razón política y tradición*. Comparto, pues, plenamente algunas de las demandas que deja traslucir la crítica de Saavedra, tales como la de «trascenderlo (al objeto de la dogmática) en la dirección de la historia real en la que funciona» o incluso su visión «alternativa» del derecho como elemento de mediación social, distribuidor del poder compartible en la medida en que la vaguedad de la expresión haga alusión al análisis social, económico y político como dimensiones insoslayables de la teoría jurídica y creo, sin embargo, que pueden existir ciertas diferen-

cias de fondo, no precisamente en el nivel de las palabras, sino más bien en el de nuestras respectivas presuposiciones implícitas. M. Saavedra identifica sin más mi propuesta de apertura de la ciencia jurídica hacia una concepción amplia de la racionalidad, con mi análisis de la alternativa que al respecto abriría la hasta hace un tiempo llamada «rehabilitación de la filosofía práctica». Hay en ello cierta confusión a la que mi propio texto puede haber contribuido. Mi posición al respecto es sin embargo clara: la tradición de la filosofía práctica y —menos— el intento actual de rehabilitación de la misma constituyen *uno* de los caminos que estimo fructíferos para la tarea de superación de la crisis actual de la dogmática. Pero estoy lejos de identificar la necesidad —superación de la crisis a través de una concepción amplia de la racionalidad científica— con una de las posibles vías para satisfacerla —la recuperación de la filosofía práctica—. Ello implicaría recaer en una perspectiva parcial como la que he intentado someter a crítica.

Por otra parte, M. Saavedra parece entender que mi reconocimiento del valor de la tradición científica aludida tiende «a una instalación de la misma en la argumentación jurídica, entendiendo por tal la argumentación sobre valores, fines y principios que pueden ser considerados elementos integrantes del ordenamiento». En este sentido, juzga que con ello no quedaría superada la dogmática, puesto que la misma habría perdido entonces su «ingenuidad objetivista», pero su actitud seguiría siendo la misma. Creo que la intención que se me atribuye está bastante lejos del texto de *Paradigma* y sí más cerca del propósito de M. Saavedra de reservar esa concepción amplia de racionalidad científica que propugno para lo que él llama «razón crítica».

Esta razón crítica «siendo práctica —dice Saavedra— es algo más que ella: es análisis social, económico y político» en tanto que mi razón práctica sería prudencial y filosófica, dirigida más bien a una superación del formalismo. Por mi parte, veo en este esquema una reducción difícilmente justificable de mi posición ya que al hablar de una concepción amplia de la racionalidad científica entiendo también reivindicar la perspectiva del análisis social, económico y político en términos no menos enfáticos que mi crítico. M. Saavedra no parecer ser ajeno a la tentación muy actual de intentar monopolizar para sí las virtualidades y hasta el prestigio social de una expresión como «razón crítica». Más cauteloso, al hablar en mi libro de «concepción amplia de la racionalidad científica» intenté invocar muchas de las cosas que tal vocablo evoca, evitando en todo caso la recepción acrítica de un tópico cuya vaguedad y ambigüedad presentaba más inconvenientes que ventajas. La crítica de M. Saavedra busca tal vez afirmar algo en lo que ambos seguramente coincidimos en un sentido general, aunque a costa de un recorte excesivo de los alcances de mi propia posición. Ello trae a mi memoria aquella admonición de Feyerabend a Laudan, cuando recuerda en sus *Problems of empiricism* la imagen del ladrón que reta a sus víctimas porque les faltan precisamente las cosas que previamente les ha robado.

Pienso, sin embargo, que más allá de esta «crítica de la crítica», la posición de M. Saavedra es también ocasión para hacer referencia a una cuestión a la que la teoría de los paradigmas científicos ha venido a aportar

luces decisivas. Me refiero al problema de la inconmensurabilidad de las teorías —en este caso de las propuestas programáticas—. Veo —¿adivino?— en la crítica de Saavedra muchos más puntos de encuentro que de separación. Al igual que él, creo que todo análisis de la cultura jurídica recibida debe comenzar necesariamente por una crítica —¿por qué no «denuncia», como pide Saavedra?— de las relaciones históricamente verificables entre sus productos y las estructuras sociales, económicas y políticas contextuales. En ello creo que sería de interés un análisis de esa crítica del Derecho como «otra» ciencia jurídica que parece sostener Saavedra, para apreciar las distancias que puedan separar nuestros enfoques respectivos. Los términos sucintos de su crítica parecen evocar lo que él mismo llama un «interés diferente de conocimiento», con lo que nos situaríamos en el plano de las distancias ideológicas. En este punto, debo reconocer a mi crítico que mi libro «deja las cosas más o menos como están», precisamente porque su intención fue la de conocerlas y no la de transformarlas. Creo que en el plano descriptivo en que situé mi trabajo hay posibilidades sugestivas de encuentro y concertación teórica hoy imprescindibles para afrontar con alguna perspectiva de éxito cuestiones científicas de una importancia que trasciende ampliamente las diferencias ideológicas.

Un ejemplo de ello pueden ser las mismas relaciones posibles entre el programa teórico contenido en *Paradigma* y el de M. Saavedra. Ese aislamiento desgraciadamente tan frecuente en nuestro orbe filosófico-jurídico hispanohablante me impidió conocer su *Interpretación del derecho e ideología* —publicado en 1978 en una edición universitaria— antes de escribir mi propio libro. El trabajo de M. Saavedra hubiera nutrido y enriquecido mi perspectiva ya que advierto en él coincidencias programáticas que resisten la diversidad de presuposiciones ideológicas. Al igual que Saavedra creo en las virtualidades de un enfoque que privilegie el análisis social, económico y político de los «presupuestos históricos externos», sin compartir, sin embargo, su idea de que «el derecho se hace a impulsos de la lucha de clases» (pág. 197). Afirmo rotundamente la necesidad de situar el problema de la politicidad del derecho en el centro mismo de un análisis científico del derecho, sin por ello concluir como él en que dicho carácter deriva de que el derecho «organiza a través de una voluntad normativamente expresada, unas relaciones sociales dominadas por relaciones de producción-explotación, o sea relaciones de clase» (pág. 185). Creo también en la perspectiva socialmente liberadora de la ciencia, pero difícilmente suscribiría sin matizaciones severas una afirmación como la de que «está claro que es la lucha de clases a todos los niveles, y especialmente la lucha de clases política en sentido estricto, la que mueva la historia. Esta lucha de clases tiene que ser preparada, actuada y potenciada en conexión con las restantes prácticas sociales llevadas a cabo por los agentes capaces de transformar la realidad» (pág. 183).

Son todos ejemplos de la posibilidad de encuentros en ciertas fases cruciales del análisis, por profundas que sean las distancias en las presuposiciones básicas. Ello ofrecería la posibilidad de una relativización de la inconmensurabilidad de los programas científicos y, por ende, la articulación de una alternativa consistente a la hegemonía de la dogmática como para-

digma de ciencia normal en el campo del derecho. Precisamente el nacimiento de la problemática de los paradigmas responde a este propósito.

Desde cierta crítica se ha visto en el tema una suerte de traducción de discusiones actuales en la teoría de la ciencia al campo de la teoría jurídica. M. Saavedra no parece ser ajeno a esta opinión, al menos en el ámbito reducido de su crítica a mi libro. Creo, sin embargo, que hay en dicha lectura de la cuestión un defecto de perspectiva, derivado de la concepción «académica» de la filosofía del derecho, entendida como traducción al campo del derecho de sistemas previamente existentes en el ámbito de la filosofía general. No me extenderé en la crítica a esta posición, por lo demás admirablemente criticada en conocidos trabajos de N. Bobbio. Lo que sí interesa subrayar como primera precisión es que quienes hacia finales de los años 70 abordamos la tarea de plantear el problema de los paradigmas científicos en la teoría jurídica, lo hicimos respondiendo a problemas muy específicos de la teoría jurídica —y no de la filosofía del derecho académica— de aquellos años. En primer lugar, los que planteaba la teoría de la justificación en el derecho una vez consumada la demolición del modelo kelseniano y de sus reajustes analíticos. En segundo lugar, los derivados de la recepción en el ámbito jurídico de la temática de la argumentación. En tercer lugar, los que suscitaba el propio agotamiento de la propuesta del positivismo lógico en el plano metodológico, situación que trascendía el plano de la ciencia del derecho, para referirse en general a campos muy diversos de las ciencias sociales (1).

La tarea fue, de algún modo, comunitaria, en el sentido que la expresión tiene en el contexto de la sociología de las comunidades científicas. Podría decirse que confluyeron en el problema de los paradigmas en la ciencia del derecho orientaciones y preocupaciones muy diversas, nutridas por tradiciones teóricas también distintas, a veces contradictorias. Un punto importante de cristalización fue sin duda el simposio internacional reunido en Melsinki en 1979 bajo el título *Argumentation in Legal Science* (2), como comienzo de trabajos y polémicas que continuarían luego en el seno del Grupo de Trabajo IV en el XI Congreso Mundial de la IVR celebrado en 1983 en Helsinki o más recientemente en el Grupo de Trabajo I en la Conferencia Internacional sobre Teoría Jurídica y Filosofía de la Ciencia, celebrado en Lund en diciembre de 1983. *Paradigma dogmático y ciencia del derecho* es, pues, parte de una tarea hasta cierto punto colectiva, cuyo contenido y alcances quedan reflejados ya en algunos libros de especial significación (3) y

(1) Más ampliamente, ZULETA PUCEIRO, E.: *Paradigma dogmático y evolución científica*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 22 (1982), págs. 277-280 y *Scientific paradigms and legal change*, en *VVAA: Essays in legal theory in honor of Kaarle Makkonen*, Helsinki: Oikeustiede Jurisprudentia, 1983, páginas 333-347.

(2) Los materiales entonces discutidos pueden verse en AARNIO, A, NIINI-LUOTO, I. y UUSITALO, J.: *Methodologia und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation, Rechtstheorie, Beiheft, 2* (1981).

(3) Particularmente, AARNIO, A.: *Denkweisen der Rechtswissenschaft*. Vienna-N. York, 1979 y *Rational as Reasonable* Dordrecht, en prensa y PECZENIK, A.: *The basis of legal justification*. Lund, 1983.

en trabajos monográficos que abordan un balance actual de la cuestión (4).

El rasgo común a las diversas contribuciones que el tema ha suscitado es tal vez el que se trata de desarrollos de teoría general nacidos fuera del ámbito disciplinar de la filosofía del derecho en el sentido académico y ligados más bien a preocupaciones nacidas en el ámbito de las disciplinas particulares, donde el interés por el problema del cambio teórico, por los marcos sociales y políticos del conocimiento y por los procesos de generación de matrices disciplinares y paradigmas ha ido extendiéndose de modo apreciable. Una valoración del alcance de la teoría de los paradigmas en el ámbito jurídico está ciertamente fuera del alcance de esta nota. Personalmente he estimado, desde un principio, que su principal valor está fuera de sí misma y más bien en sus consecuencias, esto es, en su acento provocativo de nuevos planteamientos y debates, en su potencial de crítica a la ideología, en su capacidad para remover obstáculos que traban y esterilizan el progreso científico. De hecho, la adquisición paulatina de prestigio e interés de la teoría en ambientes antes refractarios a todo lo que fuera cuestionamiento de la ortodoxia positivista, ha significado una apertura de los mismos a perspectivas interdisciplinarias, cuya fertilidad se verá seguramente confirmada en el futuro.

Las resistencias de la dogmática tradicional y de su correlato filosófico a la filosofía del derecho «académica» serán serias. No se expresarán a través del debate, sino a través de una actitud de negación de los problemas mismos. Al fin y al cabo, la «prohibición de preguntar» y el principio de no-negabilidad de los supuestos constituyen el rasgo esencial de la actitud dogmática. Resulta dudoso, sin embargo, que el *ethos* científico y cultural subyacente logre resistir por mucho tiempo el empuje de transformaciones profundas en sus presuposiciones de base. Creo que es esta convicción la que, más allá de eventuales intereses cognoscitivos diversos, comparto en el fondo con mi atento e inteligente crítico.

Enrique ZULETA PUCEIRO

(4) Cfr. especialmente DALBERG-CARSEN, J.: *Change of progress in legal science?*; NIINILUOTO, I.: *Truth and legal norms*; DE WILD, J. H.: *Progress in legal science* y ZULETA PUCEIRO, E.: *Scientific paradigms and the growth of legal knowledge*, todos ellos en las actas en prensa del XI Congreso Mundial de la IVR, Helsinki, 1979. Asimismo, BROEKMAN, J. M.: *Changes of paradigm in the law*; WEINBERGER, O.: *Objectivity and rationality in lawyers reasoning*; AARNIO, A.: *Paradigm in legal dogmatics*; WROBLESKI, J.: *Paradigms of justifying legal decision*; PECZENIK, A.: *Legal Data. An essays about ontology of law*, y ZULETA PUCEIRO, E.: *Legal dogmatics as a scientific paradigm*, todos ellos incluidos en las actas en prensa de la Conferencia Internacional de Lund, ya mencionada.

VI
RECENSIONES

Aulis AARNIO: «Philosophical perspectives in Jurisprudence». Helsinki, Acta Philosophica Fennica, vol. 36 (1983), 288 páginas.

Nacido en 1937, Aulis Aarnio es una de las figuras centrales del panorama actual de la teoría del derecho. Investigador de la Academia de Finlandia y catedrático de derecho civil de la Universidad de Helsinki, es autor de diez libros y alrededor de sesenta artículos dedicados a temas de derecho de familia y sucesiones, a los que suma, ya en su campo más vocacionalmente específico siete libros y más de setenta artículos sobre aspectos diversos de teoría general y filosofía del derecho. *Philosophical perspectives in jurisprudence* viene pues a sumarse a obras que han trascendido ya las fronteras escandinavas, entre los que cabe mencionar *On legal reasoning* (1977), *Legal point of view* (1978) y *Denkweisen der Rechtswissenschaft* (1979). El volumen reúne trece ensayos publicados entre 1977 y 1982, la mayor parte de ellos conocidos por el lector especializado, puesto que provienen de revistas y *readers* largamente difundidos. La recopilación refleja con fidelidad la diversidad de intereses y propósitos inspiradores de la obra de Aarnio en su conjunto y ello realza el valor y oportunidad de su publicación de conjunto.

Las obras específicamente filosófico-jurídicas de Aarnio son un producto más bien tardío de una trayectoria interelectual inicialmente volcada al trabajo dogmático en el ámbito del derecho civil. Su marco filosófico general podría ser el de lo que en palabras del propio autor podría denominarse *hermenéutica analítica*, perspectiva nutrida por influencias, entre las que destacan el segundo Wittgenstein, H. L. A. Hart y —más lejanamente— A. Ross, de quien el propio Aarnio fue alumno y discípulo. El resultado es un reflejo ecléctico y sugestivo de algunos de los cambios internos de la teoría jurídica analítica en los años setenta, particularmente de los derivados de la recepción de la hermenéutica existencial y la teoría de la argumentación de las transformaciones post kelsenianas de la teoría de la justificación y del impacto de las manifestaciones de la nueva filosofía de la ciencia en el campo de la ciencia jurídica. A una lectura abierta de Kuhn o Perelman, suma Aarnio un diálogo con figuras actuales como Von Wrigth, Wróblewski, Peczenik o Alexy, del que son expresión los ensayos ahora reunidos.

Un primer grupo de trabajos se refiere a cuestiones de demarcación conceptual y disciplinar e incluye los dedicados al estudio del desarrollo de la teoría jurídica en Finlandia, o al problema de la significación del elemento teórico en la investigación jurídica. Un segundo grupo incluye estudios dedicados en general a la valoración teórico-jurídica de enfoques filosóficos generales. En este grupo podrían situarse los dedicados al positivismo, a los problemas del derecho natural moderno, al aporte de la hermenéutica y de la última filosofía de Wittgenstein o a las proyecciones posi-

bles de la teoría de la acción sobre los problemas actuales de la decisión judicial. Un tercer grupo de ensayos afronta cuestiones clásicas de la teoría general, tales como el problema de la investigación de los hechos, la interpretación y la integración del derecho. Un cuarto grupo, reuniría aquellos trabajos referidos a campos, como la epistemología y sociología de la ciencia, tales como los referidos a la articulación de paradigmas en la investigación jurídica, a los fundamentos conceptuales de las investigaciones sobre política jurídica o a la teoría de la legislación y de su papel en el cambio social.

Por sobre su diversidad de temas, los trabajos compilados exhiben una visible unidad programática, cuyo sentido contribuye a destacar la vinculación profunda existente entre la filosofía de Aarnio y el contexto intelectual del pensamiento analítico hacia finales de los años setenta. Ya desde su tratado sobre testamentos de 1969, Aarnio postula la incorporación del concepto de juego de lenguaje al análisis de los procesos de decisión jurídica. Por esta vía, el enfoque wittgensteiniano proporciona las bases para una filosofía del lenguaje jurídico ligada a la teoría de la argumentación. Esta relación es a su vez susceptible de análisis en tres niveles distintos, adoptados por Aarnio en diversas partes de su obra. En primer lugar, el nivel propio de la justificación de la decisión jurídica —o interpretación—; en segundo lugar, la descripción (heurística) de dicha decisión; por último, la explicación en términos de intención de la decisión.

El tratamiento de los problemas sugeridos por estos tres niveles de posible consideración de la decisión, se expresa en una teoría de la argumentación jurídica entendida como teoría de la justificación de la decisión. Es éste tal vez el punto donde resulta más clara la deuda de Aarnio con la tradición realista y particularmente con Ross o, más recientemente, con Makkonen. Su reconstrucción del problema de la justificación desborda, sin embargo, este contexto originario y se proyecta hacia una síntesis de elementos de mayor enjundia. Así, por ejemplo, su preocupación por la elaboración de un marco teórico que haga posible la comprensión de la decisión en términos de acción se expresa a través de una recepción de la teoría de la acción, en tanto que en el debate en torno a la noción de verdad, opta por una noción de la misma en términos de coherencia. A partir de aquí, su teoría de la justificación aborda de modo sucesivo la definición de ciertas nociones de base tales como comunidad jurídica, consenso, aceptabilidad y audiencia, de extendida presencia en la epistemología contemporánea. Justificación es, para Aarnio, búsqueda de una coherencia que dependerá del consenso en la comunidad jurídica acerca de cuáles combinaciones de fuentes del derecho son aceptables como fundamento para la interpretación. Una distinción precisa entre aceptación (actual) y *aceptabilidad* le permite sortear las dificultades de una eventual reducción de la noción de verdad a los métodos de su verificación, a la vez que posibilita la introducción del concepto central de discurso racional. Este implica, para Aarnio, un cierto tipo de situación *ideal*: una interpretación es aceptable sólo si se presupone que los miembros de la comunidad jurídica alcanzan un consenso racionalmente fundado acerca de las bases de aceptabilidad. De este modo, el principio regulativo de la dogmática jurídica no es la «ver-

dad en términos de «correspondencia», sino la más aceptabilidad racional, definida en comunidades jurídicas concretas, a partir de criterios de aceptabilidad que reposan en la posibilidad de un lenguaje común, en la existencia de algunas evidencias empíricas y en el acuerdo en torno a un conjunto suficiente de valores.

La naturaleza misma de estas condiciones —que son las propias de cualquier proceso de comunicación— revela al mismo tiempo los límites de la argumentación. En este punto, Aarnio recoge del segundo Wittgenstein la noción de *forma de vida*. La base para el consenso y, por tanto, para la aceptabilidad es en definitiva la existencia de una forma de vida común a quienes participen en el acto de comunicación que la justificación implica. El tránsito hacia otra forma de vida, no es, sin embargo, materia de argumentación racional en el sentido ya mencionado, sino de *persuasión*. La nueva retórica, es recibida en este punto a través de un desenvolvimiento de la noción perelmaniana de auditorio (audience). La idea de discurso racional se vincula así a la noción de auditorio entendido como el conjunto de personas que participan en común de una forma de vida. En este punto, Aarnio reafirma los rasgos de una evolución que va desde una noción puramente *epistemológica* de la noción de «auditorio» —auditorio como pauta ideal de la justificabilidad de una conclusión determinada— expresada antes en trabajos como *On legal reasoning* y *Legal point of view*, hasta una idea actual primordialmente *normativa*, que enfatiza las condiciones de amplia relevancia social como objetivo de una conclusión.

De este modo, la cuestión de la verdad parece traspasar el ámbito de una teoría lógico-formal de la decisión para situarse en el de una sociología de las formas de vida y de los procesos de formación y cambio de los auditorios, paso que Aarnio no llega sin embargo a dar. La pregunta sería si esa disolución de la teoría del conocimiento jurídico en una sociología de las formas de vida que lo hacen posible, es un paso forzoso, condicionado por las premisas epistemológicas de fondo. La propia evolución de un pensamiento como el de Aarnio, siempre abierto a la síntesis e integración de perspectivas diversas hace prematura una respuesta definitiva. En tal sentido, su ensayo sobre articulación de paradigmas en la investigación jurídica y algunos ensayos posteriores a la recopilación comentada sugieren un interés creciente del autor por ese recurso al análisis sociológico como dimensión esencialmente complementaria de la investigación propiamente jurídica. Con ello entronca, acaso, con una de las líneas más netas de desarrollo posible de la dogmática tradicional, menos afín al paradigma hegemónico recibido que a una recuperación del modo «profético» propio de la etapa fundacional de la ciencia jurídica moderna.

Enrique ZULETA PUCEIRO

Ernst BLOCH: «Derecho Natural y dignidad humana», trad. F. González Vicen, Madrid, Aguilar, 1980, 331 páginas.

Ernst Bloch es un conocido y polifacético escritor de inspiración marxista, aunque no totalmente ortodoxa, que a través de sus distintas obras ha conseguido un bien cimentado prestigio. La obra reseñada contiene su —hasta ahora más importante aportación al pensamiento jurídico; intentaremos en estas páginas exponer sus líneas fundamentales.

El marxismo llamado ortodoxo entiende el derecho como una superestructura que representa un factor de dominación de la clase opresora frente a la clase oprimida, pues el derecho objetiva los intereses de la clase dominante. Para un marxista ortodoxo el derecho no es otra cosa que derecho positivo, y el derecho natural resulta algo inexistente. Sin embargo, en los últimos decenios algunos autores marxistas, sin salirse del todo del cuadro descrito, han mostrado un cierto interés por la idea del derecho natural y han intentado establecer un posible puente de unión entre la teoría marxista y el derecho natural. Estos intentos se inscriben dentro de lo que ha venido en llamarse el marxismo de rostro humano y dentro de los intentos de encontrar en la teoría marxista un reconocimiento a la dignidad del hombre.

El libro de Bloch es una teorización sobre el derecho natural en el que se entrecruzan dos cuestiones: qué ha representado el derecho natural a lo largo de la historia y qué puede entenderse por derecho natural, todo ello según los principios dogmáticos del marxismo.

La primera mitad del libro (pp. 12-155) contiene una «relectura» en clave marxista de las principales corrientes que han surgido a lo largo de la historia acerca de la noción de derecho natural. Para Bloch esas teorías —que en el fondo resume en tres: la antigua, la medieval tomista y el iusnaturalismo racionalista— representan la ideología de una clase social naciente que intenta subvertir el orden establecido o la ideología de la clase dominante. El positivismo jurídico que aparece después del iusnaturalismo moderno, sería el resultado del triunfo de la clase burguesa, que, una vez alcanzada la hegemonía con el apoyo del derecho natural racionalista, se habría despojado —como forma de consolidar su dominación— de una doctrina que contenía factores revolucionarios.

En la segunda mitad de la obra (pp. 156-284), Bloch, de acuerdo con su estilo difuso e imaginativo, trata de establecer la validez de la idea de derecho natural dentro de la visión marxista del hombre.

Dada la estructura dialéctica de la humanidad —lucha de clases—, la clase dominada se compone, en el plano económico, de *agobiados y oprimidos*, y de *humillados y ofendidos* en el plano de la justicia y el derecho. La utopía social diseña de antemano situaciones en las que dejan de existir los *agobiados y oprimidos*, mientras que el derecho natural construye situaciones en las que dejan de existir los *humillados y ofendidos*.

El derecho natural sería lo que hay de inmutable en el hombre a lo largo de la historia (historia dialéctica de lucha de clases) y se realizaría en la sociedad socialista sin clases. Eso inmutable es lo que llama *dignidad humana* y que él describe con la frase plástica de «El paso erguido». Esta dignidad

humana consistiría en «la intención del paso erguido». Aunque no explica directamente y con claridad en qué consiste esta intención, parece aludir con ello a la tendencia, a través de la lucha de clases, a alcanzar el ideal del hombre no alienado, que según la teoría marxista se dará en la sociedad socialista sin clases.

Sólo esa «intención del paso erguido» sería lo que de verdadero habría en la idea del derecho natural y lo que reflejaría su nota de inmutable. Para Bloch, siguiendo las tesis marxistas, no hay un ser genérico fijo en el hombre con cualidades estáticas, sino una transformación constante del hombre, pues el hombre es un producto de las relaciones sociales del momento. Lo único permanente que existe es la tendencia hacia la desalienación y en esto reside la dignidad humana.

Por lo tanto, ese derecho natural recibirá su realización plena en la sociedad sin clases. Esa sociedad sin clases es demasiado buena para eludir el derecho natural radical y su exigencia, y demasiado central para sustituirlo. El derecho natural subjetivo radical consistiría en la tesis marxista de *cada uno según su capacidad, a cada uno según su necesidad*; por su parte, el derecho natural objetivo radical se encontraría en la *solidaridad* (p. 241).

El libro termina con un apéndice dedicado al iusnaturalista alemán de la Ilustración Thomasio.

Bloch es un autor de un estilo muy peculiar, exuberante y poco lineal, lo que hace un tanto pesada su lectura. Ni en el estilo ni en el contenido puede negársele originalidad. Especialmente resulta original su enlace de la idea de derecho natural con el marxismo. Pero, fuera de lo indicado, Bloch sigue fiel a las teorías marxistas. Tanto lo que él entiende por dignidad humana como por derecho natural son cosas muy distintas de lo que por tal se entiende, no ya en la metafísica realista, sino en la filosofía kantiana o incluso en el relativismo. En realidad, la dignidad humana del paso erguido es un concepto vacío, que no indica otra cosa que la dialéctica materialista en cuanto movida por cierto factor de «nobleza» en el hombre, que Bloch en ningún caso explica. Más bien parece la intuición de una marxista que, habiendo vivido bajo el régimen comunista (como es el caso del autor), comprende que algo hay en el hombre que la dictadura marxista-leninista no respeta. Qué sea ese algo no lo dice Bloch, ni tampoco aparece en el libro, como no sea indirectamente a través de la sustitución de «alienación» por «humillación y ofensa».

El derecho natural en Bloch no es otra cosa que lo que el marxismo predica como fórmula de distribución y de recompensa del trabajo, así como la solidaridad entendida según la noción socialista de sociedad sin clases y, por tanto, sin lucha de clases. Sin embargo, es de notar que hable de *derecho* en la sociedad sin clases, ya que según la utopía marxista, con el advenimiento del comunismo, el Estado y el derecho desaparecerán. Bloch, que no niega tal desaparición, habla sin embargo de la pervivencia de un *derecho* natural. ¿Qué sentido tiene una tal postura? Parece que se trata de reintroducir en los esquemas marxistas la noción de justicia y, en consecuencia, un factor axiológico o moral en la sociedad de la utopía marxista. Con todo, al respecto Bloch es contundente: el socialismo, y más aún el comunismo, es lo que, durante tanto tiempo se ha buscado en vano bajo el nombre de moral. Puede

concluirse, pues, que Bloch es un marxista que ha intuito que algún valor tiene la tesis de la dignidad humana y del derecho natural, pero, encerrado en sus esquemas marxistas, la ha interpretado en clave de su propia ideología sin resultados sustanciales.

Esta ausencia de resultados no es de extrañar. La idea de dignidad representa —en sus orígenes— algo absoluto propio de la esencia (cfr., v. gr., Tomás de Aquino, I, q. 42, a. 2); y el derecho natural enlaza con la dignidad humana en cuanto expresión de la naturaleza, entendida como la esencia en cuanto es principio de operación. Fuera de estos esquemas, de indudable raíz metafísica, ni la dignidad humana ni el derecho natural pueden mantenerse en su sentido original; necesariamente significan otra cosa que algo consustancial e inherente al ser humano. Siempre serán algo no absoluto, sino *relativo*, pero entonces la dignidad humana y el derecho natural difícilmente representan cosa distinta de un *consensus* social. Lo cual supone una aguda aporía para toda doctrina que, de un modo u otro, se sustente sobre la estimación mayoritaria o el consenso social, pues en tal caso, ¿cómo señalar un límite —cómo resolver, por ejemplo, la cuestión de la legitimidad— a la voluntad social? Decir, v. gr., que la voluntad social lo puede todo menos renunciar a su soberanía es, en relación al relativismo consensualista, sencillamente incongruente. Porque si al menos esa renuncia no entra dentro de las posibilidades de la voluntad social, al menos eso es algo absoluto, expresión de un sustrato del ser humano que escapa al consenso y tiene existencia objetiva. Y esto representa admitir —por reducida que sea su extensión— el derecho natural en relación a una esencia del hombre no relativa ni sometida al cambio histórico.

Esta aporía es todavía más aguda en el marxismo, porque el mismo concepto de alineación resulta ininteligible sin ser una referencia a un nivel absoluto —dignidad, esencia— del ser humano. Si nada absoluto hay, ¿cómo puede haber alienación, que supone un término de comparación (lo que el hombre debiera ser) de modo necesario? ¿Por qué —si en el hombre todo se reduce a un haz de relaciones— un modo de producción puede ser alienante? Si nada hay fijo ni permanente en el hombre, ¿cómo hablar de alienación, que necesariamente supone un ejemplar —el hombre desalienado— que *debiera ser*, ya que de lo contrario carecería de sentido hablar del hombre alienado como situación a combatir y a extinguir? La contradicción interna del marxismo se revela, entre otras cosas, al parar el proceso dialéctico en la sociedad sin clases; si se afirma que a partir de entonces el proceso dialéctico no sigue ni vuelve a empezar, necesariamente ello postula un factor absoluto en el hombre, sin el cual todo el sistema marxista se falsea, pues de no existir tal factor absoluto el proceso dialéctico ha de seguir o recomenzar, alcanzada la sociedad sin clases. Pero la contradicción aparece ya insalvable si observamos que, de existir ese factor absoluto, el proceso dialéctico —tal como lo describe el marxismo— resulta imposible.

No es de extrañar que intentos como el de Bloch sean a la postre —pese a la brillantez y agudeza de su planteamiento y desarrollo—, del todo punto insatisfactorios. Dejan en el aire demasiadas cuestiones fundamentales sin resolver.

Javier HERVADA

José DELGADO PINTO: «De nuevo sobre el problema del Derecho Natural», Salamanca, Ed. Universidad de Salamanca, 1982, 34 páginas.

El presente trabajo es la lección inaugural dictada con ocasión del nuevo curso académico de la Universidad de Salamanca (1982-83). La finalidad del autor la explica él mismo cuando afirma que es «reflexionar públicamente acerca del sentido que puede tener en nuestros días tal disciplina (D.º Natural), dentro de los estudios de la Facultad de Derecho». Pero el profesor Delgado Pinto hace notar enseguida que el problema es de una mayor trascendencia, y «afecta al sentido mismo del Derecho como ordenación de la vida social, a las relaciones entre Derecho y justicia, y, en consecuencia, al modo como debe entenderse la ciencia jurídica y su enseñanza en la Universidad». De ahí el interés general del tema, que supera el ámbito de los especialistas.

Para realizar esta idea, el autor determina el significado básico de las dos grandes orientaciones teóricas que son el iusnaturalismo y el positivismo.

El iusnaturalismo queda esbozado en sus líneas históricas, y en síntesis, se presenta como ideario mínimo de todas las posiciones iusnaturalistas, en tres afirmaciones: existencia de principios o reglas de ordenación social que son universales, inmutables y cognoscibles por el uso natural de la razón; insuficiencia de dichas reglas o principios y necesidad de una autoridad a la que compete el establecimiento del derecho positivo y el hacerlo cumplir incluso por la fuerza; la obligatoriedad de los preceptos positivos depende de su no contradicción y respeto de los principios o reglas naturales de justicia.

El positivismo se configura también de manera esquemática, señalándose su postura en otras tres afirmaciones: la obligatoriedad del derecho positivo se debe al hecho de ser positivo, ya que se niega la validez de principios o reglas universales de justicia; se da un concepto de Derecho sin ninguna referencia a la justicia, entendido como conjunto de reglas coactivas establecidas por el poder del Estado; la ciencia jurídica, y en especial la figura del juez, no pueden más que aplicar el Derecho, sin crearlo, minimizándose la labor interpretativa de los jueces.

Entre ambas posturas hay continuos enfrentamientos, cuyos argumentos va exponiendo de manera sistemática el autor, lo que confiere claridad para entender ambas.

Del proceso de debate entre una y otra dirección, el profesor Delgado Pinto acaba aludiendo a la posibilidad de una tercera vía, intentada por muchos autores alemanes, que partiendo de una superación del positivismo, afirman a su vez un «horror iuris naturalis» (A. Kaufmann). Esta pretendida superación del positivismo deja el problema justo allí donde verdaderamente comienza, ya que se afirma que es constitutivo de las normas sus pretensiones de valer como justas y racionalmente fundadas, pero, «no establecen las bases teóricas que aseguren la legitimidad de tal tarea como capaz de ser llevada a cabo racionalmente». Esto lleva al profesor Delgado Pinto a concluir que «sin una reconstrucción de la competencia práctica de nuestra razón resulta ilusoria cualquier pretendida superación del positivismo jurídico radical».

Desde esta perspectiva, el autor cierra su trabajo con una serie de consideraciones sobre el proceso de degradación que ha sufrido la competencia de

la razón práctica en la filosofía moderna y contemporánea, y los intentos precedentes, fijándose especialmente en los de Habermas y Rawls.

El otro pilar o aspecto básico de toda la problemática del Derecho natural es la del concepto de naturaleza. Pero este es un problema que va a remolque de cómo se entienda la competencia de la razón práctica.

El profesor Delgado Pinto concluye su trabajo volviendo a su pregunta inicial sobre el sentido del Derecho Natural. Este se presenta como algo polémico, de cuya historia doctrinal surgen numerosas dificultades. De la historia del iusnaturalismo se pueden obtener numerosos aspectos perdurables, como la idea de necesidad de fundamentación de las normas... Pero la existencia de un derecho natural como un orden ideal de principios o reglas perdurables, universales y cognoscibles es algo más problemático en la época actual, debido a que los soportes de esta idea (concepto de naturaleza, competencia de la razón práctica) se discuten en la filosofía moderna.

Todo esto lleva al autor a concluir que «a mi juicio, revisten el mayor interés los intentos de delinear las condiciones de una situación hipotética de discusión racional que, asumida idealmente, nos permitiría enunciar no sólo fórmulas vacías, sino verdaderos principios materiales de justicia universalmente válidos, es decir, que habrían de ser tenidos en cuenta para la ordenación justa de cualquier sociedad. Sólo que tales principios habría que considerarlos como sometidos siempre al contraste racional y, por otro lado, únicamente nos proporcionarían unos puntos generales de referencia en el esfuerzo por encontrar soluciones justas a los problemas concretos que plantea la convivencia en cada sociedad histórica».

El trabajo del profesor Delgado reviste las características de la claridad en la exposición, y a la vez la profundidad, el ir al fondo de la cuestión analizando los problemas que surgen en el tratamiento del difícil tema del Derecho Natural, buscando el alcance de la posibilidad del mismo, que el autor supone abierta, y la necesidad de la fundamentación racional del Derecho positivo.

José Antonio GARCÍA

Elías DÍAZ: «La sociedad entre el derecho y la justicia», Barcelona, Salvat, 1982, 64 páginas.

En las sesenta y cuatro páginas que componen el libro, presenta Elías Díaz una sintética y útil visión de los temas más importantes de la Filosofía del Derecho. En el tema I, dedicado al «Prestigio y desprestigio del Derecho», donde, después de advertir de la desvinculación entre validez y legitimidad (como opinión personal crítica sobre el Derecho) escribe que «lo que sí dependerá (junto a otros factores) de esos juicios éticos individuales y de grupo es su prestigio o desprestigio y, desde ahí, sus mayores o menores posibilidades y niveles de legitimación y, con ello, de su eficacia social y, hasta en última instancia, de la legitimidad misma de tal Derecho».

Al hablar aquí de *legitimidad*, se refiere a lo que, en ocasiones, denomina como *legitimidad crítica* (frente a la *legitimidad sociológica* y la *legitimidad legalizada*). Pero podemos preguntarnos ahora: ¿Cómo es posible que la legiti-

midad dependa de su aceptación?, ¿no es justa o injusta la norma con independencia de la consideración social de que sea objeto? Desde la perspectiva, por ejemplo, de un Iusnaturalista, sí. Pero el concepto que Elías Díaz tiene del Derecho entronca claramente con el pensamiento democrático. En consecuencia, difícilmente se puede considerar como justo un criterio de legitimidad, que, al no ser aceptado por el pueblo, tenga que serle impuesto.

En un tema de tanto interés como el titulado «La ley del más fuerte», se analizan las interrelaciones entre Derecho y Ética, mas no planteadas aquí al modo de la tradicional problemática de nuestros programas, en orden a entender si el concepto de Derecho conlleva el de Justicia, sino que, partiendo de la diferenciación de conceptos admite que, la segunda constituye un ideal del Derecho. Analiza, así, las vinculaciones posibles, tanto entre Derecho y fuerza, como entre Derecho y Ética, defendiendo la tesis —que demuestra un respeto evidente a cualquier legislación en vigor— de que «los Derechos fundamentales (exigencias éticas más bien) no son propiamente derechos (subjetivos) que pudieran invocarse y encontrar jurídica y estatal protección, cuando el Derecho subjetivo no los reconoce en sus normas».

Esta tesis, que reitera una concepción del Derecho defendida a lo largo de su obra, no supone, como dije, un sacrificio de la Justicia: La Justicia constituye siempre un ideal del Derecho, un valor jurídico; pero un valor que, como tal, pide ser contemplado y protegido por la norma. ¿Y si no lo fuere? Entonces la norma vigente es la injusta. Pues el autor, si bien reconoce que la Justicia es un valor jurídico, sabe también que no es el único. Junto a la justicia brilla la seguridad, la seguridad jurídica, la certeza de derecho, el saber a qué atenerme al decidir mi conducta; lo que, al menos, me permite una actuación tranquila. Por eso escribe textualmente: «En conexión con ello, el Derecho es asimismo un sistema de seguridad, un factor de certeza, estabilidad y disminución de riesgos, tanto para la sociedad, como también, en mayor o menor grado, para los individuos». Y continúa, concluyendo clara y críticamente con lo que significa un sistema de seguridad: «En este sentido es mejor que cualquier sistema de decisionista arbitrariedad. Con el Derecho y sus normas, al menos, sabe uno a qué atenerse (que diría Ortega), sabe uno, aunque no siempre sin incertidumbres, lo que está prohibido, mandado o permitido».

«El Derecho como obstáculo al cambio social» y «El Derecho como factor de cambio social» son temas a los que, con frecuencia, se ha dirigido el autor de este libro y que aquí también trata. No desconoce —al contrario, lo deja bien patente— el carácter conservador que puede encontrarse en cualquier Derecho. «Pero —escribe—, ¿es sólo eso inevitablemente el Derecho? Es decir, ¿ha actuado siempre en la historia como elemento retardador e inmovilista?». Y del capítulo titulado «El Derecho como factor de cambio social», transcribimos lo que podemos considerar como tesis central en relación con la pregunta formulada: «Las instituciones representativas de la voluntad colectiva y popular posibilitan crear un Derecho apto para el cambio social progresivo; los mecanismos de suplantación de tal voluntad tienden, por el contrario, a crear un Derecho que garantice el inmovilismo del *statu quo*, cuando no, la interesada regresión de toda una sociedad. Resumiendo, a continuación, que «El Derecho en las democracias representativas, será así factor de cambio

en la medida en que contribuya a autentificar y profundizar esa voluntad popular, ayudando, a su vez, a la progresiva toma de conciencia sobre nuevas legítimas necesidades y exigencias de tal sociedad».

Y, junto al estudio del Derecho como factor de cambio, otro capítulo está dedicado al estudio de su problemática extinción, siempre en el pensamiento de K. Marx; en el que no encuentra razones de suficiente solidez, más aún, ni siquiera convicciones, de que el Estado desaparezca. Escribe, en tal sentido: «El dogma de la extinción del Derecho y del Estado se transforma, para Marx, a lo largo de su obra, en cuestión necesitada de un riguroso análisis científico».

Elías Díaz presenta hasta el momento, en la obra que estudiamos, una temática cercana, si no, claramente situable en una Filosofía Política. Sin embargo, tampoco los temas filosófico-jurídicos, estrictamente, son olvidados por el autor. Dedicó, en este sentido, capítulos a los métodos de la Ciencia Jurídica, a la Sociología del Derecho, así como a la delimitación entre los conceptos de Ciencia y Sociología del Derecho, mostrando el interés que, para el jurista tiene el conocimiento sociológico-jurídico.

Al referirse a la aplicación del Derecho, se inclina, frente a las distintas concepciones (Formalismo, Sociologismo, Iusnaturalismo), a las que considera como formas de reduccionismo, por una consideración crítica de la norma válida, a la luz de una escala de valores actualizada y de las consideraciones sociológicas que, al jurista se le ofrezcan.

El concepto del Derecho que defiende es el mismo que el que viene exponiendo a lo largo de su obra. Lejos del reduccionismo de signo Iusnaturalista (el Derecho quedaba reducido a la Justicia) o del reduccionismo de signo positivista (la Justicia queda reducida al Derecho, o, mejor: No es concebible un criterio de lo justo de signo trascendente, sólo nos es dado acudir al Derecho) el citado profesor se adhiere a aquella concepción, que, sin dejar de entender la normativa que reúne determinadas condiciones, exigibles por el concepto positivista del Derecho, como Derecho, la entiende como referida a un criterio de lo justo, y, en consecuencia, como criticable desde perspectivas axiológicas más altas.

En este orden de cosas, Elías Díaz no descuida, en el libro que comentamos, una interesante referencia al tema de la Justicia. Se pregunta, referido a tal tema: «¿Cuál es el puesto de la razón, de la razón práctica, en la ética y en la política?, ¿cómo llegar en cada momento a la correcta objetividad, a la verdad y a la racionalidad ética? «Pero, consciente de las dificultades que la cuestión anterior nos plantea, escribe, a continuación: «No se contesta aquí ni se puede contestar definitivamente a todas estas preguntas planteadas en su última radicalidad: la verdad, sin embargo, es que tampoco es seguro que nadie lo sepa». Se conforma, así, con formular varios criterios metodológicos de utilidad innegable «para avanzar en una, hoy por hoy, suficiente justificación racional y objetiva». No descuida en este capítulo, al contrario, lo pone en primer lugar, lo que viene siendo una constante definitoria de su pensamiento: el pluralismo ideológico. Pero, en este sentido —y en consonancia ahora con sus convicciones socialistas— apunta a las conexiones ideológico-económicas que es preciso analizar. «Desde ahí —escribe— será posible ejercer una crítica del pluralismo (fraccionamiento) asentado realmente y de modo

necesario en, por ejemplo, una estructura social que mantiene, o hace mayor, la desigualdad humana; es decir, una crítica del pluralismo que no es sino reflejo ideológico, encubridor de la desigualdad real entre los hombres».

Hace una referencia a la autonomía relativa de la Ideología, ya expuesta su libro *Legalidad y Legitimidad en el Socialismo Democrático*, en la que parece oponerse a la concepción del Marxismo, tanto en la interpretación de signo mecanicista, como en la de signo dialéctico, y con respecto a la cual el que esto escribe mantiene algunas dudas. La tesis se expresa en estos términos: «Las divergencias filosóficas (concepciones del mundo y juicios de valor) no son simples emanaciones mecánicas de las divergencias (desigualdades) socioeconómicas: la superestructura posee su propia autonomía». Y continúa, centrándose de lleno en el tema que nos ocupa: «El pluralismo ético, cultural y crítico, no es, pues, un mero reflejo del carácter clasista de nuestra sociedad». En otros términos, que el pluralismo ideológico subsistirá y es conveniente que así sea en la sociedad socialista.

Entiendo yo que la presente tesis, a parte del problemático grado de aceptación, no se encuentra, como dije, muy en la línea de un marxismo auténtico; pues, si una ideología constituye una determinada concepción de lo social, en consonancia con los intereses de esa clase que es sujeto creador y mantenedor de la misma, y si desapareciera la sociedad capitalista tales conflictos de clase desaparecen, y, con ellos, los conflictos ideológicos, ¿qué sentido tiene hablar de *pluralismo ideológico* en esa sociedad socialista? (Porque la idea de Elías Díaz va en esa línea de admitir que el pluralismo ideológico tiene origen burgués, pero será recibido por la sociedad socialista).

No he presentado en las líneas que anteceden una descripción exhaustiva de los puntos de la obra que ofrecen interés; entendiéndolo, sin embargo, que con los temas tocados, puede ya el lector formarse un juicio sobre el valor de este libro. Sólo resta hacer notar que, junto a las aportaciones de fondo, el estilo sencillo y ameno con que el libro está escrito, contribuye al agrado e interés con que se hace la lectura.

Norberto ALVAREZ

Antonio FERNANDEZ-GALIANO, «Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho», 3.^a ed., Madrid, 1982, 404 páginas.

La estructura metodológica de la obra, con un profundo sentido didáctico, responde por su contenido y estilo al modelo de libros jurídicos de introducción filosófica al Derecho. Sacrifica prudentemente las formas académicas en bien de una mayor precisión pedagógica. Su exposición es, por tanto, clara y sencilla.

Comienza el libro con una exposición de conceptos preliminares que constituyen los conocimientos básicos para una comprensión progresiva de los problemas que se plantean.

En el tema del conocimiento, el profesor Fernández-Galiano adopta una postura realista, fundamentando su posición en la metafísica de Aristóteles. Par-

tiendo de la afirmación aristotélica de que todos los hombres tienden por naturaleza a saber, y ante las distintas actitudes posibles ante el problema epistemológico, se inclina por la actitud dogmática, aunque «prudente y cauta» como el mismo autor señala «consciente de lo mucho de velado que hay todavía en el conocimiento».

Con respecto a las otras dos posturas, escepticismo y relativismo, la crítica a la primera se resume en las palabras de Ortega «Suicidio dialéctico», y en cuanto a la segunda, en el hecho de la imposibilidad de llegar a la afirmación de una verdad con valor universal.

El fenómeno del conocimiento queda definido como «Proyección del sujeto fuera de sí mismo, para captar realidades que le son ajenas interiorizándolas... representándolas en sus potencias cognoscitivas».

El tema de los modos o grados del conocimiento, que evidentemente tiene íntima analogía con los modos sustanciales del ser que estudia la metafísica, y que son aquellos que representan mentalmente a las cosas, diferenciándolas sustancialmente y por lo que las cosas pasan a ser objeto de entendimiento, son el modo sensible, que representa la apariencia de las cosas, el modo científico, por las causas segundas, y el modo filosófico por las causas primeras.

Derivado de esto, el profesor Fernández-Galiano pone de manifiesto dos sentidos de la palabra ciencia. En sentido amplio, como conocimiento sistemático y por sus causas, y en sentido estricto, como conocimiento sistemático y por causas, pero comprendiendo solamente las segundas y distinguiéndose de este modo la filosofía de la ciencia.

Se da, de la filosofía una definición eminentemente formal considerándola como ciencia en sentido amplio, por tanto como conocimiento de todas las cosas por sus últimas causas, y, como señala Hernández Gil, refiriéndose al pensamiento filosófico jurídico del autor, «el saber filosófico no es, para Fernández-Galiano, un saber del saber, sino un saber directo, más esencial, pero no superpuesto al saber científico».

En la división de la filosofía sigue el criterio Aristotélico Tomista, localizándose la filosofía jurídica dentro de la ética y en este sentido le da la consideración de «ética especial».

Derivado del hecho de que toda realidad puede ser conocida de dos maneras, es decir, por sus causas primeras (conocimiento científico) o por sus causas últimas (conocimiento filosófico) y dado que el Derecho es una realidad social que, por tanto, incide directamente en el comportamiento humano, se plantea la pregunta de si es posible un estudio filosófico del Derecho existiendo ya una ciencia jurídica, a lo cual el autor da una respuesta afirmativa, ya que filosofía del Derecho y Ciencia del Derecho son dos perspectivas distintas de una misma realidad, y la filosofía intenta dar respuesta a problemas a los cuales la ciencia del Derecho no va a poder responder, como, por ejemplo, el porqué el Derecho obliga las voluntades de los hombres.

Metodológicamente adopta una actitud pluralista al abordar como objeto de la filosofía del Derecho, el Derecho en su realidad íntegra. Comparte así la tesis tridimensional de Miguel Reale, huyendo de las tesis monistas y dualistas, y concibiendo el Derecho como hecho social, como valor y como norma, pero consciente de la necesidad de la íntima conexión que debe darse entre estos tres elementos, no considerándolos aisladamente. Como consuen-

cia de esto va a introducir la axiología jurídica como rama fundamental de la Filosofía del Derecho, estudiando a éste en su dimensión de valor. «El objeto de la axiología es el estudio del fundamento del derecho positivo».

La relación entre Filosofía del Derecho y Derecho Natural se resuelve en una autonomía meramente sistemática del Derecho natural, que queda vinculado lógicamente y metodológicamente a la Filosofía del Derecho por sus últimas causas y el Derecho Natural reduce su investigación al estudio del fundamento del Derecho, axiología jurídica, destacándose que la distinción entre ambas disciplinas «es en razón de la extensión de las mismas».

Un aspecto interesante lo constituye, dentro de la obra, la idea del concepto de Derecho, ya que se parte de un concepto elemental y previo del mismo, susceptible de sucesivas profundizaciones a medida que se avanza en el conocimiento de la realidad jurídica. Se llega al mismo por la triple vía de localizar el Derecho en el lugar ontológico que le corresponde, contemplarlo a través de los rasgos psicológicos del hombre en relación a lo jurídico y, por último, mediante el análisis etimológico de los términos «Ius» y «Derecho».

Por lo que se refiera a la localización de lo jurídico, y siguiendo la clasificación de Hartmann, se sitúa en la región ontológica de lo racional por cuanto el Derecho no es de naturaleza corpórea ni inorgánica, ni biológica, ni tampoco puro psiquismo; el Derecho se instala en el reino de la vida humana como orden regulador de conductas, implicando de suyo un comportamiento de elección de las mismas.

Con una visión moderna y con base en los estudios psicológicos actuales, destaca el profesor Fernández-Galiano, la presencia innata en el hombre de lo que denomina «instinto jurídico» y «sentimiento jurídico».

Por último, y al referirse al análisis etimológico de los vocablos «Ius» y «Derecho» y a partir de un profundo estudio lingüístico, llega a la conclusión de que la etimología del vocablo «Ius» nos lleva a una raíz indoeuropea que permite asignar a la noción de Derecho la idea de «unión o relación ordenada entre personas». En el estudio etimológico del término Derecho que así mismo se deriva de una raíz indoeuropea, encuentra el autor la idea de rectitud y enderezamiento, y así, combinando estas nociones, aparece el Derecho como «ordenación de la convivencia humana mediante la imposición de unas conductas de rectitud».

Se destaca asimismo la polisemia del término «Derecho» en cuanto expresa una pluralidad de significados: Derecho como norma, sentido objetivo; Derecho como facultad, en sentido subjetivo, Derecho como expresión de ideal de justicia, en sentido de valor, y Derecho como saber humano aplicado a la realidad jurídica, es decir, Derecho como ciencia. Desde el punto de vista lógico-formal el término Derecho es un término análogo considerándose como analogado principal al Derecho en sentido objetivo, o Derecho como norma, siendo los demás analogados secundarios.

Importancia fundamental para la comprensión del pensamiento del autor tiene el tema del objetivismo jurídico, en cuyo desarrollo se advierte la amplitud y flexibilidad de su pensamiento al dar cabida a cualquier concepción del Derecho natural a partir de la existencia de un «algo» superior que sirva de fundamento del Derecho positivo y de límite para el mismo; destacando que esa realidad superior es «objetiva y jurídica».

De este modo enlaza con el pensamiento de autores como Radbruch, y las corrientes de la literatura jurídica alemana sobre la naturaleza de la cosa, filosofía de los valores, etc., que, si bien no parten de los mismos fundamentos ni utilizan los mismos argumentos, si coinciden en señalar la subordinación del Derecho positivo a una realidad metajurídica, que sirva de fundamento y de límite al mismo.

Este sería un concepto de Derecho natural en sentido amplio, en el que se alude de modo genérico a toda la realidad de la naturaleza que se imponga necesariamente a los hombres y que el legislador haya de tener en cuenta al dictar las normas, frente a un sentido estricto de Derecho natural que es el fundamento en la naturaleza humana tal como lo entendió la concepción metafísica clásica formulada por Aristóteles e inserta en la filosofía tomista. Afirma, por tanto, el profesor Fernández-Galiano la existencia del objetivismo jurídico como género, en el sentido de que «todo Iusnaturalismo será un objetivismo jurídico, pero no a la inversa».

El Derecho natural queda definido como «aquel orden normativo de la vida humana de convivencia que procede de una serie de datos o factores de todo orden y entre ellos, por supuesto también la naturaleza humana entendida al modo clásico, que condicionan esa vida convivente». Al referirse a «factores de todo orden» es evidente que se dé entrada a la sociología dentro de la filosofía del Derecho.

Tema fundamental de la filosofía jurídica es el de la positividad del Derecho. El profesor Fernández-Galiano plantea dicho problema a partir de la positividad o no del Derecho natural, es decir, el Derecho natural, ¿tiene carácter normativo o se reduce a un conjunto de principios éticos o morales?, tema muy debatido por la doctrina, ya que el positivismo jurídico niega sistemáticamente al Derecho Natural su carácter jurídico.

Para resolver este problema el autor parte de la consideración previa de si la positividad es o no nota esencial del Derecho, refiriéndose para ello a las tesis que sobre este punto mantienen Del Vecchio y el profesor Legaz.

Del Vecchio da una solución negativa al concluir que la positividad es un elemento accidental al Derecho, al identificar positividad con vigencia efectiva. Considerada de esta manera la positividad, no tiene sentido negar la condición jurídica al Derecho natural por carecer de esta nota. Legaz le va a dar un sentido distinto, al considerar la positividad como pretensión hacia la vigencia y considerarlo nota esencial al Derecho.

A partir de estas dos concepciones resuelve el profesor Fernández-Galiano el problema de la positividad del Derecho Natural en la distinción entre «un derecho concreto, históricamente dado» y «el Derecho como realidad esencial e intemporal». En el primer sentido va a aplicar el concepto de positividad de Del Vecchio, pero con una diferencia fundamental, ya que Fernández-Galiano considera la positividad o vigencia como nota esencial y concluye, en lo que hace referencia al Derecho natural, que en el momento en que éste se concreta en un ordenamiento «habrá que afirmar su condición de tal derecho». En el segundo aspecto, «Derecho como realidad esencial e intemporal», aplica el concepto de Legaz; para ser Derecho le bastará con su pretensión de vigencia concretada en su referencia a lo social, y, como

es evidente que el derecho natural posee esa referencia, concluye que el Derecho natural tiene carácter jurídico.

En lo referente al contenido de la ley natural se critica tanto la posición maximalista, representada por la escuela racionalista del derecho natural, en cuanto que vulnera el carácter universal de los preceptos naturales, como la posición minimalista que vulnera la imperatividad del Derecho, ya que concebir el Derecho natural como conjunto de principios éticos o valores es negarle su condición jurídica. Adopta la solución tomista en cuanto basa el contenido de la ley natural en «Las tendencias básicas a las que deben adecuarse los mandatos y prohibiciones de la ley natural», pero teniendo en cuenta que el hecho de un mejor y más profundo conocimiento de la naturaleza humana, como, acertadamente señala el profesor Fernández-Galiano, permitirá dar un contenido más amplio al que en su doctrina dejó establecida Santo Tomás.

No podía faltar en la obra la referencia a un tema de tanta importancia y tan de actualidad como es el relativo a los derechos fundamentales. Basa el fundamento ontológico de estos derechos en la naturaleza humana, de donde deriva su carácter de imprescriptibles, inalienables e irrenunciables. se destaca asimismo la importancia que tuvo el cristianismo en la elaboración del concepto de persona, concepto previo a toda formulación de una teoría de los derechos subjetivos, a partir de la cual se elaboran las distintas formulaciones sobre el fundamento de los derechos humanos.

El autor expone y hace la crítica de algunas de estas posturas como la relativista, de Norberto Bobbio, la axiológica fundada en la realidad de unos valores que se dan en la persona humana, la que califica como tesis logio-sociológica de Perelman, así como la postura legalista defendida por Peces Barba, que supone considerar como fundamento de los derechos humanos no una norma suprapositiva, sino las fuentes del ordenamiento jurídico positivo.

La posición mantenida por el profesor Fernández-Galiano se encuadra dentro de la corriente Iusnaturalista, es decir, reconoce como fundamento de los derechos humanos un «orden superior y objetivo», por tanto de carácter universal y al que se puede recurrir siempre.

Una vez más nuestro autor acude a la idea del objetivismo jurídico, como doctrina amplia, en la cual tenga cabida todo Iusnaturalismo.

En otro orden de cosas, la obra nos ofrece una amplia exposición del Iusnaturalismo y su historia. Partiendo del pensamiento griego, se va pasando, de modo gradual, por las distintas etapas históricas, dedicando una especial atención al pensamiento cristiano y a su influjo en la filosofía jurídica. Asimismo se nos ofrece, ampliamente detallada una visión de la escuela racionalista del Derecho natural para llegar al siglo XIX, en el cual hay una reacción contra el racionalismo hasta entonces vigente, expresada principalmente en la Escuela Histórica del Derecho de Savigny, y desde otra perspectiva, por el positivismo, en sus diversas manifestaciones, negadoras siempre de toda realidad jurídica al derecho natural.

Por último, hay que resaltar el esfuerzo realizado por el autor para recoger y ofrecernos la gran variedad y la gran riqueza de las corrientes filosóficas del siglo XX; así encontramos recogida la filosofía de los valores, el existen-

cialismo, la neo-escolástica, el neo-kantismo, la restauración del Iusnaturalismo y finalmente, la doctrina de la naturaleza de la cosa. Como el propio autor señala todas estas doctrinas se exponen teniendo en cuenta el hecho de que al ser corrientes actuales y al estar en evolución constante, «no es posible dar una visión cerrada de las mismas».

El libro contiene una última parte dedicada al hombre y sus actos, en la cual se estudia al hombre como sujeto del Derecho, para finalizar con el tema, siempre debatido, de la distinción y la relación entre moral y derecho, ya que el hombre es tanto sujeto del orden moral como del orden jurídico, concluyendo con la subordinación del derecho a la moral.

Consideramos muy valiosa la aportación del profesor Fernández-Galiano por cuanto su pensamiento es expresión de la creencia en la necesidad de un orden superior que limite y salvaguarde los derechos de la persona contra los posibles abusos y tragedias derivadas de otras visiones del orden jurídico. Por otra parte, este trabajo es una muestra más de la altura científica del autor fundamentada en un conocimiento exhaustivo de todas las escuelas filosófico-jurídicas, como se demuestra en la amplia bibliografía que nos ofrece al final de cada capítulo, y que asimismo es una muestra más del interés del profesor Fernández-Galiano por el alumno, a quien en primer lugar va dirigido el texto, y el cual va a encontrar en ella una ayuda eficaz para empezar a ahondar e investigar sobre cualquiera de los conceptos expuestos en el texto.

María Salud de GREGORIO BURGOS

Vittorio FROSINI: «Cibernética, Derecho y Sociedad», trad. C. Salguero-Talavera y R. Soriano Díaz, Madrid, Tecnos, 1982, 190 páginas.

«Cibernética, Derecho y Sociedad», en palabras de su autor, «representa una primera tentativa de síntesis» en torno a los más esenciales problemas que se suscitan actualmente en los ámbitos jurídicos y socio-políticos, motivador por la inexorable aplicación de la informática y la tecnología electrónica a sus formulismos estructurales e institucionales. Vittorio Frosini intenta ofrecer al lector «una especie de guía» de un ámbito que todavía no le es familiar al estudioso sobre temas jurídicos y políticos, para despertar y estimular su interés sobre estas nuevas formas de pensamiento y de experiencia. La obra que comentamos, pues, evita la profundidad exhaustiva de los temas tratados, constituyendo, no obstante, una seria y autorizada selección de las cuestiones más actuales y trascendentes, cuya exposición aborda el autor con una visión crítica, a igual distancia de una adhesión precipitada que de una añoranza conservadora a ultranza.

¿Es posible el Derecho Artificial? ¿Es posible, en la práctica, aplicar a la Ley una metodología que la convierta efectivamente, según las palabras de Aristóteles, en una «inteligencia desprovista de pasiones», es decir, inspirada por una nacionalidad pura? Esta cuestión, referente a la posibilidad de un futuro para el Derecho como producto obtenido de aplicar los inventos

electrónicos a la resolución de problemas jurídicos mediante la lógica simbólica importada de la filosofía matemática, es la primera planteada por el autor. No debe ser tomada como producto de una mentalidad dada a la fantasía esta cuestión. El filósofo, jurista, sociólogo, comentarista político y experto conocedor de la tecnología contemporánea, Vittorio Frosini, es quien reflexiona sobre esta posibilidad indicando que el pensamiento jurídico, cuyo interés viene oscilando pendularmente entre el principio ético y el principio lógico o formal de la jurisprudencia, germina hoy en un ambiente de intolerancia por los aspectos ideológicos o emocionales del Derecho. Tras el método de aplicación mecánica de la Ley por el juez que invocó el siglo XVIII, se pasó a hacer valer «el espíritu del pueblo» como protesta contra el racionalismo jurídico en el siglo XIX, a propiciar «el Derecho libre» en los comienzos del XX para, después en el período de entreguerras, promover la concepción positivista técnico-formalista del Derecho y, finalmente, tras la segunda gran guerra, fomentar toda «la literatura de la crisis del Derecho», a la que siguió una revaluación del iusnaturalismo de tradición católica. Dice el autor que los signos de nuestro tiempo son esa intolerancia por los aspectos ideológicos y emocionales del Derecho, la aplicación de los instrumentos electrónicos a la previsión probabilística de los comportamientos de los jueces y al cálculo algorítmico de los datos de la sentencia judicial y la proliferación de técnicos, profesores, investigadores, etc..., que estudian las aplicaciones tecnológicas de la automatización y de la electrónica al Derecho, desde Norbert Wiener y Lee Loevinger.

Frosini conoce las investigaciones de Glendon Schubert sobre las actitudes mentales en el desempeño de la función judicial y del comportamiento respecto al voto de los jueces del Tribunal Supremo de los Estados Unidos; igualmente está informado sobre los objetivos de desarrollo que se han propuesto por Djangir A. Kerimov a la aplicación de la cibernética en la Unión Soviética; no olvida, asimismo, las críticas que J. J. Spengler ha formulado a la «justicia hecha a máquina», ni las que el filósofo materialista-dialéctico Viktor Knapp hizo al «Derecho artificial», así como un largo etcétera que no es preciso reseñar para comprobar su profunda información.

Respecto al posible, llamado «Derecho Artificial», Frosini manifiesta ser un mito que ejerce particular atracción en sociedades de tecnología avanzada, suscitando perplejidades y suspicacias allí donde el sentido crítico de los juristas se alimenta de la tradición humanística. «Se debe acceder —dice— a esas perspectivas nuevas de pensamiento y de experiencia que el progreso científico general ofrece al estudioso del Derecho», con lo que practica una postura vanguardista, no exenta de serena prudencia.

Otro tema sobre el que reflexiona Frosini lo constituye el de la automatización administrativa. Esta cuestión adquiere particular exigencia práctica en el Estado actual, devenido del «gouvernement des hommes» del anterior Estado-gendarme al de «administration des choses» del actual Estado-industrial, un Estado como complejo de servicios dirigido a producir ciertos «bienes de convivencia» articulado conforme a un principio regulador de relaciones de subordinación, de división del trabajo y de controles operacionales, en síntesis, un Estado que se conoce con el símil de «Estado-fábrica», y ello, especialmente, desde que el Estado asumió la tarea de promocionar y dirigir la

vida económica y llegó a estatizar los medios de comunicación de masas. El Estado, así descrito por el autor, es como un modelo cibernético, de elaboración programada de datos sobre la información, comunicación y decisión de los comportamientos políticos. En un tal Estado postindustrial, el criterio valorativo de la eficacia de la Administración puede entenderse como regla de medición de la productividad. Este criterio es especialmente idóneo en el problema de la instrumentación mecánica en la administración de justicia y en la mecanización serial, no episódica, de ciertos servicios administrativos. Señala el autor que el verdadero hecho innovador, introducido en estos supuestos, consiste en que la mecanización se inserta en la organización jurídica y en su desenvolvimiento, asumiendo la significación ritual que otrora tuvieron el Acta verbal por mano del Secretario de Corte, el cómputo de los votos por mano del Magistrado, etc....

Si bien la cibernética abreviaría el tiempo de hallazgo y selección de las fuentes legislativas en la administración de justicia, sin embargo esto no sustituye la labor de enjuiciamiento ni el trabajo del análisis. Igualmente prestaría notable utilidad para clasificación automática de las leyes, actualización de clausulados vigentes sobre tratados internacionales, etc..., si bien estas tareas implicarían la elaboración de unos «símbolos» cibernéticos. Esta rápida reseña crítica que el autor hace de las aportaciones ofrecidas por la cibernética al Derecho, lo es en cuanto a su corporeidad administrativa, no así en su estructura compositiva de razonamiento, otra manifestación de su talante abierto al progreso, pero con sedimentación en lo permanente. Así llega a decir que «hay que admitir que la siempre mayor confianza pedida al hombre moderno para con el mundo de la máquina, y en el camino hacia ese mundo con un procedimiento mecánico de solución, favorecerá ciertamente la conexión de la experiencia jurídica con el método y con el empleo de una instrumentación automática».

Otro tema sobre el que, a modo de «flash», el autor realiza sus reflexiones se refiere al de «la ideología cibernética». Dentro de él analiza dos posturas tipo, encontradas: la de Maurice Merleau-Ponty (que reaviva el antiguo resentimiento contra el cientifismo, hoy transferido contra la tecnología) junto con la de Marcuse de condena al universo tecnológico, y las, abiertamente favorables, de Charles R. Dechert y Jacques Guillaumaud, que llegan a comparar la ideología cibernética con la antropología filosófico-tomista y con la filosofía de la naturaleza de Engels. Frosini marca su posición, ni en la aversión decidida de Merleau-Ponty y Marcuse ni en la adhesión desordenada de Dechert y Guillaumaud. Frosini se limita a hacer una revelación de la situación espiritual existente y a acoger la sugestión de proceder a un análisis ideológico de la revolución cibernética cuya ideología es, para el autor, «como la clave expresiva de una nueva actitud que la mente humana está obligada a admitir frente a la transformación de los modos de vida, determinada por el advenimiento de la segunda revolución industrial».

Finalmente, Vittorio Frosini reflexiona, al mismo tiempo que expone nuevas vías de inquietud a la nueva generación de filósofos y científicos porque en ello pueden encontrar un punto de confluencia, acerca de ciertos temas éticos. Así, el de la Conciencia Artificial: ¿puede tener una máquina conciencia de lo que hace? Tal cuestión, que roza el nivel de lo ficticio e imagina-

tivo, Frosini la aborda para demostrar la seriedad y el sentido perfectamente razonable con que ha sido planteada actualmente, a partir de las investigaciones de D. Thompson y de Johan von Neumann especialmente.

Señala Frosini cómo hoy se intenta presentar una forma humanizada de la máquina, algo así como la posibilidad de transferir a la máquina inventada la ciencia de su inventor, como si el hombre pudiese crear una máquina «a su imagen y semejanza» como señala la Biblia respecto de Dios con Adán (Norbert Wiener); incluso el problema de la autorreproducción, en el sentido intelectual no mecánico, de las máquinas con posibilidades de reproducir cintas idénticas a aquellas que han sido capaces de leer (Von Neumann), etc.... Frosini enuncia estos y otros problemas éticos, y expresa su opinión al respecto diciendo que «en el futuro estará, cada vez, más condicionada la actividad mental del hombre a la funcionalidad de la máquina»; que, incluso, será posible un intercambio de la conciencia mecánica entre el hombre y la máquina, pero... «la conciencia artificial no destruirá a la conciencia natural».

Otro tema, éste es un problema de escuela, referido a una hipótesis sobre una eventualidad de futuro (supuesto que fuese posible construir un robot provisto de una conciencia artificial, ¿debería considerarse, o no, como sujeto moral?) da pie al autor para plantear otra cuestión, más importante, cual es la relación entre hombre y hombre, en la civilización industrial, constantemente mediatizada por la presencia de las máquinas.

El hombre de hoy es un hombre artificial, dotado de una conciencia doble según se considere a sí mismo «en su identidad natural», o según se observe integrado en ese mundo artificial que él creó, es decir, según se observe «en su alteridad». De esta dualidad nace la «conciencia interna y externa» respectivamente. El hombre está en el mundo, como un actor, que tiene conciencia de ser él mismo, el hombre que es, y, al propio tiempo, tiene conciencia de ser el personaje que encarna o interpreta la función que le ha sido indicada, según las tradiciones, las instituciones y los órdenes innovadores de la convivencia civilizada. Frosini propone como ejemplo el del magistrado, los abogados y las partes en el proceso judicial quienes, cada uno desde su propia función, reviven en el proceso la interpretación de unos hechos vividos, es decir, «actúan» desde una «alteridad» forzada.

El autor indica que esta duplicidad de la conciencia, interna y externa, se vive como una experiencia trágica de desdoblamiento de la personalidad, ética según la cual la «seidad» se somete al juicio de la «alteridad» (caso del fariseísmo) o viceversa, la alteridad se somete al juicio de la seidad (ejemplo del robinsoniano), produciéndose en ambos casos, según que la tragedia sea total o la anulación de una por la otra también lo sea, una verdadera «falsificación de la conciencia ética».

En la edad de la cibernética, el hombre está sometido a la tensión entre el sentimiento de poseer su humanidad natural y el sentimiento de pertenecer a una vida artificial, dominada por las formas y exigencias de las organizaciones de tipo industrial. Frosini sostiene que la conciencia interna no debe quedar sofocada o disgregada por esto. El hombre es siempre él mismo, vive en un mundo distinto y que, se hace distinto, en un mundo que sigue siendo el del hombre.

Antonio BLANCO GONZÁLEZ

Riccardo GUASTINI: «Lezioni di teoria analitica del diritto», Torino, Giapichelli, 1982, 183 páginas.

I. En este libro, último del profesor Guastini, la *Introducción* (pp. 3 a 15), está dedicada a circunscribir su *concepción* (utilidad, objeto y método) de la Teoría del Derecho. Pocas páginas le harán falta para expresar su opinión al respecto: la Teoría del Derecho, al igual —habría que decir— que cualquier teoría, se plasma en un tipo de lenguaje cuyas peculiaridades le vendrán dadas primero por el *objeto* de su discurso y segundo por el *método* empleados.

El *objeto* de su Teoría del Derecho será, para Guastini, *el lenguaje de los juristas o dogmáticos del Derecho* (respecto al que el lenguaje de la Teoría del Derecho quedará configurado, por tanto, como un metalenguaje o lenguaje de segundo grado). Expresamente excluye el autor del objeto de esta disciplina el lenguaje de la jurisprudencia y el lenguaje del legislador (éstos, a su vez, objeto del discurso dogmático y respecto a los que, en consecuencia, el lenguaje del teórico quedaría configurado como un metalenguaje). Pierde claridad la exposición guastiniana cuando se trata de especificar no ya el grado del discurso de juristas y teóricos, sino la naturaleza o *función* de sus discursos respectivos. En efecto, Guastini se limita a decir que «el trabajo de los juristas es, en general, una actividad de interpretación, reformulación y sistematización del discurso legislativo y jurisprudencial [mientras que] el trabajo de los teóricos es, por el contrario, siempre más una *reflexión crítica* sobre el discurso de los juristas» (pág. 4, el subrayado es nuestro).

Método de su Teoría del Derecho será el que los filósofos analíticos —en particular, Guastini se hace eco de Wittgenstein y Waismann— atribuyen a la *Filosofía*, entendida ésta como actividad no científica, sino «terapéutica» del lenguaje; método en el que nuestro autor no necesitará ahondar mucho para ofrecer ejemplos de su fructífero resultado. Pero de nuevo nos encontramos con una opinión de Guastini relativa al *status* del discurso teórico que exigiría una clarificación, al menos en cuanto que no parece conjugable con una epistemología neoempirista que, a nuestro juicio, defiende Guastini (no sólo en este libro). Así, escribe que el «objetivo de la Teoría del Derecho no es el de contribuir (*prevenire*) directamente a un conocimiento más preciso del Derecho vigente, sino el de esclarecer el resultado del discurso dogmático. La teoría colabora indirectamente al *conocimiento del Derecho*, en cuanto se pone al servicio de la dogmática» (pág. 6, el subrayado es nuestro).

Pero, además, hasta el momento, una cuestión llama la atención; cuestión que, por lo demás, Guastini no se plantea: ¿qué le lleva a prescindir totalmente del término «Filosofía» (del Derecho) —que, en principio, puede parecer el idóneo— para utilizar exclusivamente el de «Teoría» (del Derecho)? En otras palabras, ¿por qué titula su libro «Lecciones de *Teoría* analítica del Derecho» y no «Lecciones de *Filosofía* analítica del Derecho»? Ya que descartamos una elección gratuita del término, se nos ocurre una razón: para Guastini la Filosofía es una *metodología* y, como tal, sin objeto específico (ni el Derecho ni la Política, ni la ciencia...) al servicio de las teorías.

II. A la *Introducción* siguen dos partes tituladas *Problemas de análisis del lenguaje normativo* y *La Doctrina pura del Derecho y el marxismo*, constituyendo ambas un magnífico ejemplo de la práctica del método analítico. La primera de ellas, que ocupa un mayor número de páginas (de la 19 a la 140), la fracciona en cinco capítulos, de los que damos razón a continuación.

En el Capítulo I se aborda la teoría kelseniana de la validez, de la que el autor individualiza cuatro perfiles diversos: una ontología de las normas, una metajurisprudencia prescriptiva, una teoría (política) de la obediencia al Derecho y un modelo relacional entre un todo (el o los ordenamientos jurídicos) y sus partes (las normas). Uno a uno va desmembrando el profesor italiano los argumentos de las tesis kelsenianas, sacando a la luz sus implicaciones teórico-filosóficas e ideológicas y construyendo al mismo tiempo una crítica fundada en postulados neoempiristas: defensa de un concepto empírico (lingüístico) de significado, no cognoscitividad de los valores (tampoco de los jurídicos)... Pero no toda su crítica es demoledora. Así, por ejemplo, para salvar el útil modelo kelseniano del ordenamiento jerárquico-estructural, Guastini plantea una concepción «liberalizada» de las normas jurídicas (admitiendo, además del modelo deóntico-imperativo «deber», el autorizativo «poder»), y la introducción de las llamadas normas de segundo grado («normas sobre actos normativos» y «normas sobre normas») junto a las llamadas normas de conducta («normas sobre comportamientos extralingüísticos»).

El Capítulo II se concreta en un análisis crítico del pensamiento de Hart y Ross en relación a lo que Guastini denomina «*actitudes o comportamientos (atteggiamenti) normativos*», expresión que denotaría cualquier tipo de respuesta lingüística o extralingüística por parte de un individuo cuando se topa con prescripciones (jurídicas). Antes de referirse a los autores mencionados, Guastini recoge hasta cuarenta y siete vocablos del lenguaje común que harían referencia a comportamientos normativos (por citar sólo algunos a título orientativo: asentimiento, conformidad, ejecución, indiferencia, desaprobación, desobediencia...), pero que, precisamente por su empleo poco riguroso, serían de incierto significado. A este respecto, la tesis o propuesta del profesor genovés es casi una llamada: un estudio sistemático y gradual de esta temática, además de clarificador y necesario, sería una bocanada de aire fresco a la problemática que la teoría jurídica ha polarizado bajo los clásicos rótulos de interpretación, validez y eficacia. Una vez sistematizado, del pensamiento hartiano sobre los comportamientos normativos critica Guastini, además de su herencia normativista (en concreto él califica de «contaminada» a la distinción hartiana entre consenso y disenso o consenso e indiferencia), ciertas ambigüedades e insuficiencias teóricas a las que su conocida bipartición entre punto de vista interno y punto de vista externo no sólo no arrojaría luz nueva, sino que terminaría de evidenciar. El balance de la crítica guastiana a Ross no es tan duro. Al menos en la teoría rossiana de la «aceptación» reconoce Guastini un caso excepcional («prácticamente único») de teoría consciente sobre los comportamientos normativos. Por lo demás, de la distinción rossiana entre aceptación «fuerte» y «débil» partirá Guastini para lanzar una tesis de gran valor epistemológico. En concreto, nuestro autor se interroga sobre el modo de conocer ese «acto interior de

solilóquio» en el que para Ross se configuraría la aceptación «fuerte» (la que tiene por objeto a las normas). Pues bien, se autorresponde diciendo que sólo será cognoscible empíricamente —y no hay que olvidar que Guastini no admite otro tipo de conocimiento que el basado en la realidad empírica— si se manifiesta en el lenguaje, en un «metalenguaje» y, afinando más, en los «actos lingüísticos»; actos que para este autor serían la expresión empírica de lo que el sentido común considera «eventos mentales».

El Capítulo III tiene como objeto cuatro estudios de Ross (*Imperatives and Logic, Legal Fictions, On Self-Reference and Puzzle in Constitutional Law* y *The Rise and Fall of the Doctrine of Performatives*) que Guastini analiza bajo el prisma de la lógica deóntica. Intentaremos condensar —no sin marginar interesantes cuestiones— en cuatro puntos breves los juicios que a nuestro autor le merecen los ensayos mencionados: 1) Guastini reivindica el pensamiento neopositivista de Ross (según el cual no se pueden atribuir valores lógicos empíricamente controlables que no sean los de verdad y falsedad), negando con ello la posibilidad de una lógica específica de las normas. A lo sumo declara admitir una lógica de las proposiciones (cognoscitivas) sobre las normas; 2) en relación al discurso rossiano sobre las «ficciones» (jurídicas) y su división en «creativas», «dogmáticas» y «teoréticas», Guastini se encarga de identificar a las primeras con las normas que, por sus supuestos efectos «creativos», la reciente filosofía analítica ha dado en llamar «constitutivas», mientras que las últimas serían «ideológicas» ya que participarían de los predicados propios de éstas; 3) de la problemática del puzzle constitucional de la autorreferencia planteada y resuelta por Ross, Guastini pone en evidencia la influencia kelseniana en la última, es decir, en la resolución rossiana del mismo, ya que este autor, al recurrir a una norma inexpressa, lo mezclaría con el de la cadena de validez. Por su parte Guastini plantea su alternativa resolutoria colocando como metalenguaje de la propia Constitución el artículo de la misma que originaría el puzzle (aquél que prevé su modificación) y cuya ubicación dentro de la propia Constitución no representaría un problema dado el carácter lógico (y no empírico) de su naturaleza metalingüística; 4) en el tema de los performativos y actos lingüísticos, Guastini reivindica la distinción de J. L. Austin entre el «decir» y el «hacer» —que Ross rechaza—, si bien desde una perspectiva diversa y extremadamente interesante. Así, partiendo de la distinción entre actos lingüísticos (que «hacen», pero de los que también se pueden «decir») y actos extralingüísticos (de los que únicamente se puede «decir»), Guastini efectúa una tripartición de las *enunciaciones* (las que «dicen» de objetos no lingüísticos; las que «hacen» actos lingüísticos, y las que «dicen» de actos lingüísticos) de gran utilidad para la reformulación de la deóntica rossiana (aunque no sólo para ello).

Del Capítulo IV titulado *Cuestiones de lógica deóntica* se puede decir que es una introducción no sólo al estudio de los enunciados deónticos (estructura y usos), sino también a la problemática aparejada a la admisión de la argumentación deóntica. Es decir, que en principio se puede afirmar que los enunciados deónticos asertivos dejan constancia de la existencia de una norma, pero justamente, se pregunta Guastini, «¿en qué sentido se puede decir que una norma «existe?» Tras un fecundo análisis de cinco usos

del término «validez» y de su posible juego en la argumentación deóntica, nuestro autor se encarga de explicitar las razones del porqué, a pesar de su invalidez lógica, su aceptación se presenta como algo «de sentido común». A este respecto, Guastini responsabiliza de esta *falsa evidencia* a la cultura normativista a la que presenta como una variante del iusnaturalismo o cognoscitivismo ético. El, por su parte, permanecerá fiel a los postulados del neoempirismo: únicamente los hechos (no los valores —y para los normativistas las normas son valores—) son susceptibles de conocimiento y, por consiguiente, sólo cuando se concibe a las normas como hechos —como «actos lingüísticos» o «significados de actos lingüísticos», especifica el autor— podrán ser éstas objeto de conocimiento. Además, y a pesar de la doctrina normativista, ni la validez ni la obligatoriedad serán cuestiones de hecho o cualidades objetivas de las normas.

En el Capítulo V, último de la primera parte, se vuelve a analizar con más detalle, y desde una óptica diversa, el ensayo de Ross: *The Rise and Fall of the Doctrine of Performatives* (1972). Separa ahora Guastini en el escrito del autor danés una parte metateórica (de interpretación y crítica a la teoría de Austin) de otra propiamente teórica (de propuestas del mismo Ross). De la interpretación rossiana de Austin destaca Guastini la falta de originalidad y de su crítica el carácter desproporcionado que, en opinión del autor italiano, sólo resulta explicable —siendo ésta su hipótesis— cuando se piensa que Ross ha podido ver en la teoría austiniana de los performativos y actos lingüísticos ciertos atisbos de metafísica y un intento superador de la «gran división» (entre lo descriptivo y lo prescriptivo). Guastini, por su parte, aunque divisionista, no hará una defensa «ciega» de la misma: admite que pueda no ser la única clasificación posible de los usos del lenguaje y que sea susceptible de posteriores subdivisiones, pero niega que se pueda reducir el uso performativo del lenguaje al descriptivo y prescriptivo, así como que el performativo quede consagrado como un tercer uso del lenguaje (porque, para nuestro autor, los performativos *carecen de autonomía semántica*). De la aportación innovadora de Ross en esta temática (que alguno o algunos de los performativos sean «normativos»), Guastini dirá que es «elusiva», ya que ni afronta la cuestión del posible significado de estos performativos, ni la de sus consecuencias (ni, por consiguiente, la de las famosas «normas constitutivas»). Esta laguna teórica de Ross la intentará suplir Guastini cuando las concibe como expresiones reiterativas de prescripciones con efectos normativos y, de este modo, configurando el llamado lenguaje constitutivo como una *especie* del prescriptivo.

III. En la segunda parte del libro (páginas 143 a 183) Guastini profundiza en una temática ya abordada por él con anterioridad (en el convenio internacional «Hans Kelsen en la cultura filosófico-jurídica del Novecientos», celebrado en Roma del 29 a 31 de octubre de 1981, donde el profesor genovés presentó la relación titulada *Kelsen crítico del marxismo*). Aunque no proyecta fines ambiciosos para estas cuarenta páginas (las presenta como un análisis de «metateoría descriptiva» del pensamiento kelseniano), su agudeza analítica, a nuestro juicio, supera con creces este propósito (no obstante introducir logradas aportaciones teóricas bajo humildes epígrafes titulados «observaciones marginales»). Y no podía ser menos en un autor que ha de-

dicado gran parte de su obra al análisis del lenguaje de la doctrina marxista y que tiene en su haber más de una treintena de publicaciones relacionadas con esta materia. Pero volviendo a la obra que nos ocupa, Guastini apoya su estudio en diez obras kelsenianas escritas entre 1920 y 1960, en las que se recogerían las críticas de este autor al marxismo. Agrupándolas en torno a tres ejes (epistemología; teoría y doctrina del Estado; y teoría y doctrina del Derecho y de la Justicia marxistas), Guastini nos presenta un Kelsen: 1) que visualiza el marxismo bajo el peso de su filosofía y de una concepción propia del Derecho; 2) intérprete «formalista», duro pero tendencioso, de los textos marxistas; 3) demolidor de la pretendida científicidad del marxismo (integrador en este aspecto —precediéndola o completándola— de la crítica popperiana); 4) revelador de las contradictorias tesis marxistas sobre el Estado; 5) objetor atinado de las tesis marxistas reflejadas en las teorías soviéticas del Derecho. Por último, y a modo de anécdota, bajo el significativo título «Kelsen iusrealista a su pesar», Guastini nos ofrece un gráfico ejemplo del escaso servicio que le presta a Kelsen su propio modelo de ciencia jurídica (como «ciencia normativa»). En efecto, un análisis normativista de la Constitución rusa de 1936 no sólo le será inútil para conocer la realidad soviética (una dictadura de partido), sino que además le proporcionará una representación falsa de esa realidad (una Constitución democrática). Esta anécdota tendrá para nosotros un doble alcance pues, además del desajuste kelseniano puesto en evidencia por Guastini, recoge y constata la postura —en sentido lato «realista»— del propio Guastini.

La pretendida meticulosidad de la recensión resulta en este caso indicativa del interés que para nosotros ha tenido la lectura de este libro. Una a una son abordadas y discutidas con rigor las cuestiones en torno a las que giran los estudios más recientes de filosofía jurídica del lenguaje. Hemos introducido algunos comentarios y valoraciones dirigidos a puntos concretos, pero para ser tratados en profundidad, exigirían otra sede. Hay algo que merece ser puesto de relieve: el libro de Guastini no responde a las características de un manual; no es un libro de iniciación. Sin embargo se presenta como material básico y valioso para todo estudioso que, gustoso del método analítico, quiera estar al corriente de sus prolíficos y actuales resultados.

María Angeles BARRERO UNZUETA

Javier HERVADA: «Introducción crítica al Derecho Natural», Pamplona, Eunsa, 1981, 187 páginas.

Todavía reciente la edición de los dos volúmenes del *Compendio de Derecho Natural*, del que también es autor Javier Hervada, junto con D. Miguel Sancho Izquierdo, se edita esta nueva obra con la que creemos que puede considerarse completa una primera parte del tratamiento científico del Derecho Natural: la parte general.

Desde perspectivas que pueden resultar originales o inéditas para quienes no conozcan su abundante bibliografía anterior, Hervada ofrece una revisión crítica del problema del Derecho Natural. Pero no para desembocar en

una nueva teoría al respecto. Efectivamente, sobre el Derecho Natural se puede construir teorías —difícilmente originales por otra parte—, se puede esforzar la inteligencia para dar con una formulación cabal que responda a la pregunta sobre su esencia: camino loable, ciertamente, pero a lo que se observa, ajeno a los propósitos del autor. El profesor Hervada hace ciencia del Derecho Natural, estudia el *quid iuris*, «o dicho más genéricamente, los diversos factores naturales del derecho vigente, y, por tanto, los factores naturales del orden jurídico en relación a su realización práctica» (p. 183). Esta es la primera acotación de la obra. Otra nos la describe el mismo autor cuando nos dice que el Derecho natural «se distingue —y se hace en el libro— de las distintas ramas de la ciencia jurídica. Por ceñirse sólo a lo justo natural, la ciencia del Derecho Natural está limitada por razón de la materia, marginando cuanto pertenece a la ciencia del derecho positivo». Es el Derecho Natural una *especialización* dentro de la ciencia jurídica —no una rama de la que las otras podrían mayor o menormente desentenderse, pues «todas las ramas deben conocer, sintetizar y armonizar lo natural y lo positivo»— que coadyuba a perfeccionar a toda la ciencia jurídica en su conjunto y a sus distintas ramas, compartiendo con ellas la finalidad y, en consecuencia, su caracterización formal (vid. p. 148).

Esa buscada unidad de perspectiva en los contenidos, respuesta a la localización sistemática de la ciencia del Derecho Natural, justifica, según creo, el adjetivo de «crítica» que contiene el título del libro. Pero todavía diría más: no sólo se huye de la teorización, sino que a lo largo de 187 páginas lo que se hace es *describir la realidad*: «cuando hablamos de derecho natural, de lo que estamos hablando es de que el hombre es la realidad central de la sociedad, de que el hombre no se presenta a los demás como un ser que puede ser tratado a capricho, sino como un ser digno y exigente, portador de unos derechos que son inherentes a su propio ser. Más todavía: en la dignidad del hombre se contiene el fundamento de todo derecho, de manera que fuera del respeto a lo que el hombre es y representa no hay derecho, sino prepotencia e injusticia, aunque los instrumentos de ésta tengan forma de ley» (p. 11). El hombre es el portador del núcleo del derecho, de lo justo, a quien hay que dar lo suyo. «Lo suyo», que lo es por el *hecho* de ser hombre o porque los hombres se lo otorgan: en el primer caso estamos ante el Derecho Natural. Y, por tanto, hacer ciencia del Derecho Natural será *describir* el conjunto de lo que es justo por naturaleza (Parte especial). Pero antes debe preceder esa *Parte general*, donde se estudie la noción, el método y la evolución histórica de la disciplina; tratado esto último en los dos volúmenes anteriormente aludidos, el plan del libro que ahora presentamos, precedido de una Introducción, comienza con un análisis de lo justo y de la justicia, p. 115).

El punto de partida es, sencillamente, que las cosas están repartidas. Es un hecho constatable. La justicia no atribuye las cosas; éstas están *ya distribuidas*. El acto de justicia es un acto segundo, que depende de otro anterior que las atribuye, que produce el «mío», «tuyo» o «suyo»; que da, en definitiva, el título sobre la cosa, haciendo que sea «debida» y dando origen al derecho «Dar a cada uno lo suyo»: leyendo las páginas 31-41 se da una cuenta de qué es el Derecho Natural, la justicia, lo injusto; por qué Kelsen

estaba equivocado; y cómo el positivismo jurídico ataca a lo más íntimo del ser humano y desemboca en la gran tragedia —al negar el Derecho Natural— de quedarse sin defensas ante la ley injusta.

Sigue la noción de «lo justo» (pp. 41-49), donde se analiza el sentido de la «igualdad», y se distingue también —aunque a ello se dedicará todo el § 6— entre «título» y «fundamento» del derecho.

«La relación de justicia» se define en el § 4, y se describen algunos de sus aspectos: alteridad e igualdad entre sus sujetos. Las páginas 52-63 se ocupan a su vez de la justicia distributiva, conmutativa y legal.

Y puesto que en las relaciones humanas, no todo es justicia, es necesaria la «conjugación y armonización de la justicia con otras virtudes»: tarea asumida por la «equidad» (pp. 68-71).

Por contraste, surgen las nociones de injusto e injusticia (pp. 72-78). Marco en el que se hace un interesantísimo estudio de la coacción, que para el autor no puede decirse que pertenezca a la esencia del Derecho (p. 73): si el Derecho es «lo justo», y la justicia «dar a cada uno lo suyo, su derecho», no cabe aquí la coacción como elemento integrante, como en parecida medida tampoco entraría el juez, el proceso, etc. De ahí la afirmación, también del autor, en el sentido de que la fuerza es un subproducto del derecho, un sustitutivo suyo (p. 73), «que puede ser empleada cuando fallan los medios jurídicos».

Quizá para entender esto debidamente, haya que dar un salto en la lectura: «la ejecución forzosa (del derecho aplicado) es cumplimiento de una ley o realización de un derecho, pero no es la ley ni el derecho (...). El derecho es el sistema racional de relaciones humanas, que puede ir acompañado de la fuerza y otras formas de garantía de efectividad, pero no es la fuerza ni el sistema social de garantía del derecho» (p. 177). Es decir, la coactividad, como otras formas de garantía, no son esenciales al derecho, pero sí pueden —y con frecuencia así sucede— devenir esenciales a su efectividad. Quizá sea esa la razón —y a Hervada habrá que agradecer la claridad de la distinción— de la afirmación frecuente de que la coactividad es esencial al derecho: lo puede ser a su vigencia en el caso concreto, pero no a su validez.

La III parte trata de lo «justo natural»: noción, existencia, clases, contenidos de Derecho Natural, y su relación con la historicidad; lo justo positivo, y relaciones entre éste y el natural (pp. 79-114), que creemos constituyen el núcleo del libro.

Analizada la justicia y lo justo, y expuesto qué sea lo justo natural, se estudia en la parte IV «el sujeto del derecho», con la necesaria precisión y distinción —no separación— entre lo que sea la persona en sentido ontológico y en sentido jurídico, ambos conceptos predicados de la misma realidad: el hombre.

La parte V se dedica a «la regla del Derecho»: la norma no es, propiamente hablando, derecho, sino su *regla*: por eso será jurídica siempre y cuando la conducta que prescribe sea justa, constituya una deuda justa. No es el poder o el pacto quien le da obligatoriedad, sino el que prescriba conductas constitutivas de un deber de justicia, sea distributiva, conmutativa o legal. Razón por la cual, y porque no es «legalista», en caso de conflicto entre ley

y justicia, el verdadero jurista se inclinará por la justicia y no por la ley.

Dado que lo justo se divide en lo justo o derecho natural y lo justo o derecho positivo, las reglas respectivas de derecho se dividen asimismo en naturales y positivas. Las que se refieren al derecho natural son parte de la Ley Natural, tema del que se ocupa la parte VI.

La parte VII analiza las relaciones entre Derecho Natural y Derecho Positivo, exponiendo en primer lugar los principios que rigen esta relación, y en segundo su unidad dentro de un único sistema que es el ordenamiento jurídico, clarificando el papel del derecho natural dentro de esta unidad.

La última parte (VIII), a la que ya hemos aludido al principio, justifica todo el libro. El autor se presenta como auténtico y genuino jurista en esta obra: no hace filosofía del derecho, sino que estudia *el hecho jurídico* desde el nivel científico. Se ocupa del *quid iuris* del derecho natural, considerando el derecho natural no como una rama de la ciencia jurídica, sino como «una *especialización* que coadyuva a perfeccionar a toda la ciencia jurídica en su conjunto y a sus distintas ramas» (p. 184).

Aquí radica, a nuestro modo de ver, el carácter «crítico» de esta obra: la ciencia del derecho natural tiene una vía propia y específica: el autor la sigue —la redescubre— con trazos precisos. Y es esa rigurosa precisión la que le permite descender al caso concreto sin peligro de confusión o mezcla indiscriminada; sin corromper, en consecuencia, el auténtico concepto y contenidos del derecho natural.

Angel MARZOA RODRÍGUEZ

Liborio HIERRO: «El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho», Valencia, Fernando Torres-ed., 1981, 389 páginas.

Hay algunos libros, como el presente, cuya importancia trasciende con mucho el tratarse de una obra original o, incluso, definitiva hasta un momento, que nos aporta y acerca algún tema sugerente. En reducidas ocasiones, y ésta es una de ellas, se transparenta, más allá de la fiel traducción de una escuela de pensamiento, la propia originalidad, agudeza y profundidad del pensamiento del autor. En esos casos, al hilo de la lectura, se van planteando sugerencias, consecuencias e iluminaciones insospechadas. La tarea de leer se convierte en algo dinámico. La misión pedagógica y científica se produce en la temática intención y en la casi inconsciente apreciación del «estilo» expositivo.

Por eso, acabado el libro, es imposible asumir una actitud objetiva frente a él, con el necesario distanciamiento previo a cualquier consideración crítica o valorativa. Creo, sin embargo, que en estos casos la objetividad sí es innecesaria, y su presencia sólo impide el paso a otra actitud más científica y humana, la de la dinámica de la Ciencia. La del compromiso científico que sólo se cumple tratando de entrar en la arena de las cuestiones planteadas en la obra que se analiza.

Quizá existan —y sin duda así ocurrirá—, dada la importancia de esta

obra, otras aproximaciones más distanciadas, como puede ser la aún cordial de Eusebio Fernández, en *Sistema*, núm. 49, y de otras que probablemente no han llegado a mi conocimiento. Lo que en todo caso yo pretendo ahora no es sustituir en modo alguno, con un repaso más o menos apresurado a los temas de la obra, su propia lectura. Trataré, en la línea de lo que he señalado, exponer los residuos que su lectura ha dejado en mí, como los hubiera dejado en el recuerdo el sabor de un buen vino.

La recensión que Eusebio Fernández ha hecho de este libro ha centrado mayor atención en el problema de la justicia en el Derecho, que como planteamiento no es característico en la Escuela de Upsala, aunque sí lo sean sus soluciones. El profesor Hierro ha sabido reflejar en su obra un cierto y desenfadado espíritu de ruptura de un nudo semejante al gordiano en su estructura y en el único posible método de resolución: su ruptura final. Las sucesivas y asintóticas aproximaciones de los tratadistas y filósofos del Derecho al ideal de justicia sólo han probado precisamente que ese concepto es con toda crudeza una meta inalcanzable, y como tal falta de toda operatividad. Lo curioso del caso es que la última justificación habitualmente aducida en favor de la Justicia es el argumento negativo de que su ausencia como categoría reguladora impediría la progresión del Derecho. La evidencia de una progresión en las regulaciones normativas significaría —se pretende— la necesidad de que exista esa especie de mano oculta —al estilo de Nozick— que confiere racionalidad y dignidad a las leyes humanas, al menos en su conjunto.

Admitida hipotéticamente esa progresividad en la tendencia de los sistemas jurídicos, queda aún por dilucidar si pueden aún ser construidos en «función» de la Justicia, o es necesario acudir a otras «funciones» constructivas. La Escuela de Upsala se plantea sin igenuidades —y así lo hace también el profesor Hierro— las insuficiencias de las sucesivas aproximaciones a la «función Justicia» de las más importantes Escuelas ius-filosóficas. La consecuencia emotivista no es más que la deducción de un factor común de esas sucesivas y victoriosas explicaciones. Las victorias también sucesivas en un gigantesco castillo de naipes, al que he hecho referencia en otra ocasión (*Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1982).

Frente a los esforzados caballeros de la justicia, es necesario afirmar que nadie pretende borrar de las conciencias la licitud, e incluso la necesidad de un Derecho justo; lo que se trata de determinar es el camino más rápido en esa dirección. Hasta ahora las rutas que se han pretendido establecer de modo directo hacia la cima de lo justo, sólo han acabado en la frustración del abandono o en el despeñamiento, provocado por el empuje de los siguientes esforzados y contradictorios doctrinarios. La intuición de Upsala —como de otras escuelas paralelas— es sugerir un camino indirecto. Un camino casi poético o cuya fuerza expresiva no se despliegue exclusivamente por la vía cuantitativa de un elenco de anotaciones puntuales de carácter racio-empírico, sino en tratar de sugerir determinaciones expresivas que indiquen inequívocamente otros aspectos que se ponen en movimiento en el hombre cuando se plantea existencial y globalmente en la «realidad» anterior a la determinación ontológica —en la forma zubiriana— los problemas de «lo justo».

La realidad es que la escuela de Upsala ha mostrado la inanidad de la utilización racional de los conceptos metafísicos en torno a la justicia, al hilo de lo que en otros campos científicos ha ocurrido con otros categoremas asimismo metafísicos (pág. 301). Las consecuencias de estas afirmaciones son posiblemente varias y no unívocas.

a) La Metafísica no explica nada en absoluto de modo racional.

b) Determinados conceptos metafísicos no explican nada, entre los que estaría la Justicia.

Una cierta humildad llevaría a suspender el juicio en torno al primer aserto y a desplegar algún tipo de análisis sobre la evidencia constatada en torno al segundo de ellos. Este es el tono de Liborio Hierro en su obra y consideraciones. Sobre tales análisis interesaría saber si puede descubrirse como transfondo argumental de la vacuidad del fundamento del Derecho en la Justicia el fracaso del carácter totalizador de tal virtud.

Cabe pensar que la Justicia sólo ha sido eficazmente fundamento doctrinal de un orden normativo cuando ha podido ser descrita o concebida como una cierta virtud total, al menos en alguna determinación, bien porque se concibiera como resumen de todas las demás virtudes humanas, bien porque se pudiera estimar que la medida de la justicia era la que con el carácter de única y de necesaria podría evaluar u ordenar las prescripciones del conjunto o sistema normativo. La realidad es que en el momento presente no ocurre ni una cosa ni otra: la justicia ni es el resumen, ni siquiera el ápice de las virtudes humanas y sociales; y, por otro lado, la justicia en cuanto encarnación de valor no supone un determinante significativo de la inmensa mayoría de las normas o conjuntos normativos de los sistemas jurídicos. Esa inmensa mayoría de leyes tiene cada vez más o un único posible contenido, deducible de las exigencias técnico-científicas: urbanismo, comercio, gestión fiscal, etc..., o son susceptibles de una pura decisión política, según el modelo ideológico asumido y elegido por la mayoría. Para esos casos el criterio de la justicia tampoco sirve, por mucho que lleguemos a una definición unívoca de sus exigencias. La justicia no explica, o explica, como señalan los realistas suecos, a niveles racionales no atinentes.

¿Cuáles son a mi entender las principales sugerencias positivas que ofrece el libro que estoy analizando? Por encima de las propias declaraciones, salpicadas a lo largo de sus páginas, sobre el carácter más provocativo que dilucidativo de las reflexiones del conjunto de autores que se examinan, creo que pueden adivinarse algunas:

1. El Derecho es un sistema de conductas. A pesar de la indudable importancia que esta escuela concede al lenguaje jurídico, existe una línea, a mi entender de una gran fecundidad, y es la que contempla dicho lenguaje como el elemento significativo de una serie de conductas relevantes que se plantean entre los hombres en una sociedad. Lo importante de esta intuición: conexión lenguaje-conducta, está en la enfatización del papel de la conducta significativa como objeto formal del análisis. Profundizar en este aspecto puede aportar elementos de superación del conjunto de aporías que plantea el puro análisis lingüístico jurídico y que tan claramente expone Hierro, subrayando los intuitos por Ross.

2. El Derecho es un sistema de seguridad. La Sociología moderna ha

desarrollado ampliamente la teoría de los sistemas de seguridad. En el marco de esta teoría, se amplía el horizonte de las reflexiones sobre la seguridad en el Derecho, tema considerado siempre como la cenicienta de la Teoría General del Derecho, y con mucho mayor énfasis, de la Filosofía del Derecho. Entre las categorías típicas en el tratamiento sociológico de los sistemas de seguridad se encuentra la recurrencia, la referencia, y sobre todo la predictibilidad. Es en este punto, donde los difíciles esfuerzos de Ross y Olivecrona por superar el dato empírico de la efectiva predicción, como característico del Derecho, pueden encontrar un sugestivo complemento.

3. El Derecho es un sistema de equilibrios. Es éste el aspecto menos claramente conectable con la totalidad del pensamiento realista. Tanto más cuanto que lo que más próximamente se puede rastrear es la posición de Lundstedt y su «bienestar social», de un peligroso tufillo idealista y «cuasi-metafísico». El equilibrio que se predica aquí, es un equilibrio dinámico que trasciende el puro sistemático autosuficiente y funcionalmente cerrado. Cabe pensar en la aplicación de criterios dinámicos y la integración del concepto conflicto al de sistema, como algo connatural y fecundo, en la línea de Dahrendorf. El Derecho se convertiría así en un sistema de correspondencias normativas cuya tensión permanente sería tratar de conseguir una tensión equilibrante por mucho que cada vez fuera capaz de asumir los elementos nuevos que sin duda el dinamismo social hace aparecer. En términos de teoría de grafos, se trata de que el conjunto final coincida con el conjunto imagen.

Todo ello supone, en la realidad, no sólo una acertada crítica a la auto-satisfacción de la Teoría de la Justicia, sino un camino de alternativa, conectada sin complejos a la Teoría General del Derecho, en el marco de la investigación empírica de las Ciencias sociales. La lectura de este libro, cuyo estilo expositivo es tan brillante como su contenido, fomenta e inicia este tipo de reflexiones, que merece la pena continuar. Es su mayor mérito.

José M. ROMERO MORENO

Luigi LOMBARDI VALLAURI: «Corso di Filosofia del Diritto», Padova, Cedam, 1981, 647 páginas.

Este libro de Luigi Lombardi Vallauri, profesor ordinario de la Universidad de Firenze, es fruto de la reelaboración de dos volúmenes anteriores: *La Scienza giuridica come politica del diritto* (Firenze, Cultura, 1971; reeditado: Firenze, Teorema, 1975, 1975 y 1976) y *Criteri per una politica del diritto come scienza* (Milano, Cooperativa Universitaria, Studio e lavoro, 1977); si bien las ideas fundamentales de ambos se encuentran ya en el *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1967). La segunda edición del *Corso* se puede considerar innovadora, en cierto sentido, respecto a la primera, pues introduce el resultado de la tarea docente e investigadora del autor durante los últimos quince años.

Todo el libro está escrito con una finalidad eminentemente práctica, encaminada a demostrar que la actitud del jurista es, de hecho, verdadera y auténtica vocación humana integral de compromiso por conseguir un mundo más digno para el hombre, o dicho de otra forma, que la actividad del jurista ha de ser «actuación-integración crítica» del derecho mismo, de forma que aquellos que lo manejen «sean capaces de revisar su propia concepción de la actividad jurídica tantas veces simplemente pasiva e incluso reaccionaria». Si el intento de demostrar esta tesis principal aparece en todas las páginas de este volumen, el autor intentará responder también, en función siempre de dicha demostración, a otras cuestiones, tales como si el jurista debe escoger entre los resultados de cada método, «sólo excepcionalmente unívocos, de cada una de las operaciones presuntamente lógicas y entre los métodos mismos que tradicionalmente tiene a su disposición; si ambas elecciones son de naturaleza política, puesto que no podrían ser lógico-formales; si, incluso llevando la noción de derecho estatal más allá del legalismo, queda en pie el que el jurista se encuentre frente a elecciones políticas entre los resultados y los métodos; o si los límites impuestos por la ley, el derecho positivo, o lo jurídico como tal, suprimen o no la libertad del jurista.

I. Lombardi comienza criticando el logicismo desde la misma lógica. Parte del postulado legalista, el cual, al mantener que la ley no tiene lagunas, implica el que sea posible obtener de ella nuevo derecho mediante operaciones puramente lógicas (p. 51). Examinando los distintos procedimientos usados contra las lagunas, demuestra que dichos procedimientos, verdaderamente lógicos no son del todo neutrales, ni ilimitadamente fecundos, ni —en el caso de serlo— rigurosamente lógicos, sino que encontramos en ellos graves inconvenientes de tipo humano y político, de forma que podemos decir con Merkl que «bajo la misma ley, hay tantos ordenamientos jurídicos como métodos de interpretación posibles» (pp. 52 y ss.; Ap. IA, pp. 589-590). Es evidente que la elección entre los distintos métodos y entre las mismas metodologías interpretativas —«de métodos» o «de resultados»—, será necesariamente político, lo cual convertiría en algo irreal la existencia de un pretendido formalismo jurídico (p. 73). Lombardi acepta, como moral y científicamente legítimo, un sistema de metodología de resultados, puesto que la «metodología de métodos» —tal y como la denomina el autor— no garantiza ni mayor certeza, ni la realización de otros valores jurídicos o no, mientras que aquélla unificaría toda la labor del jurista, colocando en primer lugar la búsqueda científica de la justicia. El logicismo dificultaría la justicia de las decisiones, la científicidad y certeza del derecho; escondería el hecho de que el Estado de Derecho legalista no se habría realizado aún nunca, ni sería posible el lograrlo, al contar el juez necesariamente en sus decisiones con criterios que no siempre pueden estar sometidos a un control público o democrático; dicho logicismo sofocaría el espíritu de veracidad del jurista, su capacidad de juicio moral y político independiente: destruiría la categoría de «vocación jurídica» empujándole a aquel a la evasión, hacia un *Begriffshimmel* lejano y negador de la realidad material, olvidando que el derecho es también un «conjunto de problemas dolorosos de la vida de los hombres, en su libertad, de su bienestar» (pp. 111-114).

La postura mantenida aquí por Lombardi no es sino una firme respuesta a la desconfianza en las posibilidades de la razón práctica —en términos de una política «desinteresada», puramente científica, sin prejuicios dogmáticos— que aqueja, hoy día, tantos juristas. Por ello, sería interesante delimitar el ámbito real de la lógica jurídica, sin olvidar que, si la solución de los problemas jurídicos exigiese la intervención de la razón práctica, el mismo significado del término «lógica jurídica» podría verse en entredicho. Por otra parte, la evidencia de la imposible eliminación de lagunas jurídicas no es sino consecuencia de que el siempre presente *suum cuique* no es un *a priori*, sino que exige ser determinado sólo *a posteriori* en cuanto a cualquier contenido que le pretendamos otorgar, idea que el autor podría haber expuesto abiertamente sin conseguirlo, aunque parece intuirlo, como más adelante se verá.

II. Si admitimos que el derecho es algo más que la ley, tenemos que plantearnos «qué es el derecho» y «cuál es el derecho vigente». Para responder a estas «preguntas fundamentales», Lombardi parte de una definición de derecho que pretende ser funcional, lo más completa posible y presupuesta por otras definiciones anteriores, siempre al nivel de la teoría general del derecho y sin pretender que sea la definición «definitiva». Así, propone, como hipótesis de trabajo, que el derecho sea un ordenamiento jurídico, conjunto o sistema de normas (de conducta, de estructura, generales e individuales) que, respecto o para la realización de algunos valores fundamentales, organiza un cuerpo social, en particular: a) al nivel de normas de conducta, instituyendo «relaciones jurídicas» (norma jurídica como norma «bilateral») b) al nivel de normas de estructura, instituyendo los órganos para la propia «aplicación», órganos que, a su vez, redefinan los límites del ordenamiento, en el sentido de que puedan considerarse como formando parte del ordenamiento las normas que los órganos de aplicación (o todos los sujetos de cuerpo social) mantienen como aplicables o que se han de aplicar, por parte de los mismos órganos de aplicación (pp. 119-120).

Por lo que se refiere a la distinción entre norma moral y jurídica (pp. 122-126). Lombardi propone como criterio distintivo, junto a los ya clásicos, el que el derecho es siempre estructurador, pudiendo contener el ordenamiento jurídico incluso una sola norma estructural (designar las autoridades competentes para dirimir litigios), mientras que el orden moral sólo contiene normas de conducta, siguiendo en parte a Hart.

Al no poder admitir un modelo absolutamente formalista o efectivista, Lombardi aceptará el primado de la efectividad —se comienza por el derecho formalmente válido, en cuanto presunción de efectividad— y la prioridad de la validez —del examen del derecho consuetudinario, jurisdiccional, jurisprudencial, doctrinal, se desprende que el derecho vigente es aquel que el jurista está llamado a aplicar como tal, de donde se deduciría la existencia de un cuarto poder estatal del que no puede prescindirse nunca: el poder de razonamiento jurídico en sí mismo— añadiendo a ambos factores el de la justicia. En definitiva el derecho vigente nunca suprime del todo la libertad del jurista

III. Admitiendo que la ciencia jurídica tiene unos evidentes presupuestos

de politicidad, se analizan a continuación los elementos de la ciencia jurídica como política del derecho.

Para el autor del *Corso*, la ciencia jurídica consiste en la formulación del mejor (valor) derecho posible (hecho). Es decir: política del derecho positivo en la interpretación y aplicación del derecho mismo. Observemos que si en lugar de «valor» ponemos «justicia», la jurisprudencia sería la ciencia de la justicia positiva o positivizable (pp. 180 y ss.). La política del derecho consistiría en escoger entre las distintas posibles integraciones y determinaciones del derecho *conditum*, la más cercana a aquel derecho que se formularía como *condendum*. Se trata de una política del derecho científica y crítica, en oposición a una política de intereses particulares que no pretendiese validez universal y cierta racionalidad. Pero admitir que la unidad de la ciencia venga dada en función del fin, supone la afirmación de la presencia en toda decisión jurisprudencial de una componente «política» y de otra componente «natural» (metapositiva).

Con tales presupuestos, Lombardi busca soluciones válidas en el campo de movimiento del *Freirecht*, al que ya había dedicado un extenso capítulo en el *Saggio* (cfr. pp. 201 y ss. del mismo), en el sentido de derecho no positivo destinado a integrar el derecho positivo (así, el valor, la ideología, el derecho natural, etc...), y que el autor lo presenta bajo el nombre de *giuslibenismo* como una síntesis dinámica de iusnaturalismo, positivismo clásico y realismo jurídico, como afirmación realista de la presencia en toda decisión jurisprudencial y en toda acción jurídica de una componente histórico-positiva y de una componente metapositiva. En efecto, el formalismo jurídico, admitido sin más, sería algo puramente ideológico o irracional. Del mismo modo, podemos decir que nada en el mundo del derecho puede darse por concluido, sino que todo está destinado, el dicho mundo, a ser planteado de nuevo, reactualizado, confirmado, recapitulado, etc..., mientras haya vida humana.

En consecuencia, este planteamiento exige una metodología de la jurisprudencia crítica determinada, que se concreta en un conocimiento del derecho positivo, reconocimiento e interpretación), del derecho ideal o axiológico (filosofía y técnica jurídicas) y de los hechos mismos (sociología del y para el derecho). Una metodología de resultados que lleve a elegir el que más se aproxime al ideal político (rigurosamente fundamentado) del jurista (pp. 190-196), puesto que un derecho «posible» exige que no se tenga miedo de la realidad: «la jurisprudencia es un oficio de adulto» (cfr. *Saggio*, p. 563), como dice el autor. Se trata, pues, de pasar de una ciencia jurídica hecha de logicismo más una política críptica, a una ciencia jurídica hecha de lógica más política crítica (p. 205), ciencia que se descubre no automática, sino política e integralmente humana.

IV. A continuación, el autor pasa a describir la justicia como tal, así como otros valores, ya que no sería posible desarrollar la actividad del jurista sin un mínimo de motivada adhesión a los valores realizados por un ordenamiento histórico, de forma que valores, principios y normas puedan integrarse recíprocamente.

Después de examinar los distintos tipos de justicia, Lombardi se centra en la «justicia distributiva» como tipo fundamental (pp. 214-217), estudiando

las seis posibles formas del contenido del *suum* que enumerara Perelman que Lombardi ve reducibles a dos de ellas, que acaba por identificar entre sí —a cada uno según sus méritos y a cada uno según sus necesidades— al definir la justicia, en «sentido objetivo originario», como un principio regulador de la experiencia de relación entre seres personales, que quiere sea garantizados por cada uno los medios para realizarse auténticamente uno mismo (pp. 218-219). Pero Lombardi no es capaz de eludir dos tentaciones frecuentes en este punto: admitir un contenido *a priori* del *suum* explícitamente y formular una nueva definición de justicia, que no es sino una interesante descripción del *suum cuique tribuendi*, sin olvidar, eso sí, la *constans et perpetua voluntas*. Quizá, por ello mismo, esta definición permita afirmar que, si bien puede darse derecho sin justicia, no puede darse justicia sin derecho positivo, ya que «la lucha por la justicia es siempre lucha por un derecho (positivo) justo» (p. 221).

Las limitaciones de la justicia son examinadas en las páginas siguientes (pp. 227-232): no poder realizar plenamente las autenticidades personales; al garantizar aquella sólo los «bienes externos»; dejar subsistentes las enemistades y las animadversiones, pues la justicia no es amor; o su antinomicidad interna, ya que es ampliamente indeterminada opinable en sus contenidos. Pero, precisamente, por sus propias limitaciones, la justicia tendría mayores posibilidades de unificar en un plano cuantitativo, según afirma Lombardi.

Más adelante, después de un completo análisis del derecho contemporáneo, examinará críticamente desde valores humanos supremos, hasta valores meramente técnico-jurídicos (sabiduría, amistad, paz, armonía social, prosperidad, bienestar, difusión de la cultura, libertad, seguridad, certeza del derecho, etc...). De todo el contenido de este capítulo, resulta del mayor interés las páginas dedicadas a la exclusión y marginación social (*esclusione y emarginazione*), no sólo por la importancia del problema en sí, sino por la excepcional inclusión en las páginas de un manual de Filosofía del Derecho, ejemplo que debería ser por todos imitado.

Para Lombardi, la marginación (pp. 327-365) consiste en una reacción que rechaza desde un centro hacia una periferia o un margen, o bien —en sentido pasivo— la situación de quien se encuentra rechazado (p. 328). El autor incluye una tipología aproximativa, pero echamos en falta la fundamental distinción entre automarginación y heteromarginación, aunque parece apuntada tímidamente en la p. 350. La marginación aparece como un «male sottile» de la sociedad industrial avanzada, en la cual la tendencia sería siempre: menor opresión y explotación, pero mayor marginación social de los no trabajadores o, mejor aún, de los no incluidos en el proceso de producción «oficialmente» aceptado. Así, el criterio de marginación sería, precisamente, la reducida capacidad (o disponibilidad o posibilidad) de insertarse en el ciclo de producción —más exactamente quizá en el sistema ocupacional retributivo, tal como aquel está organizado hoy día (p. 338). Puede pensarse que esta afirmación es acertada. En efecto, del mismo modo, que, conforme al principio legalista, lo que no está en la ley no existe, conforme a un principio que podríamos denominar «ocupacional retributivo» el que no está en nómina no existe, hasta tal punto puede ser esto así, que el marginado ha de ser como necesariamente «integrado» institucionalmente para

someterlo así al proceso productivo. El derecho habría venido obrando, de esta forma, una especie de dualismo social que se daría, según Lombardi, de forma más llamativa en el ordenamiento interno de las instituciones asistenciales.

Lombardi, a continuación de una posible «carta de derechos de los marginados» (pp. 344-347), propone una «estrategia contra la marginación» en base a una «sociedad para la amistad» (p. 351). Tanto el derecho, como la política como lo organizativo como tal, serían inadecuados por esencia para solucionar el problema de la marginación, en opinión de Lombardi. De ahí que sugiera un posible «derecho a la amistad», cuya carencia sería la causa determinante de la marginación y que sería conclusión del deber del Estado de garantizar los medios a cada uno para su desarrollo personal. Sin embargo, aun aceptando la idea de fondo, no parece adecuado el término «derecho a la amistad», ya que, en todo caso, la amistad forma parte de toda una serie de posibles interrelaciones humanas, como recientemente se ha señalado en nuestra doctrina. Como directrices concretas, el autor propone la consecuencia de un socialismo-liberal o liberalismo-social, que permita, al mismo tiempo, el aseguramiento de los servicios y la actuación de los deberes de solidaridad social, de modo que se confieran verdaderos y propios derechos personales y patrimoniales a los débiles y marginados, sobre todo, y en su caso, en la fase de internamiento, puesto que es indispensable el respeto a la persona también en las instituciones; el lema de aquél sería: «garantizar, no necesariamente gestionar» (p. 362). Ahora bien, Lombardi sitúa en la familia el lugar en donde se da la «reciprocidad definitiva para la amistad incondicionada» (p. 363). En efecto, la familia es el lugar de «prevención y superación» de toda marginación. Quitada la familia, no existiría ninguna diferencia entre el «asilo-nido a jornada completa» y el «hospicio» símbolo de barbarie medieval (p. 363). Si la familia y las solidaridades comunitarias funcionan, el despliegue increíble de instituciones artificiales al que hoy asistimos se podría suprimir, en opinión del autor, en un 90 por 100. Lombardi propone, pues, la recuperación de la familia, «antigua» —de sólida estructura, de intimidad, duradera, de espontánea dedicación recíproca— y «nueva» —sentimiento y gusto por la libertad, por la amistad, de afinidades electivas, preparada psicológicamente y abierta a las necesidades de los menos afortunados—, como base de la mencionada «estrategia contra la marginación».

V. Por último, se trata de saber hasta dónde puede llegar el derecho, lo lleva a Lombardi a hablar de la ontología jurídica. Esta sería toda investigación sobre el modo de ser propio del derecho y sobre el puesto y significado del derecho en el (por el) modo propio de ser del hombre (p. 554). El autor parte de un sentido fenomenológico de la «ontología» que le permita «hacer visible el fenómeno derecho», descubrir las «estructuras y figuras de la experiencia jurídica, sus elementos constitutivos y distintivos del mundo y de la región de lo jurídico», comprendiendo así el derecho en el contexto más amplio de la experiencia humana (p. 555). Quizá sea por esto, por lo que este capítulo parece el más profundo, pero también el más confuso. Si ontología no es sino descubrir un conjunto de caracteres, estructuras, elementos constitutivos y figuras de la experiencia, se desdibujan los límites

y el contenido de aquélla y, por ejemplo, los de la filosofía general, la antropología y determinadas sociología y teología, acentuándose en este punto el sentido «funcional» de las definiciones del autor, hacia un eclecticismo inconsciente que había pretendido evitar desde las primeras páginas del libro.

También el estudio de la ontología revelará, en opinión de Lombardi, que el derecho tiene una política propia, autónoma, que realizar, exigiendo la existencia de una técnica jurídica destinada a traducir en lenguaje político-jurídico el lenguaje político general (p. 570). El derecho es ontológicamente necesario para la humanización del hombre, por ello tiene sentido hablar de una política del derecho que permita conseguir el mejor derecho posible, así como de una vocación humana a ello dedicada.

La constante reconducción de la técnica jurídica a los principios generales de la ontología jurídica no reductiva, conseguirían alcanzar lo que se puede leer en las solapas del libro que comentamos: «Se le vecchie generazioni incidono le loro amarezza, a ogni nuova generazione può rinascere una pensosa speranza».

En definitiva, una importante obra, original y bastante más completa de lo habitual, si bien echamos en falta una bibliografía más extensa, a la que el autor mismo renuncia al desarrollar el *Corso* en términos de «exposición hablada y no escrita». Obra que incorpora un claro sentido práctico y realista de la Filosofía del Derecho a un atractivo sentido no reduccionista de la misma, fomentando la interdisciplinariedad y recogiendo, incluso, algunas interesantes aportaciones de los mismos estudiantes (cfr., por ej., Ap. IB, p. 590).

José María ROJO SANZ

José F. LORCA NAVARRETE: «Fundamentos filosóficos del Derecho», Madrid, Pirámide, 1982, 189 páginas.

La obra, como el mismo autor advierte, se ha proyectado y llevado a cabo sobre la base de dos anteriores títulos en su bibliografía —*Derecho Natural, hoy. A propósito de las ficciones jurídicas* (2.^a ed., 1978) y *Justicia-Libertad. Fundamentos filosóficos del Derecho* (1979)— procurando en el presente ofrecer un modelo de sistema, tanto en orden al pensamiento como a la exposición didáctica, más acabado respecto a las materias que se abordan y convenientemente actualizado en sus contenidos al hilo de las reformas legislativas operadas. En cuanto a la sistemática ha de destacarse la estructura de tensión que envuelve y da explicación a la totalidad del discurso emprendido en la búsqueda de los fundamentos filosóficos del Derecho. Tensiones objetivismo-subjetivismo, tensiones bien común-bien particular y, sobre todo, tensión Justicia-Libertad, junto a las múltiples que afloran en y por la aplicación del material normativo, son objeto de estudio y reflexión a través de tres niveles ascendentes y globales: individual, social y político.

Para el orden individual, en contemplación de la persona como ser libre,

el autor ha situado el análisis de la tensión, tras la necesaria introducción gnoseológica y metafísica, en el problema de la definición de límites, del alcance en la conjunción existencial de la autonomía de la libertad y las restricciones del derecho positivo, con un sugerente acopio de referencias en las distintas ramas del ordenamiento jurídico vigente.

En el orden social, se ha acercado a la problemática en tensión contemplándola en función de las formas sociales básicas de relación que instituidas con carácter natural o voluntario y agrupadas según criterio del autor en razón de vecindad, profesión e ideología, vienen a materializar y proveer la garantía de las libertades concretas del ser humano.

Por último, tomando en consideración la tensión Justicia-Libertad para el orden político se abordan los problemas relativos a la legitimidad jurídica en su implicación de validez y eficacia jurídica, señalando los planteamientos ofrecidos por el normativismo jurídico, la política y la sociología que, sin olvidar la puntual ponderación de los elementos histórico e imperativista, le llevan por la clave de la participación de los ciudadanos, participación libre e igualitaria en la configuración y articulación integrada de los órganos de poder, al estudio de la legitimación democrática del Derecho.

Mención particular merecen los epígrafes dedicados a los derechos naturales como derechos fundamentales de la persona, cuestión siempre de renovado interés en la que desde una evolución histórica y doctrinal y por una clasificación que sigue la orientación estructural y sistemática de órdenes individual, social y político, se atenderá en sede de práctica sociopolítica al coronamiento material y efectivo de los reconocidos derechos y libertades formales y al coronamiento jerárquico legislativo con el comentario de los instrumentos constitucionales encargados de la tarea de su garantía e interpretación. Incorporación de la figura del Defensor del Pueblo y de la instancia del Tribunal de Garantías Constitucionales en el programa de la disciplina universitaria de Derecho Natural que es hasta el momento quizá la única y que sin duda deberá animar a su pronta generalización.

Toda la obra, diremos para terminar, contiene elementos suficientes para catalogar la concepción filosófica jurídica de su A. como íntimamente preocupada por ofrecer un perfil de la Filosofía del Derecho que en ningún instante puede ser indiferente a la satisfacción de la Justicia en una sociedad caracterizada por múltiples manifestaciones de Libertad, de cuya armonización y cumplimiento depende al fin la supervivencia de la organización extretemporal perseguida por la idea universal de Derecho que ha alentado a la Humanidad desde sus orígenes.

José CALVO GONZÁLEZ

Niklas LUHMAN: «Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie», Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1981, 457 pp.

El presente libro es la primera recopilación de artículos de Luhmann sobre tema jurídico. Contiene dieciséis artículos, de los que dos («*Konflikt und Recht*» y «*Rechtswang und politische Gewalt*») son de nueva publicación.

Si bien casi todas las recopilaciones de artículos son útiles, en el caso de Luhmann son además necesarias. Las aportaciones más interesantes de Luhmann, especialmente en materia de sociología general, se hallan en artículos o en breves monografías. Luhmann se expresa a saltos, superada cierta extensión se hace repetitivo, se pierde. La estructura circular de su teoría y su propio sistema de trabajo (1) no le permiten exposiciones lineales, ordenadas, y este problema lo salva mejor en los artículos que en los libros.

En base al subtítulo, «Aportaciones a la sociología del Derecho y a la teoría del derecho», Luhmann intenta en el prólogo una clasificación de los artículos: «La sociología del derecho y la teoría del derecho pertenecen, según la apreciación habitual, a distintas disciplinas. En el primer caso se trata de un campo específico de la investigación empírico-sociológica, en el segundo, de un análisis de las figuras básicas del derecho, es decir, de una subdisciplina de la ciencia jurídica. Esta línea de separación diferencia distintas perspectivas, distintos métodos y prácticas investigadoras... Los estudios que se presentan en este volumen se interesan, implícita o explícitamente por esa diferencia» (p. 7).

En mi opinión esta diferenciación no es aplicable a Luhmann, el método es siempre uno: el funcionalismo de las equivalencias; el marco teórico es también único: la teoría sistemática; sólo cambian los temas analizados o, si se prefiere, el subsistema al que aplica el método y la referencia teórica. Sin embargo la reproducción de la clasificación que Luhmann hace puede ser ilustrativa de su lenguaje e indica alguno de los temas tratados en los distintos artículos:

«En el lenguaje teórico de la sociología puede ser tratada la evolución del derecho (1. *Evolution des Rechts*, 11-34, antes en «Rechtstheorie» I, 1970, 3-22), la diferenciación de un sistema funcional específico para el derecho (2. *Ausdifferenzierung des Rechtssystems*, 35-52, antes en «Rechtstheorie» 7, 1976, 121-135), sus relaciones con las interacciones de la vida cotidiana (3. *Kommunikation über Recht in Interaktionssystemen*, 57-72, antes en «Alternativen Rechtsformen un Alternativen zum Recht», edición a cargo de E. Blankenburg y otros, Wiesbaden, 1980, 99-112) y con los conflictos (5. *Konflikt und Recht*, 92-112) y naturalmente, sobre todo, la función del derecho (4. *Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?*, 73-91, antes en «Die Funktionen des Rechts: Vorträge des Weltkongresses für Rechts— und Sozialphilosophie, Madrid, 7.IX-12.IX. 1973 —cuaderno núm. 8 del «Archiv für Rechts— und Sozialphilosophie», 1974, 31-45). También la forma en que la diferenciación del derecho posibilita, a través de un procedimiento especial, la positivación del derecho y puede, en la positividad del derecho protegerse a sí misma (6. *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, 113-153, antes en «Jahrbuch für Rechtssoziologie

(1) El propio Luhmann reconoce la imposibilidad de exponer de forma ordenada su teoría en un curioso artículo recogido en «*Soziologische Aufklärung III*» (Opladen, 1981, Westdeutscher Verlag), que lleva por título «Unverständliche Wissenschaft». Sin embargo, parece que se ha decidido a publicar una exposición sistemática de su teoría, el libro está ya en prensa con el título de «*Theorie der sozialen Systeme*» y actualmente está revisando el manuscrito de otro tratado sobre «*Theorie der Gesellschaft*».

und Rechtstheorie» I, 1970, 175-202) puede explicarse sociológicamente. Lo mismo rige para las dobles relaciones entre derecho y política (7. *Recht-zwang und politische Gewalt*, 154-172) que se desarrollan, por un lado, sobre la legislación, por otro, por el recurso a la utilización de la fuerza física y, con esta doble estructura, realizan, a la vez, independencia y dependencia recíproca. Con todo ello se han indicado las condiciones que conducen a cuestiones que deben plantearse en el sistema jurídico, que necesitan interpretación y cuya elaboración debe asumir la teoría del derecho.

Entre ellas están: la discusión sobre la contingencia y variabilidad del derecho, la interpretación del criterio jurídico de la justicia (15. *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, 374-418, antes en «Rechtstheorie» 4, 1973, 131-167) y, a otro nivel, la remisión del derecho a la naturaleza y a las «fuentes del derecho» (12. *Die juristische Rechtsquellenlehre aus soziologischer Sicht*, 308-325, antes en *Soziologie, Festschrift René König*, Opladen, 1973, 387-399). También las formas que abarca la referencia personal del derecho, por ejemplo. Las concesiones de libertad de la toma en consideración de decisiones de conciencia (13. *Die Gewissensfreiheit und das Gewissen*, 326-359, antes en «Archiv des öffentlichen Rechts», 90, 1965, 257-286) y de la disponibilidad de los derechos subjetivos (14. *Zur Funktion der «subjektiven Rechte»*, 360-373, antes en «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», I, 1970, 321-330), pertenecen en parte a la teoría del derecho, en parte son ya dogmática jurídica.

Qué respuestas son «correctas» o pueden establecerse comparativamente de manera más fácil debe ser demostrado en la propia teoría del derecho (9. *Rechtstheorie in interdisziplinären Zusammenhang*, 191-240, antes en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez» 12, 1972, 201-253). Esto no puede establecerlo ni preverlo la sociología y debe dejarse a la evolución del derecho y de la teoría del derecho. Una semántica así formada, preestablecida históricamente, puede, a su vez, ser interpretada sociológicamente, por ejemplo, en el sentido de una correlación entre la diferenciación en aumento y el aumento de la contingencia del derecho (10. *Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie»* 2, 1972, 255-276). Esta relación es a su vez histórica. Convierte en increíbles, en la sociedad actual, las respuestas veteroeuropeas que se protegían en la naturaleza del derecho o del hombre, en consideraciones sobre las fuentes del derecho y en un «principio» de la justicia. Con ello se conduce a la teoría del derecho ante la pregunta de sí, y cómo, puede formularse el derecho, independientemente de tales precedentes, como una relación autorreferencial que se autorreproduce (16. *Selbstreflexions des Rechtssystems: Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive*, 419-451, antes en «Rechtstheorie» 10, 1979, 159-185)» (p. 8-9).

La recopilación es, en definitiva, completísima y permite conocer la teoría luhmanniana del sistema jurídico mejor que cualquier otro libro monográfico (excluida quizás la «*Rechtssoziologie*»). Los artículos más interesantes, en mi opinión, siguen siendo el 6, en el que se desarrolla su teoría sobre la función de la positivación del derecho —el derecho como mecanismo reflexivo, que regula su propia creación y vale en base a la decisión que lo impone y porque puede ser cambiado—, y el 15, sobre su definición de justicia —complejidad adecuada—, uno de sus artículos más polémicos. El

último artículo (16), sin duda el de más difícil lectura, señala la nueva dirección de la teoría sistemática tras la incorporación de algunos elementos de la teoría de la «autopoiesis» (2), si bien es aún pronto para juzgar el verdadero alcance de estas modificaciones y habrá que esperar a la publicación de los dos libros que Luhmann está preparando en la actualidad.

Pilar GIMÉNEZ ALCOVER

Enrico PATTARO, «Filosofía del Derecho. Derecho y ciencia jurídica», trad. J. Iturmendi Morales, Madrid, Reus, 1980, 399 páginas.

El contenido de la obra responde a la tripartita división que anuncia su título, ofreciendo, además, una interesante serie de «temas sugeridos» (temi emergenti) para cada una de ellas, más con la idea de guía u orientación de posibles aspectos merecedores de ulterior y separada contemplación que como acotamiento sistemático y definitivo de cuantos problemas y perspectivas pueda acoger la materia. Su estudio, pues, respondiendo a una estructura y miras didácticas, proyecta al propio tiempo sobre el lector, preferentemente estudiante o no necesariamente especialistas, el estímulo siempre conveniente de un catálogo abierto de cuestiones para la elaboración y profundización personal.

Con este afán da comienzo en el examen de qué sea la filosofía jurídica, tomando para ésta referencia de la aportación debida al pensamiento de tres autores italianos filósofos del derecho, por lo demás bien conocidos en España —Icilio Vanni, Giorgio Del Vecchio y Norberto Bobbio (positivismo filosófico; neokantismo o idealismo crítico; inicial posición fenomenológica y existencialista para llegar a la integración de la doctrina kantiana con los presupuestos metodológicos del neoempirismo)—, así como de otros escritores en quienes aparece la preocupación por la filosofía sin una específica referencia al Derecho.

Respecto a los mencionados, estudia las distinciones que dentro de la Filosofía del Derecho elaboran en cuanto a su tarea —gnosología, ontología y práctica; lógica, fenomenología y deontología; teoría general del derecho, teoría de la justicia y teoría de la ciencia jurídica, respectivamente— para señalar cómo mientras Del Vecchio las considera todas filosóficas, para Vanni no lo es la fenomenología y en Bobbio aparecen como científicas la Teoría General del Derecho y la Teoría de la Ciencia Jurídica, y filosofía sólo la de la Justicia.

Frente a este panorama, el A. se decanta favorablemente a lo que denomina «concepción no globalística (o totalizadora) de la filosofía», al contrario, por tanto, que neoidealistas y neokantianos, y presente en la doctrina de Vanni y Bobbio, en cuyas obras la filosofía no representa una especie de

(2) Elaborada principalmente por Varela y Maturana. Véase al respecto: Peter M. Hejl, «*Sozialwissenschaft als Theorie selbstreferentieller Systeme*», Frankfurt a.M./New York.

ciencia de las ciencias que tiene la última palabra en todos los temas del saber (pág. 52), claro está que con las lógicas diferencias que entre ambos marca el período que media entre el anuncio y el declive de la filosofía neo-idealista y neokantiana dentro de la historia de la filosofía jurídica.

De esta forma, rechazada virtualmente la posición de Del Vecchio y optándose en adelante por aquella otra concepción de alternativa, se enumera provisionalmente como temática propia de la Filosofía del Derecho la siguiente: 1) el estudio de la ciencia jurídica: la filosofía del derecho es una metodología de la ciencia jurídica, 2) el estudio lógico-analítico de los juicios de valor empleados en las diversas concepciones de la justicia, cumpliendo también aquí la filosofía del derecho un papel metodológico y 3) la toma de posición frente a la realidad jurídica, en una actuación deontológica o ideológica de la filosofía del derecho (pág. 56).

Propuesta la temática y establecidas las concordancias con la de Vanni y Bobbio, se pasa a examinar la posible aportación de la filosofía neoempirista como análisis del lenguaje —sea del científico (neopositivismo lógico) o del común (filosofía analítica)— en la concepción filosófica del derecho.

A la filosofía analítica prestará el A., evidentemente, una mayor atención que el neopositivismo lógico, dada la escasa preocupación por el lenguaje jurídico en los Círculos de Viena y Berlín, donde se le ve como empíricamente no comprobable y lógicamente no coherente. En este punto el A. reconoce compartir varios aspectos de las tesis filosóficas neoempiristas, si bien con un espíritu crítico abierto que le permite utilizar con cierta libertad sus contribuciones (pág. 65).

De ahí y tras situar a la escuela realista de Uppsala (realismo escandinavo) en la corriente neoempirista, se ocupa de las ideas de Wittgenstein, Moritz Schlick y Rudolf Carnap en torno a la filosofía en general, deteniéndose particularmente en el autor de la *Sintaxis lógica del lenguaje*, para extraer las siguientes conclusiones: a) los problemas de la metafísica son pseudo-problemas y las proposiciones que de ella se derivan pseudo-proposiciones, y b) es absurdo sostener que exista un punto de vista específicamente filosófico según el cual se pueden investigar los mismos objetos de los que se ocupa la ciencia.

A nuestro juicio, estas conclusiones proceden correctamente de una interpretación de la metafísica que la muestre como expresión dogmática del pensamiento. Y ésta fue, efectivamente una de sus manifestaciones históricas, como también lo fue la expresión ideológica que la filosofía analítica alcanzó en sus inicios como un formalismo vacío de contenido que ignoraba la existencia de valores superiores en toda comunidad social. Mas ello no debe impedir que, sin embargo, puedan reconocerse puntos de intersección entre metafísica y filosófico-analítica.

En cuanto a las teorías axiológicas, el neoempirismo se halla caracterizado por una concepción no cognoscitiva del discurso valorativo y una concepción emotiva de los valores. La concepción no cognoscitiva del discurso valorativo consiste en sostener que ni tiene sentido por sí el problema de la verdad de los juicios de valor.

De esta afirmación general diferirá el A. cuando escriba: «En mi opinión sólo existe un supuesto en el que una teoría de los valores y los juicios de

valor puede sustraerse a la despiadada crítica neoempirista: cuando el valor se identifica con la posibilidad de consecuencias útiles, y el disvalor con la posibilidad de consecuencias dañosas, y se presentan (correlativamente) los juicios de valor, como aserciones o previsiones acerca de la utilidad o del daño que se han derivado, derivan o derivarán de una determinada persona, cosa o comportamiento. Es natural que en esta perspectiva los valores serían más propiamente hechos, y los juicios de valor serían en realidad juicios de hecho, y consiguientemente, verdaderos o falsos» (pág. 80). En efecto, la elección entre varias utilidades o entre varios daños es en la práctica de hecho, sino de valor (pág. 81).

Por último, antes de adentrarse en el capítulo dedicado al Derecho, se alude a dos problemas. Uno, la dificultad cierta o no, es la cuestión debatida, de mantener que las distintas concepciones de la justicia lleguen a ser objeto de la Filosofía del Derecho, o que pueda o no ser el análisis del lenguaje propio de estas concepciones. Otro, el hecho de la exclusión del carácter científico en la ciencia del derecho, lo que conduciría a desechar del campo de la filosofía jurídica todo objeto de sus tareas, y, en definitiva, a la supresión misma de la Filosofía del Derecho (pág. 84).

Concluye esta parte del libro con la afirmación, límite en sí a ciertos excesos de la filosofía analítica, de que la averiguación de qué cosa sea el derecho y cuándo un lenguaje tiene que ver con el derecho, por cuanto hace a las funciones propias de la filosofía del derecho, no debe tomarse como mero problema lingüístico, sino como problema de hecho (págs. 97-98). Esta aseveración recuerda la defensa de Scarpelli ante la acusación de nominalismo abstracto reductor de la misión del jurista a simple silogística o sintaxis, vertida sobre la tesis de la ciencia jurídica propuesta por la filosofía analítica: «il giurista può estendere, e de fatto estende la sua indagine anche a comportamenti no linguistici, ad ogni evento storico che possa, in qualche modo, essere rilevante alla situazione del modo e della società cui la proposizione normativa si riferisce» (Scarpelli, U.: *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Nuvoletti, Milano, 1953, pág. 87). Polémica al cabo todavía hoy vigente en muchos sectores y que a nuestro entender debe ser resuelta sin la contradicción a que puede llevar tomar los sistemas del lenguaje y su estudio en relación con la reflexión metafísica y ontológica para disociación de ésta con el mundo, creando a la postre un expediente de liquidación irreversible.

Ya en el capítulo dedicado al Derecho, encontramos tres cuestiones fundamentales: el problema del derecho según ha sido afrontado por el positivismo jurídico —tanto en su versión tradicional como en la analítica lingüística— y por el realismo jurídico; el estudio de los temas más sobresalientes de la teoría del derecho: conceptos de norma y validez, si el derecho posee una entidad lingüística o extralingüística, o participa de ambas, etc.; y, si a la pregunta de qué sea el derecho debe responder la teoría general del derecho o la sociología jurídica.

Sobre ello se apuntan varias consideraciones, acudiendo repetidamente a la obra de Kelsen y Ross. Entre los epígrafes se incluyen algunos tales como «De la categoría del deber ser a las funciones del lenguaje» o el problema y la teoría de la validez en Kelsen y Ross —de quien critica su no-

ción empírica de la validez jurídica—, finalizando en un concepto de derecho que nos lo presenta como una realidad social empírica compleja, de la que forman parte entidades lingüísticas y extralingüísticas, y entre éstas fenómenos psíquicos y comportamientos (págs. 253 y ss.). Debe destacarse igualmente la competencia que para la respuesta a qué sea el derecho cabe esperar de una disciplina que sea rama o especificación de las ciencias del lenguaje, en concreto del tipo de la ofrecida por Ross (sociología y psico-lingüística), o de una teoría específicamente jurídica, independiente de otras disciplinas científicas, del estilo de la teoría general del derecho de Kelsen, pues en esto último cabrían dos hipótesis: el derecho nada tiene que ver con otros objetos del mundo empírico —realidades no empíricas, espirituales, etc.—, lo que rechaza, o esa teoría no será una teoría empírica cognoscitiva.

En cuanto a la Ciencia Jurídica, capítulo con que se cierra la obra, se exponen las posiciones de Ross y Bobbio, en las que se estudiarán respectivamente la teoría de la verificación de los enunciados empíricos y el método axiomático.

Aquí será donde el A. enuncie su concepto de significado. El significado, escribe, no es una cualidad de las palabras, sino que depende de la reacción-respuesta del receptor al estímulo de aquéllas en su función semántico-representativa; el significado se da en la función semántico-representativa de una palabra o de una más amplia expresión lingüística, por lo que el significado se identifica con las imágenes y/o los conceptos que aquélla es capaz de suscitar en la fantasía del receptor (págs. 347-348, 367-371).

Falta empero, una definición o una aproximación siquiera, al «concepto». Algunos autores de filosofía analítica dan cuenta de los radicales esfuerzos por la superación del «concepto» como representación intelectual de algo universal. Proyecto calificado por otros de vano por cuanto la superación del pensar intelectual sólo puede ser intentada desde el pensar conceptual. Hubieran sido interesante, a no dudarlo, una contemplación de este problema referido a los conceptos jurídicos.

Por otra parte, la definición de significado ofrecida por el A. lleva a excluir de la ciencia tradicional del derecho, fundada en la interpretación, el conocimiento científico del significado de las prescripciones jurídicas, y a negar que la ciencia jurídica empírica, la «científica» de Ross, pueda constituir una alternativa satisfactoria a la ciencia del derecho tradicional (pág. 349).

En este punto el A. se inclina más bien, siguiendo a Bobbio, por una dogmática jurídica (ciencia del derecho) concebida como ciencia del significado (pág. 378); los métodos de interpretación (de una determinada interpretación; interpretación-resultado) de la ley no se fundan en las observaciones empíricas o lógicas del razonamiento del intérprete, sino en la circunstancia de que los juristas compartan una determinada cultura jurídica, en el hecho de ser miembros de una comunidad lingüística que consiente y permite participar en un juego lingüístico con arreglo a un sistema de convenciones y reglas comunes (de formación, de interpretación y de empleo de signos), lo que convierte a la actividad interpretativa en técnica y más concretamente en técnica de producción del derecho (pág. 379-381).

Finalmente, junto al elogio por la claridad de la exposición y la informa-

ción que sobre temas que todavía no han ocupado dentro de los programas de enseñanza universitaria el lugar que les corresponde, la obra del profesor Pattaro merece el siempre positivo juicio de su ya dilatada y seria capacidad investigadora, aproximada a nosotros en esta oportunidad por una cuidada labor de traducción y enriquecedora anotación a cargo del profesor Iturmendi que no sólo ha querido facilitar contextos bibliográficos accesibles, sino apreciables referencias y concordancias legales entre los ordenamientos jurídicos italiano y español.

José CALVO GONZÁLEZ

Aleksander PECZENIK: «The basis of legal justification», Lund, s/mención ed., 1983, 218 páginas.

La obra comentada constituye una versión ampliada del reciente libro de Peczenik *Grundlagen der juristischen Argumentation* (Viena-Nueva York; Sringer Verlag; 1983). En ambos trabajos ofrece una culminación sistemática de trabajos ampliamente conocidos por el lector especializado. Desde *Essays in legal theory* —prologado por Alf Ross— (1970) y *Causes and damages* —tratado dogmático de derecho civil— (1979) hasta sus varias decenas de ensayos en temas de teoría de la argumentación, lógica y teoría general, la obra de Peczenik ha ido cobrando una estructuración sistemática que preanunciaba un trabajo como el comentado, organizado bajo la forma de tratado y dirigido a una visión integral de los problemas de la justificación en la teoría jurídica contemporánea. El propio autor sugiere la eventual conveniencia de un título aún más descriptivo como el de «justificación de la justificación jurídica», o bien «justificación profunda de una justificación jurídica contextualmente suficiente», denominaciones todas de un trabajo no solamente descriptivo, sino, sobre todo, acentuadamente programático, desarrollado en el doble nivel del análisis conceptual y la sociología descriptiva.

El punto de partida es, precisamente, una delimitación conceptual destinada a proporcionar una noción amplia del objeto de estudio. Por «justificación» entiende Peczenik «proporcionar razones suficientes para una conclusión». Esas «razones» pueden ser halladas ya sea dentro del marco del razonamiento jurídico como fuera del mismo. En el primer caso, proporcionan el tipo de justificación que denomina «justificación jurídica contextualmente suficiente» que constituye el centro de atención de la obra. En el segundo, ofrecen tanto la justificación «profunda» o fundamental, que proporciona soporte o en su caso crítica a aquellas premisas que el jurista tiene por garantizadas, como otros tipos de justificación, como sería, por ejemplo, la histórica.

Las relaciones posibles entre estos diversos niveles de justificación sugieren a Peczenik los argumentos centrales de su investigación. Sus tesis de partida serían las siguientes: a) la justificación jurídica contextualmente suficiente es en parte similar y en parte diferente a la justificación científica; b) las dificultades propias de una justificación profunda de la «justificación

jurídica contextualmente suficiente» obedecen principalmente al hecho de que las inferencias no deductivas juegan un papel central, significativamente más importante que en otros ámbitos de la justificación científica; c) esta presencia inusual de inferencias no deductivas responde a su vez a que las formas de justificación jurídica contextualmente suficiente resultan siempre de un compromiso entre, por un lado descripción de las fuentes del derecho y, por otro, adaptación creativa a las valoraciones que constantemente genera el autor del razonamiento; d) en tanto que la descripción de las fuentes es susceptible de una justificación profunda por la vía de las teorías ordinarias y en función de la idea regulativa de verdad, en el caso de las adaptaciones creativas, la justificación profunda es posible bajo el modo de las teorías morales normativas y en función de la idea regulativa de corrección práctica. En última instancia, el compromiso entre descripción y valoración está «justificado» si es «racional» y «aceptable» y esto último estará condicionado finalmente por las formas de vida en el seno de las cuales se opera la argumentación.

El primer capítulo del libro va destinado precisamente a la formulación de una teoría general de las «transformaciones» o «saltos», expresiones con las que Peczenik ha venido denominando a las inferencias no deductivas, a partir de su conocido artículo *Non-equivalent transformations and the law* (en *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979). Por transformaciones en el derecho entiende Peczenik los procedimientos lógicos tendentes a asignar validez jurídica a un sistema de normas como tal, o sea a determinar la juridicidad *externa* de un sistema. En otros términos, serían las transformaciones del conocimiento acerca de un orden social determinado en conocimiento acerca del derecho válido.

Por transformaciones *dentro* del derecho entiende, en cambio, aquellas inferencias no deductivas dirigidas a establecer la juridicidad interna de una norma, en función de su pertenencia a un determinado sistema de normas. Casos típicos de este tipo de transformaciones serían aquellos pasos no deductivos del razonamiento destinados a constituir fuentes del derecho —ejemplo, derivación del carácter de fuente de un precedente a partir de la constitución—, o a constituir normas generales o normas individuales. Es éste el campo de la interpretación de la decisión judicial y, en general, del razonamiento jurídico, en el que las inferencias no deductivas aseguran una «justificación jurídica contextualmente suficiente» a las operaciones de identificación de las fuentes, de ulterior aplicación de las mismas y, genéricamente, a las adaptaciones entre fuentes jurídicas y valoraciones morales, entre las razones teóricas y las razones prácticas que toda aplicación suscita. El propósito de esta teoría de las transformaciones en el derecho es, en la concepción de Peczenick, el de dar cuenta de procedimientos centrales en el razonamiento jurídico, que de otro modo podrían ser calificados de alógicos y aun irracionales. Estos procedimientos son, a su juicio, racionales y, en el fondo, se encuentran vinculados a formas de vida. Ello hace posible su justificación, aun cuando quede pendiente la problemática de orden metodológico ulterior, relativa a los modos como se operan esas justificaciones. De este modo, una teoría de las transformaciones abre la vía para que la teoría de la justificación supere las insuficiencias de las teorías tradicionales

de la validez. En este sentido, el libro de Peczenik es un buen exponente del enfoque analítico que tiende a cuestionar de modo radical las construcciones hasta no hace mucho hegemónicas en este punto (Kelsen, Hart, Ross), aunque en este caso específico la intención constructiva y sistematizadora deja en segundo plano cualquier énfasis crítico.

El problema de la justificación profunda de la «justificación jurídica contextualmente suficiente» lleva a Peczenik a una revisión general del debate actual en torno a la racionalidad científica y sus vinculaciones con los tipos específicos de racionalidad en el discurso jurídico. En este sentido, piensa que la racionalidad mínima de una conclusión jurídica depende siempre de una combinación entre *consistencia* lógica, *generalidad* —posibilidad de expresión general de las descripciones y valoraciones implicadas en la decisión— y *soporte* argumental —coherencia— a través de razones derivadas tanto de fuentes jurídicas como morales. Los criterios al respecto no pueden ser establecidos de un modo preciso: se encuentran de cierto modo embebidos en nuestra forma de vida. Desde esta perspectiva, la idea de coherencia remite a una forma trascendental de justificación que rompe la circularidad implícita en aquel tipo de respuesta al problema de la racionalidad formulada en términos que remiten a una definición previa de criterios de la racionalidad.

De esta forma, entiende Peczenik fundar la posibilidad de justificación profunda de los tipos de razonamiento mixto o cuasi cognitivo implicados en las transformaciones, sin necesidad de recurrir a un concepto «ontológico» de verdad. Afirma en tal sentido que para lograr los fines de sus acciones, quien actúa tiene de algún modo ante sí la posibilidad de una «corrección» o «verdad práctica». Es decir, que «presupone que su acción es en *algún* sentido (moral, legal, hedónico, utilitario, etc.) mejor que su ausencia, que es, en algún sentido, verdadera» (pág. 94). Las normas serían verdaderas o falsas no en un sentido «ontológico» —que presupondría que «afuera» existe algo real a lo cual una proposición verdadera corresponde—, si no en un sentido «lógico formal» derivado de su valor positivo en el marco de un cálculo semántico-formal.

Paralela a esta vía de desarrollo de la cuestión de la racionalidad cabe plantear la de sus límites. En este sentido, Peczenik, revela su inserción clara, aunque no incondicional, en el marco intelectual de la segunda filosofía de Wittgenstein. La justificación profunda del razonamiento jurídico implica una referencia no sólo a la racionalidad, sino también a un conjunto más rico de convicciones e imperativos que una cultura determinada tiene por ciertos y garantizados. Si la racionalidad implica búsqueda de razones, esta operación no se extiende, sin embargo, hasta el infinito. El último paso, el último marco de referencia, será una «forma de vida». Las nociones de «consenso» y «auditorio», que Peczenik comparte con los trabajos de A. Aarnio y R. Alexy, deben interpretarse dentro de estas coordenadas filosóficas. A su juicio, las transformaciones en el razonamiento jurídico resultan contextualmente justificables en el marco de una *ideología jurídica*, entendida como parte especializada de una tradición cultural y de una forma de vida. El límite de la racionalidad está en la propia idea de coherencia, y en su dependencia forzosa de una forma de vida social, entendida a su vez como un todo

en el que se fraguan los compromisos entre valores individuales —ejemplo, utilidad, justicia— y transpersonales —ejemplo, progreso cultural—, entre «buenas razones» diversas e irreductibles a esquemas fijos de jerarquización. La perspectiva de Peczenik reconoce un fondo tradicional. Bajo su traducción de la noción de «forma de vida» el plano del razonamiento jurídico se adivinan los perfiles de la vieja idea de las premisas supuestas propias de la construcción clásica del entimema.

La proyección de esta naturaleza cuasi-cognoscitiva del razonamiento jurídico al terreno estricto de la dogmática jurídica da ocasión a Peczenik para una reflexión en torno a los problemas del progreso científico y, particularmente, de la aplicación a la investigación jurídica de categorías provenientes de la filosofía de la ciencia. En este punto, es particularmente destacable el análisis del problema de los paradigmas en la dogmática jurídica. A través de un análisis de la viabilidad de los esquemas conceptuales del induccionismo, de Popper, Lakatos, Sneed y Kuhn, Peczenik subraya el valor de la metodología de los paradigmas para el análisis de la dogmática jurídica. En primer lugar en función debe su capacidad para dar cuenta de la existencia de límites a la racionalidad jurídica, derivados del reconocimiento de ciertas instancias que se dan por garantizadas, más allá de la crítica y de cualquier demanda justificadora; en segundo lugar, por las perspectivas que ofrece a un análisis del problema del cambio en la comunidad científica de los juristas, especialmente a través de la noción de inconmensurabilidad de las teorías.

En un diálogo vivo con las tendencias principales del análisis filosófico actual, la obra de Peczenik es al mismo tiempo testimonio de un tipo de investigación con bases estrictamente jurídicas a la búsqueda de claves filosóficas para una comprensión cabal de aquellos problemas que como el de la justificación, carecen de respuesta satisfactoria en el plano puramente dogmático. Reflejo de una actitud sintetizadora y abierta a la integración pluralista de perspectivas diversas que tiende felizmente a predominar, el libro de Peczenik es reflejo de un momento de maduración de la teoría jurídica en el que al acento fragmentario y predominantemente crítico parece suceder otra fase de elaboración sistemática y creación constructiva.

Enrique ZULETA PUCEIRO

Francisco PUY: «Derechos humanos», 3 vol., Santiago de Compostela, Paredes, 1983, 367, 326 y 415 páginas.

No es corriente que un profesor universitario ponga por escrito las clases que imparte inmediatamente después de su explicación a los alumnos. Menos corriente aún es que durante un curso académico llegue a desarrollar por entero, de la primera lección a la última, un programa completo, amplio, coherente y planificado de antemano. Pues bien, cuando se dan ambas cosas a la vez, aparece una obra como la que ahora nos ocupa.

Las más de mil páginas que el profesor Puy dedica a los derechos humanos se han escrito entre septiembre y abril de 1982-83. Pero se han *pensado* durante un tiempo muchísimo más largo. En efecto, Francisco Puy es de los escasos iusnaturalistas confesos que quedan —como reliquia o como resurrección de una larga y fecunda tradición— en el panorama iusfilosófico español. A la explicación del *derecho natural* ha dedicado toda su larga vida académica, y ha publicado, ya en 1967, una síntesis muy resumida de su pensamiento al respecto: sus bien conocidas *Lecciones de Derecho Natural*. En esta obra exponía, entre otras cosas, el plan completo de la temática que tendría que abarcar un «*iuris naturalis scientia*» actualizada a la altura de nuestro tiempo. Comenzaba por el obligado capítulo introductorio sobre concepto, método y fuentes de la disciplina (en el cual subrayaba la distinción, capital para evitar muchos equívocos, entre «ciencia del derecho natural» y «derecho natural» objeto de esta ciencia, que habitualmente se designan con el mismo nombre). A continuación, había que hacer mención expresa de los presupuestos filosóficos en que se apoya y justifica el iusnaturalismo. Luego, también era interesante conocer su historia. Y sólo entonces venía el «plato fuerte», que confiere su razón de ser a todo lo anterior: el estudio del *contenido* del derecho natural, la explicación de qué es lo que exactamente manda prohíbe o permite. Seguía, por fin, una discusión expresa con todos los argumentos que se han esgrimido de Hume en adelante para negar el derecho natural como derecho o desacreditarlo como teoría.

Andando el tiempo, el interés del autor se centró, con excelente criterio, en el tema central de la disciplina, el de contenido, dejando el lujo intelectual de los prenotandos y fundamentos para momentos de menos urgencia. En la época de las *Lecciones*, lo subdivide en dos: el estudio del contenido de la *ley natural* (tradición tomista) y el de los *derechos naturales* (tradición clásica del iusnaturalismo ilustrado). Andando el tiempo, se ha convencido de que es suficiente con uno de estos dos aspectos. Conceptualmente, es evidente: a todo estudiante de derecho se le enseña que el derecho objetivo y el subjetivo son como las dos caras de la misma moneda; no hay derecho subjetivo sin una ley que obligue a respetarlo, ni hay ley imperativa que no genere el derecho a exigir la conducta prescrita. Y en consecuencia, opina el A., también basta un aspecto a efectos didácticos y dialécticos, lo cual sí es una relativa novedad en el marco de nuestro iusnaturalismo, donde con demasiada frecuencia se ha contrapuesto el «objetivismo» (estudio del derecho natural como ley) al «subjetivismo» (su estudio como derechos), o bien, por reacción, se ha hablado de «derechos humanos» negando simultáneamente la ley natural. Como contesta el A., «es algo así como ser *amador del fútbol* y *abominador del balompié...*, o viceversa».

De las dos maneras posibles de exponer el *derecho natural*, el A. ha elegido la de los derechos naturales, por razón no sólo de la moda actual, sino de un íntimo convencimiento que viene de mucho más antiguo. Pero no cabe negar que este convencimiento ha originado un libro muy oportuno en un momento muy oportuno.

La preocupación central del A. ha sido lograr una enumeración exhaustiva de todos los derechos humanos a los que cabe encontrar una fundamentación suprapositiva, y una ordenación de los mismos según un criterio cohe-

rente. Si no se han logrado ambos objetivos, desde luego se ha conseguido la máxima aproximación a ellos que conozco en la bibliografía, incluyendo en ella todas las declaraciones internacionales o constitucionales.

El criterio de clasificación adoptado procede de una vieja idea de Santo Tomás de Aquino, de la que el A. ha descubierto una inesperada fecundidad: «según el orden de las inclinaciones naturales es el orden de los preceptos de la ley natural» (S. Th., I-II, 94, ad. 2). Si de los preceptos, entonces también de los derechos a que dar lugar. Y las inclinaciones básicas de la naturaleza humana son las derivadas de su animalidad (conservación, reproducción), de su racionalidad (tradición, creación, trabajo), de su libertad (libertades civiles) y de su politicidad (asociación, gobernación). Cada uno de esos derechos básicos, evidentemente, se subdivide una y otra vez en multitud de otros, a tenor de las circunstancias concretas en las que se ejerza y de las específicas amenazas que se trate de prevenir.

Como corresponde a una perspectiva iusnaturalista, la exposición del A. se mantiene en todo momento en el plano doctrinal, *de lege ferenda* (*jurisprudencial*, en expresión del A., que para lo que habitualmente llamamos «jurisprudencia» prefiere reservar el término, etimológicamente más exacto, de *jurisdicción*). Ahora bien, se ha dedicado una atención preferente, en el plano *de lege data*, a los instrumentos declarativos de los derechos estudiados, muy especialmente a los internacionales (emanados de la ONU, SDN, organizaciones regionales, etc., o bien doctrinales), a la vigente Constitución Española y a los documentos auténticos del Magisterio de la Iglesia Católica.

El resultado ha sido un excelente estudio de conjunto sobre los derechos humanos, serio y documentado, a la vez que salpicado de entrañables localismos que nos recuerdan que el A. explicaba y escribía en y para Galicia. La exposición es ágil y amena, dividida en breves párrafos numerados (a efectos de índices). La obra, por tanto, resulta de utilidad no sólo como libro de estudio, sino también para consulta de todo aquel (profesor, abogado, político...) que desee, acerca de algún derecho de la persona, una definición doctrinal, o un encuadre dogmático, o una referencia normativa, o muchas cosas más; en una palabra, también es una obra para quien quiera sacarles dinero a los derechos humanos.

Eso no quiere decir que todas y cada una de las afirmaciones del A. puedan aceptarse sin más. Toda obra humana es perfectible, y ésta no hace excepción. Hay, por ejemplo, un momento en que el A. habla del «derecho a la socialización», entendido como «derecho fundamental... a transferir de la titularidad privada... a la titularidad pública... los bienes necesarios y escasos, o las rentas sobreabundantes, o los recursos naturales, o los servicios esenciales...». No hablemos de la extrema elasticidad de la definición, que permite englobar toda *res intra commercium*: salvo el aire, cualquier bien «necesario» es también «escaso», y toda renta puede ser considerada «sobreabundante» por quien o la percibe (en cambio, para su titular, no lo es ninguna: de lo contrario, no se molestaría en ganarla). Pero el caso es que el A. se percata perfectamente de que «la socialización supone siempre una gran limitación o recorte de muchos derechos subjetivos, tanto fundamentales como ordinarios. Por lo tanto, es un recurso de emergencia... Por lo mismo, la colectivización total de todos los bienes de producción y de consumo, sólo

puede pensarse razonablemente en los cortos períodos de reconstrucción que necesariamente subsiguen a las guerras en los propios campos o teatros de las operaciones».

Comprendo la idea: un estado que cual jefe militar, asume en situaciones de emergencia la totalidad del mando para galvanizar todas las energías y dirigirlas hacia el objetivo común. Pero la vida económica funciona distinto. Si se desea que pase la emergencia, o que el período de reconstrucción dure lo menos posible, se ha de conceder la máxima libertad de acción a las espontáneas iniciativas creadoras de los ciudadanos. La disciplina militar *limita* la actividad humana a lo estrictamente ordenado. La economía, en cambio, descansa por entero en el espíritu de iniciativa para descubrir y satisfacer deseos ajenos —a cambio de que los demás no satisfagan los propios—. Un ejemplo de situaciones permanente de supervivencia es Hong Kong: un estado que no tiene ni agricultura, ni ganadería, ni recursos mineros, ni fuentes de energía, ni siquiera pesca (porque el mar está contaminado), pero que tiene que absorber *a diario* varios cientos de trabajadores huidos de la vecina China roja. Lo único que tiene es capitalismo, o sea, ausencia de toda «socialización»: ni aduanas, ni minuciosos reglamentos, ni «redistribución de las rentas», ni sector público, sino máximo de ganancias con un mínimo de costos a quien invierta dinero. Sólo gracias a esto se come (algo parecido ocurre en Ceuta y en Canarias).

Al revés, justamente la «socialización» puede *crear* situaciones de auténtica emergencia. Un ejemplo típico es la India. Tiene mucho más recursos naturales por habitante, y menor densidad de población, no ya que Hong Kong, sino que Japón u Holanda. Pero el socialismo de que ha disfrutado desde su independencia ha impedido la entrada de capitales extranjeros (no nos vayan a explotar desaprensivas multinacionales), promulgado una legislación laboral que encarece la mano de obra por encima de toda rentabilidad, aplastado a las empresas con una fiscalidad galopante, y el resultado es que nadie invierte ni ofrece empleo. Los que podrían ser magníficos empresarios hindúes están en las Canarias o en Sudáfrica, y los que serían excelentes obreros se mueren de hambre por las calles de Bombay. Es regla general: una economía estatalizada es siempre menos eficiente que una economía libre. Luego cuanto mayor es la emergencia, tanto menos se justifica.

Ahora bien, ocasionales lunares como éste no desmerecen en absoluto una obra que me da una impresión de sinfonía clásica: cuanto más vuelvo a ella y penetro en su idea, tanto mayor placer me produce.

V. LAMSDORFF

Juan B. VALLET DE GOYTISOLO: «Estudio sobre fuentes del Derecho y método jurídico», Madrid, Montecorvo, 1982, 1136 páginas.

El libro de Vallet de Goytisoló es una recopilación de diversos trabajos del citado autor, recopilación que nos ofrece, a través de los distintos temas, la posibilidad de formarnos una imagen del mundo jurídico de Vallet de Goytisoló.

En primer lugar, su misma posición de práctico del derecho le hace concebir a éste desde lo que él llama la «artesanía del derecho», desde la aplicación jurídica, que parte de un laborioso estudio doctrinal y formativo, y de un diferente punto de vista ante las tendencias que se suceden en el campo jurídico.

En segundo lugar, hay que considerar cómo entiende el autor la evolución jurídica. Para él, esta evolución sólo puede ser comprendida desde un análisis de la tradición jurídica, rescatando de ello cuanto sea el verdadero legado de las generaciones anteriores, cuanto haya que conservar, y, al mismo tiempo, adaptar a las nuevas necesidades y circunstancias sociales. De esta forma, la tradición eludiría el peligro de un inmovilismo jurídico, tan peligroso como una evolución desgajada de la historia del derecho. Y éste constituye un punto importante en Vallet de Goytisoló, ya que de esta postura deriva la crítica efectuada por nuestro autor hacia el positivismo jurídico, hacia las teorías pactistas y hacia cuantas teorías se apartan de la consideración del hombre dentro de la historia.

Destacaremos aquellos aspectos que, a nuestro juicio, nos muestran la óptica del autor, en los distintos trabajos.

Entiende el Derecho como el hallazgo de lo justo concreto, y considera que el verdadero derecho natural es el derecho natural clásico, de inspiración tomista. Pero no se conforma con ello y trata de racionalizar esta visión. Concibe este derecho natural como una conjugación del poder de Dios con la libertad humana en su conquista de la naturaleza. La presencia de Dios dentro de esta concepción nos descubre su providencialismo. Sin embargo, no cae en el voluntarismo divino, que critica en Ockam y en Escoto, sino que elige la posición tomista de la inteligencia infinita de Dios, a partir de la cual el hombre puede encontrar unos principios objetivos, supralegales y superiores a la voluntad del Estado. Esto no quiere decir que pretenda justificar una subordinación del hombre o de la propia razón del hombre. Vallet de Goytisoló trata de no venir a incidir en perspectivas irracionales, y, para ello, hace hincapié en la intervención de la voluntad y de la inteligencia humanas, y en considerar a la norma jurídica como un dictamen de la razón. Pero por encima de este intento de racionalización nos encontramos con el poder de Dios, con Dios mismo subrayando todos los aspectos que se deriven de su presencia. Y uno de estos aspectos es el derecho natural. Queda así enmarcado el autor dentro de la órbita del derecho natural clásico y en una total discordancia con el positivismo jurídico, negador de ese derecho natural.

Desde este providencialismo y desde su historicismo puede comprender-

se su rechazo del pactismo de Hobbes, de Locke y de Rousseau, así como su aceptación del pactismo catalán.

Hemos hablado de su historicismo, pero hemos de precisar el que este historicismo se enmarca dentro de la existencia de Dios, de la que parte el autor. La historia será el camino para llegar a Dios, el desenvolvimiento del orden natural. En este punto, Vallet de Goytisolo se aproxima a Vico, cuyo sistema y cuyo historicismo providencialista analiza en este mismo libro, y del que podemos deducir una influencia viguiana muy importante.

Nos surge llegado este momento una pregunta de fácil contestación: ¿A qué se debe el rechazo de las tendencias modernas pactistas? A que, para el autor, éstas suponen una negación del derecho natural clásico y una consideración ahistórica del hombre. El contrato social de Rousseau comparado con el pactismo catalán no supone la creación de derechos y de libertades, sino la negación de éstas, la alienación total del individuo que queda así en manos del Estado. El contrato social considera al hombre un individualismo absoluto, crea las categorías de unos derechos ahistóricos y abstractos y determina el hombre entregado, a través del mito de la voluntad general, al Estado. En el mundo jurídico, el contrato social supondrá la monopolización estatal de las fuentes del derecho y la negación consiguiente de una creación libre y espontánea del mismo, que vaya de par con la tradición jurídica.

En todas estas afirmaciones se ven claramente expuestas las líneas del pensamiento de nuestro autor, pensamiento en el que incide un escepticismo jurídico hacia la soberanía popular y la voluntad general, y, por consiguiente, hacia las teorías acerca de los derechos humanos, que cree producidas unilateralmente.

Esta concepción, para ser comprendida, debe ser examinada a la luz de la aceptación tomista del derecho natural, que Vallet de Goytisolo, además, pretende engarzar con el sustrato de nuestra tradición jurídica, a través de Alfonso X, de Tomás Mieres y de la escuela jurídica catalana del siglo pasado, con Durán y Bas y Torras y Bagés.

Otro punto a destacar en el autor es el tema de las fuentes del derecho, el del ordenamiento jurídico y la primacía entre las diversas fuentes. Consideramos que en todos estos temas el autor los examina a la luz de su propia concepción, rechazando aquello que se le opone. Vallet de Goytisolo entiende el legislar como una *legere*, y, por tanto, rechaza aquellas tendencias doctrinales que entienden, a través de una evolución, el legislar como un *velle*, un *agere*, e incluso, como un *facere*. El Legislar como *facere* lo rechaza por cuanto, para él, supone la destrucción de la imparcialidad y de la neutralidad del Estado. En una posición un tanto simplista piensa en una evolución jurídica que conduzca precisamente al olvido de lo justo y de la justicia. Es cierto que una monopolización de la producción del derecho por parte del Estado puede conducir a una quiebra de lo jurídico, pero nosotros creemos hoy que no es posible tal monopolización. El mundo actual necesita, a la vez que de una creación legislativa del derecho, de una creación por los cuerpos intermedios del Estado, de forma que no se produzca el anquilosamiento ni la multiplicación de leyes, que lo contrario traería consigo.

Un problema derivado sería el de la interpretación del derecho. Vallet de Goytisolo entiende las leyes como indicaciones para el jurista, que debe de buscar las soluciones justas y equitativas, de acuerdo a unos principios objetivos y superiores al derecho positivo. Así, pues, el problema interpretativo quedar a la luz de su concepción del derecho natural, con lo que entraríamos en el tema de las relaciones entre el derecho positivo y el derecho natural, así como en el de la posibilidad de sancionar la violación por un precepto de derecho positivo de un precepto de derecho natural. Estas dificultades, en opinión del autor, ha dado lugar a un positivismo relativo, y al reconocimiento de un orden trascendente, pero que se ciñe sólo al ámbito moral, cuando para nuestro autor, este orden se puede trasladar también al ámbito jurídico, sobre la base del derecho natural clásico.

En resumen, el libro de Vallet de Goytisolo nos muestra a un práctico del derecho que se preocupa tanto por la aplicación como por la elaboración racional de lo jurídico, desde un enfoque iusnaturalista, en el que podemos destacar las influencias de Giambattista Vico, de Santo Tomás de Aquino y de la tradición jurídica catalana, desde el «Apparatus...», de Tomás Mieres, hasta la escuela jurídica catalana del siglo pasado. Por último, resaltar que por los diferentes temas tratados constituye un trabajo extenso y amplio, en el que predomina el estudio comparativo entre los autores y doctrinas, y en el que el hilo argumental debe entenderse desde el punto de vista del marco del derecho natural, reivindicando el papel de éste después de la Segunda Guerra Mundial, y en una posición en la que el mundo jurídico debe enlazarse con su propia historia de cara a la evolución.

Consuelo MARTÍNEZ SICLUNA

Nicolás M.^a LOPEZ CALERA: «Introducción al estudio del Derecho». Granada, Ed. Don Quijote, 1981, 190 páginas.

El libro del profesor Nicolás María López Calera, catedrático de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada está pensado, principalmente, como un libro de texto para los alumnos de Derecho Natural de nuestras Facultades de Derecho. Como tal, los temas aquí tratados a lo largo de sus cinco capítulos («El conocimiento humano», «Los saberes jurídicos», «El concepto de Derecho», «Derecho y Justicia», «Los Derechos humanos»), responden a lo que es el núcleo de la enseñanza de esta materia. Una nota que caracteriza sus casi doscientas páginas (y que podemos encontrar también en otros interesantes libros de introducción al Derecho o a la Filosofía del Derecho, publicados en los dos últimos años por profesores de la misma disciplina (1) es que se ha perdido ese ca-

(1) Así, por ejemplo, Antonio Enrique Pérez Luño, «Lecciones de Filosofía del Derecho», Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, 1982; Gregorio Robles, «Epistemología y Derecho», Ed. Pirámide, Madrid, 1982; José María Rodríguez Paniagua, «Lecciones de Derecho Natural como Introducción al Derecho», Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1983, y Gregorio Peces-Barba, «Introducción a la Filosofía del Derecho», Editorial Debate, Madrid, 1983.

rácter dogmático y «militante» con que hasta hace pocos años se analizaban en España las cuestiones pertinentes al Derecho Natural y a la Filosofía del Derecho. Nicolás M. López Calera sabe bien, y lo demuestra en este libro, que la profundidad y la complejidad de las cuestiones tratadas no está reñida, sino que la estimula y dignifica, con una actitud tolerante, abierta, racional y científica «En este sentido —escribe en el prólogo—, tal vez pudiera decirse que presento no un texto, sino un pretexto para el diálogo y para la búsqueda de respuestas personales»).

Se abre el libro con un capítulo dedicado a las cuestiones referentes a las posibilidades cognoscitivas de la ciencia y de la filosofía y al sentido y función de la filosofía. El saber es una necesidad vital humana que surge del intento de explicar los misterios de la realidad interna y externa al hombre. Como tal, es un modo de realización del hombre, que históricamente ha utilizado distintos medios: la mitología, la teología, la filosofía y la ciencia. De ellos, las dos posibilidades más generalizadas en la actualidad corresponden a los dos modelos del conocimiento humano expresados a través de la filosofía y la ciencia. La ciencia suele presentarse, y la distinción se agudiza notablemente a partir de la revolución científica moderna, como un saber más sistemático, concreto, práctico y objetivo que el que nos ofrece la perspectiva filosófica. El origen y desarrollo de las distintas ciencias ha ido hurtando campos y temas al conocimiento filosófico, pero no por ello la filosofía ha perdido sentido; su legitimidad como racionalidad crítica, se mantiene, y no parece, a pesar de la acusación de subjetivismo, ideologismo e inutilidad, que pueda ser de otra manera. ¿Qué resultados da el aplicar estos dos modelos de conocimiento al estudio de ese fenómeno normativa, valorativo y social que es el Derecho? La contestación a dicha pregunta ocupa el contenido del segundo capítulo del libro. Los saberes jurídicos pueden reducirse a tres: el Derecho Natural, la ciencia del Derecho y la Filosofía del Derecho. El Derecho Natural ha pretendido a través de sus distintas formulaciones históricas (y por ello las matizaciones son justas e inevitables, aunque la referencia que aquí se hace coincide con la versión más tradicional del iusnaturalismo) comprender el Derecho desde la búsqueda y explicación de una legalidad natural, universal e inmutable, distinta de la legalidad artificial, convencional y concreta de las comunidades histórico-jurídicas. En el siglo XIX, y como fruto del desarrollo de las ciencias físico-naturales, de la científicación de los saberes sobre la sociedad y de una mentalidad positivista generalizada, tiene lugar la crisis del Derecho Natural y el intento de analizar el Derecho desde la perspectiva estrictamente científica. A pesar de la condena de von Kirchmann se va imponiendo la idea de que el conocimiento jurídico puede y debe ser elevado al rango de ciencia. Las corrientes sociologistas, la jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia de intereses dan prueba de ello. Finalmente, el tercer tipo de saber jurídico lo proporciona la Filosofía del Derecho, que es entendida por el Profesor López Calera como «un saber metacientífico sobre el Derecho, que metodológicamente se apoya en la ciencia jurídica y en las ciencias sociales en general para, a través de la crítica argumentada y razonable,

comprender profundamente la compleja realidad del derecho más allá de su mera comprensión científica» (pág. 57).

Nada de lo hasta aquí expuesto me merece alguna objeción, sin embargo me gustaría añadir algo en torno al concepto de Filosofía del Derecho y a la definición expuesta: 1. Quizá sea conveniente incorporar al concepto de Filosofía del Derecho las partes, y sus correspondientes problemas, que integrarían esta disciplina, así como la relación que se establecería entre la Filosofía del Derecho y la Teoría general del Derecho.

2. En cuanto a la definición que se da de Filosofía del Derecho, ésta parece albergar la contradicción de, por un lado, decir que la Filosofía del Derecho es un saber metacientífico sobre el Derecho que «metodológicamente se apoya en la ciencia jurídica y en las ciencias sociales en general» y, por otro, que tiene la finalidad de «comprender profundamente la compleja realidad del derecho más allá de su mera comprensión científica». Para el cumplimiento de dicha finalidad parece necesario partir de los datos suministrados por las ciencias jurídicas y las ciencias sociales, pero si lo que se pretende es ir «más allá», ya no nos bastará «metodológicamente» el apoyo de esas ciencias, sino una nueva perspectiva, que es la del conocimiento filosófico.

En el capítulo tercero, «El concepto de Derecho», se pasa revista a los temas más familiares en una introducción al Derecho: derecho objetivo y derecho subjetivo, norma jurídica y ordenamiento jurídico, derecho y moral, derecho y fuerza y derecho y economía (cuestiones estas dos últimas que muchas veces han sido minusvaloradas como secundarias o pasadas por alto en los textos de Introducción al Derecho, Derecho Natural o Filosofía del Derecho y cuyo olvido suele ser fruto de una concepción parcial, ideológica o idealista sobre el fenómeno jurídico).

En el capítulo cuarto se analiza la relación entre el Derecho y la Justicia. Parece bastante obvio que toda regulación de la vida social, como todo tipo de control social, responde a unas finalidades que a su vez están conectadas con ciertas necesidades humanas cuya satisfacción se considera ineludible o muy relevante. Según esto, es un lugar común relacional el Derecho con la Justicia y a considerar a ésta como la finalidad propia y apropiada del Derecho. Sin embargo, como señala el profesor López Calera, «muy pocas cosas definitivas se han dicho para entender la justicia como el fin por excelencia del derecho. Y ello, entre otros motivos, porque no hay un solo concepto, concreto y real, de justicia, aunque pueda darse una definición formal y, en este sentido, generalizable de la justicia. Los fines del Derecho han variado históricamente según los sistemas sociales, según los poderes dominantes en cada sistema» (pág. 107). La dificultad de dar un contenido de justicia, en nuestro caso de definir los requisitos para que el Derecho sea considerado como justo, no es un pasatiempo para académicos aburridos, se trata de un problema muy patente. Desde un mínimo análisis empírico podemos comprobar que no existe un concepto de justicia, «sino múltiples, variados y contradictorios» (pág. 108). Sin embargo, añadido yo, esto no debe desanimarnos en nuestro empeño, sino que nos obliga a ser tolerantes, no ingenuos y a afinar más la racionalidad de nuestros argumentos. La relati-

vidad y la historicidad de la justicia fundamenta un relativismo histórico y sociológico, pero no implica necesariamente el relativismo moral como postura filosófica. De la misma manera que del hecho de que existan distintas, e incluso contradictorias, hipótesis y teorías científicas sobre un hecho físico-natural o social no se puede deducir que todas tengan el mismo grado de «verdad» en su explicación y que sea imposible la verdad científica, tampoco se sigue necesariamente del relativismo histórico y sociológico que todas las concepciones sobre la justicia sean igualmente valiosas y que sea imposible llegar a un concepto racional y mínimamente objetivo de justicia. Creo que esto último es lo que pretende Nicolás López Calera en este capítulo, que considero de lo mejor del libro.

Partiendo de la idea de que valorar el Derecho es una «necesidad vital y también teórico-práctica», se trataría de determinar «un valor fundamental desde el cual el derecho pueda ser juzgado», lo cual se puede hacer racional pero no científicamente, «La realidad del valor escapa a la metodología científica, lo cual no quiere decir que la comprensión de los valores sea una tarea irracional o resultado de una simple intuición o sentimiento. Los valores pueden razonarse o racionalizarse, aunque no pueden determinarse como realidades científicamente objetivables» (pág. 115). La vía abierta por nuestro autor no es ni iusnaturalista (está muy lejos de la «soberbia», del iusnaturalismo tradicional al defender el conocimiento racional de un orden moral universal, objetivo y absoluto), ni positivista (está también muy lejos de la castrante consideración positivista de los valores como algo subjetivo, relativo e irracional (2)). Se intenta modelar el Derecho justo a través de su racionalización, obtenida ésta por medio de la legitimación democrática del derecho (la soberanía popular como fuente de todo poder jurídico y político hace que las razones del derecho sean razones socialmente compartidas) y por la asunción de valores como la igualdad, la libertad o el pluralismo.

No tengo nada que agregar, sino solamente suscribir la defensa que el profesor López Calera hace de la legitimidad democrática del Derecho, no obstante me produce cierta insatisfacción la identificación de la legitimidad democrática del Derecho con el Derecho justo, sin añadir nada más. Pienso que la realización del Derecho justo precisa dos pasos: el de su legitimidad de origen, que sería un primer criterio de justicia (y la legitimidad democrática pasaría por ser el mejor criterio de legitimidad) y el de la justicia del propio contenido del Derecho, que sería un segundo criterio necesario (legitimidad-justicia en el ejercicio del Derecho (3)). Creo que el profesor López Calera ya se ha preparado para este tipo de objeción, cuando escribe que «se pregunta hasta qué punto un criterio cuantitativo puede elevarse a criterio de valor o es válido para justificar una opción axiológica, o hasta qué punto la justicia puede determinarse con ciertas garantías de objetividad

(2) Ver las páginas 83 y 133-4.

Sobre esta actitud, más allá de la alternativa «o iusnaturalismo o positivismo jurídico», que yo he asumido y defendido en varias ocasiones, ver José Delgado Pinto, «De nuevo sobre el problema del Derecho Natural», Ediciones de la Universidad de Salamanca. Salamanca, 1982, pág. 28.

a través de los tanto por ciento que significan las decisiones democráticas» (pág. 125).

Confío en que en mi caso la objeción anterior no pueda incluirse entre los interrogantes que según nuestro autor «esconden frecuentemente unos prejuicios reaccionarios y autoritarios y una larvada pretensión de desprestigiar la democracia para resolver los problemas jurídicos» (pág. 125); no, mi crítica se mantiene ante la constancia de que virtualmente puede ocurrir que un ordenamiento jurídico legitimado democráticamente puede incluir normas jurídicas con contenido injusto o normas jurídicas aplicadas de manera injusta. En definitiva, creo que junto al criterio de legitimidad democrática debe añadirse el criterio de un ejercicio del Derecho respetuoso de los Derechos Humanos Fundamentales; y aquí no cabe otra opción: la propia democracia, si lo es realmente, debe estar subordinada el reconocimiento, respeto y garantía de esos valores y derechos fundamentales que tienen que ver con la vida y dignidad humana, con la autonomía moral, con la libertad y la igualdad. Por poner un ejemplo: que democráticamente se decida que las personas de color no tienen derecho al habeas corpus o a la asociación política no afecta en nada relevante a la iniquidad de tales decisiones, sólo demostraría que un sistema democrático que no respete la dignidad y la libertad de las minorías difícilmente puede ser considerado como mínimamente justo.

El quinto y último capítulo está dedicado a «Los derechos humanos». Las cuestiones aquí analizadas son: el concepto de derechos humanos, los derechos humanos como derechos subjetivos, su fundamentación, clasificación y protección jurídico-positiva y la historia de los derechos humanos y de sus Declaraciones. En cuanto al tema de la fundamentación considero adecuado presentar alguna objeción a lo expresado por el autor. Para el profesor López Calera «el criterio decisivo para la fundamentación y determinación de los derechos humanos tiene que ser la misma conciencia histórica de los individuos, clases y pueblos, conciencia que podrá ser formada e informada a través de los cauces teóricos, políticos y culturales que aquel irrenunciable pluralismo ideológico comporta. En este sentido no hay, pues, tablas eternas y definitivamente cerradas sobre los derechos humanos, cuya historicidad es precisamente nota esencial, como lo es en definitiva y también del hombre. Si hay quienes pueden hablar de derechos humanos de hoy y de siempre (como el derecho a la vida o el derecho a la libertad), sus afirmaciones se mueven siempre en un terreno enormemente formal y abstracto. Sus concreciones, su particular y concreto sentido o alcance no pueden descubrirse, sino en razón de lo que cada pueblo, en cada momento y en cada circunstancia histórica, considera como fundamentalmente humano, y ello expresado de modo democrático» (pág. 156). Creo que en este texto hay dos problemas distintos, que no pueden confundirse: 1. La fundamentación histórica de los derechos humanos. 2. El carácter histórico de los derechos humanos. Parece, de la lectura del texto, que la opinión del pro-

(3) Ver Elías Díaz, «Sociología y Filosofía del Derecho», Ed. Taurus, Madrid 1980, págs. 385 y ss., y Gregorio Peces-Barba, «Introducción a la Filosofía del Derecho», Ed. Debate, Madrid, 1983, págs. 325 y ss.

fesor López Calera es que el primer aspecto no puede ser separado del segundo. Al contrario, me parece que puede mantenerse el carácter histórico de los derechos humanos sin aceptar su fundamentación histórica (4).

Para utilizar sus mismas palabras: estaría de acuerdo o en que no hay «tablas eternas y definitivamente cerradas sobre los derechos humanos» y en la «historicidad» como «nota esencial» de todo lo humano. No obstante, admitido lo anterior, de ahí no se deduciría necesariamente que «el criterio decisivo para la fundamentación y determinación de los derechos humanos tiene que ser la misma conciencia histórica de individuos, clases y pueblo». No, el criterio decisivo para la fundamentación y determinación de los derechos humanos es la idea de dignidad humana, que cuenta con contenidos que van más allá de la historia y que no son nada abstractos en su alcance histórico (defensa de la vida, de la autonomía moral, de la libertad, de la igualdad, etc.). Las circunstancias históricas son las que traducen esa idea de dignidad humana en necesidades, valores, reivindicaciones, intereses y, finalmente, derechos, pero lo «fundamentalmente humano» no es histórico. Repito: no estoy negando el carácter histórico de los derechos humanos, lo que es muy obvio, estoy intentando que una descripción histórica, por muy acertada que sea, de los derechos humanos no se convierta en fundamentación normativa.

Para terminar, creo que el libro cumple perfectamente con los objetivos pedagógicos trazados por el autor en el prólogo, además de ser una interesante aportación a la Filosofía del Derecho española. Mi última objeción tiene como motivo un radical desacuerdo con las siguientes palabras iniciales suyas: «este libro se presenta con una finalidad pedagógica y por ello ha sacrificado, en cierta medida, la profundidad y el rigor a la claridad y la sencillez».

Eusebio FERNÁNDEZ GARCÍA

(4) He tratado este tema en mi trabajo «El problema del fundamento de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos* 1981, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid 1982, págs. 92 y ss.

Se acabó de imprimir el tomo I (1984)
del
ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
el mes de diciembre de 1984
LAUS DEO

VLADIMIRO LAMSDORFF GALAGANE-BROWN, <i>El derecho natural hoy: ética y economía</i>	213
MODESTO SAAVEDRA, <i>La libertad de información y la ordenación jurídica de la televisión: el ejemplo alemán</i>	219
GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, <i>Nota sobre la justicia</i>	251
LUCIANO BARCIA MARTÍN, <i>El Derecho Natural en el Decreto de Graciano</i> ,	265
JAVIER HERVADA XIBERTA, <i>Lo nuevo y lo viejo en la hipótesis «etiamsi daremus» de Grocio</i>	285
ALFONSO RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, <i>Algunas consideraciones sobre la negación del derecho subjetivo en L. Duguít</i>	301
ANTONIO SERRANO GONZÁLEZ, <i>Michel Foucault: El derecho y los juegos de verdad</i>	331

IN MEMORIAM

JOSÉ DELGADO PINTO, <i>Semblanza del profesor D. Agustín de Asís Garrote</i> .	347
INFORMACIONES	357

CRITICA BIBLIOGRAFICA

MANUEL ATIENZA, <i>Marx y los derechos humanos</i> (G. Peces-Barba y J. A. Estévez Araújo)	361
MANUEL ATIENZA, <i>Contestación al profesor Estévez Araújo</i>	374
ENRIQUE ZULETA, <i>Paradigma dogmático y ciencia del Derecho</i> (M. Saavedra).	376
ENRIQUE ZULETA, <i>La dogmática jurídica como paradigma de ciencia normal. A propósito de una crítica de M. Saavedra</i>	379

RECENSIONES

AULIS AARNIO, <i>Philosophical perspectives in Jurisprudence</i> (E. Zuleta) ...	387
ERNST BLOCH, <i>Derecho Natural y dignidad humana</i> (J. Hervada)	390
JOSÉ DELGADO PINTO, <i>De nuevo sobre el problema del Derecho Natural</i> (J. A. García)	393
ELÍAS DÍAZ, <i>La sociedad entre el derecho y la justicia</i> (N. Alvarez)	394
ANTONIO FERNÁNDEZ-GALIANO, <i>Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho</i> (M. S. de Gregorio)	397
VITTORIO FROSINI, <i>Cibernética, Derecho y Sociedad</i> (A. Blanco)	402
RICCARDO GUASTINI, <i>Lezioni di teoria analitica del diritto</i> (M. A. Barrere).	406
JAVIER HERVADA, <i>Introducción crítica al Derecho Natural</i> (A. Marzoa) ...	410
LIBORIO HIERRO, <i>El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho</i> (J. M. Romero)	413
LUIGI LOMBARDI VALLAURI, <i>Corso di Filosofia del Diritto</i> (J. M. Rojo) ...	416
JOSÉ F. LORCA NAVARRETE, <i>Fundamentos filosóficos del Derecho</i> (J. Calvo).	422
NIKLAS LUHMAN, <i>Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie</i> (P. Giménez)	423
ENRICO PATTARO, <i>Filosofía del Derecho. Derecho y ciencia jurídica</i> (J. Calvo).	426
ALEKSANDER PECZENIK, <i>The basis of legal justification</i> (E. Zuleta)	430
FRANCISCO PUY, <i>Derechos humanos</i> (V. Lamsdorff)	433
JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO, <i>Estudio sobre fuentes del Derecho y método jurídico</i> (C. Martínez)	437
NICOLÁS M. ^a LÓPEZ CALERA, <i>Introducción al estudio del Derecho</i> (E. Fernández García)	439

