

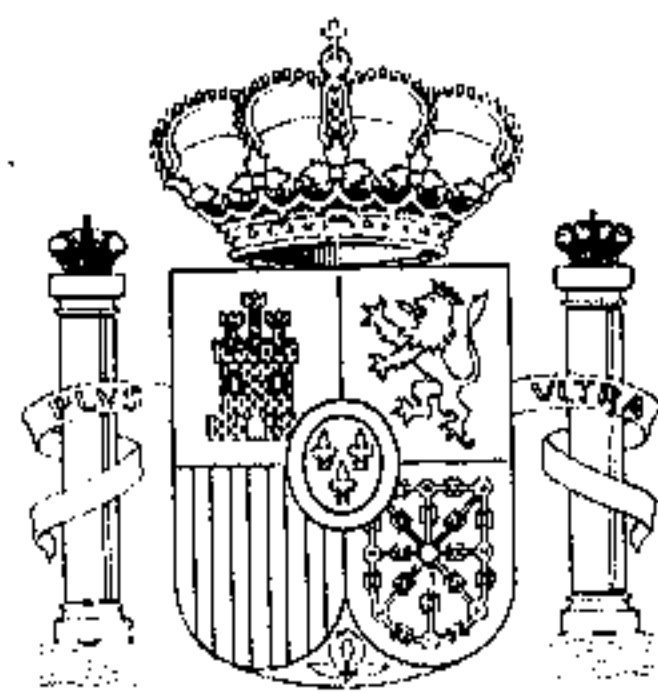
**ANUARIO
DE
FILOSOFIA
DEL
DERECHO**

**NUEVA EPOCA
TOMO VI**



**MADRID
1989**

**ANUARIO
DE
FILOSOFIA
DEL
DERECHO**



MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica
CENTRO DE PUBLICACIONES

ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Director

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

Secretario

FERNANDO GALINDO AYUDA
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Zaragoza

Consejo de Redacción

NICOLAS MARIA LOPEZ CALERA
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Granada

BENITO DE CASTRO CID
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León

ELIAS DIAZ GARCIA
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

JOSE MANUEL ROMERO MORENO
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad Complutense

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

JUAN RUIZ MANERO
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante

JESUS AYLLON DIAZ
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad Complutense

DIRECCION Y REDACCION: Area de Filosofía del Derecho.
Universidad de Zaragoza. Facultad de Derecho.
50009-ZARAGOZA (Teléf. 976-55 59 80)

ADMINISTRACION Y DISTRIBUCION:

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, etc., dirigirse al Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Gran Vía, 76-8.º, teléfono (91) 247 54 22. 28013 Madrid.

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

**ANUARIO
DE
FILOSOFIA
DEL
DERECHO**

**NUEVA EPOCA
TOMO VI**



**MADRID
1989**

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

N.I.P.O.: 051-89-013-2
I.S.S.N.: 0518-0872
Depósito Legal: S-751-1989

EUROPA ARTES GRÁFICAS, S.A.
Sánchez Llevot, 1.
Teléfono (923) 22 22 50
37005 Salamanca

INDICE

	<u>Págs.</u>
I. REVOLUCION LIBERAL Y DERECHO (1789-1989)	
PRESENTACION	11
1. REVOLUCION FRANCESA	
FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, <i>Pierre Bayle y la ideología de la Revolución</i>	15
NORBERT BILBENY, <i>Kant y la Revolución Francesa. Refutación del derecho de resistencia civil</i>	23
JOSÉ MONTOYA SÁENZ, <i>Rousseau y los Derechos del Hombre</i>	33
FRANCISCO PUY, <i>Los Derechos en la Declaración de 1789</i>	45
GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, <i>Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa</i>	57
JAVIER DE LUCAS, <i>Sobre la ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789. El modelo del Code Napoleón</i>	129
JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, <i>Libertad, igualdad, fraternidad en el socialismo jacobino francés (1830-1848)</i>	135
2. LA REVOLUCION EN ESPAÑA	
MARIANO PESET, <i>Motivos y causas de la Revolución en España</i>	153
JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, <i>Las raíces filosófico-jurídicas del pensamiento penal español contemporáneo</i>	175
ERNESTO JAIME VIDAL GIL, <i>Ilustración y legislación. Los supuestos ideológicos, jurídicos y políticos</i>	205
MONTSERRAT FIGUERAS PÀMIES, <i>La Revolución en Cataluña. Ideas jurídicas de Ramón Martí de Eixalá</i>	221
3. LA UTOPIA IRREALIZADA	
JOSÉ RUBIO CARRACEDO, <i>La inconsistencia del modelo democrático liberal</i>	239
AGUSTÍN SQUELLA, <i>Libertad e igualdad. Las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia</i>	253
PEDRO FRAILE, <i>Estado e individuo. Delito y prevención</i>	267

	<u>Págs.</u>
II. ESTUDIOS	
MANUEL SEGURA ORTEGA, <i>El problema de las lagunas en el derecho</i>	285
CARLOS ALARCÓN CABRERA, <i>En torno a la lógica deóntica del último Kelsen</i>	313
ENRIQUE BONETE PERALES, <i>Tugendhat contra Rawls y Habermas</i>	339
JOSÉ JUAN MORESO MATEOS, <i>Cinco diferencias entre Bentham y Austin</i>	351
JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, <i>Restauración tomista y catolicismo militante en la Universidad de Sevilla (1884-1924)</i>	377
III. NOTAS	
JUAN RAMÓN CAPELLA, <i>Malos tiempos para la Etica</i>	399
MONTSE NEBRERA, <i>Del suicidio en Roma. Derecho, moral y filosofía aristocráticas</i>	409
URBANO FERRER SANTOS, <i>Violencia y racionalidad</i>	421
RAMÓN SORIANO, <i>¿Quién debe ocuparse de la Sociología del Derecho?</i>	431
IV. IN MEMORIAM	
MIGUEL SANCHO IZQUIERDO (1890-1988) (J. J. Gil Cremades)	443
V. DEBATES	
ESPERANZA GUISÁN, <i>Persuasión y razón en Etica y Política</i>	455
VICTORIA CAMPS, <i>Una metaética sin pretensión (respuesta a Esperanza Guisán)</i>	463
FRANCISCO PUY, <i>Una crítica teórica de la tópica</i>	467
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, <i>Breve respuesta a las objeciones del profesor Puy</i>	475
J. A. ESTÉVEZ; J. L. GORDILLO; J. R. CAPELLA, <i>Los derechos un poco en broma: Las razones de Peces-Barba sobre obediencia, desobediencia y objeción</i>	479
GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, <i>Contestación a los profesores Estévez, Gordillo y Capella</i>	487
VI. INFORMACIONES	
VIII Curso de Informática y Derecho	497
III Congreso brasileño de Filosofía Jurídica y Social	503
IV Jornadas internacionales de Lógica e Informática jurídica	509
XI Jornadas de Profesores de Filosofía Jurídica y Social	511
Jornadas internacionales de Derechos Humanos de la UNED	513

	Págs.
<i>Seminario para la preparación de directivas destinadas a mejorar la calidad técnica de las leyes</i>	517
<i>Inauguración del Instituto Internacional de Sociología jurídica de Oñati</i>	521
<i>XIV Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social</i> .	523

VII. RECENSIONES

KLAUS ADOMEIT, <i>Introducción a la teoría del derecho</i> (Francisco Puy)	533
ANDRÉ-JEAN ARNAUD (dir.), <i>Dictionnaire Encyclopédique de théorie et de sociologie de droit</i> (María José Añón)	538
ROBERTO BERGALLI (coord.), <i>El derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica</i> (Encarna Bodelón) .	543
ALBERT CALSAMIGLIA, <i>Introducción a la Ciencia Jurídica</i> (José Calvo González)	545
CAHIERS DE PHILOSOPHIE POLITIQUE ET JURIDIQUE, <i>La philosophie du Droit de Hans Kelsen</i> (José Calvo González)	548
ELÍAS DÍAZ, <i>La transición a la democracia</i> (Norberto Alvarez)	550
JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAUJO, <i>La crisis del Estado de Derecho Liberal. Schmitt en Weimar</i> (Antonio Giménez Merino)	553
ALDO MAZZACANE, <i>I Giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novocento</i> (José Calvo González)	558
F. MENICHETTI, <i>Concezioni e metamorfosi dello Stato nell'età giolittiana</i> (José Calvo González)	561
GIANLUIGI PALOMBELLA, <i>Soggetti, Azione, Norme. Saggio sul diritto e ragione pratica</i> (José Calvo González)	564
VILFREDO PARETO, <i>Trattato di Sociologia Generale</i> (Mercedes Carreras)	566
RATIO JURIS (José Calvo González)	568
GIORGIO REBUFFA, <i>Max Weber e la scienza del diritto</i> (Roberto Bergalli)	575
PATRICK RILEY, <i>The general will before Rousseau. The transformation of the divine into the civic</i> (José Montoya Sáenz)	578
WOJCIECH SADURSKI, <i>Giving Desert Ist Due. Social Justice and Legal Theory</i> (José Calvo González)	580

I

REVOLUCION LIBERAL Y DERECHO (1789-1989)

Presentación

Hacer balance, a dos siglos de distancia, de la Revolución francesa y su influjo en el pensamiento jurídico y político, tal era el propósito inicial de este «Anuario». La respuesta de los colaboradores ha sido fragmentaria y lo que aquí se presenta está incompleto. Pero se estima válido, ya en su contenido, ya como síntoma de actual perspectiva desde la que se observa el hecho conmemorado.

Válido en su contenido, porque desde distintos puntos de vista se han abordado temas diversos, encuadrables en el tema general, y relativos al hecho revolucionario tal como se desenvuelve jurídica, política y socialmente, tanto en el epicentro francés como en la periferia española.

Pero también estamos ante un síntoma. Justamente en julio de 1889, coincidiendo con el primer centenario de la Revolución francesa, aparece en España la edición definitiva del Código Civil. La conmemoración podía alimentar entonces la autosuficiencia de un liberalismo que, mediante ese instrumento jurídico, creía asegurar la libertad civil basada en la propiedad privada, al tiempo que, mediante transacción inconcreta, aparentaba hacer compatible la centralización, el monopolio de la producción jurídica, con las legislaciones forales, resolviendo así la guerra civil reiterada. Pero, más allá de ese optimismo otros vislumbraban la insuficiencia del derecho de la revolución liberal, para hacer frente a los problemas suscitados por ella. Se planteaba así, en función de la dinámica del liberalismo económico, la «cuestión social». Para encararla, se confiaba en las virtualidades del propósito revolucionario, presentando como solución, justificada teóricamente y llevada a cabo prácticamente, la del «intervencionismo de Estado». Del menos Estado posible se pasaba a vislumbrar el Estado providencia, el Estado del bienestar, aparentemente fuerte, intestinamente débil.

Hoy, sin embargo, a dos siglos de distancia, lo que se entrevió al cumplirse el anterior centenario, es realidad, y además somos capaces, por el tiempo transcurrido, de hacer balance del socialismo marxista como sistema político establecido. Algunos de los estudios presentados en este volumen son conscientes de que se circula ya a la altura de este cambio de rasante, y estamos perplejos ante lo que vendrá cuando lo rebasemos. Lo que no es sinónimo de escepticismo. La crisis de la «modernidad», que engloba entre los elementos integrantes de ella al liberalismo y al socialismo, quizá estéticamente puede llevar a un espectacular salto mortal en el vacío postmoderno, pero éticamente no debe tentar al abandono del deseo de realización de la utopía de la libertad.

JUAN JOSÉ GIL CREMADES

1. REVOLUCION FRANCESA

Pierre Bayle y la ideología de la Revolución

Por FELIPE GONZALEZ VICEN

La Laguna

Es costumbre ya inveterada en nuestros medios intelectuales, siempre que se acerca el aniversario de una gran conmoción o de un gran hecho histórico, afanarse por encontrar precedentes o antecedentes de la conmoción o del gran hecho. Tal y como si el conocer los antecedentes de un hecho sirviera para penetrar más hondo en los fenómenos históricos y en sus consecuencias.

Ahora, en que se aproxima el bicentenario de la Revolución Francesa, las viejas costumbres se renuevan y tanto historiadores como no historiadores discuten sin fin cuál es la institución o la tendencia que puso en movimiento aquella gran conmoción que conocemos como la Revolución Francesa, y que va a cambiar la faz política de nuestro mundo occidental. Quienes así disputan tienen un concepto harto peregrino de la historia, la que ven como una serie de hechos explicables por una concatenación de causas y efectos. La historia, en cambio, es un conjunto de ideas a las que la humanidad da forma. Se nos quiere decir, por ejemplo: ¿Qué fue la Revolución Francesa más que una algarada, una serie de asesinatos y vilezas? O fue, por ello, un intento de establecer la racionalidad en la convivencia, en cuyo nombre se organizaron los crímenes y tropelías que constituyeron lo que hoy llamamos la Revolución Francesa.

Quien por tanto se acerque a estas páginas creyendo encontrar en ellas un relato de las instituciones jurídicas o una galería de personajes que hicieron posible el hecho de la Revolución Francesa, quedará profundamente defraudado. De lo que en ella se trata es de trazar a grandes rasgos la figura y el pensamiento de Pierre Bayle, un intelectual de pro y uno de los mayores talentos de la vieja Francia. Teólogo y filósofo, de profesión, se vio evuelto en innumerables polémicas algunas de las cuales así como sus reflexiones de pensador solitario surgieron como relámpagos deslumbrantes, ideas nuevas que ya no iban a perderse nunca para la humanidad, que iba a tratar de hacerlas realidad histórica en las grandes convulsiones de la Revolución Francesa.

• 1 •

Es un hecho extraño pero cierto, el que muy a menudo las grandes historias de la literatura o de la filosofía pasan por alto o ignoran el nom-

bre de Pierre Bayle. Instigador de muchos de los caminos que hoy recorremos en nuestra vida política e inspirador en su célebre «Diccionario» de aquellos «filólogos» que arremetían sin piedad contra el llamado viejo régimen francés, Pierre Bayle es no obstante un desconocido en muchos de los catálogos que solemos manejar.

Esta falta o ausencia reviste en último término un cierto valor metódico, porque nos dice que para conocer a Pierre Bayle es preciso ir directamente a los mismos principios, verle de cuerpo entero e indagar si es posible, qué rutas ha seguido la deformación de su obra hasta llegar al silencio que hoy la rodea.

Por eso principiemos preguntándonos: ¿Quién fue Pierre Bayle?¹ «Algo enclenque, de maneras burdas, un afán de saber y una capacidad extraordinaria de trabajo y una memoria verdaderamente asombrosa», así nos lo describen contemporáneos muy allegados a él. Pierre Bayle nació en Carla (Condado de Foix) el 18 de diciembre de 1647, hijo de un pastor protestante calvinista. Su memoria extraordinaria y su ansia de saber le llevaron en su infancia a penetrar hasta los últimos detalles no sólo el «qué» sino también el «porqué» de las cosas.

Hizo sus primeros estudios en la escuela superior a la que pertenecía Carla, y después de aprender el latín a la perfección, llegada que fue la edad de estudios superiores —diecinueve años— se le mandó para estudiar filosofía en la Universidad de Tolouse, que estaba regida por los jesuitas. Bayle se alojó en Toulouse en una casa particular donde también vivía un sacerdote católico, con quien desde los primeros momentos mantuvo amplias discusiones. Estaba además muy interesado en las clases de lógica que impartía un jesuita en un edificio cercano. Estas discusiones y las clases de lógica dieron como resultado algo inesperado. Un buen día apareció Pierre Bayle diciendo que había estado equivocado y abjuraba del calvinismo y se sentía hijo fiel y obediente de la Iglesia Romana. Esta declaración fue seguida de una serie de visitas a las autoridades locales haciendo constar su cambio de religión.

Hay que darse cuenta de la situación desgarrada en que se encontraba Francia, pesando sobre ella todavía el recuerdo de las guerras fratricidas del siglo XVI y las matanzas organizadas a sangre fría, como la de la noche de San Bartolomé.

El cambio de religión de Bayle causó el estupor indecible de sus amistades, pero un dolor increíble en su propia familia. Además de Pierre Bayle se había apoderado el fuego proselitista de todos los nuevos conversos y escribió a su hermano mayor una carta «naturalmente» en la que

1. Lo fundamental sobre la vida y la obra de P. BAYLE es: DES MAIZEAUX, *La vie de Mr. Bayle*, que encabeza (pp. XVII-CXXXVI) la edición del «Diccionario» que cito más abajo. También W. BOLIN ha escrito una breve biografía en la obra de FEUERBACH, L.: *Pierre Bayle*, Stuttgart, 1908. La mejor de las biografías es, con mucho, la de LABROUSSE, R.: *Pierre Bayle*, La Haye, 1963-1964, 2 vols.

De todas las obras de Bayle se han hecho numerosas ediciones. En el texto que sigue, me refiero siempre a: *Oeuvres diverses de M. Pierre Bayle*, à Amsterdam, MDCCXXXVII, 4 vols.

El «Diccionario»: *Dictionnaire historique et critique par Mr. Pierre Bayle*, à Leiden, MDCCX.

después de aludir a las muchas discusiones teológicas entre ambos, le invitaba a venir donde todas las dudas serían resueltas por hombres sabios y prudentes.

El padre, por otra parte, se devanaba los sesos pensando en cómo era posible que en un mes de estancia en Tolouse hubiera olvidado su hijo todas las enseñanzas que él le había inculcado. El único medio que encontró fue el de enviar a Tolouse gentes que gozaban de la confianza de Bayle para que hablara con su hijo sobre el cambio radical que en él había tenido lugar. El primero que envió su padre fue el primo paterno de Bayle, un tal Mr. Nadis de Bruguire quien volvió a casa diciendo que era inútil cuanto se intentara hacer.

La segunda persona que el padre envió a ver a su hijo a Tolouse fue Mr. de Pradals de Larbon quien tenía que ir por asuntos propios a Tolouse y antes tuvo una larga conversación con el padre de Pierre Bayle. En Tolouse, Pradals se alojó en la misma casa en que vivía Pierre Bayle y tuvo con él largas conversaciones de sobremesa y en los largos paseos que hacían juntos por los alrededores de la ciudad. Cuál sería la sorpresa de Pradals cuando un día Bayle le confesó la posibilidad de un error en su decisión. Pradals lo escribió inmediatamente al padre. Pero su sorpresa fue mayor el día en que Bayle apareció diciendo que su cambio de religión había sido un error y una ligereza. Ahora tenía Bayle que hacer el camino contrario que ya le había hecho ir a las autoridades locales y eclesiásticas para comunicarles que el cambio de religión había sido en él un error y continuaba siendo calvinista como lo había sido siempre.

Por consejo de Pradals, el mismo mes de octubre salió Bayle para Ginebra, cabeza entonces del calvinismo ortodoxo, a fin de evitar veleidades catolicistas.

Bayle llegó a Ginebra el 2 de septiembre y lo primero que hizo después de alojado fue escribir una larga carta a su hermano mayor, en la que no hacía alusión ninguna ni a sus errores ni al tiempo inmediatamente anterior que habían vivido. Estas cartas de Bayle (17 ó 18 en la edición de las obras que estamos siguiendo) retratan a Bayle de cuerpo entero. El interés de estas cartas no es obtener el perdón de la familia, ni siquiera echar por la borda sus últimos meses. El interés de estas cartas está en restablecer la normalidad en el trato con los suyos olvidando, como si no hubiera ocurrido nada de lo pasado. La estancia de Bayle en Ginebra fue por muchos conceptos aleccionadora. Sin profesión propia, sin esperar ayuda económica de su familia, Bayle tuvo que vivir en Ginebra improvisadamente. Pero Bayle era un gran hombre de relación. Sabía hacerse amigos en cualquier sitio y por su ánimo abierto y sus condiciones individuales se abría paso no sólo en medios hostiles sino también en círculos que por lo elevado estaban cerrados a los demás. De Bayle puede decirse que fue un gran conversador en el siglo XVII, que es el gran siglo de conversadores franceses.

Así fue cómo Bayle logró entrar de preceptor en algunas de las más altas casas de Ginebra, entre ellas la del Conde Dhona, Señor de Coper, que tenía una Baronía a dos leguas de Ginebra. Lo que Bayle no sabía es que su residencia no iba a estar en Ginebra sino en Coper, alejado de

todo centro cultural. Lejos de las Bibliotecas Públicas, de revistas y libros, Bayle se sintió más aislado que nunca del mundo que a él le interesaba. Al cabo de cerca de dos años de aguantar esta existencia, Bayle tramó con su gran amigo Basnage la fábula de que su padre estaba gravemente enfermo y reclamaba la presencia de su hijo. Esto bastó para que el Conde de Dhona diera libertad a Bayle para salir de Coper. Basnage le sugirió a Bayle que hiciera el viaje en compañía de un sobrino suyo que tenía que arreglar en Duone ciertos asuntos familiares. A Bayle le pareció el plan de maravilla y se prestó a ir con el sobrino de Basnage hasta Rouen. Hay un dicho según el cual el futuro nunca es más brillante que cuando se le considera desde el presente. Bayle encerrado como estaba en Coper soñaba con una vida de lecturas, con polémicas y disputas sin cuento. Su desilusión al llegar a Rouen fue por eso extraordinaria. El antecesor de Basnage, un opulento comerciante de Rouen, había comprado en las cercanías de la población un terreno de enormes dimensiones, no cultivado y todo lo lejos posible de cualquier lugar habitado. Allí es donde debía transcurrir la vida de Bayle si no ponía pronto remedio a ello. Una suma indecible de cartas, súplicas e intervención de amistades hicieron al fin que Bayle pudiera marcharse de Rouen camino de París el día 1 de marzo de 1675. Se suele decir que las grandes ciudades presentan primero sus dientes a los jóvenes que se acercan a ellas. Bayle pudo constatar en su propia carne este dicho. Los amigos le habían preparado una residencia en París. Residencia que fue ocupada por una familia noble. Sin techo donde cobijarse, sin profesión alguna que le reportara ganancias regulares, Bayle volvió a vivir los primeros años. Sin embargo, su trato de gentes de letras y su brillantez propia le hicieron olvidar un poco sus desdichas.

En esto estaba cuando recibió una carta de su amigo Basnage que estaba estudiando teología en la Academia de Sedan. En ella le comunicaba que el catedrático de Filosofía de la Academia acababa de morir y que por qué Bayle no se presentaba al concurso que era inminente. Así lo hizo Bayle, tras unas cuantas dificultades que hubo de superar por no ser nacido en el Principado de Sedan. Lo que nosotros hoy llamaríamos concurso-oposición consistía entonces en un tema que daba el pleno del profesorado de la Academia y que los opositores tenían que concebir en forma de memoria sin ayuda ninguna de libros ni letra impresa. Este trabajo de «sol a sol» era al día siguiente o dos días después, según el acuerdo del pleno de la Academia, sometido a discusión por los restantes concursantes. El Claustro en pleno deliberaba quién era el ganador y a quién había que proponer como nuevo profesor. El tema que esta vez se había elegido era «El Tiempo» y después de dos días de discusión el pleno de la Academia propuso por inmensa mayoría a Bayle como profesor de Filosofía de la Academia.

Sería sin embargo desconocer la psicología de Bayle pensar que ocupaba todo su tiempo en sus deberes académicos. En 1680 había partido por toda Francia un cometa de dimensiones y brillo inusitados. Como es natural el pueblo empezó a sacar del arca de los recuerdos consejas, presagios, antecedentes. También Bayle hechó mano a la pluma, pero en un sentido muy distinto. En un espacio que se calcula de 21 días Bayle escribió una carta al «*Mercure Galant*» en la cual oponía su concepción ortodoxa de lo

divino a las múltiples habladurías que corrían por el pueblo. Si Dios es omnipotente y puede hacer a la humanidad todo el daño que quiera, ¿a qué estos anuncios? Y en cuanto al fin del mundo, que decía la gente que presagiaba el cometa, Bayle se preguntaba: Si Dios creó el mundo de la nada, ¿no podría también destruirlo con un solo acto de voluntad? El redactor del periódico se guardó muy mucho de imprimir la carta de Bayle pero, aderezándola con frases propias y dándole una extensión inusitada, la hizo aparecer como libro en las librerías francesas: «*Entretien... sur la Comète*».

Poco iba a durar sin embargo la paz para Bayle. El Principado de Sedan había sido donado por el Duque Brouillon a Enrique III de Francia, bajo la condición de que los habitantes del Principado tuviesen los mismos derechos y libertades que el resto de los franceses. Luis XIV firmó también el mismo documento. Pero, llegado a fines de siglo, encontró intolerable que por todo el territorio de Francia hubiese Academias que impartiesen la enseñanza reformada. En vista de ello dio un decreto por el que todas las Academias que no fuesen instituidas por la Iglesia Romana fuesen disueltas inmediatamente. La primera de ellas fue la de Sedan, quedando al fin Bayle desprovisto de su cátedra y de sus ingresos. Inmediatamente después de recibir el cese como profesor de la Academia, Bayle se dirigió a París. Esta vez empero en circunstancias distintas. En Sedan había trabado íntima amistad con un joven llamado Van Zoenen, cuya familia gozaba de grandes influencias en los Países Bajos y uno de cuyos mayores había sido burgomaestre de Rotterdam.

Bayle esperó en París hasta que le llegó la noticia de que en Rotterdam se había fundado una Escuela de Estudios Superiores en la que Bayle figuraba como profesor de Filosofía e Historia.

• 2 •

Bayle hizo su entrada triunfal como profesor de la nueva Escuela en 1675 con gran número de alumnos.

Sin embargo fue mal recibido por el grupo protestante que había sufrido la persecución en Francia. Es la malquerencia típica con que se recibe siempre al extraño, famoso o no famoso, que quiere introducirse en un grupo ya constituido. Bayle significaba el tipo que con hostilidad se definía «el francés». Y en torno al «francés» se acumularon toda suerte de denuncias y contradenuncias, de calumnias, de injurias, sin que Bayle tuviese en su mano la posibilidad de detenerlo.

Bayle sobre todo tenía un enemigo particular: el teólogo Jorieu, con quien había coincidido en Sedan en la disuelta Academia. Jorieu es uno de esos personajes que produce alguna vez el protestantismo calvinista, gentes que creen ser los únicos que pueden darnos el sentido de las Sagradas Escrituras, pero que tienen por una ofensa al mismo Dios el que se les insulte a ellos. Jorieu acababa de formular denuncias contra Bayle, entre ellas y como más visible la de que Bayle enseñaba a sus alumnos que Dios no existía. Lo malo del caso es que Bayle no era el tipo adecuado para sostener polémicas personales y dejaba que todo ello resbalara por él como si no le afectara.

Por fin, triunfó Jorieu y nada más acabado el curso académico en 1683 se presentaron en el domicilio de Bayle los magistrados de la ciudad que llevaban una orden de deposición e incautación contra Bayle. Es decir, que quedaba desposeído de su cátedra y suspendida toda la cuantía que hasta entonces había venido percibiendo por sus servicios.

La deposición y confiscación de Bayle no fue más que un acto de fuerza por parte de los magistrados de Rotterdam. No le dejaron hablar, no le dejaron exponer su punto de vista, sino que dieron por buena y adecuada a los hechos la denuncia que llevaban de Jorieu.

Pero el Bayle con que contaban los magistrados de Rotterdam era un Bayle distinto del que efectivamente existía. Hombre de vida austera, casi monástica, Bayle había ahorrado de su sueldo lo suficiente para vivir el resto de su vida. De otra parte, hombre de lectura y reflexión, al suprimirle los deberes de la Academia le hicieron el regalo que todo intelectual apetece y ansía: el tiempo. Desde ahora, Bayle libre de sus deberes docentes pudo dedicarse plenamente a su reflexión y a sus escritos. Es desde ahora en adelante cuando empieza la verdadera época constructiva de Bayle y a la vez cuando comienza su nombre a oírse más allá de las fronteras de su patria.

Bayle había siempre tenido por inconcebible un hecho sociológico que los franceses de su tiempo denominaban con la palabra «consentimiento». Si se reunían varias personas, las únicas que tenían derecho a criticar la política del gobierno o su planteamiento político eran ciertos altos cargos o ciertas personas de altura suficiente socialmente. Si algún otro se atrevía a hacer algo semejante era castigado cruelmente.

Esta situación le parecía a Bayle extraña y anómala, e intentando buscar una solución a ella iba a dar con una de las grandes enseñanzas de la Revolución Francesa. Escarbando en antiguos folios ingleses dio con la palabra de oscura etimología y muy poco utilizada en el lenguaje corriente inglés: «*Sincerity*», que iba a constituir la solución a todas sus dudas. «¿Qué significa ser sincero?». Significa —decía Bayle— que esta persona dice lo que siente, que en ella no hay dos mundos, uno externo y otro interno, sino uno sólo. Una persona ve el Universo de una manera que puede no coincidir con la nuestra, pero es su «manera de ver el mundo», es sincera siempre que lo que nos diga responda a la manera en que esta persona ve las cosas. No es el consentimiento lo que la hace tener derecho a opinar, sino su misma constitución, una constitución que le lleva a decir aquello que siente y no otra cosa. Tres años después, Locke iba a dar nombre a esta actitud que permite decir lo que se piensa ante cualquier otra persona. Es lo que se llamaría después «tolerancia», pero cuyos orígenes se encuentran sin duda en Bayle y su concepto de la sinceridad. Cuando más adelante estalló la Revolución Francesa los periódicos hicieron memoria de nuevo de Bayle y su gran descubrimiento; pero quien queda todavía hoy con la fama de haber descubierto la tolerancia es Locke.

Una segunda categoría iba también a descubrir Bayle. En el prefacio a las «*Noticias del Mundo del Espíritu*», Bayle habla de los libros como de un objeto especial. Si construimos una silla o un estante, y luego no nos sirven por alguna razón, los destruimos y con los trozos resultantes de su

destrucción volvemos a construir otro. Con el libro empero no puede hacerse lo mismo. En primer término, porque un libro no es destruible, sino sólo la materia en que está hecho. Podemos ir arrancando página por página de un libro y quemándola, podemos quemar sus tapas y su encuadernación, lo que no podemos destruir nunca es aquello que el libro quiere decirnos y que una vez leído queda grabado en la mente del lector. Por eso es una prepotencia incalificable el hacer listas de libros prohibidos, cuando en verdad todos los libros son verdaderos o no lo son. Cuando se habla de un libro prohibido, lo que se quiere decir es que es un libro cuya lectura puede ocasionar dolores o frustraciones en algunas mentes, pero no que el libro en sí sea bueno o malo. Todos los libros son susceptibles de contradicción y esto también es lo que puede hacerse con los llamados libros prohibidos: escribir otro libro admitiendo lo contrario del primero.

En el prefacio ya mencionado, Bayle habla por eso de «todos los libros», repitiendo la palabra todos una vez más al final del prefacio. Quiere con ello decir que cualquier libro es bueno o es malo según la mente que lo reciba o lo haga objeto de su lectura.

Estos dos rasgos que señalamos en Bayle, nos muestran un Bayle totalmente desconocido. Es el Bayle libertario. Nacido, crecido y desarrollado bajo la persecución de religiosa, y bajo la mano de hierro de Luix XIV, Bayle se construye a sí mismo un mundo libre, un mundo en el que no existen ni la reacción ni la persecución. Este mundo no es el de todos —entonces sería Peter Bayle un revolucionario— pero sí su mundo, un mundo creído y sostenido por su razón y únicamente por su razón. Bayle se dice a sí mismo en estos apuntes libertarios, que él puede leer todos los libros que quiera y además escribir otros en contra. Que él puede criticar toda la planificación del poder central y además que todo eso lo puede hacer consigo mismo, sin pretender que los demás le sigan.

Como hemos dicho, la deposición de catedrático de Bayle le había traído como consecuencia una dimensión del tiempo. Esta nueva dimensión él la aprovechaba para producir sus dos obras más notables: el «Diccionario» y «Las Respuestas». En primer lugar había que preguntarse qué es un «Diccionario», si queremos llegar al fondo de la obra de Bayle. Un «Diccionario» es simplemente la ordenación alfabética de una serie de cuestiones o de objetos que están a mano del lector. El «Diccionario» de Bayle no entra en esta definición. Es, más bien, una colección de artículos ordenados alfabéticamente cada uno de los cuales se distingue de los otros sobre todo por el aparato de notas que lleva. Esto es lo fundamental del «Diccionario» de Bayle. En primer lugar, su arbitrariedad. En él se encuentran objetos, cuestiones y personas del mundo más corriente que hay que suponer conocidos a grandes rasgos por lo menos por el lector. Pero lo verdaderamente extraordinario en el «Diccionario» de Bayle son sus «notas». Abriéndolo al azar se encuentra uno, por ejemplo, con el artículo «Aristóteles». En el texto se nos dice cuándo nació, cuándo murió, cuáles fueron sus obras principales; pero en las notas se nos dice por qué se ha atribuido a Aristóteles una obra determinada y se nos indica otra nota del mismo diccionario, en la que se contienen los elementos principales de atribución de una obra a un autor y las razones que obran a favor o contra de la atribución a Aristóteles de la obra en cuestión. Como se ve, la lectura

del artículo sobre Aristóteles no es ni con mucho tan sólo lo establecido en la cabeza de la página, sino sobre todo las notas con las cuales se completa el artículo en cuestión. Lo mismo podríamos decir de cualquier otro objeto del «Diccionario»: siempre la alusión a una nota y de ésta a otra, de manera que la consulta del «Diccionario» exige una lectura muy detallada y muy especial. El «Diccionario» no es por eso lectura fácil, aunque sí instructiva. Del «Diccionario» se han hecho numerosas ediciones, la última de 1828, que es la que suele encontrarse en la Biblioteca Nacional. Otra cosa importante es que el «Diccionario» es la única obra que expresamente firma como autor Bayle. Según sus biógrafos cuentan fue necesario el clamor unánime de libreros e impresores para forzarle a quebrar su costumbre de no firmar nunca sus obras. Quien quiera utilizar el «Diccionario» de Bayle como tal diccionario quedará defraudado, mientras que si lo hace para penetrar en el estilo, en la manera de escribir y de pensar de Bayle quedará satisfecho. No hay fundamento, por ejemplo, para que en el «Diccionario» no figure la palabra «raison», pero es que Bayle va escogiendo aquellas palabras y objetos que le daban ocasión para desplegar su ingenio y su modo de hacer.

Muy diferente, en cambio, son «Las Respuestas a las cuestiones de un provincial». Este provincial ignoto es seguramente el mismo Bayle, que se pregunta a sí mismo sobre una serie de cuestiones que no quería publicar en forma de libro. Es éste un libro farragoso, al contrario del «Diccionario». Mientras el «Diccionario» se deja leer incluso por los no interesados, «Las Respuestas» son difíciles de leer y más difíciles todavía de comprender. Como que el mismo Bayle tenía tales dudas y había de disfrazarse de provincial para encontrarles solución.

• 3 •

Este es el Bayle avizor como pocos que cierra el siglo XVII y abre, lleno de esperanzas, el siglo XVIII. Devorado por sus propias dudas y sus propias angustias, Bayle nos es todavía hoy un ejemplo de lo que un hombre entregado a sí mismo, con voluntad de verdad y certeza, puede conseguir.

No es ni mucho menos casual que en las Escuelas Ordinarias y Primarias de Francia se tuvieran las obras de Bayle como algo peligroso para la juventud.

Kant y la Revolución Francesa

Refutación del derecho de resistencia civil

Por NORBERT BILBENY

Barcelona

En ocasión de celebrarse el bicentenario de la Revolución Francesa hemos elegido el tema de la relación ético-jurídica de Kant con aquel acontecimiento por su indudable incidencia en la discusión actual sobre el derecho a la desobediencia civil. Por otra parte, es sabido el alcance de dicha relación en el pensamiento político de Fichte y Hegel, así como en el radicalismo republicano extendido en Francia a finales del siglo XIX, para citar sus influencias principales.

De entrada hay que decir que Kant, hasta su muerte, en 1804, nunca abjuró de su compromiso con el hecho de la Revolución y los principios que la inspiraron. Ve en ellos la promesa de realización de los derechos de la razón práctica en un sistema legal, o lo que venía a ser lo mismo: la oportunidad de una puesta en práctica de la nueva filosofía política encabezada por su admirado Rousseau. Esta compenetración fue tan evidente que Schelling mismo, en su nota titulada *Kant*, y en el año de la muerte del viejo pensador, se hace ante todo eco de la imagen de éste como revolucionario que lleva al plano de lo «ideal» lo que el político había hecho antes en el plano de lo «real» temiendo, en fin, que un reflujó de la Revolución no vaya a representar también un bajón del interés de Europa por el revolucionario Kant¹.

Sin embargo llama la atención el modo de reaccionar de otro romántico alemán. Heine admite un paralelismo entre la obra en pro de las «virtudes republicanas» en Robespierre y el criticismo filosófico de Kant. Hay en los dos personajes el mismo sentido «burgués» del honor y de la integridad republicanos. Pero el «terrorismo» del filósofo, afirma el poeta en su libro *Deutschland*, es más temible que el del político jacobino, por su rigorismo ético y caladura intelectual. Se trata de dos puntos de vista que mostraron bien pronto la división de los escritores alemanes a la hora de

1. SHELLING, F. W. J.: «Kant», en VILLACAÑAS, J. L. (ed.): *Schelling* (Barcelona: Península, 1988), pp. 165-166.

sacar el balance de la Revolución². Aquellos más próximos territorialmente a Francia —Goethe, Schiller, Reinhold, Hegel— se desencantaron antes de la estrella revolucionaria, por tener una noticia más viva y actual del cariz que iban tomando los acontecimientos ligados a ella. Los más alejados, como Kant, en el Báltico, o Fichte y Schelling, en Jena, sostenían por más tiempo su adhesión, en buena medida por el hecho de la distancia local.

¿Cómo nace en Kant la admiración por las ideas y los actos abiertos en 1789? Por de pronto, hay que circunscribirla en su etapa «postcrítica», tras la publicación de la *Crítica del juicio* en 1790. En esta nueva década se desarrollará el Kant más polemizador y dedicado a contrastar las consecuencias prácticas de su Ética en el derecho, la política y la religión. Recordemos sus artículos en la «ilustrada» revista *Berlinische Monatsschrift* discutiendo con Garve o Eberhard. Durante esta década, que coincide con la de su máxima celebridad en vida —cumpliría los setenta años de edad—, surgen asimismo sus primeras fricciones con el poder político y se le impone la primera censura a su obra. Con razón puede pensarse que la mejor de sus obras políticas en estos años es *La paz perpetua* (1795), pero en atención precisamente de ese vívido Kant polemista hemos querido señalar el anticipo que de esta obra constituye su artículo *En torno al tópico: «Tal vez sea esto correcto en teoría, pero no sirve para la práctica»* (1793)³, imprescindible, sobre todo, para tratar el asunto que motiva nuestra presente nota, pues en él se hace referencia al derecho de rebelión, no siendo el caso del trabajo de 1795. Contra la «filosofía popular» de Garve, quien acusara a nuestro autor de propiciar una división radical entre la teoría y la práctica, Kant quiere salir al paso de una imputación de rigorismo a su filosofía práctica, para demostrar que lo que en ella sirve para la «teoría» sirve también para la «práctica». Esta es nada menos que el banco de pruebas constante elegido por Kant para mostrar el sentido teleológico-moral de toda su filosofía crítica.

Cuando el filósofo escribe este texto tenía sesenta y nueve años de edad y todavía los hechos revolucionarios no habían llevado a Luis XVI ante el patíbulo. El peso de la censura, con la llegada de Wöllner al ministerio de «enseñanza y culto», autor de un «Edicto sobre la Religión» (1787), se había hecho notar poco antes en la obra de Kant sobre la que habría de ser la parte principal de *La religión dentro de los límites de la mera razón* (1793). El contexto cultural alemán era en general involutivo con relación a la época «ilustrada» anterior de Federico el Grande. Desde 1786, con el reinado de Federico Guillermo II, crecieron las medidas restrictivas sobre la libertad de crítica. Pero incluso eso pudo haber servido de estímulo a un texto como el que ahora comentamos, por su contenido y conclusión. En cuatro trazos éste viene a contener lo siguiente: 1) El

2. Cf. SOLOMÓN, R. C.: *History and Human Nature* (Brighon: The Harvester Press, 1980), pp. 115-116.

3. Vid. KANT, I.: «Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis», *Kants Werke. Akademie-Textausgabe* (Berlín: De Gruyter, 1968), vol. VIII. Ed. esp.: *Teoría y práctica*, ed. R. RODRÍGUEZ ARAMAYO (Madrid: Tecnos, 1986).

autor comparte, sin mencionarla, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. 2) Para conciliar la teoría y la práctica se ve precisado a tomar distancias con Rousseau. La soberanía política reside ahora en la «voluntad unida», no en la «voluntad general»: se garantiza por la razón de todos y cada uno lo que de otro modo sólo estaría protegido por el interés común. Por otra parte, aceptado que la Constitución civil se basa en un contrato originario, éste es posible como «idea regulativa» de la razón práctica, no como hipótesis histórica: se garantiza ahora el carácter obligante, en la práctica, del contrato social, en su calidad de mandato de la razón. 3) El fin de la Constitución civil no es la felicidad, sino el Derecho. Luego — como Sócrates — no es aceptable la desobediencia o resistencia civil, porque ésta socavaría el principio de la Constitución civil necesario, en definitiva, para la consecución del Derecho. 4) En compensación, una forma de resistencia civil es posible, concluye el autor, ejerciendo el legítimo derecho a la libertad de expresión y crítica: «Por consiguiente, la *libertad de pluma* es el único paladín de los derechos del pueblo (siempre que se mantenga dentro de los límites del respeto y el amor a la constitución en que se vive, gracias al modo de pensar liberal de los súbditos, también inculcado por esa constitución, para lo cual las plumas se limitan además mutuamente por sí mismas con objeto de no perder su libertad)»⁴.

Kant simpatiza con los principios conducentes a 1789 pero al mismo tiempo desautoriza el derecho a la rebelión civil. ¿No es esto una contradicción? Ante todo, es conocido que antes de él otros varios autores habían tratado ya sobre el derecho a la insubordinación civil. El asunto filosófico no era nuevo para Kant, pero sí los factores políticos que incidían sobre aquél después de la referida fecha. Tratará en el fondo de dar respuesta, de ahora en adelante, al dilema planteado entre la adhesión a los fines o ideales de la Revolución Francesa y la aceptación de los medios con los que la Revolución se desarrollara⁵. Los medios que deben pasar a discutirse son principalmente dos: la insurrección civil y la represión de los adversarios de la revolución triunfante, que incluía la ejecución del monarca. La consideración de ambos va a convertirse en nuestro autor en la pregunta específica sobre el derecho de insubordinación, como apuntábamos, y en la pregunta añadida sobre el derecho al regicidio, respectivamente. La más completa respuesta kantiana a los dos interrogantes como modo de zanjar el dilema entre los fines y los medios revolucionarios, se encuentra en la *Doctrina del Derecho*, primera parte de su *Metafísica de las Costumbres* (1797), sobre la que también versará el resto de nuestro artículo.

Existen dos maneras principales de introducir la «Idea», dice Kant, de una comunidad pacífica internacional: por una «manera revolucionaria» (*revolutionsmässig*), lo que durante un período de tiempo nos deja sin Estado alguno de Derecho, o por una «reforma paulatina según firmes

4. «Über den Gemeinspruch...», *op. cit.* (Ak., VIII, 305).

5. Vid. WILLIAMS, H.: *Kant's Political Philosophy* (Oxford: Basic Blackwell, 1983), p. 208.

principios» (*allmähliche Reform nach festen Grundlagen*)⁶. La primera de ellas implica siempre dar por aceptado un «derecho de rebelión» (*Recht des Aufbruchs*). Sin embargo, habremos de investigar si es posible un reconocimiento legal o positivo de este supuesto derecho para poder concluir si tal derecho es legítimo o no, pues para Kant todo derecho legítimo, y sólo éste, es expresable como derecho positivo⁷.

En una primera alternativa podría pensarse que el derecho a la rebelión se apoya en un *derecho natural* (o «racional»: *Vernunftrecht*) a la *felicidad*. Pero un derecho a la felicidad, además de ser subjetivo —la relatividad de la idea de felicidad no permitiría calificar tal derecho como objetivo—, nos hace pensar que puede dar origen a un uso inmoral del mismo. Un sistema de leyes basado en el derecho subjetivo a la felicidad entrañaría, en efecto, una debilidad constitutiva. Tan débil sería, y tan expuesto, pues, a un uso inmoral se encontraría, que un sistema legal tendría que admitir en cualquier momento su abolición en nombre del mismo derecho subjetivo que lo fundara, en este caso, en nombre de la felicidad. Tampoco podría hallar respaldo el supuesto derecho legal de rebelión en un derecho excepcional formulado expresamente para la situación en que habría de aplicarse, o «derecho de necesidad» (*casus necessitatis*). Admitir esta posibilidad sería incurrir en un riesgo mayor todavía de uso inmoral del derecho. Kant aduce para ello lo siguiente. La formulación de un derecho a la desobediencia fundado en la excepcionalidad debería empezar por reconocer en el sistema legal la cláusula de un contrapoder legal que pudiera determinar cuándo el poder legal incurriría en los defectos suficientes, en orden al cumplimiento de la legalidad, para poder ser finalmente derrocado. Ante parecida forma de contrapoder es muy fácil presumir que ella y no otra acabará representando en todo tiempo, *de iure* y *de facto*, el único y auténtico poder. Aceptar esta cláusula constitucional implica aceptar también para cualquier momento el final de la Constitución. Tanto, pues, un derecho subjetivo como un derecho por necesidad política a la rebelión implican en el fondo una contradicción en la norma del Derecho y justo por ello la posibilidad de un mal uso práctico de la norma. De admitirse en la Constitución permitirían al menos justificar la pronta abolición de ésta.

No obstante, puede pensarse en otra alternativa posible a un derecho legal a la resistencia cifrado en el derecho subjetivo a la felicidad. Se trata de pensar ahora la norma de la insubordinación en tanto que perteneciente a un *derecho natural* o «racional» a la *libertad*, entendiéndose ésta en su sentido ético como autonomía moral⁸. Es decir, podría pensarse en la alternativa de un derecho legal a la resistencia fundado en el derecho natural a la dignidad humana. Este último no es subjetivo, como el que se refiere a la felicidad, sino objetivo, pues la libertad es una idea universal

6. Cf. KANT, I.: *Die Metaphysik der Sitten*, 1. Teil, 2, 3, *Kants Werke*, op. cit., VI, p. 355. Ed. esp.: *La Metafísica de las Costumbres*, ed. A. CORTINA (Madrid: Tecnos, 1989), pp. 195-196.

7. El desarrollo del argumento kantiano se recoge en *Die Met. Sit.*, op. cit., 1. Teil, 2, 1 (*Ak.*, VI, 318-323).

8. Cf. KANT, I.: «Über den Gemeinspruch...», op. cit., pp. 298-290 y 298.

de la razón pura práctica. Por lo tanto, estamos ahora ante un derecho natural capaz ya de garantizar una Constitución civil objetiva también, sin el riesgo de inmediata autoaniquilación que reflejaba la Constitución orientada sobre el derecho natural a la felicidad.

Pero no tardamos en percatarnos del grado de invalidez de este argumento para un derecho legal a la rebelión. El obstáculo contra éste estriba en que el derecho *natural* a la libertad como autonomía moral, en el que se quiere fundado, no puede nunca pasar a traducirse en un derecho positivo o *legal*. Ciertamente un derecho de este tipo contempla la libertad en la convivencia social, por consiguiente sólo en su carácter externo o «sensible», no como autonomía moral. La libertad interna o moral únicamente puede estar garantizada por la ley del mismo nombre, no por la ley en su forma positiva y pública. Entonces, 1) una Constitución civil no podrá expresar un derecho natural a esta libertad, ni menos un derecho a la rebelión que le perteneciera, función reservada, en cambio, al movimiento de la voluntad libre por la ley moral. Si, con todo, 2) se llegara a admitir, contrariamente, que un derecho parecido puede recogerse en una Constitución pronto se vería que no hay lugar para una resistencia contra ella en nombre de la libertad, pues la libertad está ya incluida en la Constitución.

En conclusión, si el derecho natural a la libertad como autonomía moral no es expresable en derecho positivo, de la misma manera no puede adoptar una forma jurídica positiva un derecho de rebelión perteneciente a aquel derecho natural a la libertad, entendida ésta como autonomía moral. Esa libertad sobre la que quisiera apoyarse un derecho legal a la resistencia sólo va a poder ser fijada mediante un movimiento moral, no a través de una acción legal. Por lo que un derecho positivo a la libertad moral, cual el de la resistencia civil, estaría de más: sencillamente no tendría sentido. «De ahí se sigue —afirma tajantemente Kant— que toda oposición contra el supremo poder legislativo, toda incitación que haga pasar a la acción el descontento de los súbditos, todo levantamiento que estalle en rebelión, es el delito supremo y más punible en una comunidad, porque destruye sus fundamentos»⁹.

En los tres supuestos establecidos para justificar un derecho positivo a la rebelión se incurre, como hemos visto, en flagrante contradicción. Lo que, por atentar contra la razón, hace prever a Kant la posibilidad de un uso inmoral de los tipos de Constitución salidos de aquellos supuestos: el basado en la felicidad, el que radica en la necesidad política y el que apela a la libertad moral. Acabamos de ver que en este último tipo una libertad recogida ya en la Constitución haría absurdo un movimiento contra la Constitución en nombre de la libertad misma. Pero hasta aquí se refiere Kant a un mundo de posibilidades examinado rigurosamente a la luz de la razón salvaguardadora de la consistencia lógica en la región jurídica. Entonces sólo queda preguntarnos: ¿sobre qué fundamento han tenido lugar las revoluciones realmente habidas?

9. *Ib.*, pp. 299-300.

Es evidente, por lo razonado hasta ahora, que no han podido descansar en un artículo legal positivo, bien referido a la felicidad, bien a la necesidad política, bien a la libertad. Luego sólo cabe pensar que se han levantado sobre el derecho natural. Sin embargo, cuando éste está referido a la libertad moral, el movimiento que lo garantiza sólo puede ser ético, no jurídico ni político, pues la acción pública sólo alcanza a la libertad en mi relación con la libertad de otro, es decir, a la libertad externa. Por lo tanto, una revolución ha debido hacerse hasta ahora en nombre, y sólo en este nombre, de la felicidad como derecho natural del pueblo. Nunca habrá podido apelar al derecho natural a la libertad moral, y menos al derecho positivo tanto a la libertad como a la felicidad, derecho que, por contradicción interna, conlleva la destrucción de uno y otro valor.

Una revolución, pues, no tiene base moral ni legal. Puede estar «guiada» en un sentido moral —cual sin duda ha ocurrido en la Revolución Francesa—, pero no puede estar fundamentada en la moralidad, que se expresa sólo a través de la legislación interna de la razón, es decir, de la voluntad libre individual. Con su razonamiento Kant niega toda validez moral y jurídica a un alzamiento contra la Constitución. Esta conclusión es todavía una piedra de escándalo para nuestro sentido de la política, pero éste no es el que más preocupa a Kant. Nuestro autor quiere hacerse fuerte en el análisis racional de la Ética y del Derecho. Ahora bien: la conclusión kantiana no está exenta —y de ello podemos aperebirnos muy bien— de un reverso claramente político, para su época e incluso para la nuestra. El lado político de su impugnación del derecho a la resistencia consiste en el desarme jurídico de los enemigos de la revolución, cualquiera que haya sido el fundamento de ésta, pero especialmente para aquella revolución originada por un cambio hacia la democracia¹⁰. Para el caso de la Revolución Francesa, significa una desautorización legal y moral de los partidarios de la vuelta a la monarquía legitimista.

De ahí pasamos ya a la actitud personal de Kant ante el fenómeno concreto de la revolución en Francia. Ante todo nos puede desconcertar que a su ataque a los principios de una revolución se una su declarada y renovada simpatía por los hechos e ideas que siguieron a 1789, hasta incluso los ligados con el régimen del Terror, en 1793 y 1794. La represión ejercida por los jacobinos y el Tribunal Revolucionario de París no puede ser condenada porque sus actos obedecen a la máxima de actuar en conformidad con lo que el pueblo soberano quiera para sí¹¹. El poder político revolucionario se funda ahora en los derechos inalienables del pueblo, por consiguiente no sólo está autorizado a actuar bajo normas que no contradigan la ley de la soberanía popular, sino que debe impedir, en nombre de ésta, que prospere en el caso de Francia la contrarrevolución. El régimen del Terror entraña pues también un acto de autoconservación del pueblo y de su nueva Constitución ante el peligro de destrucción que le acecha: «Tenemos, pues, razones para admitir que la aprobación de tales ejecucio-

10. *Loc. cit.*, donde se especifica que es el «poder legislativo» (no el ejecutivo) el merecedor de protección jurídica contra toda resistencia civil.

11. *Vid. KANT, I.: Die Metaphysik..., op. cit.*, pp. 341-342.

nes no procedía realmente de un principio supuestamente jurídico, sino del miedo del pueblo ante la venganza de un Estado, que podría resurgir algún día...»¹².

Pese a esta tolerancia ante el gobierno de Robespierre, Kant se define de un modo muy diferente en relación con la ejecución del monarca Luis XVI, para concluir ahora en la condena del regicidio: «El monarca destronado (que sobrevive a aquella revolución) no puede ser demandado por su actuación anterior, pero todavía menos se le puede castigar si, una vez reducido a la condición de ciudadano, prefiere su tranquilidad y la del Estado al riesgo de marcharse para emprender, como pretendiente, la aventura de recobrarlo...»¹³. El antiguo monarca no puede ser demandado por el pueblo soberano básicamente por dos razones. En primer lugar, si el rey fue el soberano se debió a que el pueblo, único y verdadero titular de la soberanía, todavía no había hecho uso de su legítimo derecho a ello. El rey detentó entonces el poder a causa de este hecho, y puesto que su poder fue legal, no puede ser sentenciado ahora en orden a la legalidad. En segundo lugar, una acción como ésta no es posible porque no hubo que arrebatarse al monarca este poder: fue Luis XVI quien libremente lo devolvió a su pueblo al acceder, en 1788, a la petición del Parlamento de París de convocar elecciones a Estados Generales, y capitular más tarde, en 1789, ante el Tercer Estado proclamado con ellas. El rey, en este caso, no debe ser ejecutado de resultas de una condena formal: de llegar a serlo, «...conmueve el alma imbuída de la idea del derecho humano con un estremecimiento que se renueva tan pronto como imaginamos una escena como la del destino de Carlos I o de Luis XVI»¹⁴. Los hechos de 1789 en Francia no fueron para Kant tanto una revolución cuanto una transferencia voluntaria del poder desde el monarca hasta su legítimo titular, el pueblo, sin que se diera el vacío de poder legal que transitoriamente se crea en toda revolución.

¿Cómo calificar la actitud de nuestro filósofo ante la revolución de julio y sus inmediatas consecuencias? De una parte, Kant acepta ponerse donde el monarca aconsejaría que se pusiera, es decir, afirmando que no puede haber derecho legal a la rebelión. De otra parte, se coloca en sus antípodas al admitir, sobre el reconocimiento del derecho a la soberanía popular, que todo lo que se ejecute en su nombre estará bien: el asesinato del monarca «no es lo más grave», dice, cuando se comprende que mediante este acto el pueblo se ha limitado a disponer su «autoconservación»¹⁵. Por lo tanto, si la revolución no es planteable en términos éticos y de derecho positivo, es cuando menos comprensible en sus términos políticos, como ejercicio de la libertad por el pueblo soberano a través de una acción diferente a la que prescribe la pura razón. Hay un momento en que incluso la razón, ante la disyuntiva de ponerse de lado o en contra de la causa desinteresada y universal que encierra la revolución del pueblo,

12. *Ib.*, pp. 320-321, *n.*

13. *Ib.*, p. 323.

14. *Ib.*, p. 320 *n.*

15. *Loc. cit.*

deberá «simpatizar», por coherencia, con el espíritu y la obra de los revolucionarios. Esto ha tenido que ocurrir, dice finalmente Kant, con la Revolución Francesa. Y ese compromiso a favor de ella de una parte de sus espectadores, «...pese al peligro que pueda reportarles tal toma de postura», es nada menos para nuestro autor que una de las mejores pruebas históricas de que la humanidad «se halla en continuo progreso hacia lo mejor»¹⁶. Con su actitud, pues, Kant da satisfacción al monarca, al declarar que no puede haber un derecho a la rebelión, pero asimismo al revolucionario, al comprender ésta como un hecho político, y últimamente al filósofo, al negarle un fundamento moral.

Por todo ello el filósofo alemán se erige ante nosotros como un curioso revolucionario nada partidario racionalmente de la revolución. La insurrección y los medios violentos que la caracterizan no pueden tener justificación racional alguna. Muchas son las explicaciones que se podrían barajar en el intento de comprender la ambivalencia y timidez de la actitud kantiana frente a la revolución: ¿fue por afán de pura consistencia formal de una filosofía del Derecho basada en la pura razón?, ¿se trataba, quizás, de dar respaldo a la revolución, pero sin dar motivo alguno a la censura prusiana?, ¿cabría atribuirlo, en último término, al biotipo leptosomático de un Kant por lo demás casto y frugal, proclive al comedimiento? Creemos, con Adela Cortina y otros intérpretes de la cuestión¹⁷, que nuestro autor refuta el derecho a la rebelión dada su propia concepción de la historia como obra de la razón. No hace falta precipitar los hechos sobre principios, además, que dependen más de la sensibilidad que de la razón; basta con obedecer las leyes de ésta para esperar una situación mejor por medio de una reforma incruenta y gradual de las leyes y las instituciones públicas. En una palabra, el pensamiento de Kant sobre la revolución es inseparable de su filosofía ilustrada de la historia y muy congruente con ella.

Pero ésa no ha sido explicación suficiente para la crítica marxista, que vincula este mismo teleologismo histórico de la razón a un «conservadurismo pragmático»¹⁸ preexistente en el filósofo alemán y por el que se comprendería, además, su reasunción en clave liberal-burguesa del igualitarismo democrático de Rousseau. Contrasta, en efecto, la convivencia en la teoría kantiana de un firme universalismo ético que concede dignidad

16. Vid. su artículo sobre el *progreso moral* («Erneuerte Frage: Ob das menschliche Geschlecht im beständigen Fortschreiten zum Besseren sei», 1797) recogido originalmente en la Segunda Parte de su obra *El conflicto de las facultades* (1798). Cf. *Der Streit der Fakultäten*, 2, 6 (*Ak.*, VII, 85). Ed. esp. del citado artículo en *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*, ed. R. RODRÍGUEZ ARAMAYO (Madrid: Tecnos, 1987), pp. 79-100.

17. Vid. CORTINA, A.: «Estudio preliminar» a KANT, I.: *La Metafísica de las Costumbres*, *op. cit.*, pp. LXIX-LXX. Asimismo, vid. FETSCHER, I.: «Immanuel Kant und die Französische Revolution», en Z. BATSCHA, ed.: *Materialen zu Kants Rechtsphilosophie* (Frankfurt: Suhrkamp, 1976), pp. 629 ss. Para una documentación general sobre el tema que nos ocupa, vid. la Bibliografía incluida en KANT, I.: *Teoría y práctica*, *op. cit.*, pp. XXXVII-XXXIX, a la que hay que añadir: BIANQUIS, G.: «Les écrivains allemands et la Révolution Française», *Revue des Cours et conférences*, II serie (1939), pp. 697 ss.; DROZ, J.: *L'Allemagne et la Révolution Française* (París: Colin, 1949) e *id.* *Le Romantisme politique en Allemagne* (París: Colin, 1963); y GODECHOT, J.: *La pensée révolutionnaire (1780-1799)* (París: Colin, 1964).

18. Cf. WILLIAMS, H.: *Kant's Political Philosophy*, *op. cit.*, pp. 208-213.

moral igual a todos los seres humanos racionales, y, a su lado, un convencido rechazo del sufragio universal y de la democracia directa. De sobras es conocida la opinión que Kant le merecía a Marx, quien juzgaba al filósofo como digno representante de una burguesía, la alemana, todavía impotente, y por eso obligada a hacer abstracción del mundo sensible en su pretensión de equipararse con el resto de la burguesía europea¹⁹. Para Marcuse, más cerca de nuestra época, y a propósito de la actitud de Kant ante los hechos revolucionarios, el racionalismo de nuestro autor no hace sino abrir una contradicción entre la libertad ética y la libertad jurídica, ilimitada la primera, pero prácticamente limitada, la segunda, a una estoica «libertad de pluma», mientras que en otros aspectos de la vida civil habrá que someterse al capricho del poder tirano: «Con la referencia última de la libertad a la ley moral, la libertad se hace compatible con cada tipo de dominación; debido a su naturaleza trascendental, no puede ser afectada por ninguna clase de restricción sobre la libertad actual»²⁰.

De todas maneras, y para hacer honor a su espíritu que creemos realmente revolucionario, hay que reconocer que no era poco, para la época y para las circunstancias políticamente involutivas que atravesaba Prusia, la incansable defensa de que hizo gala Kant del derecho a la libertad de pensamiento y crítica, cuyo ejercicio ya entrañaba, según él, lo que otros querían vanamente justificar en derechos de otro orden: la libertad del pueblo. Igualmente, su apelación entusiasta al derecho y deber de solidaridad internacional, como vemos en *La paz perpetua*, le hace también acreedor del título de filósofo revolucionario para su tiempo. Cuando la mayoría de escritores alemanes ilustrados acogían con frialdad la proclama revolucionaria —en buena parte porque creían que los gobernantes de Prusia ya estaban «ilustrados»—, Kant se yergue en este lado de Europa como la figura más visible en pro de la Revolución.

A ella, aunque «a su modo», a fin de no remover los principios de la filosofía crítica trascendental, acabará Kant por recurrir para hacer más público el compromiso de estos mismos principios con el progreso de la humanidad. Por eso, muy poco después de la impresión de la *Metafísica de las Costumbres*, donde se afianza este compromiso, pudo escribir Goethe en carta a Schiller (27-VII-1798): «Lo que me gusta de este viejo es que siente la necesidad de reiterar continuamente sus principios, sin moverse del sitio, pase lo que pase».

19. Cf. MARX, K.: *Die deutsche Ideologie*, 1. Teil, III, 1, 6. Ed. catalana: *La ideologia alemanya* (Barcelona: Laia, 1987), vol. I, pp. 271-273.

20. Cf. MARCUSE, L.: *Studies in Critical Philosophy* (Londres: New Left Books, 1972), p. 81.

Rousseau y los Derechos del Hombre

Por JOSE MONTOYA SAENZ

Valencia

I. A pesar de la abundancia de estudios sobre la filosofía política y jurídica de Rousseau, su doctrina sobre los derechos humanos ha recibido comparativamente poca atención. Ello se debe, probablemente, a que sólo en raras ocasiones, y siempre en forma eventual, apunta esa doctrina en los textos roussonianos; generalmente se encuentra sumergida bien sea en sus teorías antropológicas y metafísicas, bien en sus doctrinas políticas y jurídicas.

Este carácter apenas explícito de la doctrina de los derechos humanos podría hacer sospechar que tal noción no juega ningún papel importante en el pensamiento de Rousseau. Tal sospecha es infundada, como espero mostrar en las páginas siguientes. Es cierto, sin embargo, que Rousseau no se ha conformado con presentar una noción intuitiva de los derechos o con una fundamentación directa de la noción en la idea de ley moral, como ha hecho, por ejemplo, Locke. La doctrina de Rousseau es compleja y su desentrañamiento obliga a una constante lucha con las imprecisiones del lenguaje, que disimulan a menudo una coherencia fundamental. También en este tema se cumple admirablemente la advertencia de Rousseau: «Cien veces al escribir he cavilado que es imposible, en una obra larga, dar siempre los mismos sentidos a las mismas palabras... A pesar de ello, estoy persuadido de que se puede ser claro, incluso dentro de la pobreza de nuestra lengua; ciertamente, no atribuyendo siempre las mismas acepciones a las mismas palabras, sino actuando de tal modo que, cada vez que se emplee una palabra, la acepción que se le dé esté suficientemente determinada por las ideas que tienen relación con ella, y que cada período en que la palabra se encuentra le sirva, por así decir, de definición. En una ocasión digo que los niños son incapaces de razonamiento y en otra los hago razonar con bastante sutileza; no creo con ello contradecirme en mis ideas, aunque no puedo no estar de acuerdo en que a menudo me contradigo en mis opiniones» (E, IV, 345)¹. Como se verá, haremos amplio uso de la posibilidad de interpretación que este texto autoriza.

1. Empleamos las siguientes abreviaturas: CC: *Proyecto de constitución para Córcega*; CS: *Contrato social*; DD: *Discurso sobre el origen de la desigualdad*; E: *Emilio*; EP: *Artículo sobre economía política*; LM:

Si quisiéramos adelantar las líneas esenciales de la doctrina, nos atreveríamos a afirmar que, aunque la noción de derechos humanos tiene sus raíces en el estado de naturaleza y la ley natural, sin embargo no tiene sentido antes del estado civil. Hablando propiamente, los derechos no surgen sino con las relaciones sociales y no alcanzan su plenitud sino con el estado legítimo, la ciudad del *Contrato social*. Los derechos humanos son los derechos del ciudadano², porque sólo en la ciudad tiene sentido pleno hablar de derechos, y sólo en la ciudad justa los derechos brotan de la simple condición de ciudadano.

Esperamos confirmar esta interpretación rastreando la formación de la noción de derechos del ciudadano en el estado de naturaleza, en el estado social prepolítico y en el estado político.

II. Comencemos leyendo el siguiente texto: «Como el derecho de propiedad no es más que de convención e institución humanas, toda persona puede a su arbitrio disponer de lo que posee; pero no sucede lo mismo con los dones esenciales de la naturaleza, como la vida y la libertad, de los que a todos está permitido gozar y de los que es al menos dudoso que tengamos derecho a despojarnos. Al privarnos de uno, degradamos nuestro ser; al quitarnos el otro, lo aniquilamos en cuanto nos es posible; y como ningún bien temporal puede compensarnos por el uno o el otro, sería ofender a la vez a la naturaleza y a la razón el renunciar a ellos a cualquier precio» (DD, III, 184).

Que la libertad sea la característica específica de la humanidad dentro del reino animal ha sido claramente argumentado por Rousseau: «Yo no veo en todo animal más que una máquina ingeniosa, a la que la naturaleza ha proporcionado sentido para poder darse cuerda a sí misma y para protegerse, hasta cierto punto, de todo lo que tiende a destruirla o perturbarla. Percibo justamente las mismas cosas en la máquina humana, con la diferencia de que la naturaleza sola hace todo en las operaciones de la bestia, mientras que el hombre concurre a las suyas en calidad de agente libre. El uno elige o rechaza por instinto y el otro por un acto de libertad» (DD, III, 141).

La libertad es por tanto un hecho acerca de la naturaleza humana, pero —como muestra el texto citado al principio de esta sección— es a la vez un deber: el hombre *debe* conservar su libertad so pena de degradar su naturaleza. Pero, si podemos hablar del deber de conservar la vida y la libertad, ¿acaso no podemos también hablar del *derecho* a la vida y el *derecho* a ejercitar la libertad ya en el mismo estado de naturaleza? ¿Acaso Rousseau no habla de verdaderos derechos cuando dice: «Renunciar a su libertad es renunciar a su cualidad de hombre, a los derechos de la humanidad, incluso a sus deberes (CS, III, 356)?».

Cartas (Lettres) desde la montaña; MG: *Manuscrito de Ginebra* (primera versión del *Contrato*). Las referencias son siempre a la edición Raymond-Gagnebin (La Pléiade). CS, III, 385 se lee: *Contrato Social*, volumen III de la edición Raymond-Gagnebin, p. 385. Las traducciones son muestras.

2. «Droits du citoyen» o «des citoyens» es la única expresión técnica empleada por Rousseau para referirse al conjunto de los derechos humanos (con los matices que introduciremos en la exposición).

Esta línea de argumentación, que lleva a admitir la existencia de derechos naturales *sensu stricto*, merece alguna puntualización. Evidentemente, la idea de que la vida o la libertad constituyen deberes, y no sólo hechos, se fundamenta en alguna forma de ley natural, en alguna forma de la tesis de que la naturaleza constituye un orden normativo para quienes pueden conocerla racionalmente. Que Rousseau no ha rechazado la doctrina tradicional de la ley natural sino que la supone como trasfondo de sus doctrinas morales y políticas, es algo que puede mostrarse con numerosos textos (cfr. por ejemplo E, IV, 501) y que ha sido demostrado convincentemente por R. Derathé³. Pero la ley natural no crea deberes, ni por tanto derechos subjetivos, a menos que sea reconocida como tal: «todo lo que podemos saber muy claramente como respecto a esta ley es que, no solamente para que sea ley es preciso que la voluntad de aquel a quien obliga pueda someterse a ella con conocimiento, sino que es también preciso para que sea natural que hable inmediatamente por la voz de la naturaleza» (DD, III, 125). Ahora bien, en el hombre de la naturaleza, tal como es descrito por Rousseau al principio del *Discurso sobre la desigualdad*, no hay ciertamente un conocimiento de la ley natural como ley, ni un reconocimiento de la libertad como un deber moral; tampoco puede haber por tanto noción alguna de derecho a la libertad o a la vida. El hombre de la naturaleza se encuentra *más acá* del orden normativo, que necesita la posesión de ideas como persona, justicia, reciprocidad, etc., ideas que de ninguna manera se hallan en el hombre natural. Podemos, desde luego, seguir el ejemplo de Hobbes y hablar del «jus naturale» como «the liberty each man hath to use his own power, as he will himselfe, for the preservation of his own nature» (Leviatán, I, 14); pero con ello no hacemos, probablemente, más que introducir ambigüedades innecesarias. Es seguramente más adecuado hablar de la libertad natural no como un derecho, sino como fuente de derechos cuando entra en relación con otras libertades. La libertad se reconoce a sí misma en la reclamación del derecho (de modo especial el derecho de propiedad) y no en el reconocimiento del deber: «El primer sentimiento de la justicia no nos viene de la que debemos a otros, sino de la que nos es debida; otro de los contrasentidos de los modos ordinarios de educar es que hablan a los niños ante todo de sus deberes y jamás de sus derechos, comenzando por tanto diciéndoles lo contrario de lo que es preciso» (E, IV, 529).

Ciertamente la libertad natural no es fuente de verdaderos derechos sino en cuanto se halla respaldada por la ley natural; la justificación última de los derechos y del legítimo poder político no puede ser más que de carácter teológico. Pero, desde el punto de vista epistemológico, la libertad no se descubre más que en sus concreciones, en los derechos reclamados: en el de propiedad, ante todo, y en el de igual participación política después. Hay un estrecho paralelismo, a nuestro entender, entre la doctrina de la voluntad general y la de los derechos humanos. La voluntad general no es ciertamente el criterio último de justicia, pero para la mayoría de los

3. DERATHÉ, R.: *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, París: Vrin, 1970, pp. 151 ss.

hombres es el criterio próximo, «la regla de lo justo y de lo injusto» (EP, III, 245) [sólo el sabio puede remontarse, por encima de las leyes positivas, a «las leyes eternas de la naturaleza y del orden»: E, IV, 857]. De igual modo, los derechos del ciudadano concretan y hacen posible la realización de la libertad natural en el estado social. Sólo el sabio puede aspirar a guiarse directamente por el impulso natural de la libertad. Tal es el ideal que Rousseau ha señalado para la educación de Emilio: «El hombre verdaderamente libre no quiere más de lo que puede y hace lo que le gusta. He aquí mi máxima fundamental. No se trata más que de aplicarla a la infancia y todas las reglas de la educación fluyen de ella» (E, IV, 309). Pero Rousseau es plenamente consciente de que sobre ese ideal educativo se pueden quizá edificar sociedades domésticas satisfactorias, pero nunca sociedades políticas, cuya lógica interna estriba, no en la naturalización del hombre, sino en su desnaturalización, en su relativización (E, IV, 249). Las sociedades políticas deben fundarse sobre la idea de los derechos del ciudadano, que constituyen a la vez la realización y la limitación de la libertad natural.

III. «El primero que, habiendo cercado un terreno, ideó decir, *esto es mío*, y encontró gentes tan simples que lo creyeron, fue el verdadero fundador de la sociedad civil» (DD, III, 164). El primer derecho propiamente dicho (la primera reclamación socialmente aceptada) y el derecho fundacional de la sociedad civil es el derecho de propiedad.

Ciertamente, frente a «los dones esenciales de la naturaleza», el derecho de propiedad se basa en una convención humana (DD, III, 184). Con esta afirmación, Rousseau quiere marcar, frente a Locke, la solución de continuidad que existe entre el orden de la libertad natural y el de la propiedad: la propiedad no es una extensión natural de la libertad. Con ello, Rousseau se aproxima a la tradición clásica, anterior a Locke y que puede rastrearse hasta Cicerón⁴ según la cual la propiedad no es algo natural, sino una creación de la ley civil. Sin embargo, Rousseau se distancia de la doctrina clásica en un punto verdaderamente notable. El derecho de propiedad es, ciertamente, de convención e institución humanas; pero esta convención fundadora de la propiedad no es la ley civil, como pensaba Cicerón: el establecimiento del derecho de propiedad es anterior al de los «gobiernos políticos» (DD, III, 179) y por tanto a la ley civil. Como ya hemos visto, el establecimiento del derecho de propiedad marca el fin del estado de naturaleza y el comienzo del estado civil. Lo que caracteriza al estado civil no es ninguna organización política determinada, sino el surgimiento de la noción jurídica de propiedad y la de justicia, intrínsecamente ligada con aquélla.

La noción de propiedad no ha surgido sin embargo de la nada: no es más que la materialización de la «competencia por la estima social» (la *Ehrsucht* kantiana) que para Rousseau constituye la fuerza principal que

4. *De Officiis*, I, 16: «In qua omnium rerum, quas ad communem hominum usum natura genuit, est servanda communitas, ut quaeque discripta sunt legibus et iure civili, haec ita teneantur, ut sit constitutum legibus ipsis, cetera sic observentur».

ha arrojado al hombre fuera del estado de la naturaleza y ha dado lugar a todo el proceso de evolución social. La convención que ha creado el derecho de propiedad tiene raíces muy profundas, que alcanzan hasta el proceso por el que el individuo adquiere conciencia de sí mismo como distinto del otro: «Cada uno comenzó a mirar a los otros y a querer él mismo ser mirado, y la estima pública tuvo un precio. Quien cantaba o danzaba mejor, el más bello, el más fuerte, el más diestro o el más elocuente fue también el más considerado, y éste fue el primer paso hacia la desigualdad y hacia el vicio al mismo tiempo» (DD, III, 169). Esta «propiedad espiritual» que constituye la estima social da lugar a «los primeros deberes de la civilidad», a un «comienzo de sociedad» (DD, III, 170); pero en tanto que no se materializa en propiedad de la tierra no se da el paso decisivo hacia el estado civil y el derecho. Rousseau cita con aprobación el axioma de Locke: «No puede haber injuria donde no hay propiedad» (DD, *ibid.*).

La noción de justicia está intrínsecamente ligada con la noción de propiedad: «De la propiedad, una vez reconocida, se siguieron las primeras reglas de justicia: pues para dar a cada uno lo suyo es preciso que cada uno pueda tener algo» (DD, III, 173). En el *Emilio* se describe cómo iniciar al niño en las nociones de justicia y moralidad: para proporcionarle «alguna idea acerca de las relaciones de hombre a hombre y de la moralidad de las acciones humanas», es preciso proporcionarle la idea de propiedad, no la de libertad, y para que pueda adquirir esta idea es necesario que tenga alguna cosa como propia (E, IV, 329-330). Las nociones de justicia y moralidad (entendida como el conjunto de normas sociales que salvaguardan los derechos) son inseparables en su origen del establecimiento del derecho de propiedad.

Rousseau no acepta por tanto el carácter natural del derecho de propiedad porque no acepta como natural la situación de competencia por la estima social de la que aquél es consecuencia (en sentido estricto, no puede haber «derechos naturales», puesto que la noción misma de derecho hace referencia a una situación social, a una situación de relativización del individuo, que rompe con el carácter espontáneo del estado de naturaleza). Sin embargo, supuesta esta situación, Rousseau coincide con Locke en que el origen de la idea de propiedad no ha podido ser otro que la actividad del individuo, la ocupación por el trabajo (E, IV, 332-333; DD, III, 173; MG, III, 301-302; CS, III, 365). De aquí que, en cierto modo, la propiedad pueda considerarse como una plasmación de la actividad libre, pero a la vez como una limitación de esa misma actividad: «Todo hombre tiene naturalmente derecho a todo lo que le es necesario; pero el acto positivo que le vuelve propietario de algún bien lo excluye de todo el resto. Habiendo conseguido su parte debe limitarse a ella, y no tiene ya ningún derecho al procomún. He aquí por qué el derecho del primer ocupante, tan débil en el estado de naturaleza, es digno de respeto para todo hombre civil. En ese derecho se respeta no tanto lo que es de otro cuanto lo que no es de uno mismo (CS, III, 365). Afirmación de la propia personalidad en consciente confrontación con otros: tal es el origen de la propiedad y con ella de la sociedad civil, y tal también el de la moralidad y de las leyes. Es precisamente como fundamento de todo el orden social por lo que, como veremos después, el derecho de propiedad es «sagrado» e inviolable (EP, III, 263; E, IV, 841).

IV. El derecho de propiedad es un derecho prepolítico. No supone la existencia de un orden estatal, sino que está en el origen de todo orden estatal. La introducción del derecho de propiedad, en efecto, ha desencadenado un movimiento (largamente descrito en el *Discurso sobre la desigualdad*) que, a través del crecimiento de la desigualdad, ha desembocado en una situación de tiranía que acababa por anular el sentido mismo de la propiedad (DD, III, 191). Si ha de conservar ese sentido, necesita incorporarse a una estructura normativa más amplia, una estructura que garantice de manera más completa la libertad de cada uno frente a la libertad de los otros. Necesita incorporarse a los «derechos de los ciudadanos» (*droits des citoyens*). Al hacerlo experimentará una cierta transformación en su sentido: no perderá su carácter de afirmación de la propia personalidad pero su posible oposición con los intereses de los otros ciudadanos quedará eliminada. Sobre ello volveremos más adelante.

El concepto de derecho del ciudadano no es desde luego para Rousseau un concepto meramente descriptivo, sino esencialmente normativo: no menciona los derechos que los ciudadanos tienen en un estado determinado, sino los derechos que deben tener en cualquier estado legítimo. Los derechos del ciudadano no deben su validez a la existencia de una ley positiva, sino que ellos mismos constituyen el marco de validez de cualquier ley positiva. Ello es así porque tales derechos están incluidos en la noción del contrato social, que es la noción legitimadora de cualquier institución social: «El contrato social es por lo tanto la base de toda sociedad civil y es preciso buscar en la naturaleza de este acto la de la sociedad que conforma» (E, IV, 839).

La idea de contrato proporciona un criterio de legitimidad: sólo serán consideradas legítimas aquellas instituciones que pueden estimarse razonablemente como el resultado de un contrato equitativo, realizado en condiciones que excluyan la fuerza o el dolo. Este ha sido también el punto de vista de Rousseau: para él, el contrato social es la solución al problema de encontrar una forma legítima de dominación, es decir, una forma de asociación «por medio de la cual cada uno, al unirse a todos, no obedezca sin embargo más que a sí mismo, y permanezca tan libre como antes» (CS, III, 360). Se entra en el contrato por amor de la libertad, cuando ésta ya no es posible como libertad natural. Tal es justamente la situación del «hombre de nuestros días», del hombre civilizado.

En «nuestros días», en efecto, la libertad natural ya no es posible. La libertad natural entraña radical independencia, física y psicológica, con respecto a otras personas. Ello resulta ya imposible, por las razones que Rousseau expone largamente en el *Discurso sobre la desigualdad*, de las que la más importante ya ha sido expuesta más arriba: el hombre social se constituye como individuo por referencia interna a los demás. En las *actuales* condiciones sociales, independencia y libertad, lejos de entrañarse mutuamente, se excluyen: «[La independencia y la libertad] son cosas tan diferentes que incluso se excluyen mutuamente. Cuando cada uno hace lo que le gusta, se hace a menudo lo que disgusta a otros... La libertad no consiste tanto en hacer su voluntad cuanto en no estar sometido a la de otro; y consiste también en no someter la voluntad de otro a la nuestra. Quien es señor no puede ser libre, y reinar es obedecer» (LM, III, 841-

842). En esta situación precisamente nos encontramos, y por ello es imposible un estado de naturaleza, un estado de reconciliación natural de los intereses.

Sí bien es cierto que en el *Emilio* se propone Rousseau una cierta reconquista de la libertad natural, preparando a Emilio para ser «un salvaje hecho para habitar las ciudades» (E, IV, 484), no es menos cierto que la solución es incompleta: el «salvaje» Emilio necesita vivir en sociedad y debe, por lo tanto, conocer la doctrina del *Contrato Social* y tratar de vivir de acuerdo con ella (*Emilio*, libro V). La reconquista de la libertad natural, por importante que pueda ser desde el punto de vista pedagógico, no es una solución al problema del poder político (como han subrayado muy acertadamente autores como Groethuyssen y Shklar, es muy dudoso que el ideal del *hombre* propuesto en el *Emilio* sea conciliable con el del *ciudadano*, defendido en el *Contrato*; pero no me propongo entrar ahora en este problema).

V. En el contrato se produce «un cambio muy notable» (CS, III, 364) del estado de naturaleza al estado civil: la libertad natural se transforma en libertad civil (apenas es necesario advertir que se trata de una transformación jurídica, no psicológica; Rousseau no habla en el *Contrato* de psicología de la moralidad, sino de política y derecho). La libertad civil constituye el ambiente natural del ciudadano, su verdadero estado de naturaleza.

La libertad civil o política no consiste tan sólo para Rousseau en el derecho de hacer todo lo que la ley no prohíbe, como han afirmado algunos autores. Rousseau da a la noción un significado a la vez moral y jurídico. Sí bien es cierto que establece alguna distinción entre la libertad civil y la libertad moral (definida como «l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite»), no es menos cierto que la libertad civil parece fundarse en la moral (CS, III, 365). La obediencia misma a la ley es un acto de libertad, sin duda civil y moral a la vez: «Como los particulares no están sometidos más que al soberano, y la autoridad soberana no es sino la voluntad general, veremos cómo cada hombre, al obedecer al soberano, no obedece sino a sí mismo, y cómo se es más libre en el pacto social que en el estado de naturaleza» (E., IV, 841). Este *plus* de libertad que se atribuye al estado civil no debe interpretarse tanto en un sentido estrictamente cuantitativo, cuanto en un cambio de sentido de las restricciones. En el estado de naturaleza, las restricciones a la libertad natural proceden sólo de las cosas exteriores, no de otras personas como tales (recuérdese cómo Rousseau, en el *Emilio*, insiste en que éstas son las únicas restricciones que debe experimentar el niño en el curso de su educación); por el contrario, las restricciones características de la libertad civil son las leyes, ellas mismas creaciones de la libertad. El estado civil es, por tanto, un ámbito completo de libertad *política*.

Es cierto, desde luego, que en otro tono de voz, por así decir, Rousseau habla de la limitación de la libertad civil por la voluntad general: «lo que el hombre pierde por el contrato social, es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo lo que le tienta y puede alcanzar; lo que gana, es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee. Para no equivocarse

en estas compensaciones, es preciso distinguir bien la libertad natural, que no tiene otros límites que la fuerza del individuo, de la libertad civil, que está limitada por la voluntad general» (CS, III, 364-365). Pero es preciso tener en cuenta que, por oscura que resulte la dilucidación del concepto de voluntad general en Rousseau, podemos afirmar que la voluntad general es verdadera voluntad del sujeto, y que la sumisión a ella es un acto de libertad civil: «Quienquiera que se niegue a obedecer la voluntad general, será obligado a ello por todo el cuerpo social: lo que no significa sino que se le forzará a ser libre» (CS, III, 364).

Libertad natural y libertad civil se contraponen así en cuanto expresión de dos tipos de hombre: el hombre absoluto y el hombre relativo de los que habla *Emilio* (IV, 249) o, en términos aún más simples, el hombre y el ciudadano. La dialéctica del desarrollo interno de ambos es completamente distinta: el uno sigue como norma suprema sus impulsos y afectos espontáneos (que coinciden *de facto* con «les lois éternelles de la nature et de l'ordre»: E, IV, 857) y cultiva en su corazón la «religión del hombre» (CS, III, 464); el otro toma la ley civil como único criterio de lo justo y lo virtuoso y practica la religión del ciudadano. Dos maneras de ser hombre, dos tipos de libertad.

Podríamos sin embargo establecer la misma distinción sobre bases menos especulativas por referencia al concepto de igualdad. En el *concepto* de libertad natural no interviene constitutivamente el elemento de igualdad: la igualdad natural es una simple consecuencia *de hecho* de la condición de libertad natural tal como se describe en DD: «Hay en el estado de naturaleza una igualdad de hecho real e indestructible, porque es imposible en ese estado que la sola diferencia entre hombre y hombre sea tan grande como para volver al uno dependiente del otro» (E, IV, 524). Por el contrario, el concepto de libertad civil incluye esencialmente la nota de igualdad a través del concepto de voluntad general; sólo podemos ser libres en la medida que seamos iguales, es decir, en la medida que tengamos igual capacidad de influencia en las decisiones sociales: «Los compromisos que nos ligan al cuerpo social no son obligatorios sino porque son mutuos, y su naturaleza es tal que, al cumplirlos, no se puede trabajar para otro sin trabajar también para sí» (CS, III, 363).

La idea de libertad mediada por la igualdad es así una consecuencia lógica del contrato social auténtico, aunque no del pseudocontrato descrito en DD. De forma repetida ha insistido Rousseau en que, de hecho, las sociedades existentes y sus leyes se basan en la desigualdad y la mantienen: «Se sigue de esta exposición que la desigualdad, que es casi nula en el estado de naturaleza, saca su fuerza y su crecimiento del desarrollo de nuestras facultades y de los progresos del espíritu humano, y se convierte finalmente en estable y legítima por el establecimiento de la propiedad y de las leyes» (DD, III, 193). Rousseau llega a afirmar que este defecto es incorregible: «El espíritu universal de las leyes de todos los países es favorecer siempre al fuerte contra el débil, y al que tiene contra el que no tiene nada; este inconveniente es inevitable y no tiene excepción» (E, IV, 524 nota. Cfr. CS, III, 367 nota). Pero ello no quiere decir más que estas sociedades no se basan en un verdadero contrato social, cuyo efecto es precisamente el establecer una igualdad *de iure*: «En lugar de destruir la

igualdad natural, el pacto fundamental substituye al contrario por una igualdad moral y legítima cuanta desigualdad física haya podido poner la naturaleza entre los hombres, que, pudiendo ser iguales en fuerza o en genio, se convierten en iguales por convención y de derecho» (CS, III, 367).

El derecho a igual libertad es así el derecho fundamental del ciudadano o, si se prefiere, la forma de todos los derechos del ciudadano. De acuerdo con lo dicho antes, el derecho a igual libertad consiste en estar igualmente libres de sumisión y de poder con respecto a otros: ni siervos ni señores. En la práctica significa la igualdad de participación en la toma de decisiones sociales, y de manera especial en la elaboración de las leyes.

VI. El derecho a igual libertad se realiza de manera activa en el derecho de legislación [«Si hubiera tenido que elegir el lugar de mi nacimiento] yo hubiera deseado un país donde el derecho de legislación fuera común a todos los ciudadanos; pues ¿quién mejor que ellos puede saber bajo qué condiciones les conviene vivir juntos en una misma sociedad?» (DD, III, 113-114).

El derecho de legislación incluye ante todo la igualdad de participación en la elaboración y aprobación de las leyes. Sin esta igual participación es imposible la formación de la voluntad general.

Para Rousseau, la igual participación en la legislación exige no sólo la información adecuada y la intervención personal directa en la asamblea (en ningún caso por medio de representantes: CS, III, 430), sino también la prohibición de la formación de grupos intermedios entre el individuo y la asamblea legislativa: «Si, cuando el pueblo suficientemente informado delibera, los ciudadanos no tuvieran ninguna comunicación entre sí, del gran número de pequeñas diferencias resultaría siempre la voluntad general, y la deliberación sería siempre buena» (CS, III, 371). La formación de partidos, bandos, grupos de interés, etc., impide la decantación de una voluntad verdaderamente general. La razón parece ser la siguiente: en una deliberación realizada de acuerdo con las condiciones expuestas, nadie tiene ni la oportunidad ni la posibilidad de imponer a los demás un punto de vista favorable a sus propios intereses. Aparece aquí la importancia de las restricciones mencionadas: si hay grupos organizados, fácilmente podrían imponer su voluntad sobre los ciudadanos aislados; si hay representantes, pueden substituir por la suya la voluntad de los representados. Sólo cuando los ciudadanos acuden individualmente a la asamblea, queda garantizado que ninguna ley tomará más en cuenta el interés de un ciudadano que el de otro cualquiera.

El derecho de legislación incluye aún otro elemento: «el poder legislativo consiste en dos cosas inseparables: hacer las leyes y mantenerlas; es decir, tener inspección sobre el poder ejecutivo... Sin ello, al faltar toda ligazón, toda subordinación entre estos dos poderes, el último no dependería en absoluto del otro; la ejecución no tendría ninguna relación necesaria con las leyes; la *ley* no sería más que una palabra, y esa palabra no significaría nada» (LM, III, 826).

VII. Ya vimos que el derecho prepolítico de propiedad se transforma, por medio del contrato social, en un verdadero derecho político, en

un «derecho del ciudadano». Como fundamento del orden social, el derecho a la propiedad del ciudadano conserva en el estado político toda su importancia: «Es cierto que el derecho de propiedad es el más sagrado de todos los derechos de los ciudadanos, y más importante en ciertos aspectos que la misma libertad: bien sea porque está en relación más estrecha con la conservación de la vida... y especialmente porque es el verdadero fundamento de la sociedad civil y la verdadera garantía de los compromisos de los ciudadanos» (EP, III, 263). Aunque el texto es temprano, nada en el pensamiento posterior de Rousseau parece contradecirlo. Por otra parte está en perfecto acuerdo con las líneas maestras de su pensamiento. Recordemos que, si bien la propiedad no pertenece a los «dones esenciales de la naturaleza», no es menos cierto que, en determinado momento de la evolución humana, se hace necesaria como afirmación del individuo consciente frente a los demás de su propia diferencia. Al pasar el estado político, la propiedad no pierde ese sentido, sino que lo conserva, depurado del exceso de poder sobre otros del que la propiedad había acabado por revestirse. El carácter «sagrado» del derecho de propiedad consiste justamente en ser fundamento del orden social: «El orden social es un derecho sagrado que sirve de base a todos los otros. Sin embargo, ese derecho no viene de la naturaleza; se forma por tanto sobre convenciones» (CS, III, 352)⁵.

Es cierto, sin embargo, que en el estado prepolítico y en el estado político ilegítimo la propiedad puede desarrollar una dinámica propia y transformarse en una fuerza opresora que llevaría a la tiranía y a la eliminación de toda libertad. En algún momento de su obra, Rousseau parece haber encarado alguna idea colectivista como remedio a esta dinámica perversa de la propiedad. Así cuando mantiene que el soberano (es decir, el pueblo), no puede ciertamente apoderarse de los bienes de algunos ciudadanos individuales tan sólo, pero puede legítimamente apoderarse de los bienes de todos y establecer un régimen nuevo de propiedad (E, IV, 841). No se altera así el sentido original del derecho de propiedad, que consiste en establecer un espacio de libertad para el individuo frente a los otros. En la ciudad del contrato social ese espacio queda ya asegurado por la obediencia de todos a la ley.

A pesar de esta observación fugaz, Rousseau no parece haber dudado seriamente de la conveniencia de la propiedad privada. Crítico frente a la economía monetaria (CC, III, 920-921) que, como ya había observado Locke, es la causa de la profundización de la desigualdad económica al permitir una acumulación indefinida de bienes, su ideal es una república de pequeños propietarios rurales, cuya máxima fundamental podría ser muy bien la siguiente: «Il faut que tout le monde vive et que personne ne s'enrichisse» (CC, III, 924). No se trata de destruir la propiedad privada, sino de encajarla en límites estrechos y subordinarla al bien público (CC, III, 931).

5. El carácter sagrado del orden del mundo es desde luego una característica del pensamiento agustiano, dentro del que se mueve la metafísica de Rousseau. Cfr. SAN AGUSTÍN: *De ordine*: «Ordo est per quem aguntur omnia quae Deus constituit» (I, 10); «Ordo est quem si tenuerimus in vita, perducet ad Deum; et quem nisi tenueritis in vita, non pervenimus ad Deum» (I, 9).

VIII. Toda la doctrina de Rousseau acerca de los derechos humanos está centrada en torno a la idea de libertad. La propiedad es una afirmación de la libertad frente a los de independencia frente a otras personas concretas. En este sentido, y si pasamos por alto el significado que la idea de libertad tiene en la metafísica roussoniana, no sería desacertado leer a Rousseau como un teórico del estado liberal.

Frente a esta dimensión, sin embargo, existe otro aspecto del pensamiento de Rousseau: el que se refleja en su crítica del progreso y en su afirmación del carácter artificial de la civilización y de la sociedad. Este segundo aspecto tiene que ver con la concepción metafísica de la libertad natural como inconsciente *amor ordinis* y con la interpretación de sus metamorfosis sucesivas como una perversión del orden natural. Desde este punto de vista, las voluntades empíricas de los ciudadanos (las voluntades particulares) no merecen mayor consideración, y el estado, aunque en sí mismo un *pis aller*, adquiere mayor importancia. Es el pedagogo del hombre civilizado, que —en un sentido totalmente opuesto al del pedagogo del *Emilio*— elige llevar la desnaturalización del hombre hasta el extremo para curarle de los malos efectos de una desnaturalización parcial. Si queremos comprender el papel global de Rousseau en la historia del pensamiento occidental, no deberíamos pasar por alto rápidamente este aspecto totalizador de su filosofía política.

Los Derechos en la Declaración de 1789

Por FRANCISCO PUY

Santiago de Compostela

0. INTRODUCCIÓN

0.1. ¿Qué significa la expresión *derechos* en la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, aprobada en Versalles el 26 de agosto de 1789 por la Asamblea Nacional de Francia y refrendada por el rey Luis XVI el 5 de octubre del mismo año? ¿Qué *derechos* son los derechos que declara el histórico texto cuyo bicentenario andamos a rememorar en 1989? ¿Qué queda vigente de esa declaración de derechos dos siglos después de su formulación?

En este ensayo quisiera responder a estas preguntas, que no son sino algunas de las muchas (Sandweg, 1972, Einl.) que puede suscitar la curiosidad histórica, desde la problemática actual de la materia *dikea* referente a tomarse en serio los derechos humanos desde el mismo instante de la intelección del tópico.

0.2. La simple lectura del breve documento enseña que los derechos a que se refieren sus redactores se caracterizan por referencia a unas pocas fórmulas¹. Una reordenación lógica de las mismas arroja la siguiente definición descriptiva del tópico *dikeo* diseñado por los iluminados de Versalles:

1. Los principales tópicos empleados son: 1.º *Los derechos del hombre, cuya ignorancia, olvido o desprecio son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos* (DDHC, pr.). 2.º *Los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre* (DDHC, pr.). 3.º *Los derechos y deberes de todos los miembros del cuerpo social* (DDHC, pr.). 4.º *Los derechos que la Asamblea Nacional (de los representantes del pueblo francés) reconoce y declara en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo* (DDHC, pr.). 5.º *Los derechos del hombre y del ciudadano* (DDHC, pr. & art. 12.º). 6.º *Los derechos respecto a los cuales los hombres nacen y permanecen iguales* (DDHC, art. 1.º). 7.º *Los derechos naturales e imprescriptibles del hombre* (DDHC, art. 2.º). 8.º Los derechos formados por una lista de cuatro: *Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia* (DDHC, art. 2.º); que se incrementa después expresamente con otros dos: *la libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre* (DDHC, art. 11.º), y *los ciudadanos tienen derecho a comprobar por sí mismos, o por sus representantes, la necesidad de la contribución pública, a consentir en ella libremente, a vigilar su empleo, y a determinar su cuota, su base, su recaudación y su duración* (DDHC, art. 14.º); e indirectamente, todavía, con otros cinco más, a saber: la igualdad (DDHC, art. 1.º, 6.º & 13.º), la parti-

Los derechos declarados en 1789 son:

- 1) Los derechos y deberes (*pr.*), (1.1) naturales *pr. & arts. 2.º & 4.º*,, (1.2) sagrados (*pr. & art. 17.º*), (1.3) inalienables (*pr.*), (1.4) imprescriptibles (*art. 2.º*), (1.5) inviolables (*art. 17.º*), (1.6) y más preciosos (*art. 11.º*),
- 2) cuyos titulares son (2.1) el hombre y el ciudadano (*pr. & art. 12.º*), (2.2) o sea, cada hombre (*art. 4.º*), (2.3) y todos los miembros del cuerpo social (*pr.*),
- 3) cuales (3.1) la libertad (*arts. 1.º, 2.º & 4.º*), (3.2) la propiedad (*arts. 2.º & 17.º*), (3.3) la seguridad (*art. 2.º*), (3.4) la resistencia (*arts. 2.º & 7.º*), (3.5) la comunicación (opinión) *arts. 10.º & 11.º*, (3.6) el control (fiscalización) (*art. 14.º*), (3.7) la igualdad (*arts. 1.º 6.º & 13.º*), (3.8) la participación (*art. 6.º*), (3.9) la legalidad (*arts. 6.º, 7.º & 8.º*), (3.10) el orden (público) (*art. 10.º*), y (3.11) la responsabilidad (*arts. 11.º & 15.º*),
- 4) y otros, respecto a cuya efectividad, (4.1) la primera garantía es su incesante recuerdo por medio de una declaración solemne presente constantemente a todos los miembros del cuerpo social (*pr.*), (4.2) la segunda es una fuerza pública, en beneficio de todos (*art. 12.º*) y (4.3) la tercera es la ley (*arts. 4.º, 10.º & 11.º*), (4.4) de modo que su ejercicio no tiene otros límites que los que, siendo determinados sólo por la ley, y siempre a reserva de responder del abuso de esta libertad (*arts. 4.º & 11.º*), garantizan a los demás miembros de la sociedad, (4.5) el goce de estos mismos derechos (*art. 4.º*), y (4.6) que su manifestación no altera el orden público (*art. 10.º*),
- 5) que la Asamblea Nacional de los representantes del pueblo francés (*pr.*), (5.1) en presencia y bajo los auspicios del ser supremo (*pr.*), (5.2) reconoce y declara (*pr.*), (5.3) porque la ignorancia, olvido o desprecio de los derechos son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos (*pr.*) (5.4) y porque toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos no tiene constitución (*art. 16.º*).

0.3. Las anteriores connotaciones señalan:

- 1) La calificación de los derechos.
- 2) La titularidad de los derechos.
- 3) La enumeración de los derechos.
- 4) La efectividad de los derechos.
- 5) Y la fundamentación de los derechos.

¿Qué queda vigente de esa concepción de los derechos dos siglos después de su formulación?

Veámoslo repasando los cinco puntos por separado.

cipación (DDHC, art. 6.º), la legalidad (DDHC, arts. 6.º 7.º & 8.º), el orden (DDHC, art. 10.º), y la responsabilidad (DDHC, art. 15.º). 9.º *Los derechos naturales de cada hombre, cuyo ejercicio no tiene otros límites que los que, determinados sólo por la ley, garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos* (DDHC, art. 4.º). 10.º *Los derechos más preciosos del hombre* (DDHC, art. 11.º). 11.º *Los derechos del hombre y del ciudadano, cuya garantía hace necesaria una fuerza pública* (DDHC, art. 12.º). 12.º *Los derechos cuya garantía legitima la constitución, pues toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos, no tiene constitución* (DDHC, art. 16.º). Y 13.º *Los derechos inviolables y sagrados* (DDHC, 1789, art. 17).

1. LA CALIFICACIÓN DE LOS DERECHOS

En cuanto a las calificaciones, lo primero a notar es que se habla de *derechos y deberes*.

El contrapunto de los *deberes* tiende, en la actualidad, a ser ignorado. Con toda la razón, puesto que, en el discurso declarativo, los llamados deberes: o son la mera expresión de la otra cara —la sinalagmática— de derechos ya mencionados, en cuyo caso sobra la reiteración; o son limitaciones de derechos ya mencionados, en cuyo caso están mejor formulados como derechos propiamente dichos.

Hay que advertir, además, que con frecuencia se reprocha a la DDHC por definir sólo unos derechos «absolutos» o «ilimitados» (Hervada, 1978, 45) e «individuales». El texto no usa tales calificativos ni los da a entender, puesto que habla de ellos como limitados razonablemente por la ley, y como razonablemente limitadores del poder. Y en cuanto al reproche de que «se ciñe a los llamados derechos individuales» (Hervada, 1978, 40), no es rigurosamente exacto, pues incluye —y no sólo «muy tímidamente»— derechos económicos (propiedad, igualdad fiscal, participación según capacidad)...². Pero miremos a lo que sí dice la DDHC.

1.1. El adjetivo *naturales* ha sufrido la implacable persecución de todo el positivismo: del historicista (Burke), del formalista (Jellinek), del tradicionalista (Maistre), del iluminista (Hume), del crítico (Kant), del utilitario (Bentham), del puro (Kelsen) y del lógico (Wittgenstein). En realidad, sólo lo emplean por hábito los juristas francófonos. Por paradoja, es sin embargo el término que configura la expresión que mejor designa los derechos proclamados por la DDHC (Del Vecchio, 1903, cp. 5.º), que es la de *derechos naturales* (Amuchastegui, 1984, 10).

1.2. El adjetivo *sagrados* ha sido abrasado por la corriente secularizadora o desacralizadora (Díaz, 1968, 40) impulsada alocadamente por los románticos. Pero persiste.

1.3. El adjetivo *inalienables* mantiene su prestancia, aunque tiende a contaminación con *innegociables*, lo que choca con la experiencia cotidiana.

1.4. El calificativo *imprescriptibles* prefieren ignorarlo todos los que discuten la vigencia de alguno de los derechos anteriormente consagrados, para su presente o su futuro próximo. Pero no los deroga ni el desuso ni el abuso.

2. Es cierto, sin embargo que, aunque no los niega, tampoco declara la DDHC el derecho a la supervivencia, ni a la sindicación, ni al trabajo... Pero también sería injusto olvidar que estos derechos se declararon de inmediato: primero en el Título I de la Constitución Francesa de 3-9-1791 (que dice: *Se creará y organizará un establecimiento general de socorros públicos para recoger a los niños abandonados, aliviar a los enfermos pobres y proporcionar trabajo a los pobres útiles que no se lo puedan procurar*) (DEL VECCHIO, 1903, apend.) y después en el art. 21 de la edición corregida de la DDHC, o sea, de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, aprobada por la Convención Nacional el 23-6-1793 y puesta a la cabeza de la Constitución Francesa de 24-6-1793 (que dice: *Los socorros públicos son una exigencia sagrada. La sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, sea procurándoles trabajo, sea asegurando los medios de vivir a los que no se hallan en estado de trabajar*) (DEL VECCHIO, 1903, cp. 3.º). No entiendo por qué se atribuye al «socialismo» ese avance que está ya explícito en los orígenes.

1.5. El calificativo *inviolables* sigue manteniendo su vigor en cuanto pretensión moral, y en él se apoya todo el discurso de denuncia de las violaciones de cada uno de los derechos, en cada uno de los ámbitos espacio-temporales de experiencia y referencia.

1.6. En fin, el calificativo de *preciosos o apreciables* no se usa apenas en el lenguaje jurídico actual; sin embargo, está en franquía la realidad que connota, en términos generales (y, sobre todo, para el derecho a la información del que en concreto se predica).

2. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS

2.1./3. La DDHC expresa el sujeto de la imputación de los derechos con tres fórmulas distintas y bien conocidas: «el hombre y el ciudadano», «cada hombre», y «todos los miembros del cuerpo social». En realidad, la primera dice lo mismo que la suma de las otras dos, si como parece, los ciudadanos tienen que identificarse con todos los miembros del cuerpo social. Ninguna de esas fórmulas nos parece satisfactoria hoy en día.

Ese *hombre (homme)* o esos *hombres (hommes)* que tanto se repiten en la DDHC no eran precisamente las mujeres, si como es cierto, ya desde el siglo XVI Francia se había caracterizado por su legislación prohibitiva de la libertad económica y cultural de la mujer (excluyéndola de las magistraturas y de la universidad en general).

El *ciudadano (citoyen)*, si no se identifica con el ser humano, sólo se lo puede entender como una clase privilegiada de seres humanos, cuya simple existencia contradice la pretensión nuclear de los derechos, que es la del principio de igualdad. Y, como indicó Hegel (Hegel, 1821, pf. 190) estos derechos no se pensaron para todos los seres humanos, sino sólo para el ciudadano (*der Bürger*) estrictamente entendido, o sea, como burgués (*als bourgeois*). Realmente, la atribución de los derechos a los ciudadanos constituyó un error de los redactores de la DDHC, cuya única disculpa es la borrachera que produjo la sustitución del status de «súbdito» (*sujet*) por el status de «ciudadano» (*citoyen*).

Así pues, la rúbrica «derechos del hombre y del ciudadano» ha quedado obsoleta para la sensibilidad jurídica, política y moral de nuestra época. Hoy día parece más oportuno hablar de derechos humanos que de derechos del hombre y del ciudadano. Es decir, que ahora preferimos pensar como sujeto de imputación de los derechos a «todos los seres humanos» —o bien, a «todos», o bien, a los «humanos»—. Lo reclama así, ante todo, la simplificación expresiva. Lo reclama también la primacía del principio de igualdad. Y lo reclama en fin, la necesidad de evitar la discriminación de la mujer hasta en lo más sutil.

3. LA ENUMERACIÓN DE LOS DERECHOS

La enumeración de los derechos de la DDHC es parca pero suficiente. Lo que en todo caso no se le puede reprochar es que omita los que omite. Ya es bastante con que dijera lo que dijo.

En general, todos los derechos que la DDHC estableció permanecen —y es de prever que seguirán apareciendo por mucho tiempo— en las declaraciones y constituciones posteriores. Es más, las propias fórmulas empleadas se han convertido en tópicos con tal sabor de clasicismo que se hacen difícilmente reemplazables. Se constata con un repaso somero.

3.1. El «derecho a la libertad» es un derecho y un principio; pero no sólo un principio que origina diversos derechos (Hervada, 1978, 43). Por tanto, las libertades son más que concreciones de la libertad (Díaz, 1968, 41). Es un error, por tanto, ver ahí sólo casuística, y no derechos plenos.

3.2. El «derecho a la propiedad» ha sido uno de los más debatidos, en cuanto a su vigencia en etapas posteriores, por la evidente «presión del movimiento obrero» y por su supuesto «imposible contenido igualitario» (Peces-Barba, 1989, 3). Es de advertir, sin embargo, que la fórmula de la DDHC es normativa, y no descriptiva, y que no tiene el mismo valor descriptivo que normativo. Descriptivamente, en efecto, ningún derecho es igualitario —tampoco la libertad, ni la seguridad, ni la resistencia—. Y normativamente lo son todos, pues todos soportan la lógica práctica de la aspiración y las técnicas jurídicas que permiten avanzar en el efectivo logro de la correspondiente aspiración. Por eso sigue figurando y debe seguir figurando en los instrumentos y las constituciones.

3.3. El «derecho a la seguridad» es un derecho, como establece con acierto la DDHC, y un principio, pero no sólo lo segundo, como a veces se pretende (Hervada, 1978, 43). Y, en realidad, bajo esta fórmula lo que los empelucados y sanculotes de Versalles han querido expresar es el derecho a la vida, visto desde el ángulo de la integridad física y la prevención de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

3.4. Uno de los innegables méritos de la DDHC ha sido la incorporación —siguiendo al art. 4.º de la *Declaración de Maryland* de 11-11-1776— del «derecho a la resistencia» en el art. 2.º. La vuelta sobre el mismo en el art. 7.º no constituye ninguna contradicción (Hervada, 1978, 49). Por el contrario la segunda referencia simplemente afirma los límites racionales de este derecho. La resistencia es justa contra la norma opresiva, y no contra la norma razonable. Otra cosa es la discusión sobre la calificación de opresora o razonable que pueda merecer una norma o un ordenamiento en su conjunto.

3.5. El «derecho a la comunicación» o «derecho a la expresión» es algo más que el cesto en que se apilaban «las libertades más caras al liberalismo» (Hervada, 1978, 51). Es el conjunto de derechos que cubren la satisfacción de necesidades humanas básicas como la de pensar, buscar, curiosear, hablar, enseñar, aprender, predicar, creer, evangelizar, filosofar... y en especial la libertad religiosa (Jellinek, 1904, cp. 7.º). Y, además, es un instrumento para limitar al poder —cuando sus funcionarios (secularizados) llegan a temer más la sanción citra-mundana de la opinión, que la sanción ultra-mundana de la divinidad—.

3.6. El «derecho al control» de la administración que realizan los funcionarios de las contribuciones recaudadas como impuestos a todos, es un dikeo, a pesar de que se le niegue tal carácter por quienes piensan que solamente constituye «una regla de organización política muy conveniente»

exclusiva de la ideología liberal (Hervada, 1978, 52). Será reglamento supletorio el método concreto de control pero no el mismo control. Un poder incontrolado en el gasto es precisamente el poder patrimonial privado —y aun eso sólo vale hasta el límite del daño de terceros—.

3.7. La afirmación del «derecho a la igualdad» es otra de las conquistas del texto que comentamos (Díaz, 1968, 41). Pero pasa frecuentemente desapercibido el hecho de que la DDHC ha establecido el derecho a la igualdad junto al derecho a la libertad, y no sólo éste. A mi entender, ello es patente como revela la simple lectura de las pertinentes expresiones de los artículos 1.º, 6.º y 13.º. Y ello representa «sin duda, una apreciada conquista de la civilización» (Hervada, 1978, 48). Otra cosa es que la igualdad pueda pervertirse en igualitarismo —como la libertad se puede pudrir en libertinaje—.

3.8. El «derecho a la participación» en los cargos que conducen o ejercen poder público, aplicando las reglas del juego y estableciéndolas, constituye un dikeo real, al que yo gusto llamar, por un lado «derecho a la democracia», y por otro lado «derecho a la gobernación». Y no es sólo una forma teórica de gobierno, dependiente de una determinada fundamentación filosófica (Hervada, 1978, 48). Todo ser humano puede sentir, en un momento u otro, el deseo de gobernar cualquiera de los grupos sociales en que se inserta. La exigencia de satisfacer racionalmente esa necesidad genérica constituye el fundamento de este derecho.

3.9. La «legalidad» es, en sí misma, una limitación polifacética de todos los derechos, puesto que lo que se reglamenta, siempre se afianza al precio de reducirlo o limitarlo. La legalidad es también un principio jurídico fundamental. Pero es, en tercer lugar, un dikeo³.

Como dikeo, la DDHC le diseña los trazos más indelebles con que sigue apareciendo en las constituciones e instrumentos internacionales. Pues lo fundamenta en los campos más comprometidos para la vida y la dignidad humana, que son el penal (DDHC, art. 8.º) y el procesal (DDHC, art. 7.º). Y, sobre todo, porque lo formaliza respecto a una «ley» que es «expresión de la voluntad general» (DDHC, art. 6.º), y no otra. Pues con esa ley es con la que el legislador perverso (que quiera hacer como que ignora u olvida los derechos, para mejor despreciarlos y violarlos a costa de otros) puede tipificar o deslegalizar a su capricho, o penalizar o premiar a su antojo. Es sin duda uno de los méritos de la DDHC haber declarado este dikeo.

3.10. El «orden» es un principio dikeo, y una causa de limitación de los derechos frecuentemente invocada en la normativa dikea (y así es como

3. Que hoy día se puede definir así: el derecho a la legalidad es el derecho fundamental que tiene toda persona al bienestar resultante de la existencia de una organización general de *rule-of-law* o reglaje de ley o estado de derecho o sistema de legalidad procesal, civil y criminal, en sus diversas especialidades, públicamente conocido, y de acuerdo con cuyo procedimiento, previamente establecido y a exclusión de cualquier otro derecho material o formal, habrá de actuar cualquier órgano de justicia ante el que precise establecer contenciosamente sus derechos, sea por iniciativa propia, como demandante o querellante, sea por iniciativa ajena, como demandado o reo (PUY, 1983, prf. 80-7).

aparece recogido aquí de un modo explícito). Pero también es el orden-público, él mismo, uno de los derechos⁴.

En todo caso, el orden-público es algo más universal que una simple querencia o manía del liberalismo (Hervada, 1978, 51) o el conservatismo. Es tal la necesidad de orden —al razonar, al desear, al actuar, al trabajar, al negociar, al circular... entre los demás miembros del grupo— que cualquier apetito puntual, ocasional o efímero de desorden presupone una permanente instalación en un orden de aquel que lo siente, al modo como la disonancia requiere la continuidad de la armonía, contra la cual se destaca.

3.11. La «responsabilidad» de todos los miembros del grupo social por los actos propios que afecten a cualquier de los consocios —a cada uno o a todos ellos—, y especialmente de los consocios elevados al podio o fuste (forgiano) del poder, es una limitación de los derechos y un principio dikeo. Pero también es la responsabilidad (de todos, y en especial de los funcionarios del poder) un dikeo de cada consocio (especialmente de los más débiles y por eso más vulnerables a los abusos de aquéllos⁵).

4. LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS

En cuanto a la efectividad de los derechos la DDHC ha consagrado fórmulas de garantía que ya nunca han sido abandonadas: en primer lugar la *declaración* solemne; en segundo lugar, la *ley*; y en tercer lugar, la *fuera* pública capaz de sancionar sus violaciones a posteriori, para así prevenir las mismas por disuasión a priori.

4.1. La positivación de los derechos, haciéndolos pasar de los libros de jurisprudencia, a los de colecciones de leyes y de sentencias (después), comenzó por el camino de las declaraciones y las constituciones. La DDHC no fue el primer texto, pues los de los estados, después unidos, de Norteamérica la precedieron y la inspiraron (Jellinek, 1904, cp. 3). Pero sin duda que la DDHC contribuyó eficazmente a consolidar el procedimiento. Un procedimiento absolutamente decisivo para garantizar los derechos, a pesar de todas las críticas que se le quieran dirigir.

4. Este derecho al orden puede entenderse hoy día como el derecho fundamental que tiene toda persona humana a que el poder y los consocios —éstos si preciso fuere obligados o coaccionados por aquél— le proporcionen el específico bienestar político dimanante de la permanencia en una situación de paz caracterizada por el normal funcionamiento de las instituciones públicas, el mantenimiento de la quietud interior y de la tranquilidad ciudadana, y la normalidad de las actividades generales de carácter económico, social, cultural, civil, político y jurídico, todo ello con las mínimas perturbaciones del juego de cambios y movimientos materiales externos, incluso cuando ello limita coyuntural o puntualmente los derechos, fundamentales o no, de algunos consocios (PUY, 1983, prf. 84.1).

5. La definición puede establecerse hoy día así: el derecho a la responsabilidad es el derecho fundamental que tiene todo ser humano a la personalización individualizada de todo débito, deber, deuda u obligación; a la disposición de un cauce jurídico a través del cual poderse extrañar o librar de los perjuicios subsiguientes al incumplimiento de cualquier obligación ajena y poder exigir el cumplimiento de las promesas o el pago de las deudas a los individuos que las han prometido o contraído, o que las han originado con acciones u omisiones individualizadas; y todo ello, en especial, cuando las personas reclamantes o deudoras de aquélla son el Estado mismo, o sus órganos de poder, o cualquiera de sus representantes, funcionarios u oficiales (PUY, 1983, prf. 38.1).

4.2. Ahora bien, positivizar una exigencia deontológica o axiológica quiere decir transformar una norma meramente moral en norma jurídica. Por tanto, susceptible de ser realizada mediante coacción. Y por tanto, apoyada por una fuerza pública —no privada— que se justifica, precisamente, por la exigencia formal de estar sometida a la ley; y por la exigencia material de concretar la implantación del bien común y del interés general en la realización del respeto de los derechos de todos por parte de todos —agentes del poder y de la misma fuerza pública incluidos—. Esto constituye otro evidente progreso moral a cuyo logro coadyuvó decisivamente la DDHC.

4.3. Por último, la ley aparece como el instrumento más adecuado para garantizar la efectividad de los derechos. Con ello, la DDHC ha continuado avalando otra de las conquistas permanentes de la jurisprudencia.

4.4. Ahora bien, la DDHC, además, ha establecido en este campo cierto hábito expresivo que se mantiene y que es altamente problemático. Me refiero a la idea de *limitación* de los derechos. Los iluminados de Versalles han considerado aceptables cuatro limitaciones de los derechos de cada uno: la (determinación o establecimiento por) ley; la (responsabilidad ante la) justicia; el respeto a los derechos de los demás; y el mantenimiento del orden público. En realidad, los derechos sólo se pueden limitar por otros derechos. Por ende, esos cuatro límites son también derechos: el derecho a la legalidad, el derecho a la responsabilidad, el derecho a la efectividad (estricta) de los derechos fundamentales, y el derecho al orden⁶. Pero la expresión legal entonces acuñada lo esconde, incluso para jueces y profesores agudos, no pocas veces.

4.5/6. Hablando de la efectividad de los derechos declarados por el famoso documento de 1789 no se puede olvidar, en fin, el hecho de que la revolución francesa (y su prolongación, la napoleonada) materializaron el conjunto más espantoso de agresiones a todos los derechos humanos (los declarados, los omitidos y los entonces aún no inventados, todos) que la humanidad había conocido hasta entonces —porque la técnica no los había permitido antes más crueles, inhumanos y degradantes, como luego después llegó a ocurrir— (Horia, 1981, prf. 12). El dato se suele emplear como una acusación contra la DDHC —y en general contra todas las declaraciones dikeas posteriores—. Pienso que así se hace una inferencia

6. Ya nos hemos referido antes en 3.9, 3.11 & 3.10) a tres de esos cuatro dikeos. Por lo que se refiere al cuarto, baste apuntar que, una vez desarrollado a la altura de nuestra época, se puede entender así: el derecho a la efectividad de los derechos humanos es el derecho fundamental que tiene toda persona, miembro de cualquier grupo social, a gozar del bienestar que produce una situación en la cual la práctica de todos los derechos humanos, de todas las personas, encuentra, a nivel interno del Estado, órganos de reconocimiento, respeto y protección en los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial; y en la esfera supranacional o internacional, y ante los órganos de los mismos tres poderes de ella, una eventual alzada contra los posibles abusos o inoperancias de los anteriores; y en la esfera supraespacial o trans-temporal, y ante los órganos de la opinión pública local, regional, nacional o mundial, una posible apelación contra las inhibiciones o ineficacias de todos los organismos nacionales e internacionales (PUY, 1983, prf. 87.1). La DDHC ha fijado el concepto fundamental, pero no de un modo tan perfilado como el que acabo de indicar, como es lógico.

ciertamente irracional y probablemente fraudulenta. Giorgio Del Vecchio lo demostró *ad nauseam* hace ya casi un siglo (Del Vecchio, 1903, cp. 1)... La cuestión no consiste en qué hizo la revolución con los derechos de todos los seres humanos a los que atropelló, violó y guillotizó. La cuestión consiste en qué habría hecho si no hubiera tenido siquiera el freno que suponía la invocación de los derechos...⁷.

5. LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS

La *fundamentación inmediata* de la DDHC arranca de *la autoridad de unas cortes*: es decir de una asamblea de los representantes de un pueblo avalada por su rey —aunque se suele olvidar, el hecho es que Luis XVI firmó la declaración el 5-10-1789 (Del Vecchio, 1903, cp. 3)—. Y este procedimiento ha quedado establecido para siempre. Sin esos requisitos no hay declaración o constitución posible.

La *fundamentación mediata* se materializa en dos argumentos teleológicos. Los derechos deben garantizarse: afirmativamente, porque su efectividad y garantía limita al poder y produce la felicidad de todos; y negativamente, porque su violación e ineffectividad destruye la constitución, corrompe al gobierno y ocasiona la desgracia pública.

La *fundamentación remota* se pone en la instancia metajurídica que la tradición medieval denominaba *Deus sive Natura*. O sea, en la ley natural o la ley divina, vagamente solapadas en la invocación del *Ser Supremo* y en la calificación de *naturales*, que remite a la naturaleza.

En su conjunto, estas tres fundamentaciones de los derechos humanos siguen estando vigentes, según para qué grupos culturales. Y no se contradicen, más que si se los analiza en una perspectiva teórica y estática. Antes bien, si se juzga desde una perspectiva cetética y dinámica, se ve que las tres fundamentaciones se apoyan, potenciando su mutua eficacia, como he mostrado en otro lugar⁸.

En los autores de la DDHC hay la evidente intención de positivizar el derecho natural, de transformar en ley positiva la ley natural, para asegurar

7. Por lo demás, hay que recordar siempre a los críticos de la técnica dikea el símil médico. Aunque todos los enfermos acuden a los médicos buscando remedios a sus males, las enfermedades no son obra de los médicos, sino que éstos, y demás sanitarios, con sus medicinas son los que hacen algo por aliviarlas. Igualmente, ni los normadores que redactan declaraciones, constituciones o convenciones regulando los dikeos, ni los tribunales especializados que los aplican, ni la dikea (teoría de los derechos humanos), ni los dikeólogos (profesores, abogados y, en general, jurisprudentes expertos en derechos humanos) creamos las violaciones contra los derechos. Estas son obra de todos los seres humanos, y nosotros sólo intentamos elaborar técnicas con que aliviar lo peor. Cuando las violaciones de los derechos son escasas y leves, no hacen falta métodos especiales para prevenirlas. Tales métodos son necesarios precisamente cuando las violaciones son muchas y enormes y por eso intolerables. Es lógico, pues, que los grandes monumentos declarativos hayan coincidido con momentos de violación generalizada de los derechos (revolución americana, revolución francesa, revolución soviética, primera guerra mundial, segunda guerra mundial...).

8. Me refiero a dos trabajos míos, ambos pendientes de publicación, a saber: *¿Qué significa fundamentar los derechos humanos?* Ponencia para la Conferencia Tanner celebrada los días 18-19 de abril de 1988 en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid. Y *El tópico «derechos fundamentales» en el Título I de la Constitución*, comunicación para las XII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, celebradas en Madrid, alrededor del 25-5-1988.

así la observancia de ambas, por los ciudadanos y por los dirigentes. Esto no es positivismo, ni siquiera larvado, como a veces se ha entendido (Hervada, 1978, 46-47). Positivismo es negar el fundamento natural (o divino) de la ley y los derechos, que no simplemente reconocer otros fundamentos simultáneos.

5.1. La referencia al ser supremo, fórmula deísta entonces en uso para designar a la divinidad, avisa que para los asamblearios de 1789 el fundamento de los derechos está donde mismo está el fundamento de todo derecho: en Dios. Si el ser humano tiene derechos (*iura*) es porque Dios se los ha dado. Y así, el no-derecho (*iniuria*) consiste en quitar a alguien lo que es suyo (*ius suum*) porque Dios se lo ha dado. Este fundamento es ahora tan inevitable como entonces (Puy, 1984, prf. 31). Otra cosa es la oportunidad de mencionarlo. La DDHC no ha querido nombrar a Dios sino por una perífrasis. Otros textos posteriores lo han evitado sin más, mientras que otros lo han mantenido (Puy, 1988, 489). La materia dikea es tan fundamental, que reclama, de suyo, la invocación directa del nombre de Dios. La DDHC lo hace y merece aplauso, pese al marxismo (Kossok, 1988, 510), por emplear la fórmula más aceptable para el grupo social para el que se daba.

5.2. Importa señalar también en materia de fundamentación, que la DDHC y tras ella todas las demás declaraciones, no pretenden crear derechos, sino reconocerlos; ni otorgarlos o concederlos, sino simplemente declarar o manifestar los que ya existen. El fundamento de los derechos no es así un acto de voluntad puro, sino un acto de voluntad obligada por un conocimiento racional anterior, o por una evidencia intuitiva previa. Los derechos no se declaran cuando se quiere, sino cuando se puede, porque previamente se los ha conocido y reconocido.

5.3. La mención de «la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos» delata como fundamento de los mismos la creencia en la necesidad de limitar el poder de los poderosos. Los (muchísimos) débiles tienen que declarar sus derechos para limitar la fuerza de los (poquísimos) fuertes. Y el discurso de los derechos es, por tanto, un *discurso del esclavo* que le hace cara al señor (Puy, 1987, prf. 15). Creo que este fundamento —quizá pesimista, pero al menos realista— sigue estando presente en los instrumentos hasta nuestros días. La desconfianza en el ser humano capaz de incurrir «en la ignorancia, el olvido, o el desprecio de los derechos» no incluye precisamente una visión optimista de la historia. Por tanto parece que no se entiende muy bien la corriente atribución de una fundamentación de la DDHC «sobre la creencia en la bondad natural del hombre» o «en una filosofía de la sociedad que la historia se ha encargado de arrinconar» (Hervada, 1978, 40).

5.4. Los derechos se consideran, ellos mismos, fundamento de algo tan importante como la legitimación de la constitución, o sea, con sinonimia rigurosa (Díaz, 1968, 41). Esa es otra idea que permanece y está en auge en buena medida por la influencia de la DDHC. La fórmula que emplea la DDHC adolece de un cierto radicalismo al decir que «toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos... *n'a point de constitution*». ¿Acaso no hay constituciones no escritas? ¿Acaso

no hay constituciones carentes de un capítulo formalmente declarativo? (Hervada, 1978, 53). Ciertamente así ocurre. Eso no obstante, sigue siendo cierto que sin aseguramiento efectivo o sin garantización real de los derechos, podrá haber apariencia de constitución: pero no hay constitución técnicamente calificable de tal axiológicamente legitimable como tal.

En conclusión, la DDHC se autolegitima con dos fundamentos eficientes —la asamblea nacional, y el ser supremo— y con dos fundamentos teleológicos —la felicidad de todos y la limitación del poder—. Se trata de las *fundamentaciones eternas* de los derechos humanos, a las cuales sólo cabe añadir matices. Digo *eternas*, y lo subrayo para concluir. Desde el comienzo —pues ya lo dijo Mirabeau el 17-8-1789 (Sandweg, 1972, cp. 4.2)— es ya costumbre encomiar la DDHC por francesa y por revolucionaria (Posada, 1908, cp. 8). Bien, si la DDHC se fundamenta en la asamblea de cada pueblo y en la voluntad de Dios, y si ella misma fundamenta a todo estado y a toda constitución con garantías de conservación y estabilidad no es, precisamente, por ser un instrumento francés y revolucionario; sino a pesar de ello. Dios escribió derecho (y muy derecho) entonces una vez más, con renglones torcidos (y muy torcidos).

BIBLIOGRAFIA CITADA

- AMUCHASTEGUI, J. G. (1984): *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Editora Nacional, Madrid.
- DDHC (1789): *Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, ed. bilingüe y comentada, en Hervada, 1978, 38 ss.
- DEL VECCHIO, G. (1903): *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en la Revolución Francesa*, trad. esp. en su *Persona, Estado y Derecho*, IEP, Madrid, 1957, 45 ss.
- DÍAZ, E. (1968): *La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en la Revolución Francesa*, «Cuadernos para el Diálogo» 12 extr. (Madrid) 39 ss.
- HEGEL, G. W. F. (1821): *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Nicolaische Buchhandlung, Berlin.
- HERVADA, J. (1978) & ZUMAQUERO, J. M.: *Textos internacionales de derechos humanos*, Eunsa, Pamplona.
- HORIA, V. (1981): *Los derechos humanos y la novela del siglo XX*, Emesa, Madrid.
- JELLINEK, G. (1904): *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, Leipzig. Trad. de A. Posada (Suárez, Madrid, 1908) reed. en Amuchastegui, 1984, 57 ss.
- KOSSOK, M. (1988): 1789: *Epochewende und heroische Illusion*, «Deutsche Zeitschrift für Philosophie» 36 (Ost Berlin) 506 ss.
- PECES-BARBA, G. (1989): *La Declaración de Derechos de 1789*, «ABC» 21-2-1989 (Madrid) 3.
- POSADA, A. (1908): *Estudio preliminar a la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano*, Suárez, Madrid (reed. en Amuchastegui, 1984, 225 ss).

- PUY, F. (1983): *Derechos Humanos*, Paredes, Santiago.
- (1984): *Tópica jurídica*, Paredes, Santiago.
 - (1987): *El tópico «derechos humanos»*, «*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*» 95 (Madrid) 199 ss.
 - (1988): *La invocación de Dios en el actual lenguaje jurídico*, «*Anales de la Cátedra F. Suárez*» 28 (Granada) 487 ss.
- SANDWEG, J. (1972): *Rationales Naturrecht als revolutionäre Praxis. Untersuchungen zur «Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte» von 1789*, Duncker-Humboldt, Berlin.

Los Derechos del Hombre en 1789

Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa

Por GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ

Madrid

I. INTRODUCCIÓN

Rememorar el acontecimiento que culminó en agosto de 1789, con la aprobación de la que se llamó «Declaration des droits de l'homme et du citoyen», en el marco más amplio de la Revolución Francesa, es reflexionar también para el presente y para el futuro. No es una mera evocación de un hecho pasado, es la cristalización de un primer alumbrar del paradigma de los derechos humanos, que ha seguido evolucionando y matizándose hasta hoy y que permite pensar, sin llegar a hacer historia profética, líneas de proyección prospectiva para el horizonte del año dos mil.

En otros lugares he señalado que los derechos humanos son un concepto histórico y que no se pueden entender plenamente prescindiendo de los materiales que la historia nos proporciona¹, y este estudio más sosegado con motivo del segundo centenario de la Declaración Francesa, viene, creo, a confirmar ese punto de vista, que ya había sostenido al estudiar los albores de la aparición del concepto en la cultura jurídica y política moderna².

La declaración de 1789, como los textos de las Colonias Inglesas que se separan de la metrópoli, Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776, Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776, y más tarde las diez primeras enmiendas a la Constitución Federal de 1787, que se aprueban en 1791, son el último eslabón de una primera generación de los derechos humanos, que arrancan del siglo XVI en el marco de una

1. Vid. mi trabajo «Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales» en mi libro «Escritos de Derechos Fundamentales», Eudema, Madrid, 1988.

2. Vid. asimismo «Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales» en Mezquita-Alhambra. Madrid, 1982, y mis trabajos sobre la Tolerancia en Francia, en los Países Bajos, en Gran Bretaña y en las Colonias Americanas, reproducidos en «Escritos de Derechos Fundamentales» ya citado, y finalmente mi estudio sobre la filosofía de los límites del poder, en los siglos XVI y XVII, en mi libro «Libertad, Poder, Socialismo», Civitas, Madrid, 1978.

preocupación de la burguesía por limitar el poder del moderno Estado Absoluto³.

La desconfianza ante ese poder absoluto y ante alguna de sus consecuencias, como la intervención de la fuerza estatal en el ámbito religioso y de las conciencias, o la dependencia de los tribunales del monarca y la arbitrariedad de las penas y de los procedimientos, irán creando progresivamente un consenso, a partir de ese disenso previo sobre la necesidad de garantizar al individuo frente al poder. Será por consiguiente en torno a la protección de la conciencia cuando empiezan a surgir, primero en Europa y luego en las colonias inglesas de Norteamérica, las primeras reflexiones teóricas plasmadas más tarde en los primeros derechos a la tolerancia y a la libertad de conciencia⁴.

En esos mismos años surgirán las propuestas de los monarcómacos —Hotman, Du Plessis Mornay o Buchanan— para limitar al poder, o la lúcida crítica de Ettiene de la Boetie, contra la tiranía y en defensa de la libertad del individuo, y con Montaigne los primeros atisbos de reacción frente a la barbarie del Derecho Penal y Procesal de la Monarquía absoluta. La declaración aprobada por la Asamblea Nacional el 26 de agosto de 1789, se sitúa en este camino iniciado dos siglos antes. De aquella tolerancia anhelada inicialmente se llega a la libertad de pensamiento y de opinión, de la lucha por limitar el poder se llega a la afirmación general de que los derechos humanos son esa barrera en defensa de la libertad individual, y la meta de toda asociación política, de que la soberanía reside en la Nación y no en el derecho divino del Rey, de que el poder debe estar dividido, y que la ley, expresión de la voluntad general, se forma con la participación de los ciudadanos. De la preocupación por superar la arbitrariedad en el Derecho Penal y Procesal surgen las garantías procesales. El protagonismo de la burguesía que pasa del terreno económico al político, explica también desde el principio la relevancia de la propiedad y su consideración como derecho fundamental, aunque será en el siglo XVII cuando se construirá su justificación con Locke y más tarde, en el XVIII, con los fisiócratas.

3. Vid. para estos textos «Derecho positivo de los derechos humanos», edición preparada en colaboración con Liborio Hierro, Santiago Iñiguez de Onzoño y Angel Llamas. Debate, Madrid, 1987.

4. Se puede coincidir con Jellinek en que los primeros balbuceos de los derechos humanos se producen en torno al problema de la tolerancia, aunque no con su fijación espacial, temporal y personal, que lo sitúa en Providence, en lo que hoy es Rhode Island, en la primera mitad del siglo XVII, en la obra de Roger Williams, porque ya en el siglo XVI, en Francia y en Holanda principalmente, encontramos ese debate, como intento demostrar en mis trabajos sobre la tolerancia, citados en nota dos. Para la obra de Jellinek, la polémica respuesta de Boutmy, y otra posición interesante, la de Doumergue, se puede consultar la edición castellana preparada por González Amuchastegui «Orígenes de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano», Editora Nacional, Madrid, 1984.

Esta polémica se insertará en momentos de tensión Franco-Alemana después de 1870, que alcanzará incluso a la reflexión científica y filosófica. Para confirmar esta tesis hay que señalar que Funck-Brentano sostuvo por aquellas mismas fechas la falta de originalidad de Rousseau, de Barbeyrac o de Vattel, influidos por Wolff, hasta el punto de que para él, aunque la forma del alemán es más pesada y menos clara, las ideas son las mismas y Rousseau es Wolff puro (en Bulletin de la Société Internationale d'Etudes Pratiques d'Economie Politique, Tomo VI, pp. 107 y ss. París, 1789).

La primera generación de los derechos humanos, impulsada por el pensamiento liberal constará de los derechos individuales, de los derechos de participación política, de las garantías procesales y del derecho de propiedad, y se forma a través de un recorrido histórico que dura dos siglos hasta 1789, pero desde el principio, aunque sea de una manera germinal, apuntan todas sus dimensiones.

No se puede entender la Declaración de 1789 sin reconstruir ese itinerario formado por diversas aportaciones doctrinales, no siempre coherentes e incluso a veces contradictorias, pero que forman un depósito que cristalizará con ella.

Tampoco se puede entender todo el problema sin intentar distinguirla del modelo inglés de los textos que aparecen en el siglo XVII, y de los que emergen con la independencia americana. Por eso se debe desconfiar de explicaciones simplistas como la que se plantea con la polémica entre Jellinek y Boutmy a finales del siglo XIX y principios del XX, o de presentaciones racionalistas y ahistóricas que prescinden de todo ese largo proceso temporal. Por eso también es excesivo y no responde a la verdad pensar que la «Declaration des droits de l'homme et du citoyen» es un hecho excepcional y sin precedente. Paine decía que «la declaration des droits de l'homme toute entière à plus de valeur pour le monde et lui fera plus de bien que toutes les lois et tous les statuts qui ont été promulgués jusqu'à présent»⁵. Es una muestra de esa opinión desorbitada que olvida todo el largo proceso de producción y las influencias plurales que la han hecho posible aunque es cierto que en la cultura jurídica y política posterior será un modelo a imitar.

Bacon decía que «la verdad es hija de la historia», y este estudio me ha confirmado en la dificultad de pretender manipular desde una razón abstracta el tema de los derechos humanos. Siempre me ha parecido arbitrario ese método de cerrar de una vez para siempre con una explicación total el fundamento y el concepto de los derechos, porque cada uno de esos intentos se ha planteado en un momento concreto, con el iusnaturalismo racionalista y con su catálogo de derechos naturales, y hoy con los que pretenden una operación parecida con el surgir poderoso de la idea de derechos morales⁶. Cada vez que uno de esos proyectos se concluye, la

5. Cita tomada de OWEN ALDRIDGE, A.: «The rights of Man» de Thomas Paine «symbole des siècle des lumières et leur influence en France» en la obra colectiva «Utopie et institutions au XVIIIeme siècle. Le pragmatisme des Lumières», Mouton Paris. La Haye, 1968, p. 282.

6. Esa es, me parece, la principal objeción que se puede hacer al trabajo del Prof. LAPORTA: «Sobre el Concepto de Derechos Humanos», Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1987, pp. 23 a 46. Cuando habla de nómina o de catálogo de los derechos, o cuando los refiere a necesidades básicas, o expresión de bienes de particular relevancia para los seres humanos, o cuando se incomoda porque se puedan ampliar excesivamente y pierdan valor y fuerza, los fija definitivamente, sin posibilidad de modificación. Se tiene la impresión, cuando se estudia la historia de los derechos humanos, que ese planteamiento no es capaz de comprender el fenómeno con todos sus matices y que lo seca y lo anquilosa con su rígido racionalismo. Otras concepciones de los derechos morales como las de Eusebio Fernández o Pérez Luño me parecen más atentas al tiempo histórico. Las acotaciones al trabajo de Laporta que Pérez Luño publica en el mismo número de Doxa, son una prueba de esa mayor sensibilidad (Vid. «Concepto y Concepción de los Derechos Humanos», pp. 47 a 66).

historia no se para y en su devenir posterior se introducen nuevos matices que los intentos de explicación cerrada y completa no pudieron ni siquiera intuir. ¿Estaremos a finales del siglo XX en situación de concluir la comprensión de los derechos humanos con una explicación definitiva? No lo creo. A los intentos de construir un sistema cerrado en esta materia, sea partiendo de los principios, sea partiendo de los hechos para llegar a los principios, podríamos hacerles el reproche que hace Fontenelle a Descartes y a Newton: «...Les principes évidents de Descartes ne le conduissent pas toujours aux phénomènes tel qu'ils sont, les phénomènes ne conduisent pas toujours Newton á des principes assez évidents...»⁷. También se puede llegar para mantener la coherencia y la perfección del sistema racional a separarse de la realidad, cuando los hechos se separan de la idea que uno se ha hecho de ellos. Y puede ocurrir lo que cuenta Cerutti, que le pasó a Mably con su idea de que el sistema británico no duraría diez años y que por el contrario el Senado de Suecia sería eterno: «L'ouvrage dans lequel il faisait cette belle prophétie n'était pas encore achevé d'imprimer, que le Sénat de Suède n'existait plus. On l'avertit; il répondit 'Le Roi de Suède peut changer son pays, mais non mom livre'...»⁸.

Tengo la impresión que seguir la evolución histórica que conduce a 1789, en el ámbito del pensamiento filosófico moral y en el de la positivación de los derechos es fructífero, y por otra parte, una aproximación abstracta sería aquí un sinsentido, puesto que tratamos de comprender un texto situado en el tiempo. Una comparación de aquella Declaración, con la situación actual de los derechos y con algunas líneas de tendencia que se pueden identificar hacia el futuro permitirá también llegar a algunas conclusiones con las que cerraremos el trabajo. Es evidente que no vamos a renunciar a un intento de comprensión racional ni a un esfuerzo de sistematización, pero será en todo caso contando con los materiales y con las reflexiones que nos proporcione el análisis diacrónico.

II. EL MODELO ANGLOSAJÓN Y EL MODELO AMERICANO

Aunque este trabajo no tiene el carácter exhaustivo de una historia de los derechos humanos, puede resultar conveniente distinguir el modelo de la declaración francesa, de las cristalizaciones en Gran Bretaña y en las Colonias inglesas de la costa Atlántica, que más tarde, al alcanzar su independencia, serán los Estados Unidos de América. Esta acotación de los rasgos diferenciadores y también identificadores de los tres modelos se justifica plenamente por las dimensiones, a veces un poco pueriles y superadas, sobre la influencia de los textos americanos en «La Declaration de droits de l'homme et du citoyen» y porque algunos autores franceses como

7. En FONTENELLE: «Eloge de Newton». Oeuvres de Fontenelle. Edición de 1818, tomo VII, p. 276.

8. CERUTTI: «Mémoire pour le Peuple Français». 2.ª Ed., 1788, p. 58. Citado en la edición crítica de «Des droits et des devoirs du citoyen» de Mably, realizada por Jean Louis Lecercle. Marcel Didier. París 1972. Nota 1, p. 32.

Montesquieu y Voltaire se reconocen expresamente deudores del sistema político inglés⁹.

Para ello debemos partir de la afirmación básica de que los tres se sitúan en el ámbito de la cultura política y jurídica en la misma preocupación que motiva la aparición de esta primera etapa histórica de los derechos: la necesidad de la limitación del poder político del Estado Absoluto moderno, y de que existe una interinfluencia genérica evidente, tanto en la reflexión filosófico-moral que los justifica, como en los modelos de Derecho positivo en que cristalizan, sobre todo en los sistemas americano y francés. No se puede tampoco olvidar el carácter previo de los textos ingleses que son del siglo XVII, un siglo o más anteriores, si contamos desde la «Petition of rights» de 1628.

A) *El modelo inglés*

Se podría situar al modelo inglés vinculado a una lucha histórica, partiendo de los derechos del Parlamento y del Common Law, para limitar la prerrogativa regia, con el viejo y buen Derecho de los ingleses. Frente a los intentos de Jacobo I, Carlos I, Carlos II y Jacobo II por instaurar un régimen absoluto, la resistencia del Parlamento y de los jueces, que se puede encarnar en la figura del juez Coke, va estableciendo la supremacía de los dos pilares del sistema político británico, el Parlamento y el Common Law, el Derecho judicial basado en el precedente. Se puede decir que hay una evolución desde la Carta Magna a los textos del siglo XVII, que se apoyan en la tradición anterior, y no una ruptura o un sistema político radicalmente diferente, como en el caso francés en 1789. Si con la

9. Vid. MONTESQUIEU: «Notes sur l'Angleterre» en «Voyages en Europe», donde da cuenta de su viaje a partir de octubre de 1729, en compañía de Lord Chesterfield, y donde admirará la libertad política y el sistema parlamentario. Se publicaron sólo a finales del siglo XIX —1894-96— por su descendiente el Barón Alberto de Montesquieu. En *Oeuvres Complètes. Du Seuil, L'intégrale*. Paris, 1964, pp. 331 a 334. Asimismo «Considerations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence» capítulo VIII. «Le gouvernement d'Angleterre est plus sage parce qu'il y a un corps qui l'examine continuellement et qui s'examine continuellement lui même... En un mot un gouvernement libre, c'est à dire toujours agité, ne saurait se maintenir s'il n'est par ses propres lois, capable de correction». Edición citada p. 452. Finalmente en «De l'Esprit des Lois». Vid. primera parte. Capítulo XI-6. «De la Constitution d'Angleterre». Edición citada pp. 586 a 590.

Vid. VOLTAIRE especialmente: «Lettres Philosophiques» y entre ellas la octava «Sur le Parlement» y la novena «Sur le gouvernement». Obras completas, el volumen «Mélanges». Gallimard. Paris, 1961, pp. 20 a 27. Especialmente este texto: «...La Nation anglaise est la seule de la terre qui soit parvenue à régler le pouvoir des rois en leur résistant, et qui d'efforts en efforts ait enfin établi ce gouvernement sage, où le prince, tout puissant pour faire du bien, à les mains liées pour faire le mal, où les seigneurs sont grands, sans insolence et sans vassaux, et où le peuple partage le gouvernement sans confusion» (p. 21). En su reciente obra sobre Voltaire, Ayer, dedica el segundo capítulo a la influencia inglesa y dice textualmente: «...hasta este punto, en cada uno de los temas que había examinado en sus cartas, en las esferas de la religión, la política, la medicina, la filosofía y la ciencia, Voltaire había defendido la superioridad de Inglaterra sobre Francia...», versión castellana en *Crítica*. Barcelona, 1988, p. 57, de Miguel Candel, sobre el original inglés publicado por Widenfeld and Nicolson. Londres, 1986.

Estos dos autores que, como se ve, admiran al sistema británico, tendrán una influencia importante en los fundamentos ideológicos de la Revolución Francesa, y en concreto de la «Déclaration...» que sólo se explica a través del proceso de construcción y de racionalización abstracta de los datos ingleses en su pensamiento.

Carta Magna más que de derechos se debe hablar de privilegios estamentales otorgados, en una especie de pacto entre el Rey, los señores, los Obispos y los estamentos, y desde la perspectiva de la limitación del poder, será el restablecimiento de esos límites y de esos privilegios adaptándolos al nuevo tiempo, lo que motivará la *Petition of Rights* de 2 de junio de 1628. Se recuerda a Carlos I, no sólo la Carta Magna, sino el «*Statutum de Tallagio non Concedendo*», de Eduardo I, en relación con el pago de los tributos, recordado ya por el Parlamento durante el reinado de Eduardo III. La misma vuelta a prácticas procesales anteriores justificará el Acta de Habeas Corpus de 1679, cuya causa inmediata fue el encarcelamiento al margen de las garantías tradicionales, de unos oponentes a la Corona, por Lord Clarendon, ministro de Carlos II. Entre los antecedentes que se recuerdan y que sirven de base para reafirmar una práctica de defensa de la libertad personal frente a la detención arbitraria, y que se había ido configurando a lo largo de los siglos, figuran los procedimientos «de homine replegiando» o de «odio et atia» que vienen de la Carta Magna, la propia *Petition of Rights*, resoluciones de los Tribunales del Common Law, como la famosa *Resolution in Anderson* de 1592, o la supresión del Tribunal especial llamado Cámara Estrellada, en 1641. Aún es más claro el carácter pragmático, vinculado a una tradición constitucional y judicial muy antigua, con el *Bill of Rights*, que es una especie de lista de agravios, y de límites al ejercicio del poder real que el Parlamento aprobó en febrero de 1688, y que Guillermo y María tuvieron que aceptar antes de ser proclamados Reyes¹⁰. La descripción de esta aparición de los textos ingleses del XVII que hacen autores como Maitland¹¹ o Bagehot¹², vinculadas a continuas referencias a antecedentes históricos, a casos concretos y a actuaciones del Parlamento, confirman este diagnóstico.

En resumen, el modelo inglés es producto de una evolución, se apoya en la experiencia histórica, parte de la limitación del poder y no al revés, y carece de construcciones doctrinales racionales y abstractas como substrato ideológico. Como veremos, por el contrario, la Declaración de 1789 escoge un camino diferente y supone, de entrada, una ruptura con el sistema constitucional que había organizado la Monarquía francesa desde los orígenes de la modernidad. Los autores ingleses que tuvieron una influencia importante en la formación de la filosofía de los derechos humanos como Locke, de manera muy singular, no incidieron con sus construcciones teóricas, en estos textos de la Revolución inglesa del XVII, sino en

10. Sobre el origen del Common Law vid. VAN CAENEGEM: «*The Birth of the English Common Law*», Cambridge University Press, 1973.

11. «*The Constitutional History of England*». Cambridge University Press, 1.ª edición 1908, aunque la versión consultada es la reimpresión de 1974 (que hace la número diecisiete). Maitland plantea siempre la historia constitucional desde el estudio de la organización de los poderes y de sus límites y no desde los derechos humanos, que son una consecuencia de la limitación del poder.

12. Consultada la versión francesa «*La Constitution Anglaise*». Baillière. París 1864. También Bagehot estudia la Constitución desde el punto de vista de la organización de los poderes y no dedica ningún capítulo al estudio de los derechos, que se desprenden igualmente de los límites del poder. La edición original inglesa es de 1867, y la actualmente disponible es la de Fontana de 1963, cuya décima reimpresión es de agosto de 1973, con un estudio introductorio del prof. Crossman.

la americana y en la francesa del XVIII. Por el contrario reacciones contra la Declaración de 1789, como la de Burke, se explican en gran parte por la defensa de la tradición inglesa¹³. Sus propias palabras, críticas con la Declaración de 1789, se basan en la misma.

«... Podríais... haber aprovechado nuestro ejemplo y haber dado a vuestra recobrada libertad una dignidad correspondiente. Vuestros privilegios, aunque hayan perdido continuidad, no han dejado de estar presentes en vuestra memoria... Podríais haber reparado esos muros y haber edificado sobre esos viejos cimientos...»¹⁴.

A esa crítica de la ruptura, con la defensa de la evolución como el mejor cauce para regular el gobierno de los pueblos, añadirá una crítica específica al ejemplo más claro para aplicarla: los derechos del hombre.

«...El gobierno no se crea en virtud de derechos naturales, que pueden existir y existen, totalmente independientes de él y con mucha mayor claridad y un grado mucho mayor de perfección abstracta; pero su perfección abstracta es su defecto práctico... Esos derechos metafísicos que entran en la vida común como rayos de luz que penetran a través de un medio denso, son, por lo general refractados. Es más en la grande y complicada masa de pasiones y preocupaciones humanas, los derechos primitivos de los hombres sufren una variedad tal de refracciones y reflexiones que resulta absurdo hablar de ellos como si mantuvieran la simplicidad de su dirección original...»¹⁵.

En esta caracterización del sistema inglés en comparación con el que se desprende de «la Declaration», aparece una dialéctica que va a estar presente en la cultura de los derechos humanos hasta hoy, especialmente en la reflexión teórica sobre ellos; aunque claro está con repercusión en su organización jurídico-positiva: razón e historia como fundamento y raíz de los derechos. Los textos ingleses y sus teóricos se plantean desde la historia y ésa es su gran diferencia con el texto de 1789 que se justifica desde la razón.

B) *El modelo americano*

El modelo americano se encuentra a medio camino entre el inglés y el francés, y para iniciar su caracterización podríamos decir que comienza

13. En la introducción a los Textos Políticos de Burke (entre ellos las «Reflexiones sobre la Revolución francesa» Vicente Herrero dirá: «...Burke defendió toda la vida la causa de la libertad, es cierto, pero la defendió con un criterio conservador. Lo que defendía era la libertad a la manera inglesa de acuerdo con los principios de la 'gloriosa Revolución de 1688'. Fondo de Cultura Económica, 1942, 1.ª reimpresión 1984 p. 21. Uno de los recientes estudiosos ingleses de Burke, O'Gounan sostendrá en el mismo sentido: «...Rights to political power were not natural such rights were acquired not through the contract but through experience (i.e. history) and according to circumstances. Rights do not exist apart from society. They evolved through time with customary obligation, traditional morality, and established institutions. Burke had no time for those theorists who were for ever stressing the rights of the individual at the expense of the power of the state. Natural rights could only exist in society; they are not anterior to it. For Edmund Burke, then, rights were no legal or personal matters, but the residue of experience and time, enshrined in the institutional apparatus of society...». Edmund Burke. His political philosophy. Allen and Unwin. Londres 1973 pp. 116, 117.

14. Reflexiones sobre la Revolución Francesa, en edición citada p. 70.

15. *Ob. cit.*, p. 94.

con apoyo en la historia y en la tradición inglesa, con algunos de los documentos de las Colonias y que se perfila, en los textos de la época de la independencia con un fundamento predominantemente racional.

Muchos de los padres fundadores proceden de Inglaterra, y muchas de las Colonias surgen como concesiones de la Corona y trasladan a ellas, los principios del derecho inglés. Así la Carta otorgada por Carlos I en 1629 a los primeros colonos procedentes del *Mayflower*, que se instalan en Massachusetts. Después de un complejo proceso se desembocó en el texto denominado «Cuerpo de Libertades de la Bahía de Massachusetts» de diciembre de 1641, el primer texto de derechos y libertad en aquellas tierras, con influencia de la Carta Magna y en general del *Common Law*, pero ya también con aportaciones de la teología puritana, lo que matizará el historicismo y dará un tono particular a su racionalismo que le distinguirá también del que fundamenta al modelo francés¹⁶. Otros textos posteriores como las Normas Fundamentales de Carolina (1669-1670) o las Concesiones y Acuerdos de West New Jersey (1667)¹⁷, combinan la influencia del Derecho inglés, desde la Magna Carta en adelante, con influencias doctrinales de Locke, autor con Lord Ashley del proyecto, en el primer caso, y con el pensamiento religioso de los cuáqueros en el segundo. Los textos del siglo XVIII, incluso los anteriores a la independencia como la Carta de Privilegios de Pennsylvania acentúan la dimensión racional y la influencia religiosa, en este caso de los cuáqueros, junto con menonistas y pietistas alemanes¹⁸.

No se puede olvidar que durante la etapa colonial y hasta la independencia en 1776, el vínculo entre Gran Bretaña y las colonias se establecía con estas Cartas, Concesiones o Cuerpos de Libertades, que suponía un contrato implícito, en virtud del cual la protección de la Corona y la concesión de aquellos territorios tenía como contrapartida un estatuto comercial particular en las relaciones con Inglaterra el pago de los «quit rents», y una sumisión a las Leyes del Reino, lo que implicaba sumisión a la Corona y al Parlamento, y titularidad de los derechos y libertades concedidos por las Leyes y por el *Common Law*. Será precisamente sobre la base de las libertades y prerrogativas de los ingleses sobre las que se basarán importantes razones para negarse a pagar tasas, para lamentar el olvido del Parlamento a sus derechos, y en definitiva para reclamar la independencia. El panfleto de James Otis, «*The rights of the British colonies asserted and Proved*»¹⁹ es un ejemplo de este tipo de argumentación. En una combinación entre la existencia de los derechos y libertades de los ingleses aplicables a los colonos de América, y la constatación de su violación por la Corona y el Parlamento, y un abstracto derecho de resistencia a la opresión, se justificará la independencia. Es una curiosa mezcla de argumentos históricos como punto de partida y de argumentos racionales

16. Vid. «Derecho Positivo de los derechos humanos» ya citado pp. 66 y ss.

17. Vid. «Derecho Positivo...» citado pp. 75 a 83.

18. Vid. «Derecho Positivo...» citado pp. 99 y ss.

19. Vid. la edición de BAILYN «*the sentiments of a British American*»: Pamphlets of the American Revolution. Harvard University Press. Cambridge. Massachusetts 1965. Vid. I, pp. 419-482.

como punto de llegada, muy característica de un sistema mixto como es el americano desde este punto de vista²⁰.

Si seguimos el interesante estudio que hizo Fletcher Wright, en los años treinta, veremos cómo en las mismas repercusiones de las controversias producidas en las Colonias durante la Revolución Inglesa del XVII se plantean fundamentalmente desde los «legal and constitutional rights of Englishmen» y sólo a principios del XVIII y de ahí hasta la independencia en 1776 empieza a hablarse de «natural law» y de «natural rights», aunque a veces se produzcan intentos de síntesis, que son significativos de esta caracterización mixta de los textos americanos.

Muy relevante de ese punto de vista con pretensión integradora, es la formulación que encontramos ocasionalmente en Pennsylvania en 1755: «natural rights of freeborn Englishmen»²¹. La referencia a las libertades, privilegios, franquicias e inmunidades conservadas y poseídas por el pueblo de Gran Bretaña, a que se refieren las Virginia Stamp Act Resolutions de 1765, las resoluciones del Primer Congreso Continental de 1776, donde leyes inmutables de la naturaleza, principios de la Constitución Inglesa y Common Law se combinan, expresan también esa vía media característica de los textos americanos²².

El viejo y buen derecho de los ingleses se combina con el iusnaturalismo racionalista. Frente al caso inglés y al francés en el modelo americano reforma y ruptura, continuidad e innovación no se plantean como alternativas incompatibles, sino como dimensiones compatibles, aunque en una progresiva potenciación del punto de vista rupturista racional y abstracto, necesario para justificar la interrupción de los lazos con la metrópoli. La Declaración de Independencia supondrá la máxima cota en esa perspectiva racionalista. Locke, Pufendorf, Montesquieu, Vattel, Beccaria, Burlamaqui, Voltaire, están presentes y su influencia explica las dimensiones de conexión entre los textos americanos y los franceses, más por esta común paternidad que por una influencia decisiva de los segundos²³.

20. Algunos textos como el de Richard Bland «An Enquiry into the Rights of the British Colonies», publicado en «Williamsburg en 1769 y recogido en «A Collection of Tracts on the subject of Taxing the British Colonies in America», 4 vol. Londres, 1773, sostienen que cuando los súbditos se ven privados de sus derechos o no están conformes con el lugar que ocupan en la comunidad, tienen un derecho natural a abandonar esa sociedad y a formar, en acuerdo con los demás, una nueva sociedad política soberana.

No se puede tampoco olvidar que algunos textos coloniales con influencia del Derecho Inglés, como los de Rhode Island y Connecticut, coexistieron con las declaraciones, mucho más racionalistas, producidas en el momento de la independencia, y se mantuvieron hasta el siglo XIX.

21. Vid. WRIGHT: «American Interpretation of Natural Law. A Study in the History of Political Thought». Harvard University Press. Cambridge. Massachusetts 1931, en el capítulo III, Colonial importations (p. 36 a 61). Se puede consultar también CHINARD, G.: «Les Réfugiés Huguenots en Amérique». Les Belles Lettres. París, 1925, y la clásica obra de BARTON PERRY, R.: «Puritanism and Democracy», en la edición francesa de MEAULNES, F.: «Puritanisme et Démocratie». Laffont. París, 1952.

22. Para esos textos vid. COMUNAGER: «Documents of American History». Appleton. Nueva York, 4.ª Ed. 1948.

23. Vid. en ese sentido BAILYN: «The Ideological origins of the American Revolution». Harvard University Press. Cambridge. Massachusetts, 1967. En el mismo sentido MATTEUCCI: «La Rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale». Il Mulino. Bolonia, 1987.

La tensión entre los derechos históricos y la fundamentación racional se encuentra en uno de los ensayos de Hamilton, en apoyo de la Constitución Federal publicados con Madison y Jay en tres periódicos

Hay otro rasgo significativo de las diferencias entre el modelo americano y el modelo francés que dificultan interpretaciones como la de Jellinek, a la que hemos reiteradamente aludido, y que llevan a pensar más bien que las coincidencias derivan de influencias comunes. En efecto, si a la influencia de los textos americanos sobre «la Declaration» de 1789, hubiera sido tan firme, se hubiera transmitido la ideología religiosa que proyectaron en ellos algunas sectas minoritarias, cuáqueros, puritanos, socinianos, independentistas, etc.

Tengo más bien la impresión de que esa influencia ético-religiosa no es tan importante en 1789. Las dos grandes vertientes que como consecuencia de la ruptura del edificio ético-católico, la habían identificado el humanismo protestante y el humanismo laico, respectivamente serán protagonistas del sistema americano y del francés, aunque no se pueda tampoco negar las interinfluencias producidas.

En el texto de Otis después de la «Revenue Act», en 1764, citado anteriormente, aparecen en muchas ocasiones referencias que identifican el uso de los términos Naturaleza y Dios, y John Adams, en su trabajo «Dissertation on Canon and Feudal Law», se refiere a los «rights derived from the great Legislator of the Universe»²⁴. La influencia de autores del racionalismo protestante como Grocio, Pufendorf, Vattel, Burlamaqui, Locke o Blackstone, que ya aportan muchos de ellos esa referencia religiosa de las sectas protestantes, se verá completada, y en muchos casos precedida por una progresiva coexistencia entre el viejo y buen Derecho de los ingleses, con identificaciones de la Ley Natural con la Ley Divina, y con la idea central de aplicar las enseñanzas de la biblia a la vida política.

Como dice Fletcher: «...For the most part these men believed that god ordained a class system of social organisation, and the direction of the state by the orthodox church members...»²⁵. Y añadirá para remachar esa idea que «Pufendorf and Locke as well as the Bible, Luther and Calvin, helped to shape the political thought of the New Englanders of this period...»²⁶.

El reflejo de esos puntos de vista en los textos de derechos humanos de la independencia reflejaran influencias del factor religioso. Así el artículo XVI de la Declaración del Buen Pueblo de Virginia:

«...Que la religión, o los deberes que tenemos para con nuestro Creador, y la manera de suplirlos, sólo pueden seguirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; en consecuencia, todos los hom-

de Nueva York, y titulados «El Federalista», desde la primera vez que se publicaron como libro. Vid. ese artículo en la edición castellana del Fondo de Cultura Económica. México, 1943. 3.ª reimpresión 1982, pp. 365 y siguientes. La influencia de Pufendorf se ejercerá directamente, sobre todo a través de la obra de WISE, R.: «A vindication of the government of New England churches», donde afirma que se propone «...tomar al Barón Pufendorf como guía y portavoz principal...». Citado por W. Volkomer en su antología del «Pensamiento Liberal en los Estados Unidos». Editores Asociados, México, 1972 p. 33 (Ed. original «The liberal tradition on liberal thought Putnam and sons. Nueva York, 1969).

24. Citado por FLETCHER: *Ob. cit.*, p. 74.

25. *Ob. cit.*, p. 328.

26. *Ob. cit.*, p. 328.

bres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, de acuerdo con el dictamen de su conciencia, y que es deber recíproco de todos el practicar la paciencia, el amor y la caridad cristiana para con el prójimo...»²⁷.

La declaración de 1789, tendrá como veremos junto a influencias ideológicas comunes, otras situadas en lo que Maritain llama la ética de la libertad, frente a la ética de la gracia²⁸. La influencia de los que llama Goyard-Fabre los precursores franceses de las luces, especialmente Bayle, Gassendi Naudé o Fontenelle²⁹ y también de Saint-Evremond, D'Holbach, Vauvenargues, Voltaire, Marmontel o Condillac entre otros, será, me parece, una influencia propia más laica que la que está en el origen de los textos americanos.

Probablemente también esta diferencia del factor religioso esté conectada con el mayor individualismo del texto francés. Como dice Bobbio «... mentre 'l'utilità comune' è invocata dal documento francese unicamente per giustificare eventuali 'distinzioni sociali' le carte americane fanno quasi tutte un riferimento diretto allo scopo dell'associazione politica che è quello del 'common benefit' (Virginia) del 'good of the whole' (Maryland) o del 'common good' (Massachusetts). I costituenti americani avevano collegato i diritti dell'individuo con il bene comune della società. I costituenti francesi intendono affermare primamente ed esclusivamente i diritti degli individui...»³⁰.

En todo caso la comparación con el artículo 10, que vincula el elemento religioso con la libertad de opinión, marca esa distancia laica que no encontramos en la revolución americana.

«Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley...».

Creo que con mucha agudeza Doumergue se inclina por esta misma opinión cuando afirma que «...el Bill americano proclamaba la libertad de conciencia y como consecuencia la tolerancia, mientras que la Declaración francesa después de haber rechazado la libertad de conciencia reclamada por Rabaud Saint-Etienne en su famoso discurso, se limitaba a afirmar

27. Vid. «Derecho positivo de los derechos humanos» citado p. 105. En el mismo sentido, por ejemplo, artículos 2 y 3 de la «Declaración de Derechos y Normas Fundamentales de Delaware» (11 de septiembre de 1776) p. 110.

28. Vid. «Humanisme Intégral», Aubier Montaigne. París 1936, reeditado en 1946 y 1968. Especialmente Capítulo Primero II «L'Humanisme classique et le double problème de l'homme et de la liberté».

29. Vid. «La Philosophie des Lumières en France». Klincksieck, París 1972, capítulo primero pp. 41 y ss. Vid. asimismo HAZARD, P.: «La crise de la conscience européenne». Gallimard, París. Edición castellana de Julián Marías. Ediciones Pegaso 3.ª ed. Madrid 1975.

30. Vid. «La Rivoluzione Francese e i Diritti dell'uomo» que refleja una conferencia pronunciada el 14 de diciembre de 1988 en la Salle delle Capriote de la Cámara de diputados italiana. De todas formas Bobbio no subraya el factor religioso que me parece la raíz de la preocupación por el bien común de los textos americanos, y se centra en la continuidad entre las dos revoluciones porque «identici erano i principi ispiratori e il loro fondamento, il diritto naturale: identico il loro sboco, il governo fondato sul contratto sociale, la repubblica come governo che respinge per sempre la legge de l'heredità, la democrazia come governo di tutti...». Camera dei Deputati. Servizio informazione parlamentare e relazioni esterne. Roma 1988. Las citas son, respectivamente de las páginas 17 y 14.

débilmente la tolerancia...»³¹. Un signo de la posición dual del modelo americano es la distinta acogida que le dispensan la izquierda y la derecha de la Asamblea Nacional al enfrentarse con la redacción de la «Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen». Evidentemente, de sus debates se desprende que los textos americanos eran conocidos y tenidos en cuenta, aunque para unos la referencia historicista y pragmática del modelo inglés les haría desconfiar de sus virtualidades revolucionarias, y a otros su dimensión racionalista y abstracta le alejaba de su ideal de un reformismo que modernizase las instituciones y los privilegios del sistema francés como habían hecho los ingleses. Para unos eran textos demasiado ingleses y para otros demasiado poco, para unos demasiado racionalista y para otros demasiado poco.

El modelo inglés verá los derechos del hombre desde el problema y el modelo francés lo verá desde el sistema; el modelo americano intentará combinar ambos. La Ley y las decisiones judiciales representan las dos formas puras de entender la positivación de los derechos humanos, y la evolución histórica desde entonces se ha encargado de diluir esos rasgos diferenciadores, sobre todo con la reciente y tardía incorporación plena al sistema francés del control de Constitucionalidad por medio del Conseil Constitutionnel, teniendo en cuenta el preámbulo de las Constituciones de 1946 y de 1958. Habermas coincidirá con estos criterios de diferenciación, y también con la existencia de elementos comunes, en un razonamiento interesante que añade algún nuevo matiz «...sin lugar a dudas, americanos y franceses aluden en la misma medida a principios del Derecho Natural moderno... Pero precisamente estas Declaraciones tienen un sentido específicamente distinto, a pesar de su coincidencia material. Los colonos americanos quieren legitimar con el recurso a los derechos humanos su independencia del Imperio Británico; los franceses una subversión del Ancien Régime...»³².

Con estos matices que acabamos de señalar, y desde la dialéctica coincidencia-diferencia que hemos intentado esclarecer, para superar simplificaciones y reduccionismos en el origen histórico y en los fundamentos ideológicos de la Declaración de 1789, podemos abordar su estudio directo, las influencias intelectuales que contribuyen a su formación, su proceso de producción y consiguientemente las influencias más directas y más inmediatas y el análisis del texto y de su significado en la cultura jurídica y política.

Estamos ante fundamentos plurales y que arrancan en el tiempo desde muy atrás, probablemente a partir de la consolidación del Estado Absoluto en el siglo XVI y podemos estar de acuerdo, en esto sí, con Jellinek cuando en su contestación a Boutmy dice que «en la limitación de la arbitrariedad del Estado es donde residen todas las libertades y todos los derechos

31. En «Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano», edición de González Amuchastegui, ya citada p. 205.

32. Vid. el apartado «El Sentido de Declaración en las Declaraciones francesas y americanas de Derechos del Hombre» en el Capítulo 2.º. «Derecho Natural y Revolución» de «Teoría y Praxis. Estudios de Filosofía Social». Versión castellana revisada por Jacobo Muñoz. Tecnos. Madrid 1987, pp. 91 y 92.

de los pueblos modernos»³³, al menos en esta primera etapa que comentamos. Hoy tendría tanta importancia, a mi juicio, el problema en las relaciones entre particulares.

En mayor o menor medida las declaraciones inglesas, y sobre todo americanas, no sólo eran conocidas sino que tanto ellas mismas, como sus orígenes intelectuales influyeron en la Declaración de 1789, porque la ideología de los derechos humanos o de los derechos naturales era una forma de pensar común que se respiraba en el siglo XVIII, en las corrientes ilustradas de toda Europa y de América. Algunos autores como Locke, Pufendorf o Vattel y Tomasio, o Montesquieu, son compartidos por los constituyentes americanos y franceses mientras que otros, quizás la corriente que va de los libertinos a Voltaire, en esa línea que he llamado del humanismo laico, y también los fisiócratas y Rousseau tienen una influencia predominante en la Revolución Francesa, sin que eso suponga desconocimiento por los constituyentes americanos. En sentido inverso, y sin perjuicio de su importancia inicial para llamar la atención sobre los límites del poder, a finales del siglo XVI y en el siglo XVII, las corrientes vinculadas al pensamiento protestante, como Calvino, Beze, Hotmann, Duplessis-Mornay, Jurieu, Knox, Goodman, Buchanan, Roger Williams y los puritanos u otras sectas minoritarias tendrán más impacto en la revolución americana.

En ese sentido no es, a mi juicio, correcto el análisis de Doumergue, que mezcla a este pensamiento religioso con el iusnaturalismo racionalista y con Locke. Dirá «...Hemos contado la historia de dos teorías. Una dice que hay derechos naturales del hombre, que para asegurarlos, cuando el pueblo se constituye en Gobierno, realiza un contrato, situando esos derechos lejos del alcance de la autoridad, y que en el caso en que, a pesar de todo, esos derechos naturales, sagrados, imprescriptibles, sean violados, la resistencia es legítima...»³⁴.

Para él será esta teoría, y no la otra que atribuye a Hobbes y Rousseau, donde los derechos lo son sólo plenamente con el Derecho positivo, lo que estará en la base de 1789.

El iusnaturalismo racionalista, y el propio Locke, llevarán una contradicción interna en su pensamiento al afirmar, al tiempo, los derechos naturales e innatos y la necesidad del poder —a través del contrato— y de su Derecho para su eficacia social, aunque Locke reconozca el derecho de resistencia. La Declaración de 1789 heredará esa tradición, y la doctrina francesa durante todo el siglo XIX y hasta bien entrado el XX, no consideró en general a la Declaración como un texto jurídico. Sólo a partir de 1958, con la Constitución de la V República, el problema empezó a cambiar³⁵.

33. *Ob. cit.*, en nota 30, p. 164.

34. Vid. su artículo «Los orígenes históricos de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano» en la edición de González Amuchastegui, ya citada. «Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano», p. 222.

35. Vid. LUCHAIRE: «La Protection Constitutionnelle des Droits et des Libertés». Económica. París 1987. En España vid. el trabajo de LLAMAS, A.: «Los Principios fundamentales reconocidos en las Leyes de la República» en Revista de las Cortes Generales, n.º 15. Madrid 1988, pp. 59 a 111.

Todavía debemos referirnos a la influencia inmediata, a la de los redactores de la Declaración, que es plural y compleja, porque el texto, aunque del Preámbulo parezca deducirse otra cosa, se construye con muchas aportaciones distintas, y es expresión, por consiguiente, de muchas, y como veremos, incluso contradictorias posiciones doctrinales. El estudio de la producción normativa en julio y agosto de 1789, será por consiguiente imprescindible para no movernos sólo en conceptos generales. Aquí también una aportación que se presenta como universal, general y abstracta, simple Declaración de unos derechos innatos, es como aparece, en lo que será un paradigma que cierra la etapa inicial de la historia de esos derechos, más bien expresión de luchas, de propuestas opuestas, que vencen o son vencidas por los votos. Una discusión distinta y unas votaciones diferentes hubieran hecho que los derechos innatos, fueran otros, dentro claro está, de los límites de la idea de dignidad humana. Es una buena experiencia para disminuir la arrogancia de la razón, y para confirmar que la denominación de derechos racionales o morales está poco justificada³⁶. Muchas veces el grado de abstracción de esos estudios es más producto de una visión de conjunto que no desciende al análisis de los detalles, y que no parte de ellos para hacer la síntesis. Es una dignificación de la superficialidad camuflada de reducción racional. Hay que desconfiar siempre de una síntesis que no ha sido previamente un análisis, o dicho de otra manera, de una razón no fundada en la historia. Algunas afirmaciones tajantes, y cuanto más tajantes es más evidente, sólo tienen detrás el desconocimiento de los hechos.

III. LOS FUNDAMENTOS IDEOLÓGICOS MEDIATOS

Con las precisiones anteriores y siendo conscientes que no abarcamos todas las posibles aportaciones que concurren, vamos a estudiar en este apartado varios grupos de influencias que nos parecen las más importantes, para comprender la «Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen»: El iusnaturalismo racionalista, Locke, el humanismo laico desde los libertinos a Voltaire, la Enciclopedia y su entorno ilustrado, Montesquieu, los fisiócratas y Rousseau. En el ámbito de este artículo y de las posibilidades que encierra, se trata de una referencia sucinta que subraye los elementos de cada una de esas posiciones doctrinales que encontramos reflejados en el texto de la Declaración, y que suponen una influencia de las mismas. Con todas las mediaciones con que éstas se han producido no es fácil encontrarlas en estado puro, e incluso podemos señalar algunas contrapuestas. Un clima cultural genérico, racionalista, contractualista, iusnaturalista, individualista, y con un proceso de secularización avanzado, donde inciden estos autores es el medio del que se nutrirán los autores inmediatos de la Declaración.

36. Sin duda se responderá que los derechos de la Declaración son una concreción histórica y que mi observación no es objeción para los derechos racionales, aunque me resulta difícil aceptar que cualquier formulación de esos llamados derechos racionales o morales, no sea igualmente histórica, salvo que aceptemos que la formula un superhombre o un hércules, y aunque estimo personal e intelectualmente a quienes los defienden, no hasta el punto de pensar que se puedan situar en ese nivel.

Las influencias las podemos encontrar tanto en el fundamento de los Derechos, como en el papel que se reserva al Derecho positivo en este tema, y finalmente en su mismo contenido.

1. *El iusnaturalismo racionalista*

La importancia, en los siglos XVII y XVIII, del pensamiento iusnaturalista protestante aparece en el tema de los derechos en la fundamentación de los mismos, tanto desde la secularización de la dimensión moral de la persona humana, aunque no desaparezca en ellos una última referencia a Dios, como desde la consideración de los derechos como derechos innatos o naturales, como a través de la relación de su explicación contractualista del origen de la sociedad, con esos derechos. También se apuntan algunas influencias en el ámbito de los contenidos.

Así la idea de los «entia moralia» en Pufendorf, precedente de la moderna idea de los valores, como dice Fassó³⁷, supone un acentuación del humanismo antropocéntrico, y una separación de la Teología moral. Para él éstos son creación del hombre y los define como «...certains modes, que les être intelligents attachent aux choses naturelles ou aux mouvements physiques, en vue de diriger et de restreindre la liberté des actions volontaires de l'homme, pour mettre quelque ordre, quelque convenence et quelque bonté, dans la vie humaine...»³⁸. El individualismo y la secularización, condiciones necesarias para explicar la Declaración, arrancan de posiciones como ésta. La afirmación de la igualdad natural de todos los hombres que encontramos asimismo desde el artículo 1, y en la Declaración de independencia americana, es también central. El Capítulo II del Libro III del «Ius Naturae et gentium» que Pufendorf titula «De l'Obligation, on sont tous les hommes de se regarder les uns les autres comme naturellement égaux», contiene afirmaciones vinculadas a la idea de dignidad humana, como la de que «...chacun doit estimer et traiter les autres comme lui étant naturellement égaux», y de esa consideración de la igualdad natural deduce que «...sert encore à decouvrir de quelle manière on doit s'y prendre dans le règlement des droits entre plusieurs personnes, c'est de les traiter comme égales, et de n'ajuger rien à l'une plus qu'à l'autre, tant qu'aucune d'elles n'a point acquis le droit particulier qui lui donne quelque avantage...»³⁹. Y de esos principios deducía Pufendorf una concreción tan importante en el tema de los derechos humanos como el rechazo de las posiciones que defendían «...ces anciens grecs qui pretenaient qu'il y des hommes naturellement esclaves...»⁴⁰.

En una misma dimensión la distinción entre Derecho y Moral que encontramos en Tomasio, supone un límite a la acción del Estado y también un fundamento adecuado a los derechos del hombre. Por esa razón me parece conceptualmente confusa la terminología de los derechos mora-

37. Vid. «Storia della Filosofia del Diritto». Il Mulino. Bologna, 2.^a Ed. 1972. Tomo II, p. 175.

38. Vid. la traducción francesa de Barbeyrac «Le Droit de la Nature et des gens». Veuve de Pierre de Loup. Amsterdam, 5.^a Ed. 1734, Tomo I, p. 3.

39. Vid. en *Ob. cit.* Tomo I, pp. 357 a 363

40. *Ob. cit.*, p. 366.

les como un paso atrás que vuelve a la legalización de la moral propia de los momentos anteriores a la tesis de Tomasio, y cauce, sin duda no querido, de volver a un fundamentalismo ético, con vocación de positivación jurídica. Centrándonos en nuestro tema, la distinción de nuestro autor estará en el origen de la libertad de conciencia, puesto que supone salvar de la acción del Derecho todo el ámbito ético religioso. Como dice Battaglia «...nella formulazione empirica quasi naturalistica, negativa di Tomasio si asconde l'esigenza a fondare veri e propri diritti pubblici subiettivi, i cosiddetti diritti di libertà, il più alto patrimonio dell'anima moderna...»⁴¹. Es decir, con la libertad de conciencia, la libertad científica y de pensamiento, es uno de los tres grupos de derechos que encontramos en 1789.

Junto a estos conceptos generales, el iusnaturalismo racionalista incorporará a la cultura jurídica y política moderna, una contradicción que se arrastrará desde entonces en la historia de los derechos humanos, vinculada al contractualismo y a la dialéctica Derecho natural, Derecho positivo. Como veremos la Declaración de 1789 será un modelo de esas contradicciones.

El contractualismo, como explicación del paso del Estado de naturaleza al de sociedad es común en esta escuela⁴², y como consecuencia la dialéctica derechos naturales, los «iura connata», de que habla Tomasio, y derechos positivos. Los derechos del hombre participarán en este punto de vista de ambas condiciones, y de ahí deriva ya la contradicción que encontramos en la Declaración, entre su consideración de «derechos naturales» en el Preámbulo y en los artículos 2.º y 4.º, y la necesidad que ese mismo artículo 4.º establece de que los derechos se limiten por Ley, que es una norma del Derecho positivo.

En Burlamaqui, por ejemplo, se parte de la insuficiencia del Estado de Naturaleza en una argumentación común a una mayoría de autores de esta escuela.

«...Tels étaient les inconvenients qui accompagnaient l'état de Nature. La grande liberté et indépendance dont les hommes jouissaient, les jetaient dans un trouble perpetuel, la nécessité les a donc forcés à sortir de cette indépendance et à chercher un remède contre les maux qu'elles leur causait et c'est ce qu'ils ont rencontré dans l'établissement de la société civile et d'une souveraine autorité...»⁴³. Esta insuficiencia se plasma en nuestro supuesto en la de la libertad o los derechos naturales, y por consiguiente en la superioridad de la libertad civil. Y en este sentido Burlamaqui añadirá:

41. Vid. «Cristiano Tomasio. Filosofo e Giurista». Società Ed. del «Foro Italico». Roma 1936, reimpresión de Clueb. Bolonia 1982, p. 372.

42. Vid. en PUFENDORF: «Le Droit de la Nature et des gens», citado Libro II, Cap. II, pp. 168 y siguientes; Libro VII, Cap. I. Tomo II de la edición pp. 262 y ss. Asimismo en «Les Devoirs d'Homme et du Citoyen» traducción francesa de Barbeyrac. Edición de 1722, reimpresa en 1984 por el Centro de Filosofía Política y Jurídica de la Universidad de Caen. Tomo II. Libro II, Capítulo V, pp. 50 y ss. Asimismo BURLAMAQUI: «Principes du Droit Naturel». Barrillot et fils. Ginebra 1747. Capítulo IV, p. 47 y «Principes du Droit Politique». Barrillot et fils. Ginebra 1754. Capítulos II, III y IV, p. 6 a 25.

43. «Principes du Droit Politique», citada p. 11.

«...S'il est donc vrai que l'Etat Civil donne une nouvelle force aux Lois Naturelles, s'il est vrai que l'établissement d'un souverain dans la société pourvoit d'une manière plus efficace à leur observation, il faudra conclure que la liberté dont l'homme jouit dans cet état, est beaucoup plus parfaite, plus assurée et plus propre à prouver son bonheur, que celle dont il jouissait dans l'Etat de Nature...»⁴⁴. Es verdad que, en esos autores, el fin de la sociedad civil será, como en Locke, la defensa de la libertad natural, convertida por la existencia del poder soberano en libertad civil, y que en ese sentido aparece ya la idea de que esa libertad civil es un límite al poder⁴⁵, lo que se refleja, tanto en el Preámbulo como en el artículo 2.º de la Declaración, pero no cabe duda que esa influencia de los derechos naturales, aumentada más tarde por la influencia de Rousseau, estará en la base de ese debate permanente en la fundamentación de los derechos humanos, de su carácter previo o no, al Poder y al Derecho, es decir, de si podemos hablar con propiedad de derechos humanos antes de su incorporación al Derecho positivo.

Respecto al contenido en los tres grandes bloques de derechos que esa primera generación recoge, y también ese paradigma último de la misma que es el texto francés, en el iusnaturalismo racionalista propiamente encontramos rasgos de los derechos individuales, como la libertad de conciencia o de pensamiento, y de las garantías procesales, no tanto en Pufendorf como en Tomasio o en Burlamaqui. Ya hemos visto, con Battaglia, que de la distinción de Tomasio entre Derecho y Moral, arrancan derechos individuales a la conciencia y al pensamiento⁴⁶. En los «Principes du Droit Politique» del profesor de Ginebra se encuentra una defensa de la libertad científica y de opinión⁴⁷, aunque limitada en el marco, que aún no se discute, del despotismo ilustrado del Estado absoluto e igualmente de la libertad religiosa⁴⁸. En cuanto a las garantías procesales y de las penas en Tomasio, algunos escritos suyos tuvieron en su época una repercusión, similar a la que más tarde tuvieron los de Voltaire o de Beccaria⁴⁹. Se opuso a la tortura y defendió la reforma, frente al sistema penal de su tiempo, frente al proceso inquisitorio, y defendió el principio de publicidad y el de contradicción en los procesos⁵⁰. En cuanto a Burlamaqui, se

44. *Ob. cit.*, p. 14.

45. Burlamaqui afirmará que la libertad civil tiene ventajas de las que carece la libertad natural entre ellas: «...le droit d'exiger de son souverain qu'il use bien de son autorité et conformément aux vues pour lesquelles, elle lui a été confiée...» (p. 15).

46. Así «An haeresis sit crimen» y «De iure principis circa haereticos» (vid. las referencias en BATTAGLIA: «Cristiano Tomasio. Filosofo e Giurista» ya citado, p. 99).

47. «...L'avancement des Sciences, les progrès de la vérité demandent que l'on accorde une honnête liberté à tous ceux que s'y appliquent et que l'on ne condamne pas comme criminel un homme, par cela seul qu'il a sur certaines choses des idées différentes de celles qui sont reçues communément. Il y a plus: la différente manière de penser sur les mêmes sujets, la diversité d'idées et d'opinions, bien loin de traverser les progrès de la Vérité, lui est au contraire en elle-même avantageuse...». *Ob. cit.*, p. 137.

48. «...Le Souvenir ne saurait s'attribuer légitimement l'Empire sur les consciences, comme s'il était en son pouvoir d'imposer la nécessité de croire tel ou tel article en matière de Religion...». *Ob. cit.*, p. 142.

49. Vid. «De crimine magiae»; «De tortura e foris christianis proscibenda»; «De originibus processus inquisitorii contra sagas»; «An poenae viventium eos infamantes sint absurdae et abrogandae?».

50. «De origine processus inquisitorii» o «De vera origine natura progressum et interitu iudiciorum westphalicorum», en BATTAGLIA: *Ob. cit.*, p. 424.

ocupará también de la proporcionalidad e igualdad de la pena, aunque su preocupación será menor que la de Tomasio⁵¹.

La influencia de Wolff, 1679-1754, sobre la Enciclopedia, y su esfuerzo por construir a partir de una base psicológica las necesidades esenciales de todo ser humano, los derechos inherentes a la esencia humana (*angeborene Rechte, iura connata*), serán también interesantes como intento de establecer una teoría científica de los derechos. Esos derechos, para Wolff serán la igualdad ante la Ley, la libertad política, el derecho a la seguridad, el derecho de legítima defensa y el derecho a castigar, y supondrán además la norma básica material de su sistema, a partir de la cual se deduce, con una lógica silogística todo el Derecho. Su obra será conocida en Francia a través de Vattel y de Burlamaqui, y a través de Formey (1711-1797) un pastor reformado que traducirá, entre otras obras las «*Institutiones Iuris Naturae*» en 1758. En la Enciclopedia incidirá sobre todo en los temas que nos interesan a través de Boucher d'Argis y de Jaucourt que son los redactores de muchas de las voces políticas y jurídicas. Probablemente por el conocimiento directo de los redactores de la Declaración o por medio de la Enciclopedia, su influencia alcanzará al texto de 1789. No se puede olvidar tampoco la hostilidad que Voltaire tendrá por Wolff y que plasma en su carta a Maupertuis donde le llama «...charlatán germánico... que no ha tenido el honor de inventar esas necedades... introduce en Alemania todos los horrores de la escolástica y todas las absurdas ideas que Leibnitz ha alumbrado por vanidad y que los alemanes estudian porque son alemanes...»⁵².

El iusnaturalismo racionalista es una especie de cultura común y por eso, como ya hemos indicado, influye en el pensamiento de las colonias inglesas, en la independencia, en las primeras Declaraciones e incluso a lo largo del siglo XIX⁵³, y también es el precedente y supone la preparación del iluminismo jurídico, por lo que no se puede olvidar al señalar el am-

51. Vid. en «*Principes du Droit Politique*» citado tercera parte, cap. IV. «*Du pouvoir du souverain sur la vie et les biens de ses sujets...*», p. 147 y ss.

52. Vid. THOMANN, M.: «*Influence du Philosophe allemand Christian Wolff (1679-1754) sur l'Encyclopédie et la pensée politique et juridique du XVIIIème siècle français*», en *Archives de Philosophie du Droit*. Tomo XIII, Sirey, París, 1968, pp. 233 y ss., que hemos seguido en estos datos sobre Wolff. Del mismo autor en Tomo XIX, 1974, «*Histoire de l'idéologie juridique au XVIIème siècle ou le Droit prisonnier des mots*», pp. 127 y ss., y el Tomo XXIII, «*...Un Modèle de rationalité idéologique: le rationalisme des lumières*», pp. 131 y ss. El texto de Voltaire contra Wolff está recogido por Rials «*La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*», citada, p. 454 (traducción del autor). En la correspondencia de Voltaire hemos encontrado una carta dirigida a Wolff y muy laudatoria para él, lo que en su caso o en otro, probablemente en este último, pone de relieve una evidente simulación de Voltaire. Refiriéndose al primer volumen de la «*Philosophía Moralis sive ethica*», de Wolff le dirá «...Instruyes a todos los hombres, corrigiendo las costumbres de tu patria; apareces digno de Federico el Grande y tu libro es digno de ti. He leído la mayor parte y si esta obra pudiera añadir algo a la admiración que te tengo, te admiraría aún más. Te doy mil gracias como admirador de tu persona y de tus obras», VOLTAIRE: «*Correspondence*», III, Gallimard, París, 1975, pp. 271. Original latino. Traducción francesa en nota, p. 1.220 (traducción del autor).

53. Vid. WRIGHT: «*American interpretations of Natural Law*» citado, pp. 7, 44, 50, 51, 58, 60, 67, 89, 237 ó 281.

biente intelectual en que se inserta la Revolución Francesa y la Declaración 1789⁵⁴.

2. John Locke

Probablemente si tuviéramos que señalar la influencia intelectual más generalizada de un autor sobre las Declaraciones liberales de derechos, ésta sea la de Locke, y de ahí sin duda deriva también el intento de señalar influencias de unas —la americana— sobre otras —la francesa—, cuando en realidad lo que hay es una común paternidad genérica del autor inglés, que en alguno de los autores directos como Sièyes, Rabaut o Saint-Etienne, incluso Mirabeau, y desde luego en la mayoría de diputados de la Asamblea Nacional, aparece con frecuencia, igual que anteriormente en alguno de los Cahiers de Doleances como el del Tiers Etat de Nîmes o el de la nobleza de Rouen.

Uno de los recientes estudiosos de la Declaración, Stéphane Rials, lo sostiene reiteradamente en su trabajo «La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen»⁵⁵. En el umbral del mismo dirá que «l'économie de la Déclaration —comme sa dynamique— puisqu'il s'agit bien de cela ne sont pas celles du Contrat Social. Elles empreignent infiniment plus à Locke qu'à Jean Jacques, mais leur lockianisme très général est tel qu'un siècle de travail de la pensée Britannique à pu le modeler, singulièrement dans le climat français...»⁵⁶. Coincide con el punto de vista que aquí hemos venido sosteniendo: influencia lockiana difusa y general, mediada por todo un siglo transcurrido y por las influencias específicas del siglo de las luces en el pensamiento francés. También la reacción contra Locke de tradicionalistas y contrarrevolucionarios acusándole de la responsabilidad intelectual máxima en el derrumbamiento del antiguo régimen sería, a sensu contrario, una prueba de esa influencia. Es conocida la idea de De Maistre de que el desprecio de Locke es el principio de la sabiduría⁵⁷. Un contrarrevolucionario inglés, William Jones, expresará justamente esta idea en una obra de 1798 «A letter to the Church of England».

«...While the age abounds with affected declamations against human authority, there never was a time when men so meanly submitted their understandings to be led away by one another. It is an honour to submit our faculties to God who gave them, but it is base and servile to submit to the usurpations of man in things pertaining to God. And... I ask... whether

54. Vid. en este sentido las excelentes reflexiones de TARELLO: en «Storia della Cultura Giuridica Moderna. Vol. I. Assolutismo e Codificazione del Diritto», especialmente pp. 15 a 189. También el número monográfico de «Cahiers de Philosophie Politique et Juridique», n.º 11. Université de Caen, 1988. «Des Théories du Droit Naturel».

55. Hachette colección Pluriel, París, 1988.

56. *Ob. cit.*, pp. 13 y 14. Reiterará esta posición en otras partes de su estudio como en las pp. 115, 125, 160, 165, 166, 207, 249, 377, 383, 394, entre otras muchas. Asimismo lo reiterará en la introducción, al número de la Revista «Droits» dedicado a la «Déclaration de 1789» (Droits, P. U. F.: *Revue Française de Théorie Juridique*), París, octubre 1988, n.º 8, pp. 3 y ss. Matizando la influencia y señalando la necesaria complejidad de los precedentes históricos e incluso lo incierto de la paternidad lockiana, vid. DUNN, JOHN: «The Political Thought of John Locke», Cambridge University Press, 1969.

57. Vid. «Las Veladas de San Petesburgo», Espasa Calpe, Buenos Aires, 1946, y también «Consideraciones sobre Francia», Rialp, Madrid, 1955.

the doctrines of Mr. Locke, whom the world is gone after, will prepare any young man for preaching the doctrine of Jesus Christ, when he was the oracle to those who began and conducted the American Rebellion, which led to the French Revolution; which will lead (unless god in his mercy interfere) to the total overthrow of Religion and Government in this Kingdom, perhaps in the whole christian World: the prime favourite and grand instrument with that mischievous infidel Voltaire, who knew what he was about when he came forward to destroy Christianity as he had threatened, with Mr. Locke in his hand...»⁵⁸.

Algunas de las dimensiones que Locke, sobre todo, en su «Ensayo sobre el Gobierno Civil» fija definitivamente en la tradición del iusnaturalismo racionalista o que incorpora originalmente, serán aspectos que encontramos en el texto de la Declaración. Al menos podemos señalar las siguientes:

a) *Conocimiento de los derechos naturales*

Locke afirma la posibilidad de conocer esos derechos naturales a través de la razón a partir de la experiencia sensible. Como dice «...la Ley Natural es clara e inteligible para todas las criaturas racionales...»⁵⁹. La razón como orden en los hechos coincidirá con la referida ley natural porque «enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla, que siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones...»⁶⁰. Polin en su obra «La politique Morale de John Locke», afirmará en ese mismo sentido, con carácter general:

«...Le comun, la vérité initiale que toute connaissance présuppose est fourni par l'expérience sensible et pleine de sens que découvre la lumière de la raison et dont elle assemble les objets conformément à l'ordre naturel qu'elle révèle. Ce qu'il y a d'essentiel dans la raison, c'est d'une part, l'ordre dans l'argumentation, et, d'autre part, l'ordre constaté entre les choses. La raison ne prouve ni ne découvre les donnés unitiaux: c'est elle qui ordonne, notre connaissance à partir d'eux...»⁶¹.

Esa mentalidad frente a la posición negativa de Hobbes por una parte, y a la positiva y optimista del iusnaturalismo que afirma la posibilidad de deducir lógicamente de una norma básica natural hasta las últimas conclusiones, será la que expresen los constituyentes, sobre todo en el Preámbulo de la Declaración.

b) *Antropocentrismo*

En Locke se encuentra una idea de la naturaleza humana desvinculada del orden divino, que configura un tratamiento antropocéntrico y seculari-

58. Citado por STEVENS, WILLIAM: «Life of the Rev William Jones, The Theological Philosophical and Miscellaneous Works of Rev. William Jones» (Londres, vol. I, 1801).

59. «Ensayo sobre el Gobierno civil», cap. IX, art. 124, Edición Castellana Amando Lázaro Ros, con introducción de Luis Rodríguez Aranda, Aguilar, Madrid, 1969, p. 94.

60. «Ensayo sobre el Gobierno Civil», *Ob. cit.*, cap. II, art. 6, p. 6.

61. Presses Universitaires de France, París, 1960, p. 116. Vid. también en ese sentido EUCHNER, WALTER: «Natturrecht und Politik bei John Locke». Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt am Main, 1969 consultada en versión italiana. «La Filosofia politica di Locke», Laterza, Bari, 1976.

zando del tema de los derechos. Aunque no hay en su obra una doctrina de la naturaleza humana expresamente estudiada, los temas que le preocupan, la libertad, la igualdad, la razón, que permite al hombre ordenar sus actos de acuerdo con su naturaleza, suponen una idea normativa de ésta, como sostiene Polin⁶². La Ley natural otorga al hombre el poder ser razonable y sociable, pero esa naturaleza normativa supone que no estamos ante un dato sino ante un quehacer, ante una posibilidad que la razón permite llevar a cabo.

Frente a las concepciones metafísicas del siglo XVII en ese propio siglo «...sans recourir ni à la Bible ni à Dieu, Locke pose les premiers jalons d'une science positive de la nature humaine...»⁶³. Ya no será necesario apelar a Dios para explicar al hombre. Se pasará de la referencia teológica, del enraizamiento de la naturaleza en las verdades eternas, a buscarla en la cultura y en la historia.

Su influencia, directa, o a través de Voltaire de Vauvenargues, de Hume o de Condillac, alentarán una idea secularizada de la naturaleza humana que será autónomamente el punto de referencia de los valores que inspirarán la Declaración.

c) *Contractualismo y legalidad*

Quizás la influencia más directa de Locke se encuentre en la fundamentación contractualista de la Declaración, concretada con la idea de que la meta de la asociación política surgida del Contrato es «...la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre...» (art. 2.º), y que estos derechos son el límite de los actos del poder legislativo y del ejecutivo (Preámbulo). Todo el «Ensayo sobre el gobierno civil» pretende justificar el paso del Estado de Naturaleza al de Sociedad, por un convenio para «...juntarse e integrarse en una comunidad destinada a permitirles una vida cómoda, segura y pacífica de unos con otros, en el disfrute tranquilo de sus bienes propios, y una salvaguardia mayor contra cualquiera que no pertenezca a esa comunidad...»⁶⁴, es decir, para «...salvaguardarse mejor en sus personas, libertad y propiedades...»⁶⁵. Este objeto del contrato será al mismo tiempo el límite de la acción del poder que se instituye y se justifica por ese pacto. Por eso la obediencia es consecuencia del cumplimiento del pacto. De él, junto al deber de Gobierno, cumplir los fines del contrato, surge el deber de obediencia que pierde justificación cuando los gobernantes infringen ese deber de gobierno: «...Siempre que los legisladores intentan arrebatar o suprimir la propiedad del pueblo, o reducir a los miembros de éste a la esclavitud de un poder arbitrario se colocan en estado de guerra con el pueblo, y éste queda libre de seguir obedeciéndole, no quedándole entonces a este pueblo sino el recurso

62. *Ob. cit.*, p. 23.

63. GOYARD FABRE, SIMONE: «La Philosophie des Lumières en France», *cit.*, p. 185.

64. Cap. VIII, «Del comienzo de las sociedades políticas», art. 95 (edición citada, p. 73). La justificación de las razones del contrato se encuentran en cap. IX «De las finalidades de la Sociedad Política y del Gobierno», art. 123 (p. 93).

65. *Ob. cit.*, p. 96.

común que Dios otorgó a todos los hombres contra la fuerza y la violencia...»⁶⁶. Hablará directamente de derecho a la resistencia como consecuencia de la quiebra del deber de obediencia ante la desviación del deber de Gobierno, y vincula a este deber con el gobierno de las leyes.

«...Allí donde acaba la Ley empieza la tiranía, si se falta a la Ley en daño de otro. Quien ejerciendo autoridad se excede del poder que le fue otorgado por la Ley, y se sirve de la fuerza que tiene al mando suyo para cargar sobre sus súbditos obligaciones que la ley no establece, deja por ello mismo de ser un magistrado y se le puede ofrecer resistencia lo mismo que a cualquiera que atropella por la fuerza el derecho de otro...»⁶⁷.

La idea del gobierno de las leyes deriva también del contrato, y es como la forma propia de desarrollar la acción del poder político en la sociedad que Locke concibe, y además como la forma más adecuada para hacer en la sociedad posible la libertad natural.

«...Por esa razón quien tiene en sus manos el poder legislativo o supremo de un Estado, hállase en la obligación de gobernar mediante leyes fijas y establecidas, promulgadas y conocidas por el pueblo...»⁶⁸. Esas leyes, en todos los ámbitos regidos por una normatividad y también en la sociedad regida por el Derecho, son imprescindibles para la libertad del hombre».

«...La finalidad de la Ley no es suprimir o restringir la libertad, sino todo lo contrario, protegerla y ampliarla... De lo que se trata es de que cada cual tenga libertad para disponer como bien le parezca, de su persona, de sus actos, de sus bienes y de todo cuanto le pertenece, sometiéndose a lo que ordenan las leyes, bajo las cuales vive, para no verse sometido de ese modo a la voluntad arbitraria de otro, y poder seguir libremente la suya propia...»⁶⁹.

La obediencia está condicionada a que los gobernantes actúen de acuerdo con el deber de gobierno que se concreta por medio de la Ley, cauce para la libertad. La resistencia es la otra cara del deber de obediencia cuando el gobernante incumple, como hemos visto, su compromiso en el pacto. Este núcleo del pensamiento lockiano está recogida en la Declaración, vinculado a la idea ya señalada de la meta de la asociación política, aunque por supuesto, mediado por el siglo de distancia que existe entre su obra y el acontecimiento de la Revolución de 1789, y por otras aportaciones doctrinales, que inciden especialmente en el papel central de la idea de Ley en la Declaración, como las de Montesquieu o Rousseau.

La vinculación de la Ley con la libertad y con sus límites (arts. 4.º y 5.º) y la idea de la Ley como garantía ante la detención, acusación y encarcelamiento (arts. 7.º y 9.º), como condición para la pena (principio de la legalidad, art. 8), como concreción del orden público y límite de los derechos (arts. 10 y 11), y por fin, como garantía de la propiedad (art. 17), son de ese «rule of Law» que Locke subraya. Concretamente el último inciso

66. *Ob. cit.*, p. 167.

67. *Ob. cit.*, p. 154.

68. *Ob. cit.*, p. 96.

69. *Ob. cit.*, p. 43.

del artículo 5.º, como vinculación de la obediencia a la Ley y como razón de la resistencia, es uno de los signos más aparentes de esa influencia: «... Todo lo que no es prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena...», sin olvidar que la resistencia a la opresión se configura como un derecho natural e imprescriptible del hombre (art. 2).

d) *Libertad, igualdad y propiedad*

Si entramos en el contenido de los derechos, y dejando aparte el tema de la resistencia a la opresión⁷⁰, las ideas del artículo primero, «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos», y del artículo segundo al considerar entre los derechos naturales a la libertad y a la propiedad, desarrollados después en el artículo 4.º y 17.º, respectivamente, son originariamente lockianos. Por otra parte, el concepto de seguridad que se configura también como un derecho natural en ese artículo segundo de la Declaración, es el fin primordial del contrato en el pensamiento del autor del «Ensayo sobre el Gobierno Civil». En el Capítulo I «Del Estado Natural» parte Locke de la idea de que los hombres son libres e iguales en derechos⁷¹ y ésa es una idea que encontramos en otras partes de su obra como un argumento central para explicar el sentido del Contrato en la sociedad política, como «mutua salvaguardia de sus vidas, libertades y tierras» con el «único objeto de conseguir la paz, la seguridad y el bien de la población...»⁷².

En cuanto a la propiedad, aunque no es única, puesto que la de los fisiócratas, más cercana en el tiempo, debe ser muy tenida en cuenta, también la influencia de Locke es destacada. El capítulo V del «Ensayo sobre el Gobierno Civil» se ocupa de la propiedad, con una argumentación que la funda inicialmente en el trabajo, pero que «...el crecimiento de la población y de los recursos, mediante el empleo del dinero hicieron que la tierra escasease y adquiriese cierto valor» y, consiguientemente que se regulase por medio de leyes, ya en el estado de sociedad, las propiedades de los individuos... Así fue cómo el acuerdo y consenso mutuos establecieron definitivamente la propiedad que el trabajo y la industrioidad ha-

70. En la evolución histórica de los derechos humanos, con el proceso de positivación se ha ido produciendo, por un lado una institucionalización de la resistencia a través de algunos derechos, como la libertad de expresión y de prensa, el derecho de reunión o de manifestación o el derecho a la jurisdicción (por ejemplo en España a través del instrumento del amparo) y también a través del reconocimiento jurídico de algunas posiciones de disidencia como la objeción de conciencia. También se puede decir que incluso en dimensiones menos estrictamente jurídicas se ha pasado de ese derecho de resistencia a la idea más moderna, y también más integrada en el sistema de la desobediencia civil.

71. Obra citada p. 5. Esta idea de la libertad y de la igualdad se repite en otras partes de la obra. Así en el Capítulo VII «De la sociedad política o civil» artículo 87 (pp. 63 y 64), en el Capítulo VIII «Del comienzo de las sociedades políticas» artículo 95 (p. 73) o en el Capítulo IX «De las Finalidades de la Sociedad política y del Gobierno» artículo 123 (p. 93) y 131 (p. 96).

72. Capítulo IX art. 123 (p. 93) y 131 (p. 97). Vid. igualmente la idea en el Capítulo XI «Del Alcance del Poder Legislativo» de que es «la alta finalidad de los hombres al entrar en sociedad el disfrute de sus propiedades en paz y seguridad» (p. 100).

bían iniciado...⁷³. No es la propiedad un derecho natural sino civil, y serán los fisiócratas los que aporten la justificación vinculándole como el derecho principal y casi único del estado de Naturaleza, aunque si en Locke existe el derecho natural a defender la propiedad..., es decir, «su vida, su libertad y sus bienes...»⁷⁴.

Finalmente también de Locke se desprenderá, igual que hemos visto con el iusnaturalismo racionalista, esa ambigüedad de unos derechos naturales que sin embargo necesitan del poder en la sociedad civil para ser eficaces, vinculando, como hemos visto, esa libertad a la Ley que aprueba el poder legislativo a través del juego del principio de las mayorías, como procedimiento para fijar la voluntad jurídica, aunque con el límite de esos derechos naturales⁷⁵. En esa tensión moralidad positividad se moverán desde entonces los derechos naturales que no lo son plenamente si no se positivizan, y a esa problemática paradójica responderá también el artículo 16 de la Declaración: «...Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución».

Rials expresará toda la influencia de Locke, con los matices que hemos querido introducir de una manera muy certera.

«...La tétralogie lockienne Liberté-Propriété-Résistance à l'oppression se retrouve au coeur de la Déclaration dont la dynamique d'ensemble n'est pas étragère pas ailleurs à celle de la démarche de Locke. Cela ne permet pas d'affirmer que la Déclaration ait été subjectivement lockienne, mais invite à s'interroger sur les vicissitudes de sa rédaction qui rendent compte, en dépit de la variété des convictions des constituants, de la fécondité d'une grille de lecture lockienne...»⁷⁶.

3. *El humanismo laico y la Enciclopedia*

Como ya hemos dicho, una de las influencias más claras de los elementos diferenciadores de la Declaración francesa sea ésta, que arranca de una corriente despojada del modelo ético, católico medieval, y que identificamos como la ética de la libertad, la ética de un humanismo laico que empieza a formarse, a partir de Erasmo, de Montaigne o de Charron, que se apoya también en todos los heterodoxos religiosos, que comienzan por criticar a las Iglesias y acaban criticando a las mismas raíces de la fe. Desde los libertinos del XVII como Naudél. La Mothe Le Vayer, Ninon

73. Obra citada pp. 35 y 36. De esta manera justifica Locke lo que al principio del Capítulo V pretendía: «...trataré de demostrar de qué manera pueden los hombres tener acceso a la propiedad en varias parcelas de lo que Dios entregó en común al género humano y eso sin necesidad de que exista un acuerdo expreso de todos cuantos concurren a esa posesión común...» (p. 22).

74. *Ob. cit.*, p. 64. Vid. PHERSON, MAC: «The political theory of Possesive individualism». Oxford. University Press 1962.

75. «...La libertad del hombre en sociedad consiste en no estar sometido a otro poder legislativo que al que se establece por consentimiento dentro del Estado, ni al dominio de voluntad alguna, ni a las limitaciones de Ley alguna, fuera de las que ese poder legislativo dicte de acuerdo con la comisión que le ha sido confiada...» (p. 19).

76. En su trabajo «La Déclaration de 1789» en «Droits», ya citado p. 16.

de Lenclos, Gassendi o Saint Evremond⁷⁷, a Voltaire y a los autores de la Enciclopedia pasando por Bayle o por Fontenelle, el escepticismo, la sátira y el epicureísmo expresarán la identidad de ese pensamiento, que contribuye a descargar a los derechos del hombre de 1789, de muchas connotaciones religiosas que se conservaron y que influyeron en los textos americanos. No se puede olvidar tampoco la influencia de Spinoza, a través del «Tratado Teológico-Político», a partir de 1670, con sus ideas heterodoxas, sobre la tolerancia y el régimen de libertad, la defensa de un régimen político basado en la razón, la historia crítica de los textos del antiguo testamento, la crítica de las supersticiones y de los prejuicios, la independencia de la filosofía respecto de la teología, y la imposibilidad de proporcionar a la religión un fundamento natural⁷⁸. Tierno Galván en la introducción a su traducción del «Tratado Teológico-Político» y del «Tratado Político», afirmará en este sentido, que frente a Hobbes «...da que pensar que... Spinoza haya sido fuente de pensamientos rebeldes e innovadores...»⁷⁹.

La libertad de conciencia, de pensamiento y de expresión, además de ese escepticismo genérico ya señalado, en materia religiosa, compatible con una defensa encendida de las prescripciones de la razón en la vida social y del individualismo, deberán mucho al filósofo de Amsterdam⁸⁰. No encontramos entre las fuentes de los derechos humanos en Inglaterra ni en América, esta corriente socavadora de las raíces religiosas, antiaristotélica y antiescolástica, escéptica sobre la razón divina, pero usando la razón natural como sustitución y como arma crítica, epicúrea y preocupada por la autonomía de la ciencia, defensora de la libertad, o al menos no de una manera significativa⁸¹.

Una expresión, deliciosa de leer, de esos libertinos será un opúsculo de Saint Evremond, que anuncia ya a Voltaire «Conversation du Marechal de Hoquincourt avec le père Canaye»⁸², pero serán sobre todo Bayle y Fontenelle los autores que prepararán más directamente el espíritu de las

77. Vid HAZARD, P. en su obra fundamental: «La Crise de la Conscience Européenne». Gallimard. París, 1975. Edición castellana «La Crisis de la Conciencia Europea». Pegaso 3.ª Edición. Madrid, 1975.

78. Vid FABRE, G.: «La Philosophie des Lumières en France» citada p. 49. También para la influencia intelectual del escepticismo en general en toda esa época, vid. el interesante estudio de POPKIN, R. H.: «The history of scenticism from Erasmus to Spinoza». University of California Press. Berkeley, 1979. (Versión castellana de Juan José Utrilla. F.C.E. México, 1983).

79. Tecnos. Madrid, 1966 p. XXI. Hay otra edición castellana posterior del Tratado Teológico Político, íntegra, precedida de la Etica en Porrúa. México 1977, que es completa y más cuidada.

80. Vid. especialmente los Capítulos XVI a XX del Tratado Teológico político en la edición de Porrúa. Además del último capítulo donde se fundamenta la libertad de pensar y expresar libremente el pensamiento, en el capítulo XVI afirmará su fe en la razón. «...La República más libre es aquella cuyas leyes se fundan en la sana razón, porque cada cual puede leer en ella, ser libre, es decir, seguir en su conducta las leyes de la equidad...» (p. 361). Mientras en el capítulo XVII un texto, entre otros muchos, expresará su individualismo: «...La naturaleza no crea naciones, sino individuos, que sólo se distinguen en las diferentes naciones por el lenguaje, las leyes y las costumbres...» (p. 377).

81. No podemos olvidar en Inglaterra a John Tolland y a Arthur Collins que estarán a caballo entre los siglos XVII y XVIII, en esta misma línea, pero que no influyeron en la cultura jurídica anglosajona, ni desde luego más concretamente en el tema de los derechos humanos.

82. Vid. una selección en «Extraits des Philosophes du XVIII Siècle». Classiques Hachette. París, 1933 pp. 34 a 40.

Luces y la obra de Voltaire y la Enciclopedia. Influido por Spinoza y por Malebranche, pasando del protestantismo al catolicismo, para volver a la religión reformada, Bayle es un heterodoxo religioso, que tiene que exiliarse a los Países Bajos, y que emprenderá una polémica contra la Iglesia Católica con una crítica muy radical de su fe. Socavará los argumentos de autoridad con una forma de razonar, que le llevará a la tolerancia y a una idea del conocimiento relativo e histórico que supone la decadencia de lo absoluto, una filosofía que, como señala Gayard Fabre: «...se detournant de la pure spéculation, s'applique à la réalité et tout particulièrement à la réalité humaine; qui, donc, laissant le ciel des essences explore le monde des existences...»⁸³. Un Fontenelle, científico, escéptico ante todo lo que es tradicional, y defensor del progreso, relativista, descubridor de la dimensión histórica, tan importante para comprender los derechos humanos, inicia con «L'histoire des Oracles», lo que Benichou llama «la demolición del héroe», en su crítica al cristianismo⁸⁴. El proceso de desmitificación que conducirá al descubrimiento de la subjetividad y a los derechos humanos con base secularizada, tendrá en el Señor de Fontenelle un perfil, que con Bayle, nos conduce a Voltaire.

Voltaire, será un relativista, crítico, defensor de la tolerancia y de la libertad de pensamiento, influido por las instituciones británicas, y por su cultura, con una fina ironía que se plasma en sus cuentos como *Candide* o *Zadig*, pero será también un hombre comprometido, lo que hoy llamaríamos un militante por los derechos humanos. Su influencia en el impulso de las garantías procesales fue decisiva a través de las campañas para rehabilitar a Jean Calas, calvinista acusado de matar a su hijo Marco Antonio para evitar que se convirtiera al catolicismo, a los Sirven, también protestantes en Castres, acusados de asesinar a su hija arrojándola a un pozo, o al Caballero de la Barre, de mutilar un crucifijo y ejecutado entre horribles tormentos⁸⁵. «El Diccionario Filosófico», «Las Cartas Filosóficas», «El Tratado sobre la Tolerancia», «El Comentario sobre el libro «De los Delitos y de las Penas», «Las Cartas sobre Rabelais y otros autores acusados de haber hablado mal de la Religión cristiana» o «Las ideas republicanas»⁸⁶ serán entre otros trabajos, especialmente sus Cuentos, el depósito intelectual con que Voltaire contribuirá al modelo francés de derechos humanos. Incluso cuando Voltaire defiende la tolerancia, como cuando lo hacen otros autores, como Vauvenargues, Diderot o D'Alambert, lo hacen

83. Vid. «La Philosophie des Lumières en France» citada p. 62. Vid. también mi trabajo «Notas para la Filosofía de la Tolerancia en Francia en los siglos XVI y XVII» en «Escritos sobre Derechos Fundamentales». Eudema. Madrid, 1988, pp. 119 a 151. Igualmente, con discrepancias sobre el escepticismo de Bayle vid. RODRÍGUEZ PANIAGUA: «Las doctrinas sobre la tolerancia religiosa a fines del siglo XVII y la distinción entre Moral y Derecho a principios del XVIII». Anuario de Derechos Humanos n. 4, pp. 359 a 378.

84. Citada por FABRE, G.: en «La Philosophie des Lumières en France» citada p. 69.

85. Al final de su vida, y parece un símbolo de su vinculación con la Declaración de 1789, conseguirá la rehabilitación de Lally-Tolendal, que como diputado de la Asamblea Nacional, contribuirá a la redacción del texto.

86. Vid. todos esos trabajos en el Volumen «Mélanges» de sus obras completas publicadas en NRF La Pléiade. Ed. Gallimard. París, 1961. Sobre Voltaire vid. el reciente ensayo de Ayer, publicado originalmente por Werdenfeld y Nicholson. Londres, 1986, con traducción castellana de Miguel Candel. Crítica. Barcelona 1988.

con un talante no religioso, aunque Voltaire rechace teóricamente al ateísmo en sus reflexiones sobre el pensamiento de Spinoza⁸⁷. No se sitúa desde una secta o en una Iglesia minoritaria, no es un punto de vista interno sino externo, preocupado, porque no se fuerce la conciencia, por la primacía de la razón. Piensa en filósofo y no en cristiano, y esa ruptura es uno de los signos del humanismo laico de la Ilustración⁸⁸, mientras que los padres fundadores americanos, los autores de sus Declaraciones de derechos, no practicaban esa distinción. Cuando Helvetius, por ejemplo, defiende un naturalismo y un sensualismo o cuando La Methrie aparece como anticristiano, que propugna una ética hedonista, o cuando Diderot afirma que es el colmo de la locura proponer la ruina de las pasiones, están apuntando un mundo de sentimientos que es contradictorio con el racionalismo, y que anuncia el romanticismo, pero están, al mismo tiempo, rompiendo unas amarras con la civilización católica que Voltaire también expresa, y que se extiende como un ideario común en la Francia del siglo XVIII.

La Enciclopedia, como intento de resumir y vulgarizar todo el conocimiento de su tiempo, incorporará también este espíritu, como se desprende del discurso preliminar de D'Alambert, y como señalan Soriano y Porras en su estudio introductorio a los «Artículos Políticos de la Enciclopedia»⁸⁹. En artículos como Autoridad política⁹⁰, Democracia⁹¹, Estado de Naturaleza⁹²,

87. «L'athéisme ne peut faire aucun bien à la morale, et peut lui faire beaucoup de mal», en la «Lettre sur Spinoza» en el trabajo «Lettres a Mgr. le Prince de... sur Rabelais et sur d'autres auteurs accusés d'avoir mal parlé de la religion chrétienne». Edición citada p. 1275. La misma argumentación en sus «Homélies prononcées à Londres en 1765 dans une Assemblée particulière». Première Homélie. Sur l'Atheisme».

88. Este distanciamiento lo encontramos, por ejemplo, en las «Lettres Philosophiques», en la 25, «Sur les pensées de M. Pascal», cuando dice frente a la afirmación de éste de que «Les défauts de Montaigne sont grands» que «Montaigne parle en philosophe non en chrétien» (p. 122). También en las «Idées républicaines par un membre d'un corps» cuando dice «...Le plus absurde des despotismes, le plus humiliant pour la nature humaine, le plus contradictoire, le plus funeste est celui des prêtres; et de tous les empires sacerdotaux le plus criminel est sans contredit celui des prêtres; de la religion chrétienne» (p. 504).

89. Tecnos. Madrid, 1986, pp. XV y ss.

90. «Ningún hombre ha recibido de la naturaleza el derecho de mandar sobre los otros. La libertad es un regalo del cielo, y cada individuo de la misma especie tiene el derecho de gozar de ella de la misma manera que goza de la razón... El poder que viene del consentimiento de los pueblos supone necesariamente condiciones que hagan legítimo su ejercicio, útil a la sociedad, beneficioso para la república y que lo concreten y reduzcan a determinados límites...» (pp. 6 y 7).

91. «Las leyes que establecen el derecho de sufragio son, por tanto, fundamentales en este gobierno... Es finalmente una ley de la Democracia que el pueblo sea legislador...» (pp. 25 y 27).

92. «Este estado de naturaleza es un estado de completa libertad, un estado en el que, sin dependencias respecto a la voluntad de nadie, los hombres, pueden hacer lo que les plazca, disponer de ellos y de sus posesiones como juzguen conveniente, siempre que se atenga a los límites de la Ley Natural. Este estado es también un estado de igualdad, de forma que todo poder y jurisdicción son recíprocos, pues es evidente que seres de una misma especie y de un mismo orden, que participan de los mismos beneficios de la naturaleza y que poseen las mismas facultades, deben también ser iguales, sin ninguna subordinación; este estado de igualdad es el fundamento de los deberes de la humanidad...» (p. 54).

Filósofo⁹³, Gobierno⁹⁴, Ley⁹⁵, Libertad Natural⁹⁶, Libertad⁹⁷, Libertad política⁹⁸, Poder⁹⁹, Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial (Gobierno Político)¹⁰⁰, Prensa¹⁰¹, Representantes¹⁰², aparecen ideas que encontraremos en el Preámbulo y en el articulado de la Declaración, por ejemplo en los artículos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, decimoprimer o decimosexto, y de manera más difusa en todo el resto. A su vez en estas voces, la influencia de Locke, de Voltaire, de Montesquieu y naturalmente de sus propios autores más estables como Diderot y Jacourt, es evidente, pero me parece que el esfuerzo de todos los que colaboraron fue más que expresar planteamientos muy originales recoger el humus común de la cultura de su tiempo, en este caso de la jurídico política. Incluso Rousseau colaboró, aunque su pensamiento no se reflejó sino en la voz «Economía Política» que él redactó, mientras que otros temas, como por ejemplo el

93. «...Otros en quienes la libertad de pensar se ha posesionado del razonamiento, son contemplados como los únicos verdaderos filósofos, porque se han atrevido a traspasar los límites sagrados de la religión, y han roto las trabas en que la fe encerraba a la razón. Confiados en estar libres de los prejuicios de la educación en materia religiosa, miran con desprecio a los demás como a almas despreciables, naturalezas serviles, espíritus pusilánimes, que se aterran de las consecuencias que entraña la religión y que no atreviéndose ni un instante a salir del círculo de las verdades establecidas, ni a caminar por nuevas rutas, se adormecen bajo el yugo de la superstición...» (pp. 59 y 60).

94. «...Todo poder soberano legítimo debe emanar del consentimiento libre de los pueblos...» (p. 70) «...la libertad es al cuerpo del Estado lo que la salud es a cada individuo, sin la salud el hombre no puede disfrutar satisfactoriamente; sin la libertad, la felicidad es desterrada de los Estados. Un gobernante patriota verá, pues, que el derecho de defender y mantener la libertad es el más sagrado de sus deberes...» (p. 77).

95. «...Los que tienen bajo su control las leyes para gobernar a los pueblos deben a su vez dejarse gobernar por las propias leyes. Debe ser la Ley y no el hombre quien reine... Las leyes serán tanto más preciosas para el pueblo si los contempla como una barrera contra el despotismo y como salvaguarda de una justa libertad...» (pp. 89 y 90).

96. «...Derecho que la naturaleza otorga a todos los hombres para disponer de sus personas y bienes de la forma que consideren más conveniente para su bienestar bajo la restricción de que lo hagan en los términos de la ley natural y de que no abusen de ella en perjuicio de los demás...» (p. 117).

97. «...Es la libertad natural, despojada de la parte que constituía la independencia de los particulares y la comunidad de bienes para vivir bajo leyes que proporcionan la seguridad y la propiedad. Esta libertad civil consiste, al mismo tiempo, en no poder ser obligado a hacer una cosa que la ley no ordena... Pero la libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten...» (pp. 118 y 119).

98. «...La libertad política del ciudadano es esa tranquilidad de espíritu que procede de la opinión que cada cual tiene de su propia seguridad y para disponer de esa seguridad es necesario que el gobierno sea de tal manera que un ciudadano no pueda temer de otro...» (p. 120).

99. «...El fundamento del poder es el consentimiento de los hombres reunidos en sociedad. El que se establece sólo por la fuerza no puede subsistir más que por la fuerza; ésta no puede nunca legitimarlo y los pueblos conservan siempre el derecho de reclamar en su contra...» (p. 144).

100. «...La libertad debe extenderse a todos los particulares puesto que disfrutan por igual de la misma naturaleza...» (p. 146).

101. Se cuestiona si la libertad de prensa es positiva o perjudicial para un Estado... Es de la mayor importancia conservar este uso en todos los Estados basados en la libertad: es más, los inconvenientes de esta libertad son tan poco relevantes en relación con sus ventajas, que debería ser el derecho común del universo y es adecuado autorizarla a todos los Estados... (p. 156).

102. «...Los representantes de una nación son ciudadanos elegidos que en un gobierno moderado son encargados por la sociedad de hablar en su nombre, defender sus intereses, impedir que se les oprima y colaborar en la administración...» (p. 172) «...Los gobiernos... basados inicialmente en la fuerza, no pueden mantenerse, sin embargo, sino a través de leyes justas que aseguren las propiedades y los derechos de cada ciudadano, y que lo protejan de la opresión...» (p. 178) «...Para mantener la armonía que debe siempre existir entre los soberanos y sus pueblos, para poner a unos y a otros a cubierto de los atentados de los malos ciudadanos, nada sería más conveniente que una Constitución que permitiera a cada sector de ciudadanos hacerse representar, hablar en las asambleas, cuyo objeto es el bien general...» (p. 180).

dedicado a la representación, se situaban en las antípodas de sus puntos de vista¹⁰³.

Es interesante también ver cómo tanto Hobbes como Spinoza son criticados en la voz «Derecho Natural o Derecho de la Naturaleza», por su «...pernicioso sistema... cuyos errores se perciben fácilmente...»¹⁰⁴, mientras que son alabados Pufendorf, Barbeyrac y Burlamaqui, lo que confirma la idea de la importancia del iusnaturalismo racionalista ya señalado.

Es indudable que los redactores de los Cahiers de doléances y de las propuestas de declaraciones de derechos que se discutieron en la Asamblea en 1789, y los redactores del texto, conocieron la Enciclopedia, probablemente incluso algunos como fuente principal de sus conocimientos.

Diderot será quizás la expresión individual más representativa del espíritu de la Enciclopedia, aunque su obra trascienda las dimensiones de aquel momento con las publicaciones posteriores a su muerte, de obras como «La religieuse», «Jacques le fataliste et son maître», «Le Neveu de Rameau» o «Entretien entre D'Alambert et Diderot»¹⁰⁵. Participa por su relación con Catalina II, a la que ayuda en su afán renovador, en aquel espíritu del despotismo ilustrado que la Zarina plasmará en unas instrucciones, un memorándum que incorporaba todos los principios de las futuras reformas legislativas. Sin embargo, cuando Diderot conoce el «Nakaz», reflejo de las contradicciones del despotismo ilustrado, que aunque se moderniza con la filosofía de la Ilustración sigue siendo expresión de un monarca absoluto, será tajante en su crítica.

«...Il n'y a point de vrai Souverain que la Nation il ne peut y avoir de vrai législateur que le peuple; il les respectera, il y obeira, il les défendra comme son propre ouvrage, s'il en est lui même l'auteur»¹⁰⁶. Quizás este cambio en la postura de Diderot sea también expresivo de las dos caras de la Enciclopedia que se concibió para contribuir a reformar la monarquía francesa, en sus voces políticas y jurídicas, y que acabó contribuyendo a la Revolución y, en lo que nos importa aquí, a nutrir la ideología que está en el origen de la «Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen».

4. Montesquieu

La compleja interpretación de la obra de Montesquieu escapa de la intención de este estudio¹⁰⁷, donde nos interesa resaltar su influencia sobre

103. Vid. la versión de José E. Candela, con estudio preliminar y bibliografía en Tecnos. Madrid, 1985.

104. Vid. edición citada, p. 47.

105. Vid. las obras de Diderot «Mémoires pour Catherine II», «Oeuvres Esthétiques», «Oeuvres Philosophiques», «Oeuvres Politiques» y «Oeuvres Romanesques» en Classiques Garnier. París, 1964.

106. «Observations sur le Nakaz» en «Oeuvres Politiques», citadas p. 343.

107. En España vid. el excelente trabajo de IGLESIAS, M. del C.: «El pensamiento de Montesquieu». Alianza Universidad. Madrid, 1984, que ofrece una panorámica general y sintética de mucha utilidad. Vid también GOYARD FABRE, S.: «La Philosophie du Droit de Montesquieu». Klincksieck. París, 1983. Sobre la influencia inglesa en Montesquieu vid. el clásico de DEDIEU, J.: «Montesquieu et la tradition politique anglaise en France: les sources anglaises de L'Esprit des Lois», reimpresión en Slartkine. Ginebra 1971 (edición original 1909). Me parece interesante también el intento de interpretación conjunta de la vida y

la filosofía de los derechos humanos y en particular sobre la Declaración de 1789, y también, con carácter previo, poner de relieve cómo inicia una epistemología y una metodología donde razón e historia no se contraponen sino que intentan integrarse.

Así comenzará su obra central «L'Esprit des Lois» con su famosa definición de las leyes: «Les lois dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui derivent de la nature des choses...» lo que parece afirmar la existencia de una razón normativa que sin embargo parece contradecirse después con todo el desarrollo de la obra donde el análisis de los hechos y de las diversas situaciones para construir las tipologías del poder, de las leyes o de las formas de gobierno, parecen propios de una aproximación histórica y sociológica¹⁰⁸.

No se niega la racionalidad porque «...ceux qu'ont dit qu'une fatalité aveugle a produit tous les effets que nous voyons dans le monde ont dit une grande absurdité car quelle plus grande absurdité qu'une fatalité aveugle qui aurait produit des êtres intelligents?»¹⁰⁹. Sin embargo, su construcción se hace a través del estudio de los diversos modelos históricos y sociales, de las diversas formas empíricas, no con la reflexión de un hércules racional que es capaz de abarcar en su razonamiento toda la realidad racional, sino a partir de la multiplicidad de las formas concretas en que se plasma. Parte de los fenómenos para llegar a los principios, no mutila ni la razón ni la historia, sino que las armoniza. La razón no se puede comprender en sí, sino a través de sus manifestaciones en la vida social a través del tiempo. Por eso el caso inglés que tanto alaba en el famoso número seis del Libro XI de «L'Esprit des Lois» no es sino un ejemplo histórico, y no un modelo racional:

«...Je ne pretends point par là, ravalier les autres gouvernements, ni dire que cette liberté politique extrême doive mortifier à ceux qui n'ont qu'une modérée. Comment dirai-je cela moi qui crois que l'excès même de la raison n'est pas toujours desirable, et que les hommes s'accommodent presque toujours mieux des milieux que des extrémités»¹¹⁰.

Como dice Cassirer: «...Este don y este amor por lo particular le ha librado de todo doctrinarismo unilateral hasta en sus construcciones teóricas puras. Ha resistido victoriosamente al peligro de la exposición esquemática y de la reducción de las formas múltiples a un patrón rígido»¹¹¹.

de la obra de Montesquieu en BANEKASSA.: «Montesquieu, la liberté et l'histoire». Le livre de poche. Librairie générale Française. París 1987. Finalmente vid. ALTHUSSER.: «Montesquieu, la Politique et l'Histoire». P.U.F. París 1959.

108. Las citas de la obra de Montesquieu proceden de «Oeuvres Complètes», «L'Intégrale». Du Seuil. París, 1964, y en concreto la que inicia «L'Esprit des Lois» se encuentra en la p. 530.

109. Obra y Edición citada. Libro I número primero, citadas, p. 530.

110. Obra y edición citadas. Libro I número sexto, p. 590.

111. «Filosofía de la Ilustración» citada p. 241.

Tiene razón pues Mainecke cuando sintetiza el sentido de la aportación de Montesquieu afirmando que en él «...se asocian las dos grandes corrientes de los últimos siglos, la racional iusnaturalista y la empírico-realista...»¹¹², o como dice Mauzi, supone «la manifestación de lo absoluto a través de lo relativo»¹¹³.

Creo que es un buen punto de vista para comprender también el fenómeno de los derechos humanos, que he intentado justificar en otro trabajo¹¹⁴, y que sirve para explicar el sentido de la Declaración de 1789. La misma obra de Montesquieu es la mejor prueba de esa dialéctica razón-historia, puesto que influye en un documento jurídico a través de algunas dimensiones concretas, que se pueden, no obstante, organizar con criterios racionales. En ese sentido me parece que la influencia se sitúa con el ámbito de la filosofía de los límites del poder, y que la preocupación por esa búsqueda de barreras es la clave de su comprensión, o si se quiere, el origen de su racionalidad interna. La separación de poderes, el puesto de la Ley y su relación con la libertad, la definición de ésta y algunas dimensiones de contenido sobre garantías procesales o el papel de las fuerzas armadas, constituyen su aportación principal. Por el contrario hay que señalar que para Montesquieu, a diferencia de la mayoría del pensamiento del XVII y del XVIII, la salida del Estado de Naturaleza y el origen de la sociedad y del poder no está en el pacto: «...le desir de vivre en société est une quatrième loi naturelle...»¹¹⁵.

El Libro II de la primera parte contiene las consideraciones más influyentes, no sólo sobre la Declaración, sino sobre toda la idea posterior de Constitución. La formulará Montesquieu en la distinción que hace de la libertad política en su relación con la Constitución y en su relación con el ciudadano, que en la terminología que prefiero utilizar, supone la distinción entre principios de organización de los poderes y derechos humanos.

«...Je distingue les lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la Constitution, d'avec celles qui la forment dans son rapport avec le citoyen...». Esta distinción relativizará otra que se hace y que yo mismo he aceptado, entre norma básica formal y norma básica material, porque los principios de organización no son simplemente formales¹¹⁶, aunque es un tema ajeno al que nos ocupa.

En el primer sentido como principio de organización la libertad política se plantea como un límite al poder, y se vincula con la Ley¹¹⁷, distinguiéndose de la independencia —hacer lo que se quiere—, que vendría a

112. «El historicismo y su génesis». Versión castellana de Mingarro y Muñoz Molina en Fondo de Cultura Económica. México 1943; primera reimpression en España 1983 (la edición original «Die Entstehung des Historismus» es de 1936).

113. Citado por M. del Carmen Iglesias, p. 381.

114. «Vid. «Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales» en «Escritos sobre derechos fundamentales», citado pp. 227 y ss.

115. Obra y Edición citadas Libro I, número segundo, p. 531.

116. Vid. «Los Valores superiores». Tecnos. Madrid, 1984.

117. «Dans un état, c'est à dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir...» (Libro XI número tercero, p. 586).

ser para Montesquieu lo que he llamado «libertad de elección»¹¹⁸. Así la definirá como «...le droit de faire tout ce que les lois permettent...», lo que visto desde su contrario, los límites de la libertad sólo pueden ser determinados por la Ley, es la idea de los artículos 4.º y 5.º, in fine de la Declaración. Bobbio dirá que refleja el modelo liberal: «...Il problema fondamentale per Montesquieu e quello del potere statale: bisogna che certi limiti ci siano, e vi siano mezzi sufficienti per farli osservare. La libertà e il frutto gradito di questi limiti: libero e colui che può fare tutto quello che vuole entro quei limiti...»¹¹⁹. En este mismo trabajo contrapondrá ese modelo con el de Rousseau, que denominará democrático y que coincide, no con la autodeterminación individual, sino con la colectiva, y ese espíritu de Rousseau no será, como veremos, el de la Declaración.

Para Montesquieu el límite del poder político que permite la libertad, supone el imperio de la Ley, el «rule of law», en definitiva, no sólo la libertad por la Ley, sino también el sometimiento de los gobernantes a la Ley, y la separación de poderes que es el único mecanismo para que el poder no abuse.

«...La liberté politique... n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir mais c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites... Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir. Une Constitution peut être telle que personne ne sera contraint de faire les choses auxquelles la loi ne l'oblige pas, et à ne point faire celles que la loi lui permet...»¹²⁰.

Se construye así una teoría de los límites en el ejercicio del poder como garantía de la libertad política a través de la legalidad y de la separación de poderes. La libertad política, vista desde la Constitución, no será sólo principio de organización, sino derecho humano a la participación. Ni los principios de organización son sólo norma básica formal, ni los derechos humanos se encuentran sólo en la idea de libertad política en su relación con los ciudadanos. Toda la riqueza de la tradición del Estado parlamentario representativo que encontramos anunciada en el artículo 16 de la Declaración se apunta en este Libro XI.

«...Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución...».

Si Locke apunta la separación de poderes, aunque no será su teórico, y no valorará suficientemente el papel del Poder Judicial, Montesquieu sí reflexionará, sobre sus fundamentos, aunque tampoco preverá la importancia que en los siglos XIX y XX adquirirá el poder judicial. Con la descripción de esa separación de poderes iniciará el número sexto del Libro XI «De la Constitution d'Angleterre».

118. Vid. mi aportación «El fundamento de los derechos humanos», al libro del mismo título, con los trabajos del ponente principal Javier Muguerza y de los comunicantes con ocasión de la Conferencia Tanner, celebrada en Madrid en abril de 1988. Debate. Madrid 1989.

119. En el artículo «Kant e le due libertà» en «Da Hobbes a Marx». Morano. Nápoles, 1.ª ed. 1974 p. 150. Edición castellana en «Estudios de Historia de la Filosofía». Debate. Madrid 1985.

120. Obra y Edición citadas, p. 586.

«...Il y a dans chaque Etat trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance executrice des choses qui dépendent du Droit des gens et la puissance executive de celles qui dépendent du Droit Civil. Par la première, le Prince ou le Magistrat fait des lois pour un temps on pour toujours et corrige on abroge celles qui sont faites. Par la seconde il fait la paix on la guerre, envoie on reçoit des ambassadeurs, établit la sureté, previent les invasions. Par la troisième il punit les crimes ou juge les différends des particuliers. Ou appellera cette dernière la puissance de juger et l'autre simplement la puissance executrice de l'Etat...»¹²¹. Aunque en la tradición francesa, y probablemente por la idea de Montesquieu de que los jueces son la boca muda que pronuncia las palabras de la Ley, el control judicial de los derechos humanos tardará en aparecer, esta independencia del poder judicial que razona, nuestro autor será la base doctrinal de la garantía de los derechos y consiguientemente de la misma existencia de la Constitución.

En este mismo número sexto apuntará la idea de la libertad política en relación con los ciudadanos, «...cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sureté», que desarrollará en el Libro XII «Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec le citoyen...».

La diferenciará de lo que llama la libertad filosófica que consiste en el ejercicio de la voluntad y que es otra perspectiva de referirse a lo que llama independencia —la libertad de elección— y la identificará con la seguridad o con la opinión que tiene cada uno de su seguridad, con lo que la vinculará con las garantías procesales «...Cette sureté n'est jamais plus attaquée que dans les accusations publiques ou privées. C'est donc de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen...»¹²². Es evidente la relación de este principio con los artículos siete, ocho y nueve de la Declaración.

Finalmente hay que señalar que la preocupación sobre la fuerza pública y sobre la contribución común para los gastos de administración de los artículos doce y trece refleja también reflexiones de Montesquieu. En el primero afirma, «...Pour que celui qui execute ne puisse pas opprimer il faut que les armées qu'on lui confie soient peuple et aient le même esprit que le peuple...»¹²³. En el segundo supuesto, el Libro XIII «Des rapports que la levée des tributs et la grandeur des revenus publics ont avec la liberté», su empeño de que en las repúblicas se pueden aumentar los

121. Obra y edición citadas, p. 586. Aclarará Montesquieu, en relación con el primero de los poderes, el legislativo, que debería ser detentado por cada hombre, en un Estado libre, pero descartará esta tesis que será la de Rousseau, como imposible en los grandes Estados, con lo que «...il faut que le peuple fasse par ses représentants tout ce qu'il ne peut faire par lui même» (p. 587). Cuando en el artículo 6.º se habla de representantes, después de afirmar que la Ley es la expresión de la voluntad general, se deja el uso del lenguaje de Rousseau en la pura retórica verbal y se vuelve a la idea de la representación que el filósofo de Ginebra rechaza, y que es propugnada por el Barón de Montesquieu. Es cierto, sin embargo, que el tipo de representación que preconiza es la de los tres brazos de los Estados Generales, y no la integrada de la Asamblea Nacional.

122. Obra y edición citadas, Libro XII, número segundo, p. 598.

123. Obra y edición citadas, Libro XI, número seis, p. 590.

tributos «parce que le citoyen qui croit payer a lui même, a la volonté de les payer, et en a ordinairement le pouvoir par l'effet de la nature du gouvernement...»¹²⁴ coincide también con la idea de la contribución común.

Al principio de este trabajo he señalado como explicación de la génesis de los derechos humanos en el mundo moderno la preocupación de la burguesía por limitar al poder del Estado Absoluto. En el pensamiento esta línea es perceptible desde los monarcómacos, y Montesquieu será quizás su teórico más importante que confirma la continuidad de una perspectiva que arranca del siglo XVI y que se concretará en los textos liberales del XVIII y especialmente en la «Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen...».

5. *Los fisiócratas*

Aun el homo oeconomicus se caracteriza, como dice S. Goyard Fabre, por criterios morales y por reflexiones de moral burguesa con valores de orden y de trabajo, y una idea de propiedad vinculada al orden natural¹²⁵. Con este planteamiento los fisiócratas, buscarán el apoyo de las leyes naturales para la vida económica, reclamando un no intervencionismo del poder en materia económica, que se resume por Turgot, con Dupont de Nemours, en la fórmula «laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même». La relación que los fisiócratas, defensores de que la riqueza se vincula no con el dinero como sostenían los mercantilistas, sino con la propiedad de la tierra, establecen entre orden natural, propiedad y derechos individuales se reflejará en la importancia que la Declaración dará, en el artículo 17 a la propiedad a la que calificará, de manera contundente como derecho inviolable y sagrado. En 1767 Mercier de la Rivière, uno de los más destacados de esta escuela, publicará «L'Ordre Naturel et essentiel des sociétés politiques», que junto con «Le Droit Naturel» de Quesnay y la edición de Dupont de Nemours «La Physiocratie», varios volúmenes que recogen el pensamiento fisiocrático, expresa el pensamiento escuela¹²⁶.

Con el objetivo de conocer el sistema económico, como equiparable a las reglas de funcionamiento de las sociedades, identificarán los derechos individuales con el derecho de propiedad, y a la justicia con la «règle naturelle et souveraine, reconnue para les lumières de la raison qui détermine évidemment ce qui appartient à soi même et à autrui»...¹²⁷.

124. Obra y edición citadas, Libro XIII, número trece, p. 611. En el número doce de ese mismo libro había señalado una regla general que parece cumplirse en la práctica: «On peut lever les tributs plus forts à proportion de la liberté des sujets, est l'on et forcé de les moderer à mesure que la servitude argumente...» (p. 610).

125. «La Philosophie des Lumières» citada pp. 227 y ss. Sobre este tema vid. la caracterización del modelo en SOMBART, W.: «El Burgués». Alianza. Universidad. Madrid, 1972.

126. Vid. REBUFFA, G.: «Fisiocrazia, Ordine Naturale, Diritti individuali» en «Materiali per una storia della cultura giuridica». Il Mulino. Bolonia n. 1, 1971 pp. 213 y ss. Vid. asimismo SOLARI: «Filosofia del Diritto Privato». I Individualismo e Diritto Privato. Giappichelli. Turín 1959, pp. 88 y ss.

127. QUESNAY: «Le Droit Naturel», p. 731. Citado por Rebuffa, p. 223.

Con esa idea de justicia como criterio de los bienes, se llega necesariamente a la idea de propiedad¹²⁸, a su adquisición y conservación, con lo que el Derecho Estatal debe garantizarla para todos aquellos que la detentan desde el Estado de naturaleza.

El poder y su Derecho se convierten así en garantes de la propiedad y en represores de aquella que intentan violar las reglas que le protegen. Las clásicas funciones de garantía y de represión del Derecho Liberal aparecen claramente en este planteamiento, así como el ideal de la seguridad como consecuencia de la defensa de la propiedad y del goce pacífico de los bienes por los propietarios. Quesnay dirá que «...la sureté est le fondement essentiel de l'ordre économique de la société...»¹²⁹. La consideración de la propiedad como un derecho natural, derivado del orden natural será consecuencia de esta necesidad de asegurar y estabilizar la situación de los propietarios. Pero la escasez impide que todos sean propietarios; será un derecho de imposible contenido igualitario y también se justificará por el orden natural, que se convierte en un orden de desigualdad: «...Nous y trouverons encore une grande inégalité, relativement à la jouissance du droit naturel des hommes. Cette inégalité n'admette ni juste ni injuste dans son principe. Elle résulte de la combinaison des lois de nature...»¹³⁰.

Propiedad y Seguridad como ideales de la burguesía se incorporan al artículo 2, y la propiedad además se desarrolla en el artículo 17. La propiedad se refuerza, frente al tratamiento lockiano, a través de su consideración de derecho natural, el principal y casi el único, porque la seguridad será una exigencia derivada de la propiedad, y también por la aceptación del origen natural de su desigualdad. Y si como dice Solari «lo Stato nel sistema dei Fisiocrati è l'organo di interpretazione e di applicazione del Diritto Naturale»¹³¹ será el guardián de esa propiedad, y del statu quo de una sociedad de propietarios. Con esta interpolación, expresión de la mentalidad burguesa que los fisiócratas expresan de manera eminente, se incorporará a la Filosofía de los derechos humanos un factor de distorsión, frente al que reaccionará en la misma época Mably¹³² y que estará en el

128. Se llega también a la misma conclusión con la idea de derecho natural, en sentido subjetivo que formula el mismo QUESNAY: «... Le droit que l'homme a aux choses propres à sa jouissance...» «Le Droit Naturel» p. 729, citado por Rebuffa p. 228.

129. En «Maximes fondamentales sur le gouvernement économique», citado por Rebuffa, p. 234.

130. QUESNAY: «L'Ordre Naturel», p. 733. Citado por Rebuffa, p. 242.

131. En «Filosofía del Diritto Privato», citado p. 95.

132. En «Des droits et des devoirs du citoyen» dirá «...en matière de propriété civile les lois de la nature se taisent,... tout dépend des conventions que les citoyens ont faites entre eux...». Edición crítica de Jean Louis Leclerc. Lib. Marcel Didier. París 1972, p. 86. Más adelante en un texto que recuerda al que inicia el capítulo de la Justicia de la Encuesta sobre la Moral «de Hume» dirá: «...Jamais je ne lis dans les voyageurs la description de quelque le déserte dont le ciel est serain et les eaux salubres, qu'il ne me prenne envie d'y aller établir une république, où tous égaux, tous riches, tous pauvres, tous libres, tous frères, notre première loi serait de ne rien posséder en propre» (p. 111).

En «Doutes proposées aux philosophes économistes sur l'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques» en la recopilación de sus trabajos titulada «Sur la théorie du pouvoir politique» pp. 152 a 186. Edición de P. Friedmann. Ed. Sociales. París, 1975, dirá dirigiéndose directamente a los fisiócratas «...que je crains que votre ordre naturel ne soit contre nature» (p. 158). Frente a estas críticas se debe señalar la posición de Lord Acton, muy favorable a los fisiócratas en «Los Fundamentos de la Revolución Francesa» publicado en castellano en «Ensayos sobre la libertad y el poder», traducción de Tierno Galván. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1959, pp. 435 y ss. Las referencias a los fisiócratas a partir de la p. 455.

origen de la crítica de Marx en «Sobre la cuestión judía» y en la desconfianza del marxismo, generalizada a todos los derechos humanos hasta épocas muy recientes, en que precisamente su superación se ha producido con una referencia del Secretario General del Partido Comunista Italiano a la aceptación de los valores de la Declaración de 1789, aunque habrá que entender que sin esta dimensión de la propiedad¹³³. De nuevo aparece, aunque sea con otra intención, la idea de que los derechos naturales son ineficaces sin la existencia del Derecho positivo. En Rousseau el paso se habrá dado y los derechos se entenderán sólo como consecuencia de la voluntad general. No había derechos previos al Soberano y al Derecho.

6. Rousseau

Es difícil, dentro del debate sobre la interpretación del pensamiento de Rousseau, identificar su influencia sobre el texto de la Declaración. Elías Díaz, en un trabajo antiguo cree que hay «...base suficiente para afirmar la influencia de Rousseau sobre el cuadro ideológico que sirve de fundamento a la Declaración del 89; excepto —y es una excepción de peso— en lo relativo a la propiedad...» y añade para curarse en salud, en un estilo consistente en matizar todas sus afirmaciones, que se ha ido acentuando con el tiempo, que «...han sido influencias reales aunque en buena parte frustradas...»¹³⁴. Todavía más tajantes fueron Boutmy y Del Vecchio que en escritos casi contemporáneos, 1902 y 1903 respectivamente, valoran como decisiva la influencia de Rousseau. El primero lo hará refutando las tesis de Jellinek sobre la influencia del modelo americano en el texto francés¹³⁵. Del Vecchio será más directo y más tajante: «...A la doctrina que tuvo en las obras de Rousseau su más elevada expresión sistemática, debe atribuirse lógicamente la génesis de la Declaración de los Derechos. Cada una de las partes de ésta en un principio a un corolario de aquélla...»¹³⁶.

No estoy seguro de que esas opiniones sean del todo acertadas, y pienso más bien que la influencia de Rousseau no es tan extensa, y que algunos aspectos de la Declaración, como la misma idea de «derechos naturales sagrados e inalienables», como derechos previos, o la representación política del artículo sexto, están en las antípodas de sus puntos de vista, lo que permite concluir que la alusión a la voluntad general, inmediatamente anterior al comienzo de ese artículo, puede ser más retórica que real en el

133. Vid. «Anales Franco-Alemanes. Sobre la cuestión judía», en la Edición de los Escritos de Juventud de Marx, de Francisco Rubio Llorente. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Caracas 1965, pp. 55 y ss. Sobre la polémica vid. mi trabajo «El socialismo y la libertad» en «Libertad, Poder y Socialismo». Civitas. Madrid 1978, pp. 133 y ss. Asimismo BOBBIO, N.: «Política e Cultura». Einaudi. Turín 1955. Reimpresión en 1974.

134. «Libertad-Igualdad, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789», en «Legalidad-Legitimidad en Socialismo Democrático...» Civitas. Madrid, 1978, p. 79.

135. Vid. su trabajo «La Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano y M. Jellinek» en la edición de González Amuchastegui, ya citada «Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano» pp. 123 y ss.

136. Vid. su trabajo «La Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano en la Revolución Francesa...» en la obra «Persona, Estado y Derecho», con prólogo de Fraga Iribarne. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1957, p. 84.

en que lo utiliza el autor del «Contrat Social». Aunque la importancia del concepto de Ley en el artículo sexto, central en ese tema, pero también en los artículos cuatro, cinco, siete, ocho, nueve, diez, once y diecisiete, es evidente, tampoco se puede asegurar que se deba exclusivamente a Rousseau, sino que su influencia se mezcla sobre todo en este tema, con la de Locke y la de Montesquieu, como hemos visto. El pensamiento de Rousseau es demasiado profundo y demasiado complejo para que pese a la influencia que ejerce sobre muchos hombres de su tiempo y desde luego sobre la izquierda de la Asamblea en 1789, sea asumido íntegramente en la elaboración de la Declaración. Fragmentos de sus ideas y de las intuiciones que apunta y que serán decisivas en la evolución de la cultura política de estos dos últimos siglos, se podrán sin embargo encontrar, y sobre todo la idea de que los derechos sólo lo son con su existencia en el Derecho Positivo a través de la Ley, cuando el pueblo es soberano, es decir, cuando el Derecho no se le impone, sino que es creado por el mismo, que es al tiempo origen y destinatario de las normas.

Como dice agudamente Cassirer «...la idea de los derechos inalienables, que en el Derecho natural se encaminaba a delimitar con claridad la esfera individual frente a la esfera del Estado, y a mantenerla con independencia de él, Rousseau la hace valer dentro de la esfera del Estado»¹³⁷. La Declaración se quedará a medio camino, no sacará todas las consecuencias, como Rousseau, del sentido del Poder Político moderno y de su relación con el Derecho en el tema de los derechos humanos, aunque lo apuntará en la noción de Ley, y sobre todo en la formulación del artículo 16. «...Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la reparación de poderes establecida, no tiene Constitución».

Si los derechos forman una determinada moralidad de defensa de la dignidad del hombre, de su libertad y de su igualdad, y si el Derecho es Derecho Estatal en el mundo moderno, sólo la integración de esos dos elementos: moralidad y Derecho, puede dar eficacia social a la dignidad, a la libertad y a la igualdad, o dicho de otra manera, sólo un poder político que asuma esa moralidad como propia, y ése es el poder político democrático, puede impulsar la idea de los derechos humanos. El punto de vista de que los derechos son posibles como previos, con cualquier poder, y que son un límite eficaz socialmente a cualquier poder, ha sido verificado como falso en la historia. Y la construcción de Rousseau con su idea de la voluntad general y con su realización por la Ley, que se apuntan en la

137. En «Filosofía de la Ilustración» citada p. 293. Al reconocer la relación entre la fuerza del poder estatal y la producción del Derecho, Rousseau centrará sus esfuerzos en legitimar esa fuerza, convirtiéndola en la «voluntad general».

«Convenons donc que la force ne fait pas le droit, il qu'on n'est obligé d'obéir qu'aux puissances légitimes» (*Du Contrat Social*. Libro I. Cap. IV), y que su objetivo con ello será mantener la libertad del hombre, en la esfera del Estado como señala Cassirer: «...Renoncer à sa liberté c'est renoncer à sa qualité d'homme aux droits de l'humanité, même à ses devoirs...». (Obra citada Libro I, cap. IV) y ése será el objetivo del Contrato social: «...Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui même et reste aussi libre qu'auparavant...» (obra citada, Libro I, cap. IV). Vid. «Du Contrat Social» en *Oeuvres Complètes*. Tomo III ya citado. Por esta edición citaremos la obra de Rousseau.

Declaración, germinarán en la progresiva toma de conciencia de la vinculación de la moralidad de los derechos humanos con el Derecho de los derechos humanos por la mediación de la voluntad general entendida como soberanía popular democrática. Más que en la Declaración de 1789 donde sólo fragmentos dispersos de ese pensamiento se ofrecen, sin duda, sin conciencia plena de todas sus consecuencias, en la evolución a partir del siglo XIX, se irá tomando progresivamente conciencia de la importancia y del alcance de sus argumentos¹³⁸. Frente a la contradicción interna del iusnaturalismo racionalista de Locke, y de todo el pensamiento anterior a Rousseau que no puede explicar la coherencia entre los derechos naturales y la justificación contractual del poder y su monopolio de la producción normativa, que la Declaración reflejará, Rousseau será coherente y trasladará esa moralidad natural y previa, al poder soberano representado por la voluntad general. Ciertamente que su planteamiento corre el riesgo de conducir a una teoría formalista de la justicia, que algunas interpretaciones poco matizadas, como la de Talmón, vinculan con el origen de la democracia totalitaria¹³⁹, pero es mayor el peligro del mantenimiento del idealismo de los derechos morales, que se separa de la realidad y corre el riesgo de potenciar una vocación de seguridad que la condición humana pretende siempre, y una frustración de las esperanzas de que esos derechos humanos modifiquen eficazmente la calidad de vida de los ciudadanos.

Con estas observaciones generales podemos señalar algunas dimensiones del pensamiento de Rousseau que no coinciden con los fines ni con el contenido de la Declaración de 1789.

a) El Soberano no está sometido a sus leyes, «...Il est contre la nature corps politique que le souverain s'impose une loi qu'il ne puisse enfreindre...»¹⁴⁰.

b) No es necesaria, ante el Soberano, una garantía de los derechos: «...La puissance souveraine n'a nul besoin de garant envers ses sujets

138. Como dice GOYARD FABRE: «... En cette fin du XVIIIème siècle l'histoire va se précipiter, et il est finalement impossible d'en comprendre le cours sans en appeler à l'idée rousseauiste du contrat social, par lequel le peuple est souverain...» («La Philosophie des Lumières en France...» citada p. 300).

Sobre Rousseau vid. «Rousseau et la Philosophie Politique», con trabajos de Arnaud, Barth, Cotta, Derathé, De Jouvenel, Plamenatz, entre otros en *Annales de Philosophie Politique* 3. P.U.F. París 1965; POLIN, R.: «La Politique de la Solitude». Sirey. París 1971; GOLDSMIDT, V.: «Antropologie et politique. Les principes du Système de Rousseau». Vrin. París 1974, 2.ª ed. 1983; KRYGER, E.: «La Notion de Liberté chez Rousseau et ses repercussions sur Kant». Librairie Nizet. París 1979; DERATHÉ, R.: «Jean Jacques Rousseau et la science Politique de son temps». Vrin. París 1979; GROETHUYSEN, B.: «J. J. Rousseau». Gallimard, París 1945, reedición 1983 (Hay versión castellana de A. Garzón del Camino en Fondo de Cultura Económica. México, 1985). PHILONENKO, A.: «Jean Jacques Rousseau et la pensée du malheur». 3 tomos. Vrin París, 1984.

139. Vid. «The origins of totalitarian democracy», Secker and Warburg. Londres 1952. Frente a esa interpretación vid. L. Dumont que sostiene que «... los aspectos totalitarios de los movimientos democráticos no derivan de la teoría de Rousseau, sino del proyecto artificialista del individualismo enfrentado con la experiencia. Es cierto que se encuentran prefigurados en Rousseau, pero es justamente en la medida en que éste era profundamente consciente de la insuficiencia del individualismo puro, y trataba de salvarlo trascendiéndolo...». Ensayos sobre el individualismo. Versión castellana de R. Tusón, Alianza Editorial. Madrid, 1987, p. 99 (Original «Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne». Du Seuil. París 1983).

140. Libro I. Cap. VII (p. 362).

parce qu'il est impossible que le corps veuille nuire à tous ses membres, et... qu'il ne peut nuire à aucun en particulier...»¹⁴¹.

c) No cabe la representación de la soberanía o de la voluntad general: «...la souveraineté, n'étant que l'exercice de la volonté generale ne peut jamais s'aliéner et que le souverain, qui n'est qu'un être collectif ne peut être représenté que par lui même...»¹⁴².

d) No cabe la separación de poderes. «...Mais nos politiques ne pouvant diviser la souveraineté dans son principe, la divisent dans son objet; ils la divisent en force et en volonté, en puissance législative et en puissance executive, en droits de'impôts, de justice et de guerre, en administration intérieure, et en pouvoir de traiter avec l'étranger: tantôt ils confondent toutes ces parties, tantôt il les separent; ils font du souverain un être fantastique et formé de pièces rapportées; c'est comme s'ils composaient l'homme de plusieurs corps dont l'un aurait des yeux, l'autre des bras, l'autre des pieds, et rien de plus...»¹⁴³.

Lo dirá aún más claramente: «...l'autorité souveraine est simple et une, et l'on ne peut la diviser sans la detruire...»¹⁴⁴.

e) Los derechos del hombre son consecuencia de la voluntad general y no anteriores: «...La volonté constante de tous les membres de l'État est la volonté générale; c'est par elle qu'ils sont citoyens et libres...»¹⁴⁵.

f) La propiedad no es un derecho natural.

Más bien Rousseau defiende la propiedad colectiva, y encuentra en la propiedad privada el origen de la desigualdad entre los hombres. El famoso texto con el que se inicia la segunda parte de su «Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes...» es muy representativo de esa posición que está en las antípodas del artículo diecisiete de la Declaración.

«...Le premier qui ayant enclos un terrain, s'avisa de dire, ceci est à moi et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. Que de crimes, de guerres, de meurtres, que de misères et d'horreurs, n'eut point épargnés au Genre Humain, celui qui arrachant les pieux on comblant le fossé, eut crié à ses semblables: Gardez-vous d'écouter cet imposteur... Vous êtes perdus, si vous oubliez que les fruits sont à tous et que la terre n'est à personne...»¹⁴⁶. Y en «Du Contrat Social» vinculará la propiedad con el Estado, en virtud de ese contrato: «...Car l'État à l'égard de ses membres est maître de tous les biens par le Contrat social, qui dans l'État sert de base a tous les droits...»¹⁴⁷, y añade en un

141. Libro I. Cap. VII (p. 363).

142. Libro II. Cap. I (p. 368). En el mismo sentido el Capítulo XV del Libro III (p. 428 a 431).

143. Libro II. Cap. II (p. 369).

144. Libro III. Cap. XIII (p. 427).

145. Libro IV. Cap. II (p. 441). Vid. asimismo el planteamiento del problema en GOYARD FABRE, S.: «La Déclaration des droits on le devoir d'humanité: une philosophie de l'espérance», en «Droits», ya citada pp. 41 a 54.

146. Vid. el citado discurso en Rousseau «Oeuvres Complètes». Tomo III, ya citado p. 109 y ss. La cita es de la p. 164.

147. Libro I. Cap. IX p. 365.

sentido concreto que matiza la generalidad anterior: «...De quelque manière que se fasse cette acquisition, le droit que chaque particulier a sur son propre fond est toujours subordonné au droit que la communauté a sur tous, sans quoi il n'y aurait ni solidité dans le bien social, ni force réelle dans l'exercice de la Souveraineté...»¹⁴⁸.

Tiene razón Elías Díaz cuando sostiene que el pensamiento de Rousseau sobre la propiedad le aleja de la concepción de la Declaración que es la del individualismo propietario, y en estos textos aparece con evidencia el signo de esa radical discrepancia.

Por el contrario, existen en su complejo pensamiento elementos que, sin duda, formaron parte de la cultura difusa que impulsó la Declaración y que desde la izquierda de la Asamblea, no exclusivamente, pero sí preponderantemente, contribuyeron a su formulación.

a) El valor eminente de la Ley.

Se completa el nacimiento y la existencia del cuerpo político que es consecuencia del pacto social, con la Ley que le proporciona el movimiento y la voluntad.

«...Quand tout le peuple statue sur tout le peuple il ne considère que lui même, et s'il se forme alors un rapport, c'est de l'objet entier sous un point de vue, a l'objet entier sous un autre point de vue, sans aucune division de tout. Alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. C'est cet acte que j'appelle loi...»¹⁴⁹. La teoría moderna de la Ley, como creada por un sujeto universal, el soberano que expresa la voluntad genera una norma colectiva, con un sujeto pasivo universal, el ciudadano, norma general, y con un objeto universal, norma abstracta, es obra de Rousseau en el Capítulo VI del Libro II, y de él surge también la tentación posterior en la historia de la cultura jurídica, de identificar al Derecho con la Ley, por la dignidad que la confiere. En todo caso, la importancia que la Ley tiene en la Declaración, debe sin duda, una parte al Rousseau de «Du Contrat Social»¹⁵⁰.

b) La relación entre Ley y Libertad.

«...Dans l'Etat de Nature, où tout est commun, je ne dois rien à ceux à qui je n'ai rien promis, je ne reconnais pour être à autrui que ce qui

148. Libro I. Cap. IX p. 367.

149. Libro II. Cap. VI p. 378.

150. El sujeto activo universal se afirma al decir que las leyes son «...des actes de la volonté générale...». El sujeto pasivo universal y el objeto universal aparecen cuando sostiene: «...quand je dis que l'objet des loix est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière...». Libro II. Cap. VI, p. 379. Sobre este criterio de clasificación de las normas vid. BOBBIO: «Teoría della norma giuridica...». Giappichelli. Turín 1958, Cap. VI. «Classificazione delle norme giuridiche». Hay traducción castellana de Roza Acuña como primera parte de una obra «Teoría General del Derecho», que comprende en la segunda parte la «Teoría dell'Ordinamento Giuridico». Temis. Bogotá, 1987.

Asimismo su artículo «Para una clasificación de Normas Jurídicas» en la edición castellana de A. Ruiz Miguel «Contribución a la Teoría del Derecho», Fernando Torres. Valencia 1980, pp. 293 y ss. El original italiano se publicó originariamente en Scritti Giuridici in memoria di Piero Calamandrei Vol I. Cedam. Padua, 1956, pp. 109 a 122, con el título de «Per una classificazione degli imperativi giuridici» y reproducido posteriormente en «Studi per una Teoria generale del Diritto». Giappichelli. Turín, 1970. El criterio central manejado por Bobbio coincide con las argumentaciones de Rousseau.

m'est inutile. Il n'est pas ainsi dans l'état civil où tous les droits son fixés par la loi...»¹⁵¹.

c) El imperio de la Ley y el Estado de Derecho, criterio de legitimidad del poder.

«...J'appelle donc République tout Etat regi par des loix, sous quelque forme d'administration que ce puisse être: car alors seulement l'intérêt public gouverne, et la chose publique est quelque chose. Tout gouvernement légitime est républicain». Aunque en el texto de la Declaración no aparece literalmente este tipo de fórmula no cabe duda de que se desprende del espíritu. Una de las constantes a partir del disenso sobre el Estado Liberal y más tarde del Social, será la reflexión sobre la racionalización del ejercicio del poder, además de la que se produce sobre su origen y sobre al acceso al mismo. La sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes será la consecuencia de ese proceso que tiene un reflejo considerable en la Declaración de 1789 y que trasciende su consideración como texto de derechos humanos, por esa razón, para ser además una de las bases del constitucionalismo moderno.

d) Los valores de libertad y de igualdad.

Aunque el tema de la libertad y de la igualdad como valores superiores del ordenamiento, en la terminología, que usa el artículo 1-1 de la Constitución Española de 1978, es un tema muy complejo¹⁵², que excede de este trabajo, y Rousseau no utiliza los términos en el sentido más usual en la Ilustración, ni probablemente en la intención de los autores de la Declaración, las expectativas del texto de 1789, actualmente, como paradigma de justicia, es decir, de libertad e igualdad, frente al deterioro de otros paradigmas como la revolución de 1917 y el leninismo, se pueden deber a estos planteamientos rousseauianos. Su fracaso para que esos ideales fueran recogidos entonces, compensa con la lectura que hoy se hace, en la cultura de izquierdas, más próxima a Rousseau, sobre todo en la idea de igualdad. Parece interesante y actual también la vinculación que hace entre esos valores y el sistema de legislación.

«...Si l'on recherche en quoi consiste précisément le plus grand bien de tous, qui doit être la fin de tout système de législation, on trouvera qu'il se réduit à ces deux objets principaux, la liberté et l'égalité. La liberté parce que toute dépendance particulière est autant de force oteé au corps de l'Etat, l'égalite parce que la liberté ne peut subsister sans elle...»¹⁵³. Frente al liberalismo conservador que, desde los doctrinarios hasta Hayek y los Friedman, pretende que los derechos humanos de libertad, son incompatibles con la igualdad, y frente a un modelo de socialismo totalitario que pretende construir la igualdad, prescindiendo de la libertad y de sus consecuencias, los derechos humanos y el Estado Parlamentario

151. Libro II. Cap. VI p. 378.

152. Vid. mi libro «Los valores superiores» citado, mi trabajo «Sobre el Fundamento de los derechos humanos» en la obra colectiva «El Fundamento de los Derechos Humanos». Debate. Madrid, 1989, y la bibliografía que encontramos en esas obras.

153. Libro II. Cap. XI p. 391.

representativo, Rousseau apuesta aquí por la necesaria complementación de libertad e igualdad, y por la extensión de los derechos humanos como ambas raíces...¹⁵⁴.

Se había referido a la libertad civil, en el Capítulo VIII del Libro I como limitada por la voluntad general y a la identificación de la libertad en el Estado civil con la libertad moral «...qui seule rend à l'homme vraiment maître de lui; car l'impulsion du seul appetit est esclavage, et l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté...»¹⁵⁵, y aquí, en el Libro II identificará su sentido de la igualdad.

«... Al'égard de l'égalité il ne faut pas entendre par ce mot que les degrés de puissance et de richesse soient absolument les mêmes, mais que, quant à la puissance elle soit au dessous de toute violence et ne s'exerce jamais qu'en vertu du rang et des lois et quant à la richesse que nul citoyen ne soit assez opulant pour en pousoir acheter un autre, et nul assez pauvre pour être contraint de se vendre...»¹⁵⁶.

5. *El carácter laico*

Su idea de la religión civil, con la aceptación de la divinidad, de la vida futura, de la felicidad de los justos, del castigo de los malos y de la santidad del Contrato Social y de las leyes, con lo que fundamenta la obediencia al Derecho¹⁵⁷, es compatible con una crítica durísima al cristianismo, con lo que contribuirá también a la fundamentación laica de la Declaración, junto con el humanismo laico de Montaigne a Voltaire y con la Enciclopedia, aunque desde bases distintas.

«...Le christianisme ne prêche que servitude et dépendance. Son esprit est trop favorable à la tyrannie pour qu'elle n'en profite pas toujours. Les vrais chrétiens sont faits pour être esclaves; ils le savent et ne s'en emeuvent quère; cette courte vie à trop peu de prix à leurs yeux...»¹⁵⁸. Es una carga de profundidad contra el carácter liberador de la condición humana del cristianismo, y sin entrar en detalles que excederían de la intención de este trabajo es cierto que la terrible observación de Rousseau se ha verificado en la historia del siglo XIX, con la actitud contraria de la Iglesia Católica, en la que pensaba, sin duda, principalmente el ciudadano de Ginebra, al liberalismo y a la ideología de los derechos humanos, alineándose con las tesis contrarrevolucionarias que se aglutinan en el Congreso de Viena, sobre los sagrados derechos de los príncipes.

En todo caso, esa mentalidad de Rousseau contribuirá a colocar la dimensión religiosa en un segundo plano, de tolerancia, siempre que «... leurs dogmes n'ont rien de contraire au devoir du Citoyen...»¹⁵⁹.

154. Vid. mi trabajo «El socialismo y la libertad» en «Libertad, Poder, Socialismo» citado pp. 133 y ss.

155. Vid. mi trabajo «El socialismo y la libertad» en «Libertad, Poder, Socialismo» citado pp. 133 y ss.

156. Libro II. Cap. XI pp. 391 y 392.

157. Vid. Libro IV. Cap. VIII pp. 460 a 469, que cierra «Du Contrat Social» salvo el brevísimo Cap. IX que hace de conclusión.

158. Vid. Libro IV. Cap. VIII, p. 467.

159. Vid. Libro IV. Cap. VIII, p. 469.

Aunque todo estudio sobre Rousseau será siempre insuficiente, hemos intentado apuntar en este trabajo las influencias positivas de su pensamiento sobre «La Déclaration», pero también hemos puesto de relieve sus contradicciones con ella, que obligan al juicio matizado que se debe desprender de estas líneas.

Otros temas que afectan a la filosofía jurídica, al Derecho Constitucional y al propio estudio de los derechos humanos, como la distinción entre normas primarias y secundarias en el sentido en que la utiliza el Profesor Hart¹⁶⁰, o la defensa de la justicia constitucional, con lo que llama «Tribunat»¹⁶¹, confirman la hondura de Rousseau y su importancia viva que tiene para nuestros temas, yendo mucho más allá que el propio texto de 1789.

IV. LOS FUNDAMENTOS INMEDIATOS: LA PRODUCCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE 1789

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen fue aprobada por un cuerpo formado en total por 1.315 diputados, aunque no todos coincidiesen al mismo tiempo en la Asamblea Nacional, denominación que asumieron los Estados Generales, sobre todo a partir del 27 de junio, cuando el Rey cede a las presiones y también a las revueltas populares, e invita a la nobleza y al clero a unirse al Tercer Estado en una única Cámara que decide por votos (têtes) y no por estamentos (ordres). El proceso se consumará el 9 de julio cuando la Asamblea se autoproclama como Constituyente¹⁶².

160. Se apunta esta distinción en el inicio del capítulo V del Libro III.

«...Nous avons ici deux personnes morales très distinctes, savoir, le gouvernement et le souverain, et par conséquent deux volontés générales, l'une par rapport à tous les citoyens, l'autre seulement pour les membres de l'Administration. Aussi bien que le gouvernement puisse régler sa police intérieure comm'il lui plaît, il ne peut jamais parler au peuple qu'au nom du Soverain, c'est à dire au nom du peuple même; ce qu'il ne faut jamais oublier...» (p. 406).

Como se ve no es una pura reflexión de Teoría del Derecho, como en Hart, sino que trasciende con flecos de filosofía política y moral.

161. Se apunta esta referencia en el Libro IV, Capítulo V, que se denomina «Du Tribunat» y que no tiene desperdicio como referencia precursora del sentido y de la finalidad de los Tribunales Constitucionales actuales: «...Quand on peut établir une exacte proportion entre les parties constitutives de l'Etat, au que des causes indestructibles en alterent sans cesse les rapports, alors on institue une magistrature particulière qui ne fait point corps avec les centres, qui replace chaque terme dans son vrai rapport, et qui fait une liaison on un moyen terme soit entre le Prince et le Peuple, soit entre le Prince et le Souverain, soit à la fois des deux cotés, s'il est nécessaire. Ce corps que j'appellerai Tribunal est le conservateur des lois et du pouvoir législatif...». Si se traslada su argumentación de la Ley a la Constitución, la consecuencia es evidente, aunque la tradición francesa ha interpretado literalmente a Rousseau y a este texto, precisamente para oponerse al control de constitucionalidad de las Leyes.

162. Para esta parte, sin perjuicio de otras consultas que señalaremos, hemos seguido el muy documentado capítulo I, «Le travail déclaratoire» de la obra de RIALS, S.: «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen», ya citada. Sobre la composición de la Asamblea, vid. MURPHY y HIGONNET: «Notes sur la composition de l'Assemblée constituante». Annales historiques de la Révolution française 1974, pp. 321 y ss. Asimismo algunas referencias han sido tomadas directamente de Madival Laurent y Clavel «Archives Parlementaires» 1.^a Serie Tomo VIII, Librería Administrativa Paul Dupont. París, 1875. Asimismo vid. el antiguo trabajo de WALCH, E.: «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'Assemblée Constituante. Travaux préparatoires». París 1903; muy completa es la edición de los debates en la Asamblea constituyente de DE BAECQUE, A.: «L'an 1 des droits de l'homme». CNRS. París 1988.

Pero ya antes de esa fecha, el 19 de junio, Target entre las propuestas de organización de los trabajos, había sugerido la dedicación «au grand oeuvre de la Déclaration des Droits, arretée par tous les mandats»¹⁶³. El 6 de julio, la Asamblea que se había organizado en treinta Comisiones, formadas por cuarenta miembros, el primer día de ese mismo mes, estableció una especie de Junta de Portavoces, llamada «Comité particulier para preparar la distribución del trabajo» formado por treinta miembros, donde había un representante de cada una de las Comisiones.

La primera propuesta que se presentó el 9 de julio, fue la del moderado Mounier, que suponía afrontar la redacción de cinco declaraciones, previas a la Constitución como preámbulo de la misma, pero que fueran provisionales hasta una formulación definitiva que se establecía concluida la elaboración del texto. Estas serían las siguientes:

- 1) «Droits naturels et imprescriptibles de l'homme»
- 2) «Principes du Gouvernement Monarchique»
- 3) «Droits de la Nation Française»
- 4) «Droits du Roi»
- 5) «Droits des citoyens sous le gouvernement Français».

Desde esa fecha inicial hasta el 26 de agosto transcurre más o menos mes y medio, y en ese corto período de tiempo y con muchas vicisitudes, interferencias y problemas, se termina un texto que servirá de paradigma a toda la humanidad.

A) *Los antecedentes del debate*

Ya en los Cahiers de Doléances está muy presente la idea de los derechos del hombre. En realidad en los Cahiers se condensará toda la problemática que veremos aparecer con la revolución y que acabará con el antiguo régimen. Tocqueville, una vez más con su lucidez habitual, señalará el fenómeno.

«Je lis attentivement les cahiers que dressèrent les trois ordres avant de se reunir en 1789; je dis les trois ordres, ceux de la noblesse et du clergé, aussi bien que celui du tiers. Je vais qu'ici ou demande le changement d'une loi, là d'un usage, et j'en tiens note. Je continue aussi jusqu'au bout cet immense travail, et quand je viens à réunir ensemble tous ces voeux particuliers, je m'aperçois avec une sorte de terreur que ce qu'on reclame est l'abolition simultanée et systématique de toutes les lois et de tous les usages ayant cours dans le pays...»¹⁶⁴.

Con esa mezcla de resignación y de esperanza tan característica de los diagnósticos y de las valoraciones políticas de Tocqueville se pone el dedo en la llaga de la importancia potencial que encierran los «Cahiers...» y también, por supuesto en el tema de los derechos.

Entre las múltiples publicaciones recientes vid. GAUCHET, M.: «La Révolution de droits de l'homme». Gallimard. París. Marzo de 1989 y las Actas del coloquio de Grenoble-Vizille, «Les droits de l'homme et la conquête des libertés», con presentación de Michel Vovelle y síntesis de Jean Imbert, textos reunidos por G. Chianea. Presses Universitaires de Grenoble, 1988.

163. Target formaba parte del cuarenta por ciento de juristas que componían la Asamblea.

164. «L'Ancien Régime et la Révolution» citada p. 235.

Así por ejemplo el del Tercer Estado de Mont-de-Marsans, que anticipa ideas que encontraremos en la Declaración.

«...La Cause de tous les maux qu'a éprouvés le royaume réside principalement dans le défaut de Constitution. Les droits de l'homme, la raison et la justice n'ont jamais été la base sur laquelle on a fondé les différentes institutions de son gouvernement... Il est temps qu'on pose des règles fixes, et qu'on assure à la France une Constitution qui garantisse les droits naturels et imprescriptibles de l'homme...». En la misma línea el Cahier del tercer Estado de Rennes que recomienda que los diputados empiecen su trabajo por «une déclaration détaillée des droits essentiels des citoyens et de la Nation...»¹⁶⁵, aunque no muchos solicitaban explícitamente una declaración, sino que se referían a derechos concretos con la libertad individual, garantías procesales, supresión de las «lettres de cachet» y libertad de pensamiento y de prensa, principalmente. Algunos otros contenían incluso un proyecto de Declaración¹⁶⁶ y otras se referían a términos como «derechos naturales» (los del Tercer Estado de Flandes marítimo o de Folcadier), «derechos que emanan de la naturaleza misma del hombre» (el del tercer Estado de Nivernais), «derechos imprescriptibles de la naturaleza y de la sociedad» (el de la nobleza de Condom) o «Ley fundamental declarativa, enunciativa de los derechos naturales, esenciales e imprescriptibles de la nación» (el de la nobleza de Chatillon sur-Seine). Junto a esa terminología, coherente con la cultura dominante del iusnaturalismo racionalista, encontramos otra que anuncia ya la cultura del positivismo y el proceso de constitucionalización y de legalidad de los derechos. Así se habla de «une lois générale et fondamentale laquelle énonce et déclare positivement les principaux droits» (el del Clero y el de la nobleza de Dijon) de que «en ce qui concerne la liberté des citoyens elle leur demeure constitutionnellement assurée» (el del tercer Estado de Blois) o finalmente que un atentado a las libertades «est illicite et inconstitutionnelle» (el de la nobleza de Chaussent-en-Vexin)¹⁶⁷. Como eso será más tarde uno de los temas de debate y como hemos visto la principal crítica de Burke al carácter abstracto de la Declaración, frente al pragmático e histórico de los derechos de los ingleses, hay algunos Cahiers que se formulan también desde esa perspectiva. Así por ejemplo, el de Font-a-Mousson que pretende que «...la liberté française soit garantie...», el de la nobleza de Bigorre que habla de «...derechos del pueblo francés...», o por fin, el del tercer Estado de la parroquia de Saint-Vaast que se refiere a «...une déclaration des droits de la nation française...»¹⁶⁸. En algún sentido una parecida filo-

165. Citados por RIALS, E., en «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen» citada p. 116. Para el estudio de los Cahiers de Doléances vid. COURVOISIER, C.: «...Les droits de l'homme dans les cahiers de doléances...» en la obra colectiva «Les droits de l'homme et la conquête des libertés» citada pp. 44 y ss.

166. Así el de tercer Estado de Nemours, redactado por Dupont de Nemours, o el de la nobleza de Mantes y de Meulan, probablemente inspirado por Condorcet aunque no logró ser elegido por Meulan. (Sobre Condorcet recientemente vid. la excelente obra de Elisabeth y Robert Badinter, subtitulada «Un intellectuel en politique». Fayard. París, 1988, especialmente el Capítulo VII «Un Homme d'influence» (1789-1791).

167. La expresión está en femenino porque el término atentado es traducción del femenino «atteinte».

168. Vid. RIALS: «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen» citada p. 279.

tiene la propuesta de Mounier, el 8 de julio, que ya hemos señalado, donde se habla de «droits de la nation française».

En otros encontramos en su propio título la formulación de derechos humanos, por ejemplo en el Cahier de Beaucaire, y, con una fórmula aproximada, «déclaration de tous les droits naturels et imprescriptibles de l'homme et du citoyen», en el de Uzes. Incluso la relación entre derechos humanos y Constitución que aparecerá en el artículo 16 de la Declaración se encuentra como denominación del Título II del Cahier de Rennes: «Déclaration des droits et Constitution»¹⁶⁹.

Pero no todos los contenidos de los Cahiers están en la línea del pensamiento que alumbró la Declaración, ni siquiera en el de la libertad pragmática y con dimensión histórica de los ingleses. Algunos textos del clero, pero a veces también del tercer Estado, se sitúan en posiciones antimodernas, de las que en el siglo XIX se llamarán contrarrevolucionarias, y que serán, hasta bien entrado el siglo XX, postura oficial de la Iglesia Católica.

El Cahier del clero de Orleans solicitará que el rey defienda a la religión católica «...contre les attaques multiliées de l'impieeté et de la philosophie moderne... que la foi catholique soit la seule permise et autorisée sans mélange d'aucun autre culte public...». El del clero de Blois afirmará que la religión católica «...est, à l'exclusion de toute autre, la religion de la France...» y el del clero de Troyes que debe ser la «...seule enseignée, professée et autorisée publiquement...». Incluso el tercer Estado de Orleans dirá tajantemente en su Cahier que «...la religion catholique doit être gardée et maintenue dans toute sa pureté... seule elle aura l'exercice public dans le royaume...». Frente a esa situación de privilegio se sostendrá, por el contrario, que los no católicos no tendrán «...ni temples, ni assemblées publiques, ni pratiques extérieures...»¹⁷⁰.

Al margen de los Cahiers habían circulado antes de la constitución de los Estados generales, proyectos de Declaraciones de Derechos con o sin formulaciones completas de sus contenidos. Entre ellos podemos señalar la aportación del Duque de Orleans, con su Instrucción, que se difundió mucho y que, sin duda, influyó en algunos Cahiers de Doléances, y desde luego en la opinión pública¹⁷¹.

La Instrucción pretende unificar los criterios de todos los que participan en la elección de los Estados Generales y que dependan de él, y con-

169. Vid. COURVOISIER: «Les droits de l'homme dans les cahiers de doléances» citado pp. 44 y 45.

170. Vid. Courvoisier obra citada p. 45. Incluso exceden estas posiciones de la problemática religiosa y se entra en la crítica de la libertad de expresión y de pensamiento como recoge igualmente Courvoisier. El clero de Angulema describe una Francia «...inondée de livres obscènes, impies et scandaleux, qui deviennent, au préjudice de la religion et des moeurs, le seul code d'instruction d'une jeunesse insensée...», y el de Villemosin y Saint Coutant reclama «...des lois sevéres contre les mauvais livres...», y finalmente, citamos el ejemplo del Clero de Orleans, que protesta contra «...la licence effrénée de la presse...» y pide «...des poursuites rigoureuses contre les auteurs imprimeurs... libraires... et colporteurs...».

171. Su título completo es «Instruction donnée par S.A.S. Mousigneur le Ducque D'Orléans à ses représentants aux bailliages, suivie de Délibérations à prendre dans les Assemblées» y fue redactado por Laclos, aunque se atribuye también a Siéyes que ciertamente redactó, en la segunda parte, las «Délibérations». Data de énero de 1789 (se encuentra en la Biblioteca Nacional de París, tercera edición. B.N. 8.º Lb 39 1380 C).

centra en una serie de derechos y libertades: la libertad individual, la libertad de publicar las opiniones y la libertad de prensa, la inviolabilidad de la correspondencia, el derecho de propiedad, la legalidad fiscal principalmente¹⁷². Las *Délibérations* que suponen, igualmente unas reflexiones para unificar criterios incluyen, entre las necesidades nacionales más urgentes «La Déclaration des Droits» a la que su redactor, Sieyes, atribuye la función de señalar al Legislativo la finalidad para la que ha sido creado, y a la generalidad de los ciudadanos la de imbuirles de los principios de toda asociación humana libre. Así se referirá a la libertad individual, de pensamiento, de expresión, de imprenta, de publicación de los escritos, y señalará en relación con la Ley algo que la «Déclaration» recogerá: «...La loi ne peut à cet égard comme à tous le autres, défendre que ce qui nuit aux droits d'autrui». Y añade más adelante que los límites de los derechos «...sont indiqués par la loi; telle est la fonction et non d'accorder aux uns des privilèges au dépens des autres...». No sólo es un rechazo del sistema jurídico de la Monarquía Absoluta, sino también un anuncio de la doctrina sobre la Ley que recogerá el texto de 1789.

También se pueden tomar en consideración los proyectos de Lafayette, Condorcet o el de Jacques Pierre Brissot.

El texto de Lafayette no se llega a publicar, pero es difundido y contendrá la primera de tres redacciones que consultará con Jefferson, coautor de la Declaración de Independencia Americana de 1776 y entonces Embajador en París¹⁷³. La idea de la igualdad natural, limitada por distinciones que tengan como base y como medida la utilidad general, de la propiedad, la libertad, el honor y la vida, de la igualdad de procedimiento, la soberanía nacional, la libertad de opinión y de pensamiento, la de prensa, la de la industria y del comercio, y también de la libertad religiosa, de donde se desprende la influencia americana, son aspectos que se recogen en su formulación.

Condorcet, por su parte, en el mes de febrero, en pleno período electoral, publicará un folleto que denominará «Déclaration des Droits»¹⁷⁴, en un momento de gran actividad, donde no sólo dará a luz otros seis opúsculos, sino que contribuirá a formar uno de los primeros, si no el primero de los clubs políticos, con Mirabeau, Target, La Cretelle, Roderer o Dupont, un discípulo de Turgot que prepara con Condorcet una apología de las instituciones americanas¹⁷⁵. En la introducción al proyecto que denomina «Avertissement», comienza con una justificación que recuerda al Preámbulo de la Declaración:

«...Un déclaration des droits doit être entendue par tous les citoyens parce qu'il est utile et surtout juste que tous soient instruits de leurs

172. Vid. un amplio extracto en Rials, citado pp. 530 y ss.

173. Recogido por Rials obra citada p. 528, aunque será conocido inicialmente por Jefferson. Vid. «The Papers of Thomas Jefferson». Boyd. Princeton University Press 1958. Tomo 14, pp. 438 y ss. Vid. asimismo CHINARD, G.: «The letter of Lafayette and Jefferson». Johns Hopkins Press. Baltimore y Les Belles Lettres. París 1928.

174. Se encuentra en sus obras completas «Oeuvres» editada por F. Arago y Mine O'Connor-Digot. París 1847-1849. 12 volúmenes, tomo IX, pp. 183 y ss.

175. Vid. Elisabeth y Robert Badinter, «Condorcet», citado p. 246.

droits, qu'ils connaissent les limites naturelles et nécessaires des pouvoirs créés par la société, qu'ils puissent réclamer contre l'abus de ces pouvoirs, qu'ils soient enfin prémunis contre les erreurs où de fausses idées sur la nature et l'étendue de leurs droits pourraient les entraîner...»¹⁷⁶. Y ya en el propio texto que denomina «Déclarations des droits», asimismo, comienza, con un punto de vista lockiano sobre el fin de la sociedad:

«Le but essentiel de la société est d'assurer à tous ceux qui la composent la jouissance entière et paisible des droits mutuels qui dérivent de leur nature et de leurs rapports entre eux». Parece que estamos en la lectura del segundo Tratado de Locke, lo que se acentúa con la afirmación de que la exposición de los derechos supone a la vez el deber y los límites del poder social.

La enumeración de los derechos que sigue en lo que ya es propiamente el contenido de la Declaración se condensa en la seguridad y la libertad de la persona y en la seguridad y la libertad de la propiedad, y en esta última se encuentra esa mala tradición que no vincula los derechos y las libertades únicamente con las personas, sino que las atribuye en algún sentido a bienes materiales. Esta tradición parece que establece como sujeto de la seguridad y de la libertad a la propiedad, aunque el desarrollo en los apartados correspondientes «Pour la sûreté de la propriété» y «Pour la liberté de la propriété»¹⁷⁷, pese a sus denominaciones equívocas, se refiere ya a los derechos de los propietarios y no de la propiedad.

El imposible contenido igualitario de la propiedad, la imposibilidad de que la propiedad sea realmente un derecho de todos y aun así su mantenimiento como derecho fundamental, parte en el texto de Condorcet del hecho de los propietarios que lo son, y cuyos derechos de libertad y seguridad sobre sus bienes son protegidos. Es un derecho fundamental de los propietarios y no un derecho fundamental a la propiedad, que podría llevar a una lectura más revolucionaria, aunque igualmente imposible, por la inexistencia de bienes suficientes para ser extendido a todos. Aquí Condorcet, contribuye a ese gran equívoco de legitimar con el concepto de derecho humano a una institución jurídica como la propiedad, sin duda necesaria para la vida social y para el tráfico jurídico, en el ámbito del Derecho privado, pero que no cabe en un concepto que expresa una expectativa para todos. La Declaración también, con la socialización de la propiedad en el artículo 17, reforzará esa falsa noción, que se incorporará a la cultura de los derechos humanos, en pugna con la realización efectiva de los mismos en lo que llamo el proceso de generalización¹⁷⁸.

El desarrollo del apartado «Pour la sûreté de la personne» se concentra en garantías penales y procesales: principio de la legalidad de los deli-

176. Vid. Dossier n. 19 en Stéphane Rials, obra citada p. 546. La última frase no tiene sentido en francés y parece que debe faltar un «que» entre «idée» y «sur la nature», u otra fórmula que dé significado y que sin duda se debe a un error de imprenta del texto publicado por Rials.

177. Vid. en Dossier n. 19, citado p. 249.

178. Vid. mi trabajo «Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales» citado.

tos y de las penas, tribunales independientes, limitación de la pena de muerte, libertad de defensa, y de asistencia letrada y prohibición de la tortura, de la astucia o de la mentira para averiguar la verdad¹⁷⁹. El apartado «Pour la liberté de la personne» se inicia también por garantías procesales frente a la detención, y frente a la duración de la misma, y continúa con la libertad de residencia y de circulación, con la libertad de profesión con la de cultos, de opinión, de expresión, de imprenta, con los límites en este último caso, y por fin con la prohibición del trabajo forzado¹⁸⁰.

Finalmente Condorcet se refiere a la igualdad, con una terminología moderna, con la excepción, y no es pequeña, de que sitúa a la propiedad como límite a la igualdad. Para él es un derecho, el derecho a la igualdad, porque «...il ne peut exister aucun motif fondé sur la raison pour qu'un autre homme, à l'exception de ceux qui sont la suite nécessaire de ses qualités individuelles on de son droit de propriété»¹⁸¹.

En el desarrollo de éste que es el último apartado de su texto, la denominación será: «Pour le droit d'égalité naturelle» y en él se refiere a la igualdad en la ciudadanía, y como consecuencia de ella, al derecho de ejercer una igual influencia en el establecimiento del poder, en la elaboración de las leyes, en la elección de los representantes, siendo igualmente elegible. Es sorprendente la modernidad de lenguaje que utiliza Condorcet, probablemente uno de los hombres más brillantes y lúcidos de la época. La reivindicación de la igualdad como generalización — todos los ciudadanos destinatarios de las normas —, como acceso a la función pública, la igualdad como diferenciación — relevancia de los ingresos para fijar las contribuciones y los impuestos — son otras dimensiones que Condorcet contempla. Finalmente señalará el sometimiento de los gobernantes a la Ley y las sanciones por las violaciones de los derechos producidos por quienes ostentan algún poder, y la competencia de los ciudadanos y de sus representantes «expressément revetus de ce pouvoir et choisis pour l'exercer» para realizar las leyes y para fijar los impuestos.

Estamos también, como se ve, en un planteamiento coincidente con la mentalidad general de la época que relativiza los esfuerzos de atribución individualizada de influencias en la elaboración de la Declaración.

Brissot de Warville¹⁸², producirá, con fecha primero de mayo de 1789, un texto dirigido a los grandes electores de París titulado «...Précis adressé, à l'Assemblée Générale des électeurs de Paris, pour servir à la rédaction du Cahier de doléances de cette ville». En ese texto, planteará cuatro grandes temas de los que sería urgente ocuparse inmediatamente:

179. Vid. Dossier 19, citado p. 548.

180. Vid. Dossier 19, citado p. 548.

181. Vid. Dossier 19, citado p. 547.

182. Vid. Rials obra citada pp. 562 y ss. Brissot se convertirá más tarde en uno de los jefes girondinos, y fundador de la Sociedad de amigos de los negros y había producido en 1780 un escrito, aparecido como anónimo «Recherches philosophiques sur le droit de propriété considéré dans la nature», donde, desde líneas próximas a las de Mably habrá criticado el concepto de propiedad de los fisiócratas. Sobre este autor vid. «Brissot. La Gironde au pouvoir». Laffort. París 1986.

- 1.º) L'Organisation des Etats Généraux de 1789 et la manière d'y deliberer.
- 2.º) La Déclaration de Droits.
- 3.º) La Constitution.
- 4.º) La consolidation de la dette et les recours provisoires pour la payer.

En uno de los problemas que se discutieron durante la elaboración de la Declaración, si debía ésta abordarse con carácter previo o en el seno de un único debate para la elaboración de la Constitución, Brissot tomará partido por la primera solución, que será además la que prospere.

El punto de partida, resumen y síntesis de toda la Declaración puede, dirá, encerrarse en una fórmula:

«...Tous les hommes sont nés libres et égaux en droits...». Será como la norma básica material de la que se deducen todos los demás derechos, y que recuerda el punto de partida de la Declaración aunque en ésta se añadió el verbo «demeurent» —permanecen— para matizar y completar la libertad y la igualdad innatas, con el mantenimiento de esa situación no sólo en el punto de partida, sino en el camino hacia el punto de llegada.

Los derechos que derivan de esa norma fundamental serán para Brissot los siguientes:

- Todo poder deriva de los hombres.
- No pueden ser detenidos sino en virtud de la Ley.
- Pueden publicar e imprimir sus ideas.
- Pueden reunirse.
- Será necesario su consentimiento para la aprobación de leyes, creación de impuestos o lanzamiento de empréstitos.
- Deciden la asignación y el reparto de los fondos y controlan su empleo.
- Pueden reunirse en Estados Generales, con independencia del ejecutivo.
- Pueden vincular a cualquier poder, y ningún poder puede vincularles.
- Pueden reformar la Constitución.

No es extraño que no incluya entre esos derechos el de propiedad por su posición contraria a la de los fisiócratas y moderadamente próxima a la de Mably, pero parece menos explicable que omita la mayor parte de las garantías procesales, que, sin embargo, sí recogerá la Declaración. Veremos que no hay referencias a la libertad religiosa, con lo que Brissot se situará en esa corriente laica que es uno de los elementos diferenciadores del texto francés respecto a los americanos.

B) *La elaboración de la Declaración*

A partir del 9 de julio, con la propuesta de Mounier, empieza la cuenta atrás que llevará a la producción de la «Déclaration des droits de l'homme et du citoyen». La iniciativa no será bien acogida, porque como dice Rials, el centrismo de Mounier no es apreciado ni por la derecha ni por la izquierda, y Lafayette dará paso a una nueva propuesta, el día 11, donde

intentará transmitir su experiencia americana y sin duda alguna las reflexiones de Jefferson. Durante todos los debates, que fueron muy vivos, la presidencia de la Asamblea se desempeñó por diversos diputados, con lo cual no contó tampoco aquel debate, en el que se pueden señalar el inicio del parlamentarismo en Francia, con una presidencia fuerte. En efecto, Lefranc de Pompignan presidió hasta el 18 de julio, el Duque de Liancourt hasta el 3 de agosto, Le Chapelier hasta el 17 de agosto con un breve interregno, con dimisión de Thouret, y a partir de esa fecha, en los momentos decisivos, el Conde de Clermont-Tonnerre. Hay que decir, igualmente, que el reglamento aprobado el 29 de julio, y presentado por Rabaut Saint-Etienne, no fue tampoco seguido y que una cierta anarquía reinó en muchos momentos, ya que el precepto que obligaba a los diputados a inscribirse previamente para intervenir, no se amplía, ni tampoco las mociones que se defendían, obedecían al principio de inscripción previa¹⁸³. Estas condiciones favorecían la confusión que se veía potenciada por la cantidad de propuestas presentada ante los Comités o el Pleno, entre veinte y treinta, según Mirabeau explicó en su informe a la Asamblea el 17 de agosto, y por el gran número de diputados que intervinieron, alrededor de ciento veinte, según el estudio de De Baecque¹⁸⁴.

Hay que decir también que una serie de problemas previos contribuyeron asimismo a la moderación del optimismo inicial que pensaba que la concreción de unas verdades comunes y evidentes por sí mismas no ocuparían largo tiempo a los constituyentes. Mirabeau en su intervención citada del 17 de agosto, para presentar el informe del Comité de los Cinco, expresaba esa creencia ante «...d'axiomes tellement simples, évidents et féconds... qu'il serait impossible de s'en écarter sans être absurde...». El pluralismo de las propuestas y los obstáculos a la misma idea de la Declaración, llevó a Crèrière a preguntarse por la virtualidad de seguir manteniendo que se trataba de un proyecto apoyado con consenso universal: «...Nos droits son invariables, toujours constants, toujours les mêmes, et cependant ils augmentent ou ils diminuent selon l'opinion des auteurs des projets de déclaration des droits...»¹⁸⁵.

Finalmente no puede olvidarse que durante los debates se produjeron acontecimientos dramáticos y violentos el 14 de julio o la noche del 4 de agosto, o lo que se llamó «la grande peur», que sin duda influyeron en la

183. El Capítulo II del Reglamento denominado «Ordre pour la parole» contenía un primer artículo que literalmente establecía que «...aucun membre ne pourra parler qu'après avoir demandé la parole au Président, et quand il l'aura obtenu, il ne pourra parler que debout...». Por su parte, el Capítulo IV «Des Motions», decía en su artículo 2: «...Tout membre qui aura une motion à présenter se fera inscrire au bureau...». Vid. el texto en BAECQUE, W., SCHMALE y VOVELLE, M.: *L'An 1 des droits de l'homme* citado p. 40. Es una obra de gran utilidad, donde, junto a un interesante estudio preliminar del profesor De Baecque, existe una amplia documentación, en algunos casos coincidente y en otros complementaria de la obra de Rials, «*La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*», ya citada.

184. Vid. su trabajo introductorio «...Le choc des opinions. Le débat des droits de l'homme, juillet-août 1789», en «*L'An 1 des droits de l'homme*» citado p. 23.

185. Crèrière fue Diputado del tercer Estado por Vendôme. Fue uno de los escépticos, como se ve por este texto, sobre el sentido y la posibilidad de la «*Déclaration*», con carácter previo y prefería su reenvío a un debate posterior a la aprobación de la Constitución. La referencia en «*L'An 1 des droits de l'homme*» citado, p. 9.

orientación de la producción de la Declaración. Una vez más los hechos históricos desmienten al ingenuo optimismo racionalista.

Con estas observaciones generales podemos examinar el proceso de la elaboración de la Constitución, desde dos puntos de vista: el de los obstáculos previos y el de los pasos que llevaron hasta el 27 de agosto en que se interrumpió indefinidamente, el proyecto con 17 artículos aprobados que se convirtieron, por ello, en el texto definitivo que conocemos, al no reanudarse nunca los debates suspendidos¹⁸⁶.

1. *Los obstáculos previos*

Como un análisis pormenorizado de todos los avatares de éstos que he denominado obstáculos previos, es imposible en este contexto, se pueden caracterizar, agrupándoles en tres modelos de controversia: la elección entre la reforma del viejo Derecho, o la construcción de un nuevo paradigma, la discusión sobre el lugar y el momento de la Declaración, en relación con la Constitución, y la propuesta de incorporar a la Declaración de derechos una de deberes. El objetivo de todas estas alternativas u objeciones es impedir o dificultar la aprobación de la Declaración.

a) *Entre el viejo Derecho y el nuevo paradigma*

Este debate se generará entre los partidarios del modelo inglés, de reforma de la vieja Constitución monárquica frente a las propuestas de una Declaración de Derechos, que exprese los llamados derechos naturales. Ante el impulso imparable del pensamiento de la Ilustración, se opone un planteamiento como el que justificará la posición crítica de Burke.

Tres ejemplos de este planteamiento los encontramos en intervenciones de Mounier, de Lally Tollendal y de Delandine.

Mounier en su discurso ya referido del 9 de julio, adoptará esa postura reformista que tiene en cuenta para construir el futuro la existencia de materiales del pasado: «Sans doute nous ne pouvons pas dire qu'en France nous soyons entièrement depourvus de toutes les lois fondamentales propres à former une constitution...»¹⁸⁷.

Lally Tollendal, reaccionando ante la propuesta de Lafayette del 11 de julio, en la misma línea que Mounier, distinguirá entre el modelo americano «...un peuple raissant qui s'anonce à l'Univers, d'un peuple colonial qui rompt les liens d'un gouvènement éloigné...» y la situación francesa, que aproxima al modelo inglés, «...d'un peuple antique, immense, l'un des

186. Los debates sobre la elaboración de la Declaración no se encuentran completos, y su conocimiento exige una tarea de construcción y de comparación entre diversos textos, empezando por los Archives Parlementaires de Madival y Laurant, ya citados, siguiendo por los periódicos de la época, especialmente «Le journal des Etats généraux», conocido como «Logographe», o los ya citados «Lettres de Mirabeau à ses commentants». Sobre todas estas fuentes, vid. DE BAECQUE, en «L'An 1 des droits de l'homme» citado, la introducción a los textos, pp. 51 a 53.

187. Vid. el discurso de MOUNIER, en «L'An 1 des droits de l'homme» citado, p. 58. Mounier (1758-1806) es anglófilo, y aunque es uno de los hombres decisivos en la elaboración de la Declaración, como diputado del tercer Estado por el Dauphiné, representará al sector moderado y promonárquico, lo que explica su postura en este tema.

premiers du monde, qui depuis quatorze cents ans, s'est donné une forme de gouvènement...»¹⁸⁸.

Delandine, el primero de agosto, intervendrá también, después de un discurso de Malouet¹⁸⁹ que criticaba a las discusiones sobre la Declaración como metafísicas, y lo hará en el mismo sentido:

«...Ce n'est pas des droits naturels fixés au berceau des peuplades naissantes qu'il faut s'occuper; c'est des droits civils, du droit positif propre à un grand peuple, reuni depuis quinze siècles, vieilli au milieu des lois discordantes, mais éclairé en ce moment par l'histoire, qui n'est que l'expérience des faits, par la philosophie et surtout para son intérêt, loi suprême des Etats, comme elle est celle des individus qui les composent...»¹⁹⁰.

Esta objeción a la Declaración, que anunciaban ya algunos Cahiers, como el de Pont-à-Mousson, el de la nobleza de Bigorre o el del tercer Estado de la parroquia de Sant Veast, como hemos visto, se plantea desde los sectores moderados de la Asamblea, monárquicos y anglófilos, y suele coincidir con la segunda de las modalidades de objeciones a la Declaración la que pretende posponerla a la redacción de la Constitución.

b) *La Declaración después de la Constitución*

Aunque era difícil, en la Asamblea, estar directamente contra la Declaración, se intentó a primeros de agosto, impedir el avance del debate con la propuesta de que éste se produjera después de aprobada la Constitución. Como en aquellos días se vivían momentos de agitación, los moderados temían que la Declaración pudiera acentuar hasta el paroxismo las reivindicaciones populares, y preferían que la Constitución fijase las reglas del juego. Escritos y opiniones en la prensa, contribuían a ese clima e incluso lo superaban. Así el panfleto «L'Abus de la liberté», acusaba a esta idea como «...l'idole nouveau, à qui tous sacrifient, à qui tout est sacrifié...»¹⁹¹. Todo ese planteamiento empujaba a los más moderados en la Asamblea a propugnar hacer primero las leyes, empezando con la Constitución. En realidad se trata de un enfrentamiento político entre partidarios y adversarios de la Declaración. Entre estos últimos están el Duque

188. Vid. su discurso en RIALS: «La déclaration des droits de l'homme et du citoyen...», citado, p. 122. Lally Tollendal, (1751-1830), uno de los oradores de la Asamblea más respetados fue elegido como diputado de la nobleza por París. Aunque nunca se pronunció contra la Declaración, adoptó una posición más historicista y más relativista. Había sido condenado durante el régimen absoluto y Voltaire consiguió su rehabilitación.

189. Malquet (1740-1814) era jurista y funcionario de Marina en Toulon. Fue elegido por el tercer Estado de Rion. Será con Lally Tollendal uno de los líderes del futuro partido monárquico, y tomará distancias respecto de la Declaración.

190. Vid. su intervención en «L'An 1 des droits de l'homme», citado, p. 108. Delandine (1756-1820). Fue diputado del tercer Estado de Forez. Abogado en el Parlamento de París, defendió la Monarquía Constitucional, y las prerrogativas tradicionales del Rey, lo que le alejó, como se ve por las palabras transcritas de su discurso de la idea de una Declaración de derechos del hombre y del ciudadano.

191. Se encuentra en la Biblioteca Nacional, Lib. 39, 7792 (B.N.). El texto está citado por DE BAECQUE, en «L'An 1 des droits de l'homme», p. 17. En la misma línea «Secourons la Monarchie, mais par les seules armes de la moderation et de la raison» (Lib. 39, 2.249 [B.N.]) o, «Prenez garde à vous, ou de la liberté et de l'égalité des citoyens» (Lib. 39, 2.136 [B.N.]).

de Levis, del grupo del futuro Luis XVIII¹⁹², aunque éste matizadamente, Champion de Cicé¹⁹³, Malouet y el Obispo de Langrès, La Luzerne¹⁹⁴, entre otros.

El proyecto de Declaración es para estos autores inútil, metafísico, poco práctico, peligroso, porque puede impulsar los desórdenes actuales, y puede desunir a una Asamblea que debe arreglar problemas muy urgentes, hacia discusiones teóricas de filósofos.

En defensa de la Declaración intervendrá arduosamente Montmorency¹⁹⁵, inspirándose en Sieyes y propugnando la discusión y aprobación previa de una Declaración:

«...Pour élever un édifice, il faut poser les fondements; on ne tire pas de conséquences sans avoir posé des principes; et avant de se choisir des moyens et de s'ouvrir une route, il faut s'assurer du but. Il est important de déclarer les droits de l'homme avant le Constitution, parce que la Constitution n'est que la suite, n'est que la fin de cette déclaration...»¹⁹⁶.

Junto a él intervendrán los días 2, 3 y 4 de agosto Desmeuniers¹⁹⁷, Castellane¹⁹⁸, Target¹⁹⁹, Bernave²⁰⁰, Custine²⁰¹, Mounier y el Conde de Virieu²⁰². Aunque los debates serán confusos y a veces tumultuosos, e incluso el Presidente Thouret, se agotará agitando su campanilla, y perderá su voz llamando al orden, llegando a dimitir, muchos indecisos se pasarán al campo de los partidarios de la Declaración, con lo que este argumento se agotó sin que se produjera votación concreta. Dumont, el que más tarde será traductor de Bentham, y que entonces exiliado de Ginebra, trabaja con Mirabeau, comentará esta situación sosteniendo que eran pocos los que consideraban que no fuese imprescindible la Declaración²⁰³. El día 4 de agosto la Asamblea aprobó la abolición de los derechos señoriales y feudales, de las dimas y otros privilegios, y al mismo tiempo trató y en ese caso además votó, sobre el último obstáculo que se oponía a la redacción del texto.

192. El Duque de Levis (1746-1830). Diputado de la nobleza por Sendis.

193. Champion de Cicé (1735-1810). Arzobispo de Burdeos desde 1781. Elegido diputado del clero por esa ciudad.

194. El Duque de La Luzerne (1735-1810). Obispo de Langrès, pronunció la oración fúnebre de Luis XV. Diputado del clero de su diócesis, se sitúa entre el sector más tradicional de la Cámara.

195. El Duque de Montmorency (1767-1826). Amigo de Lafayette fue diputado de la nobleza por Moutfort-l'Amaury, y es uno de los ejemplos de noble liberal, aunque evolucionará en su madurez hacia posiciones más tradicionales.

196. En «L'An 1 des droits de l'homme», citado, p. 99.

197. Desmeuniers (1751-1814). Diputado del tercer Estado por París. Secretario del Conde de Provenza, fue miembro del Comité de los Cinco, encargado de la redacción de un anteproyecto de Declaración.

198. Castellane (1758-1837). Diputado de la nobleza de Châteauneuf-en-Thymerais.

199. Target (1733-1806). Abogado en el Parlamento de París y diputado del tercer Estado por esa ciudad. Autor de un proyecto de Declaración.

200. Bernave (1761-ejecutado en París en 1793). Abogado en Grenoble, Diputado de los tres Ordenes en el Dauphiné.

201. Custine (1740-ejecutado en París en 1793). Diputado de la nobleza por Metz, combatió en la guerra de independencia americana. Autor de un proyecto de Declaración.

202. Virieu (1754-1793). Diputado de la nobleza por el Dauphiné. Fue uno de los primeros de su orden que se unió al tercer Estado. Miembro del Comité de Constitución.

203. En DUMONT, E.: «Souvenirs sur Mirabeau» Duval Gosselin, 1832, p. 138.

c) *La Declaración de deberes*

Ya antes del día 4 de agosto en que se entró directamente en el tema, flotaba en el aire, sobre todo en los sectores más tradicionales vinculados al clero, la idea de incorporar una Declaración de deberes a la de derechos.

Target, sin duda desde otra perspectiva, puesto que defendía la necesidad de una Declaración de derechos, planteó ya el 1 de agosto, la vinculación de los deberes con los derechos.

«...Ce ne sont point les lumières que l'on doit craindre. La vérité ne peut être dangereuse; elle apprend à l'homme quels sont ses droits, quels sont ses titres; elle lui apprend aussi quels sont ses devoirs.

En apprenant à l'homme quels sont ses droits, il respectera ceux des autres; il sentira qu'il ne peut jouir des siens qu'en n'attaquant pas ceux des autres, et il sentira enfin que la force de son droit est dans le respect qu'il aura pour celui des autres...»²⁰⁴. Para Target el tema se plantea desde una idea del Derecho donde los deberes son correlativos a los derechos, puesto que en una concepción relacional todo el derecho supone un deber correlativo genérico o específico de otra u otras personas identificadas o identificables. Pero la vinculación derecho-deber se planteará con otra mentalidad, por diputados del clero y por otros conservadores, ya desde el mismo día 1 de agosto, aunque sin especial hincapié. Y lo hará Grandin:

«...Une déclaration des droits renferme nécessairement des matières abstraites et sujettes à des discussions; il n'est pas prudent d'exposer les droits sans établir les devoirs...». Ya no son los deberes correlativos, sino que se trata de una declaración paralela, expresión de un tratado de moral. En el fondo es la desconfianza, el temor y la sospecha ante los derechos solemnemente proclamados, y Grandin acabará solicitando que se abandone la idea de la Declaración de derechos²⁰⁵. También en la intervención del Duque de Levis ya citada, se mencionará de pasada la necesidad de asociar los derechos a los deberes, pero será, como hemos dicho, el día cuatro cuando el tema se planteará formalmente a partir de una moción que presenta el diputado Camus²⁰⁶ sobre si se hará o no, conjuntamente, una Declaración de derechos y deberes. La moción fue recibida con grandes aplausos desde los escaños ocupados por el clero.

El Abbé Gregorie pidió la palabra para exponer su opinión sobre la moción de Camus y la apoyó con los siguientes argumentos:

«1.º) Les devoirs ne derivent pas des droits, comme on vient de la soutenir. Ils sont corrélatifs et marchent sur des lignes parallèles. Il est impossible de concevoir des droits actifs sans droits passifs, et ceux-ci sont des devoirs...

204. Vid. el discurso de Target en «L'An 1 des droits de l'homme» citado, p. 101.

205. Vid. el texto de Grandin en «L'An 1 des droits de l'homme» citado p. 103. Grandin (1755-1823). Cura de Ernée. Diputado del clero por Maine.

206. Camus (1740-1804). Diputado del tercer Estado por París.

2.º) La Constitution que vous allez faire sera une conséquence des devoirs comme des droits. La Déclaration qui en sera le préliminaire doit donc poser le fondement des uns et des autres...

3.º) En général, l'homme est plus porté à user de ses droits qu'à remplir ses devoirs... Présentez donc aux citoyens, le préservatif d'un pouvoir qu'il serait tenté de croire illimité. Etablissez le contrepoids des devoirs et des droits: qu'il sache non seulement ce qu'il veut mais encore ce qu'il doit; montre-lui non seulement le cercle qu'il peut parcourir, mais encore la barrière qu'il ne peut franchir...»²⁰⁷.

Esta intervención es un signo del individualismo y de la relativa confusión en que se mueven los debates, porque el Abbé Gregorie es partidario de la Declaración de derechos, y se sitúa en la izquierda de la Cámara, aunque su intervención objetivamente apoyará, y con argumentos más serios, los de los conservadores. También se puede hacer una valoración similar de la figura política de Camus, que plantea la cuestión y que es igualmente situable en el sector progresista de la Asamblea.

Se opondrá a este planteamiento Toulangeon en una intervención que debemos recoger como expresión de la influencia que el recién publicado libro de Mably «Des Droits et des Devoirs du Citoyen», tiene entre los constituyentes, puesto que consideraba que los derechos eran naturales y los deberes, salvo los que se tienen hacia uno mismo, son sociales²⁰⁸. Para Mably en el Estado de naturaleza «...leurs droits étaient aussi étendus que leurs devoirs bornés...». Y añade para perfilar su idea: «...Tout appartenait à chacun d'eux, tout homme était une espèce de monarque qui avait droit à la monarchie universelle. A l'égard des devoirs, j'imagine que personne ne pouvait être coupable; puisque chaque homme ne devait rien encore qu'à lui même, et qu'il était impossible qu'il n'obéit pas à la loi imposée par la nature de se rendre heureux.

La naissance de la société produisit une révolution singulière... En s'obligeant de respecter en autrui les droits qu'il voulait respecter en soi, le citoyen a mis sans doute des bornes étroites au pouvoir illimité qu'il avait comme homme...»²⁰⁹.

Toulangeon, con un planteamiento similar, rechazará los argumentos de l'Abbé Gregorie:

«...C'est là une marche irrégulière. Les devoirs seront fixés par la Constitution, autrement ce serait une confusion. Le peuple retrouvera ses droits dans les principes, et ses devoirs dans les conséquences...»²¹⁰.

207. Vid. el texto del discurso en «L'An 1 des droits de l'homme», p. 123. El abbé Gregoire, Conde y cura de Embermenil. Diputado del Clero por Nancy y miembro del club Bretón.

208. «Des Droits et des Devoirs du citoyen», se acababa de publicar a principios de 1789 póstumamente, puesto que Gabriel Bonnet de Mably muere en 1785. Hay una edición actual, crítica, con estudio introductorio y notas de Jean Louis Leclerc en Marcel Didier, París, 1972.

209. Obra y edición citadas, p. 10.

210. Su intervención en «L'An 1 des droits de l'homme» citado, p. 124. Toulangeon (1739-1794). Diputado de la nobleza por Amont, fue uno de los primeros en unirse al tercer Estado.

Después de algunas intervenciones en favor de la moción de Camus, de Rhedon, del Duque de Levis y del Obispo de Chartres, Lubersac, y de una más matizada de Clermont-Lodève, el Presidente pone a votación la moción en voto nominativo, y es rechazada por 570 votos contra 433. Pocos minutos más tarde, y, en esta ocasión, casi por unanimidad, se decide que la Constitución será precedida de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Sin duda la mayor parte de los moderados se unieron a los más progresistas, partidarios de la Declaración, para derrotar al alto clero y a los tradicionalistas, partidarios de poner obstáculos.

Pese a algunas propuestas sorprendentes, como la de Mirabeau el 17 de agosto, no se volverá a poner seriamente en duda la continuación de la elaboración del texto de la Declaración.

2. *La elaboración de la Declaración*

Aunque el debate se interrumpe hasta el 12 de agosto, al final de la votación, que decide que la Declaración siga su curso, el Presidente Le Chapelier anunció que el primer objeto de discusión que sometería, sobre este tema a la Asamblea, sería el de la elección del proyecto que la Cámara prefiriese, o, en su caso, del que resultase de la comparación de varios.

El proyecto de abolición de los privilegios y de los derechos feudales, que se consideró urgente para detener la agitación, ocupará gran parte del trabajo de la Asamblea, y por otra parte el gran número de proyectos presentados dificultó un trabajo rápido.

Algunos de esos proyectos, aunque rechazados como base de la discusión recuperarán su valor, en la última fase de los trabajos cuando se escoge el proyecto de la Comisión sexta. Entre ellos podemos encontrar, además de los presentados con anterioridad como el de Lafayette, los de Thouret²¹¹, Gallot²¹², Sinety²¹³, Bouche²¹⁴, Rabaut²¹⁵, Mounier, Sieyès²¹⁶ o Gourges-Cartou²¹⁷. También se presentará el de la sexta Comisión, que fue elegido como documento base de la discusión más adelante²¹⁸. Ante esta compleja situación, a propuesta de Desmeuniers se decide formar una comisión que actuará como ponencia para facilitar el trabajo del Pleno. Efectuada la votación el 13 de agosto se eligen cinco miembros, Desmeu-

211. Thouret (1746-ejecutado en 1794). Abogado en el Parlamento de Normandía. Elegido por el tercer Estado de Normandía.

212. Gallot. Médico y Diputado del tercer Estado por Poitou.

213. Sinety (1740-1811). Marqués y diputado por la nobleza en Marsella.

214. Bouche (1737-1795). Diputado del tercer Estado por Aix.

215. Rabaut Saint-Etienne (1743-ejecutado en 1793). Abogado y Pastor protestante, amigo de Lafayette, diputado del tercer Estado por Nîmes. Miembro de la Comisión de Constitución.

216. Sieyès (1748-1830). Vicario General de Chartres. Autor de «Où'est-ce que le tiers Etat?». Diputado del tercer Estado por París.

217. Gourges-Cartou. Comerciante en Moissac. Diputado del tercer Estado por Quercy.

218. Vid. comentarios de todos estos proyectos en RIALS, «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen» ya citada pp. 170 y ss. y los textos en el Dossier a partir de la p. 612.

niers, La Luzerne, Mirabeau²¹⁹, Tronchet²²⁰ y Auvergnat Rhedon²²¹. Esta Comisión, más bien conservadora, cumplió su cometido muy en secreto y no se conocen detalles de sus trabajos, aunque Mirabeau afirmó que estudiaron veinte proyectos y más tarde treinta, según Rials, que también aduce, como testimonio de Dumont, que Mirabeau, el motor de la Comisión, se reunía más con sus colaboradores que con los miembros de ésta²²².

Terminado su encargo, Mirabeau lo expone el 12 de agosto en un largo discurso que no convencerá a la Asamblea, que comenzará la sesión con la elección de Clemont Tonnerre como Presidente, que continuará en esa función hasta la conclusión de los trabajos, el 27 de agosto²²³. Señala la dificultad, la necesidad de establecer verdades simples y comprensibles porque «...la liberté ne fut jamais le fruit d'une doctrine travaillée en déductions philosophiques, mais de l'expérience de tous les jours...». También rechazará los excesos como reacción ante los abusos del despotismo hasta hacer «...moins une déclaration des droits de l'homme qu'une déclaration de guerre aux tyrans...» y añadirá en una fórmula que recuerda mucho a Voltaire, e incluso a Montesquieu, al que no estimaba demasiado, que «le véritable courage de la sagesse consiste à garder, dans le bien même un juste milieu». Posteriormente leerá el proyecto del que importará principalmente el preámbulo que será recogido con pequeñas modificaciones por la redacción definitiva²²⁴.

Acabada su intervención se remite el texto a las Comisiones para la discusión, y se reanuda el debate en el Pleno al siguiente día, es decir, el 18 de agosto.

El discurso y la propuesta de Mirabeau no fueron bien acogidos e intervinieron con objeciones Crenière, Duport²²⁵, el Abbé Gregorie, su propio hermano el Vizconde de Mirabeau²²⁶, Bonnay²²⁷ y con una intervención importante defendiendo el proyecto de Sieyès, Rabaud Saint-Etienne. En general rechazaron el proyecto de Mirabeau, o del comité de

219. El Conde de Mirabeau (1749-1791). Escritor. Fue con Sieyès, Mounier y Lafayette, uno de los más famosos miembros de la Asamblea. Diputado del tercer Estado por Aix. Se comunicaba con sus electores a través de las «Lettres aux Commettants» ya citadas. Se apoyó en un equipo, su «atelier», formado por cuatro ginebrinos exiliados, Clavière, Dumont, conocido más tarde por su difusión de la obra de Bentham, Du Roveray y Reybaz.

220. Tronchet. Abogado de París, anciano y conservador que se opuso a la conversión de los Estados Generales en Asamblea Constituyente.

221. Abogado monárquico más moderado aún que Tronchet.

222. Vid. RIALS: «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen», citada p. 198.

223. Clermont-Tonnerre (1757-1792). Militar, elegido diputado por la nobleza de París. Formó con Malonet el club monárquico.

224. Vid. el discurso y el texto del proyecto que propone en «L'An 1 des droits de l'homme», pp. 126 a 130.

225. Duport (1759-1798). Diputado de la nobleza por París. Presentó un proyecto, y jugó un papel importante en la discusión final, con influencia en la redacción de varios artículos del texto definitivo.

226. Mirabeau (1754-1792). Hermano pequeño del Conde de Mirabeau. Diputado de la nobleza por Limoges. Defensor de posiciones tradicionales, se opuso a la Declaración e hizo habitualmente la contra a su hermano.

227. Bonnay (1750-1825). Diputado suplente de la nobleza por Nivernais, se incorporó como titular a la Asamblea el 21 de julio de 1789.

los cinco, presentado por Mirabeau, para ser formalmente más exactos, y propusieron que se escogiese otro, en algún caso como el de Rabaud ofreciendo una alternativa. El Marqués de Bonnay depositaría una moción para que la Asamblea Nacional, reunida en Comisiones, vote para escoger un proyecto de Declaración, y que el que resulte elegido sea discutido artículo por artículo.

Mirabeau, que siguió el debate con creciente irritación y que pretendió intervenir fuera del turno de palabra, lo que no consiguió, defendió tras todas esas intervenciones, con poca convicción, con distanciamiento su proyecto, para el que repitió los calificativos de débil, aunque adecuado para el esfuerzo de síntesis que se les había solicitado. No aceptó la opinión favorable que sobre el texto de Sieyès se había expresado, y lo hizo en la línea del modelo inglés, porque un pueblo viejo no puede acomodarse a los principios filosóficos en toda su pureza. Se opuso también a la propuesta de reenvío del problema a la Comisiones, y a la elección de un nuevo proyecto por votación. Una reducción concreta es difícil de hacer por votación y en Comités. Construyendo paradójicamente su pensamiento, dirá que ése es un supuesto donde se justifica el despotismo:

«...De toutes les choses humaines, je n'en connais qu'une où le despotisme soit non seulement bon mais nécessaire: c'est la rédaction; et ces mots 'comité' et 'rédaction' burlant d'effroi de se voir accouplés...»²²⁸.

En una posterior intervención, tras la propuesta de la moción de Bonnay²²⁹, Mirabeau llegará a proponer como individuo y no como miembro del Comité de los cinco, la conocida tesis de que se reenvíe la discusión a la más general que tenga lugar para aprobar la Constitución.

Los Anales Parlamentarios relatan que los aplausos y los murmullos se confunden en lo que Rials llama «le faux pas de Mirabeau...»²³⁰.

Las consecuencias del paso en falso es la devolución del proyecto de la Comisión por iniciativa de Le Chapelier. El día 19, después de una discusión donde Lally Tollendal defiende el modelo inglés, y propone como más próximos a él, que se tomen como base de discusión los textos de Mirabeau, de Lafayette y de Mounier, y si eso no es posible aceptar la última propuesta de Mirabeau y volver a iniciar el camino por la Constitución, se decide votar en el Pleno de la Asamblea el proyecto que será tomado como base de la redacción de la Declaración. Por 620 votos es elegido el de la sexta Comisión, frente a 240 obtenidos por el de Sieyès y 45 por el de Lafayette. Probablemente el amplio acuerdo que unirá a sectores no homogéneos de la Cámara se debe a la valoración positiva que hacen los diputados del trabajo de una Comisión que ha logrado llegar a

228. El texto y todo el debate del 18 de agosto, recogido de los Archivos Parlamentarios en «L'An 1 des droits de l'homme», citado pp. 130 y ss. El texto se encuentra concretamente en la p. 140.

229. Rials atribuirá esta moción al Marqués de Maulette, probablemente recogiendo ese nombre de la obra de WALCH: «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'Assemblée constituante. Travaux préparatoires», ya citada, p. 134 (Vid. RIALS: «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen» citada, p. 208).

230. *Ob. cit.*, p. 203.

su fin, y a que en su composición no están diputados que susciten o entusiasmo o rechazo de un sector de la Cámara. Target explicó el 20 de agosto aquella decisión inesperada: «...Cette déclaration ne contient pas des principes contestés; elle est courte, simple et exacte, mais elle manque d'énergie et d'expression. On doit la regarder non pas comme un modèle de Déclaration, mais comme l'ébauche du travail que nous avons à faire, comme l'occasion de la discussion que nous allons entreprendre...»²³¹. En su comentario introductorio, De Baecque coincidirá con esta opinión, con una fórmula sucinta: «...Un texte obscur est donc choisi, et sans doute cette 'qualité' a-t-elle grandement contribué à l'élection; l'Assemblée a voulu la perfectibilité plutôt que la perfection...»²³².

La sexta Comisión estaba presidida por el obispo de Nancy, De la Fare, y formada por diputados de tres procedencias heterogéneas. Un grupo de nobles liberales, encabezados por el Conde de Montmorency, un grupo moderado formado por los diputados del tercer Estado, entre los que destaca Anson²³³, y finalmente una importante minoría conservadora dirigida por el propio presidente de la Comisión. Su proyecto será resultado de ese cruce de influencias. Con prudencia y con voluntad de conciliación, como afirma De Baecque, se llega a un compromiso²³⁴.

Si aceptamos la hipótesis de este autor, habrían tomado como base de sus reflexiones el texto de Sieyès, del que sacarán una versión «...modérée et purgée de ses audaces comme de ses abstractions...»²³⁵. El texto de 24 artículos del que sólo perdurarán en el texto definitivo los artículos 12 a 16, fue redactado principalmente por Anson, aunque intervino también el obispo de Nancy.

La cronología que condujo a la «Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen», será la siguiente:

— El día 20 de agosto se aprobó el preámbulo, que fue el del proyecto de los cinco, es decir, el de Mirabeau, al que se añadirá como novedad significativa, al final, en el último párrafo, a propuesta de Demeuniers, la fórmula «...en présence et sous les auspices de l'Être Suprême...». Asimismo se aprobaron los tres primeros artículos a propuesta de Mounier, que no procedía tampoco del texto de la sexta Comisión.

Art. 1.º «Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune»²³⁶.

Art. 2.º «Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont: la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression...».

231. El texto en «L'An 1 des droits de l'homme», citado p. 149.

232. «L'An 1 des droits de l'homme», citado p. 28.

233. (Anson 1744-1810). Diputado del tercer Estado por París. Financiero y miembro del Comité de Constitución. De tendencia moderada y redactor en la sexta Comisión del proyecto de Constitución.

234. En *Ob. cit.*, p. 29.

235. *Ob. cit.*, p. 29.

236. Vid. la traducción castellana de la Declaración en «Derecho positivo de los derechos humanos», citado pp. 112 y ss.

Art. 3.º «Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressement».

Los Archivos Parlamentarios dirán, lacónicamente, «Les articles sont adoptés». Sin embargo no fue exactamente así, sino que antes de la aprobación se produjeron apasionados debates. En concreto la propuesta inicial de Mounier al artículo primero, establecía sólo que los hombres *nacían* libres e iguales. La expresión *y permanecen*, «demeurent», se añadió en un debate con Lanjuinais²³⁷ y Petion²³⁸, diputados de la izquierda, según Rials, de acuerdo con narraciones de la prensa de la época y del propio Mounier²³⁹.

— El día 21 de agosto se empezó a discutir el artículo 7.º de la Declaración de la sexta Comisión, puesto que los tres artículos aprobados se decidió que sustituyesen a los seis primeros del texto elegido.

Sin embargo, el diputado De Lameth²⁴⁰ propuso dos artículos con nueva redacción para sustituir a los 7, 8, 9 y 10 del texto base. Mounier apoyó la precisión de la nueva redacción, y tras algunas intervenciones proponiendo modificaciones de detalle, se pasó a votar la propuesta de Lameth y las enmiendas, quedando en su redacción definitiva de los artículos, que serían el 4.º y el 5.º, la siguiente:

Art. 4.º «...La liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui; l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société, la jouissance de ces mêmes droits. Les bornes ne peuvent être déterminées que par la loi...».

Art. 5.º «...La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tous ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut, être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas...».

En este debate es interesante la intervención de un diputado cuyo nombre no se ha retenido en los archivos parlamentarios, y que sin embargo plantea un problema sobre la definición de libertad del texto, recordando la máxima de que «Libertas est non solum quod liceat, sed etiam quod honestum sit...» que evoca la distinción entre libertad de elección y libertad moral²⁴¹.

El mismo día continuará la discusión sobre el artículo 11 del texto de la sexta Comisión, aunque pronto sólo Le Chapelier defenderá su redacción. Talleyrand²⁴², después de un amplio y confuso debate, propondrá un

237. Lanjuinais (1753-1827). Jurista y ensayista, fue elegido diputado del tercer Estado por Rennes. Fue miembro activo del Club Bretón.

238. Petion de Villeneuve (1756-1744). Abogado y autor de escritos para la acción política, fue diputado del tercer Estado por Chartres, y uno de los oradores de izquierdas más respetados en la Asamblea.

239. Vid. «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen», citada, pp. 222 y 223.

240. Lameth Alexandre-Theodore (1760-1829). Combatió en la independencia americana. Diputado por la nobleza en Péronne. Se situó a la izquierda, con el tercer Estado, igual que su hermano Carlos.

241. Vid. mi trabajo sobre «El fundamento de los derechos humanos», en la otra colectiva «El fundamento de los derechos humanos», citada pp. 270 y ss.

242. Talleyrand-Périgord (1736-1821). Obispo de Autun, elegido diputado del Clero por esa misma ciudad.

texto que se convertirá en el artículo 6.º, que sustituirá no sólo al artículo 11 sino a los dos siguientes, 12 y 13. El texto definitivo verá dos adiciones in fine, «selon leur capacité», propuesta por Mounier; ya incluso antes de la intervención del obispo de Autun, y apoyado por otros diputados moderados, y para matizar el sentido moderado que prefiguraba la democracia censitaria, ante el tumulto producido desde la izquierda, «sans autre distinction que celle de leurs talents et de leurs vertus...» propuesta curiosamente por Lally Tollendal, amigo de Mounier. La redacción así resultante fue aprobada por unanimidad.

Art. 6.º «...La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir, personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs talents et de leurs vertus...».

— El día 22 de agosto se inicia la discusión del artículo 14 del texto de la sexta Comisión, que será rápidamente sustituido por una propuesta de dos artículos de Target, y por otra, asimismo, de dos artículos de Duport, que se integrarán matizados con una intervención de Malouet, que pretende incorporar una propuesta del primer proyecto de Sieyès: «...Tout citoyen appelé ou saisi au nom de la loi, doit obéir à l'instant. Il se rend coupable par la résistance...». Se aceptará esta adición pero no se incluirá en los artículos propuestos por Duport, que serán el 8 y el 9, sino el que resultará 7 propuesto por Target.

Art. 7.º «...Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu, que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis; mais tout citoyen, appelé ou saisi en vertu de la loi, doit obéir à l'instant: il se rend coupable par la résistance...».

Art. 8.º «...La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée...».

Art. 9.º «...Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi...».

A continuación se inicia la discusión sobre los artículos 16, 17 y 18 del texto de la sexta Comisión, referentes a la libertad religiosa y de cultos. Si los artículos anteriores del proyecto no habían sido finalmente mantenidos, parecía difícil que éstos fueran a romper la tendencia. En efecto eran unos proyectos que no podían agrarar a la izquierda de la Asamblea y a la corriente anticlerical, e incluso irreligiosa de sectores influidos por ese gran sector intelectual que hemos estudiado, que desde los escépticos y los libertinos llega hasta la Enciclopedia y Voltaire, y que marca la diferencia del modelo francés con el americano. El artículo 16 señalaba a la religión como garantía de la moral que los ciudadanos debían respetar, mientras que el 17 señalaba como indispensable el respeto por su culto

público, y el 18 se refería a un culto establecido, es decir, a una especie de religión de Estado. La defensa inicial de estos textos por el obispo de Clermont, Bonnal, desde una perspectiva muy conservadora contribuyó a agravar la situación. Intervenciones de Castellane, de Laborde²⁴³, se oponen a la redacción propuesta y Mirabeu defenderá la libertad de cultos, aunque el debate se tiene que aplazar al día siguiente domingo, ante el tumulto producido y la imposibilidad que tiene Camus, que está en el uso de la palabra, para hacerse oír.

— El 23 de agosto continúa un debate confuso y apasionado, y pronto la Asamblea aceptará una sugerencia de Talleyrand, presentada formalmente por Petio, de discutir en parte esos temas en la Constitución, puesto que no se trata de materia declaratoria sino constitucional, distinción difícil de entender sobre todo desde la perspectiva del artículo 16, que se aprobará más tarde. Se quiere sin duda evitar la confrontación, que no obstante se produce en torno al artículo 18, que se mantiene para el debate, retirándose los artículos 16 y 17.

El tema se centra sobre el reconocimiento de la libertad de cultos, que ya había propugnado Mirabeau, y que Castellane mantenía en su moción. Pero ante la resistencia de los adversarios de la libertad de cultos retiró esa parte de su propuesta, que dejó en la escueta fórmula «Nul ne doit être inquiété par ses opinions religieuses...». Después de varias enmiendas y enmiendas a las enmiendas, en el clima de confusión que provocó en varias ocasiones la desesperación del Presidente por la falta de respeto a su autoridad, y que incluso le llevó a amenazar con dimitir, se aprobó un texto que sería el artículo décimo:

Art. 10. «Nul ne peut être inquiété dans ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi...».

Un estudio pormenorizado de este debate²⁴⁴ lleva sin duda a la conclusión de que muchas posiciones ideológicas y muchas políticas en la Asamblea francesa, están muy separadas de las de los padres fundadores de la nación americana.

— El día 24 la sesión comienza a las once de la mañana, excusándose el Presidente por el retraso a causa de la fatiga que le produjeron las sesiones del día anterior, y se inicia el debate del artículo 19 del proyecto de la Sexta Comisión, que será pronto descartado. El duque de la Rochefoucault defenderá la libertad de prensa, y propondrá un texto que con pequeñas modificaciones se convertirá en el artículo 11. El derecho de hablar, de escribir y de imprimir libremente, son la mejor barrera contra el fanatismo y el despotismo, dirá, aunque en el mismo debate aparecerán esos fantasmas. Así el obispo de Palmy²⁴⁵, recuerda los horrores de la libertad de prensa que ataca a la religión, a la santidad de las costumbres

243. Laborde (1737-muerto en fecha desconocida). Cura de Cormeillan, diputado del Clero por Condom.

244. Vid. desarrollo íntegro en «L'An 1 des droits de l'homme», citado, pp. 164 a 181.

245. Vid. el debate de ese día 24 en «L'An 1 des droits de l'homme», pp. 182 a 188.

y al «honnête homme» que se verá muchas veces calumniado. En la misma línea, el obispo de Amieus, Machault, que teme por la religión, con la libertad de prensa, e incluso un cura de Metz, cuyo nombre no se recoge, pide el mantenimiento de la censura real. Mirabeau, con una lúcida intervención precursora de los modernos planteamientos, defiende que la actuación ante abuso de los derechos humanos debe ser «a posteriori» o represiva, y nunca «a priori» o preventiva.

«On vous laisse un écritoire pour écrire une lettre calomnieuse, une presse pour un libelle; il faut que vous soyez puni quant le délit est consommé, or ceci est répression et non restriction; c'est le délit que l'on punit et l'on ne doit pas gêner la liberté des hommes? son prétexte qu'ils veulent commettre des délits...». Es una respuesta a la teoría de los enemigos de la libertad que expresa, por ejemplo Recasens, como expresión de la cultura jurídica que reacciona ante los totalitarismos nazi, fascista o stalinista con una desmesura que Mirabeau dos siglos antes rechaza²⁴⁶.

Finalmente se aprobará un artículo 11, con la casi literalidad de la propuesta de Rochefoucault.

Art. 11. «La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme. Tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi...».

Inmediatamente se entra en el debate del artículo 20 del texto de la sexta Comisión, y los diputados Gouy d'Arcy²⁴⁷, Broglie²⁴⁸, Target, Laborde, Biauzat, Mounier, entre otros proponen otras fórmulas alternativas lo que produce dudas en la Asamblea. Madier²⁴⁹ y Lally Tollendal cierran esa situación al afirmar que el único defecto del artículo 20 es haber sido redactado por la sexta Comisión. Se aprobará finalmente este artículo 20, el primero del texto inicialmente elegido, y lo será como artículo 12:

Art. 12. «La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique; cette force est donc instituée pour l'avantage de tous et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée...».

En las mismas condiciones y sin debate conocido se aprobará el artículo 21 como 13 de la Declaración.

Art. 13. «Pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable: elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés...».

246. Vid. RECASÉN SICHES: «Tratado General de Filosofía del Derecho». Porrúa, México, 1970, Capítulo XX, n.º 17, «No debe haber libertad contra libertad», pp. 598 y ss.

247. Gouy d'Arcy (1753-ejecutado en París en 1794). Militar Diputado por la Colonia de Santo Domingo.

248. El Príncipe de Broglie (1756-ejecutado en París en 1794). Diputado de la Nobleza por Colmars. Militar.

249. Madier (1755-1860). Alcalde de Bourg Saint-Audeol. Diputado del tercer Estado por Villeneuve-de-Berg.

— El 25 de agosto, día de San Luis, la Asamblea suspenderá sus trabajos y enviará una delegación de sesenta miembros al Rey, con un mensaje en el que le denominan el gran «Regenerador del Reino», y le ofrecen la Declaración que estaba redactándose como prenda de sumisión y de felicidad, aunque como es sabido, Luis XVI no la recibirá con entusiasmo. El día 26, continuará el trabajo, aunque probablemente sin saber que sería el último día en esta materia.

Se empieza con el artículo 22 del proyecto de la sexta Comisión que, con algunas modificaciones, se aprobará como artículo 14.

Art. 14. «...Chaque citoyen a le droit, par lui même ou par ses représentants, de constater la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en détermine la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée...».

Posteriormente, como veremos, el 5 de octubre, cuando se propone al Rey la aprobación del texto definitivo, se inicia el artículo en plural: «...Les citoyens». Más tarde, en 1791, al aprobarse la Constitución se formulará, tal como aparece hoy en día: «...Tous les citoyens...».

El artículo 23 de la propuesta de la sexta Comisión se aprobará también, tal cual venía como artículo 15.

Art. 15. «...La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration...».

Asimismo se aprobará el artículo 24, con intervenciones de Lally Tolland, de Le Chapelier, entre otros, como artículo 16, siendo significativa la falta de debate con un artículo tan importante para el futuro de la cultura política y jurídica moderna.

Art. 16. «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution...».

Con este artículo se acaba el proyecto de la sexta Comisión, y aunque por Montmorency, se pretende incluir, en la línea de los proyectos de Lafayette y Sieyès, un artículo sobre el derecho a reformar la Constitución, al final sólo se retendrá una propuesta de Duport para considerar a la propiedad como un derecho fundamental, recogiendo la tradición que desde Locke a los fisiócratas buscaban la máxima legitimación para el dominio. Evidentemente en este tema la declaración no sería muy rousseauiana.

Sin ninguna modificación y tras un corto debate, se aprueba el artículo que será el último de la Declaración.

Art. 17. «La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige, évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité...».

El día 27, tras la propuesta de otros artículos adicionales, más vinculados a lo que será la protección propia del Estado social²⁵⁰ que no se

250. Así por ejemplo el siguiente: «...Tous les membres de la société, s'ils sont indigents ou infirmes, ont droit aux secours gratuits de leurs con citoyens...». El debate del día 27 se encuentra en «L'An 1 des droits de l'homme», pp. 195 y ss.

aceptan, quizás porque son anteriores a su tiempo, unos derechos morales históricos, se aceptará una moción de Mougins de Roquefort²⁵¹, apoyada por Bouche para cerrar con el artículo 17 la Declaración e iniciar el debate de la Constitución, aunque deja abierta la posibilidad de añadir después de la aprobación de ésta, los artículos que la Asamblea creyera necesarios para completar el texto. Mirabeau, en su publicación «Le Courrier de Provence», expresando su despegue del trabajo de aquellos días, y también una veta de pensamiento arraigada en la cultura política y jurídica de desconfianza en el valor como Derecho de los derechos humanos, escribirá lo siguiente:

«...L'Assemblée nationale est enfin sortie de la vaste région des abstractions du monde intellectuel dont elle traçait, si péniblement la législation métaphisique; elle est revenue au monde réel, et s'est mise a régler tout simplement la Constitution de la France...»²⁵².

El primero de octubre, a propuesta de Mirabeau, la Asamblea decidirá presentar a la aceptación del rey la Declaración de Derechos, así como los primeros artículos de la Constitución. El término «aceptación» elegido por la Asamblea pretende evitar el más preciso de «sanción», como si el Rey tuviera una corresponsabilidad constituyente. Se intenta con esa cuidada decisión tomar posición contra el mantenimiento de la prerrogativa regia, que existía en el régimen constitucional inglés, con la fórmula del Rey en el Parlamento, y por supuesto contra la teoría tradicional de la soberanía en la Monarquía Francesa de Bodino en adelante²⁵³. También el Rey elegirá con toda intención los términos de su respuesta que se produce el 5 de octubre, aunque precisará que una Constitución sólo puede ser juzgada en su conjunto. Utilizará para su aceptación matizada el término *accession*, añadiendo que si da su «*accession*», «...aux différents articles que vous n'avez fait présenter, ce n'est pas qu'ils me présentent tous indistinctement l'idée de la perfection...»²⁵⁴.

Puede entenderse el término como la afirmación de un dualismo en el poder constituyente o como una aceptación ambigua, en los términos propios del lenguaje diplomático. Esta respuesta será recibida con distintos sentimientos en la Asamblea la noche del 5 de octubre, cuando fue leída por el Presidente Mounier, y será criticada por Robespierre, Bouche y Prieur²⁵⁵, y defendida por el hermano de Mirabeau y el Abate de Aliécourt, que incluso propuso que se agradeciese al Rey su respuesta. Tras el debate la Asamblea aprobó una moción en virtud de la cual ordenó que su

251. Mougins de Roquefort (1730-1793). Cura de Grasse fue elegido diputado del Clero por Oragnan.

252. Le Courrier de Provence n.º XXXIII (26-27 de agosto de 1789), citado por RIALS: «La Déclaration de droits de l'homme et du citoyen», p. 256.

253. Vid. por ejemplo, CARRÉ DE MALBERG: «Contribution à la Théorie Générale de l'Etat». Tomo I. «Centre National de la Recherche Scientifique», reimpresión de la edición de Sirey. París, 1920, pp. 76 a 79.

254. Vid. estos textos en RIALS: «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen», citada, pp. 258 y ss.

255. Prieur (1756-1827). Abogado en Châlons-sur-Marne. Diputado del tercer Estado por esa misma ciudad.

Presidente encabezase una delegación que suplicase al Rey que diera su «acceptation pure et simple» a los artículos de la Declaración de derechos, y a los del proyecto de Constitución que le habían sido presentados. Ante la presión popular, incluso la Asamblea había sido invadida por ciudadanos de París, el rey entregará por escrito a Mounier un texto:

«...J'accepte purement et simplement les articles de la Constitution et de la Déclaration des droits de l'homme que l'Assemblée nationale m'a présentés...». El Rey promulgará el texto de la Declaración el 3 de noviembre, aunque el texto que ha llegado a nuestros días es el que aceptó el Rey en 1791 con la Constitución²⁵⁶.

No es, como se ve por esta narración, que sea tan relevante la fecha del 26 de agosto, si no se completa por la del 5 de octubre y la del 3 de noviembre de 1789, aunque ciertamente la discusión parlamentaria se cerró el 26 de agosto, quizás sin que los parlamentarios fueran plenamente conscientes de que habían aprobado un texto que sería paradigma de la racionalidad de los derechos humanos.

V. CONCLUSIÓN

Otro artículo podría empezar donde éste va a concluir, con el estudio de las repercusiones y de las influencias que surgen ya desde la aprobación del texto, a finales de 1789, e incluso en el período de su elaboración, con críticas²⁵⁷, con elogios a veces enforvorizados²⁵⁸, o en otros países como en Alemania²⁵⁹, con los rechazos de Möser o de Jacobi, en Italia, con las contribuciones de Alejandro Manzoni, con Mazzini, o más recientemente con C. Rosselli²⁶⁰, o en Inglaterra con la obra de Burke, o más tarde con

256. Estas modificaciones muy poco importantes fueron cinco:

1) En el artículo 4.º en vez de «...la liberté consiste à faire...», se dirá: «...la liberté consiste à *pouvoir* faire...».

2) En el artículo 6.º frente a versiones en que se habla en plural de «...sans autres distinctions...» se utilizará el singular «sans autre distinction...».

3) El artículo 12 se aprobó con la expresión «...de ceux auxquels» que fue reemplazada por «... ceux à qui...».

4) El artículo 14 verá su comienzo «chaque citoyen» sustituido por «Tous les citoyens».

5) En el artículo 17, el plural «les propriétés», será sustituido por el singular «la propriété» (vid. RIALS: *Ob. cit.*, pp. 266 y ss.).

257. Vid. CONDORCET: «Lettre à M. Le Comte Matthieu de Montmorency» (Lb. 39-2.272 [BN]), y algunos panfletos de la época como «Le coup de grâce des Aristocrates» (Lb. 39-2.493 [BN]).

258. Vid. MOREL DE VINDE: «Déclaration des droits de l'homme mise à la portée de tout le monde» (Lb. 39-2893 [BN]), o los catecismos con preguntas y respuestas como «Catéchisme patriotique à l'usage de tous les citoyens français» (Lb. 39-7.609 [BN]) o el «Dialogue entre un père et un fils, sur la révolution, les droits de l'homme et les principes de la Constitution» (Lb. 39-7.797 [BN]).

259. Vid. ALAIN RENAULT: «Rationalisme et historicisme juridiques. La première réception de la déclaration de 1789 en Allemagne» en «Droits» n.º 8, citado, pp. 143 y ss.

260. La contribución de MANZONI: «La Rivoluzione francese del 1789 e la Rivoluzione italiana de 1859». En la edición de las obras completas «Tutte le opere di Alessandro Manzoni». Barbera, Florencia, 1928. Sobre Mazzini vid.: «Dell'iniziativa rivoluzionaria in Europa» en «Scritti editi e inediti». Milán, 1863. V. pp. 67 y ss. Sobre Roselli vid.: «Socialismo liberale» en Einaudi. Turín, 1973, p. 436. Hay una edición castellana de Diego Abad de Santillán, en Editores Mexicanos Unidos, S. A. México, 1977.

la de Bentham²⁶¹, o con la defensa entusiasta de Paine, o las críticas del Marx de «Sobre la Cuestión Judía». También la repercusión actual del paradigma de 1789, con la crisis del leninismo, del marxismo y del modelo de la revolución rusa, y el desprestigio intelectual de las críticas contrarrevolucionarias, podría ser motivo de un análisis pormenorizado. Finalmente una reflexión racional que partiendo de este modelo histórico pretendiese una conceptualización abstracta que, en ese caso sería legítima porque partiría de los hechos, podría ser también un punto de vista plausible para hablar de la Declaración de 1789. Me ha parecido menos habitual y menos conocida en España la aproximación de la génesis histórica que sería el punto de partida de cualquier otra investigación y por eso lo he preferido, aunque soy consciente de que queda la reflexión cortada en su mitad. En mi descargo sólo puedo alegar que hubiera sido más arbitrario haber empezado por el final, y desde luego, menos justificado que no acabar. En esta especie de conclusión he preferido apuntar algunas vías de reflexión que serían necesarias para hacer un trabajo completo y que dejo para otro momento, o para que puedan servir a cualquiera que pretenda abordarlo. Me voy a referir a los enunciados del paradigma de los derechos humanos, tal como podría aparecer a finales del siglo XX, pero no como una construcción arbitraria, pretendidamente sin raíces históricas, sino teniendo en cuenta precisamente todo el esfuerzo de este trabajo para situar a la Declaración de 1789 en la cultura jurídica y política de su tiempo y para explicar su génesis.

1) *La nueva legitimidad*. Quizás el significado más radical de la Declaración francesa, que es también una diferencia seria con los modelos ingleses sobre todo, pero también con el americano, es que supone la sustitución de la vieja legitimidad histórica y tradicional del antiguo régimen, por una nueva que expresa la fundamentación del naciente Estado liberal. Responde a las preguntas ¿quién manda?, sustituyendo al monarca por la soberanía nacional; ¿cómo se manda?, estableciendo el imperio de la Ley, a la Ley como garantía de la libertad (arts. 5 y 6) y a ¿qué se manda?, señalando unos contenidos materiales que son los derechos que el hombre de aquel tiempo consideraba fundamentales: garantías penales y procesales (arts. 7, 8 y 9), libertad de opinión, incluida la religiosa (art. 10), libertad de expresión (comunicación de los pensamientos) y de imprenta (art. 11), derecho de propiedad (art. 17).

2) *Más que una Declaración*. El texto de 1789, es como hemos visto una Declaración de derechos pero supone además la proclamación de una serie de principios de organización de los poderes, y de funcionamiento del sistema jurídico. Los principios de libertad, de igualdad, de mayorías, de sometimiento de los gobernantes a la ley, de separación de poderes y de

261. Vid. especialmente «Anarchical Fallacies» en la muy criticada edición de Bowring. «Works». Vol. II, pp. 489 y ss., en la reimpresión de Russell and Russell. Nueva York, 1962. En España, vid. los comentarios de PENDÁS, B. en su obra: «J. Bentham: Política y Derecho en los orígenes del Estado Constitucional». Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1988, pp. 308 y ss. Vid. también HART en: «Essays on Bentham». Clarendon Press. Oxford, 1982, su trabajo «Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill», pp. 79 y ss.

legalidad tributaria, están en el origen del constitucionalismo moderno y del Estado Parlamentario.

3) *El contenido de los derechos.* Los derechos que se reconocen en la Declaración son representativos de los valores e intereses puestos de manifiesto, en defensa del individuo desde el tránsito a la modernidad, derechos individuales, garantías procesales, participación política y propiedad, con el común denominador de la limitación del poder. En ese sentido hay una línea de continuidad en la evolución de los derechos humanos desde su origen, en el tránsito a la modernidad y hasta 1789, que cerrará el primer ciclo, el de inspiración liberal.

4) *La trascendencia de su tenor racional.* Las condiciones históricas en que aparece la Declaración de 1789, y que hemos intentado explicar en este trabajo, y especialmente el protagonismo de la burguesía, no condicionarán su evolución. Como los personajes de Pirandello se independizan de sus autores. Por eso, sus dimensiones más vinculadas al momento de su aparición, como el derecho de propiedad, irán difuminándose, por su imposible contenido igualitario, como derecho fundamental. Marx no entendió esa capacidad de despegue de los derechos humanos respecto de sus condicionamientos históricos y su valoración correcta situada en el momento histórico del orden europeo generado en el Congreso de Viena, se convirtió en una formulación equivocada cuando pretendió elevarla a categoría abstracta, válida para el futuro.

No se trata evidentemente de un desarrollo necesario y mecánico, sino que el esfuerzo humano y la reflexión de nuevos caminos lo explican razonablemente.

Si ya hemos señalado que es un error una construcción racional que prescindiera de la historia, con el intento de Marx veremos que es igualmente erróneo convertir a la historia, a un momento de ella, en una construcción racional, aunque sea, en este caso, no un modelo sino un antimodelo.

Razón e historia se necesitan y se complementan, y no pueden ignorarse mutuamente. La Declaración de 1789 explica el fenómeno, que no se entiende sin los acontecimientos inmediatos que la produjeron, ni las influencias intelectuales —y ahí la construcción racional aparece como antecedente, y una vez producida, a su vez generará una construcción racional que no será tampoco estática sino que se concretará a lo largo de la historia—. Que a finales del siglo XX sectores ideológicos situados a la izquierda, reclamen como motor de su movimiento político, un texto del siglo XVIII, surgido en otro tiempo, y que Marx criticó, entonces correctamente, como expresión de los intereses burgueses, será a la vez una ironía de la historia y una astucia de la razón, para todos los simplificadores, sean historicistas o racionalistas.

5) *La síntesis de racionalismo y voluntarismo.* La Declaración refleja la tensión iusnaturalismo-positivismo al mezclar la idea de derechos innatos, con la de soberanía nacional como motor de la Ley y a ésta como formulación positiva de esos derechos, como límite eficaz al poder. Quizás un reflejo de esa doble dirección material, racionalista y formal voluntarista de la cultura moderna sea el artículo 16 que integra lo que hoy llamaríamos la Constitución formal, la separación de poderes, con la Constitución

material —la garantía de los derechos—. Hemos dicho que la Declaración está en el origen del moderno constitucionalismo. Tras la crisis del iusnaturalismo, que empezará a aparecer precisamente después de 1789, y la del voluntarismo estatalista, la síntesis que se apunta en la Declaración, aparece como la salida más plausible al dilema. La identificación de un sistema constitucional y la garantía de la Constitución, a través de la institución de los Tribunales constitucionales con jurisdicción concentrada, que en Europa fundamentó Kelsen, no se produce sólo por los elementos formales —poderes y procedimientos de producción de normas— sino por los materiales —valores, principios y derechos fundamentales—. La idea de que la norma básica para identificar a un Ordenamiento jurídico, es formal y material, es la misma que está en el artículo 16 de la Declaración.

6) *La relación entre la libertad y la Ley.* En la Declaración aparece claro que la libertad relevante para la vida social es siempre una libertad jurídica, sin perjuicio de la idea de libertad psicológica y de libertad moral. Se sitúa así el texto de 1789, en la corriente que otorga protagonismo al Derecho positivo de una sociedad democrática para el ejercicio de la libertad jurídica que en ese sentido es contradictoria con la idea de los derechos innatos, una de las antinomias más visibles de la cultura política moderna.

Las consecuencias de esta relación entre libertad o derechos humanos y ley son plurales y muy importantes.

a) Frente a las doctrinas racionalistas puras, las de los derechos innatos, naturales o morales, supone que lo que éstos colocan como previos, al inicio del proceso, la libertad jurídica, es un resultado de la efectividad de una forma de poder político —el liberal democrático, cuyos principios, plasmados por su Derecho, pretenden la libertad social del hombre—. Como principios políticos y morales son un «prior», pero como derechos son un «posterior».

b) Se invierte la forma tradicional de entender la realidad política y se pasa del poder soberano, al ciudadano como clave de la misma, aunque es el poder soberano quien garantiza con su Derecho esa prioridad del individuo. Es la forma jurídica que tiene en su raíz una concepción individualista.

c) Al ser la ley la garantía de la libertad, una comprensión integral del problema, deja abierto el cauce, que no se concebía en 1789, del Estado social, puesto que la acción positiva de los poderes públicos satisfaciendo necesidades de los individuos, a través del Derecho, no es sino una nueva dimensión de la relación entre la Ley y la libertad: la que utiliza la ley para una función promocional que sitúa al individuo con más ventajas, que no obtendría por sí mismo y sin las cuales no puede ser plenamente libre. No parece fácil si se asume esta relación considerar como contradictorios o como opuestos al Estado liberal y al social, sino que el segundo aparece con la evolución y con la reforma del primero. La Ley emancipa al individuo de la esfera religiosa, del control religioso, y del control político con el Estado liberal, y pretende emanciparle de los condicionamien-

tos económicos y culturales con el Estado social. Son grados y momentos de la relación entre la libertad y la Ley, y no se puede decir que existe paternalismo en esta última dimensión, sin extender esa afirmación a las demás, porque en definitiva en todos los casos, la Ley y el Derecho no hacen sino tutelar la libertad del individuo.

7) *Las contradicciones de la Declaración.* No pueden extrañar si se conoce el complejo proceso de producción y la multiplicidad de influencias que hemos señalado. Lo que hay de Rousseau, sea poco o mucho, no es compatible racionalmente. Probablemente en 1789 esta antinomia se saldó en beneficio de los fisiócratas, pero hoy probablemente sea más viva, más amplia y más profunda la influencia de Rousseau. Esa dialéctica razón-historia ha invertido en los siglos la lectura de un mismo texto. Una misma argumentación se podría apuntar entre otras contradicciones, como la de los derechos innatos y la relación Ley, procedente de la voluntad general, y la libertad que sería así más una libertad jurídica que natural.

No se puede negar que la reflexión profunda ante estos siete puntos que acabamos de señalar nos sitúa en el debate central de nuestro tiempo. Además muchos problemas se plantean hoy de forma distinta, y se tienen más en cuenta derechos de personas situadas, frente al ciudadano abstracto como destinatario de los mismos, o el proceso de concreción y de especificación de muchos de ellos, o por fin, que los derechos se entienden y se aplican como garantía de la disidencia además de como objeto central del consenso.

Pero quizás si tuviésemos, al terminar, que señalar un rasgo característico de la Declaración de 1789, sería sin duda su carácter universal, su vocación de trascender a los problemas de la Francia que intenta salir del antiguo régimen y de ofrecerse como modelo para toda la humanidad.

Tocqueville lo dirá muy certeramente: «...La Révolution française n'a pas eu de territoire propre; bien plus son effet a été d'effacer en quelque sorte de la carte toutes les anciennes frontières. Ou l'a vue rapprocher on diviser les hommes en dépit des lois, des traditions, des caractères, de la langue, rendant parfois ennemis des compatriotes, et frères des étrangers; ou plutot elle a formé, au dessus de toutes les nationalités particulières, une patrie intellectuelle commune dont les hommes de toutes les nations ont pu devenir citoyens...»²⁶².

Tiene esa vocación de universalidad, un talante casi religioso, aunque el mensaje a pesar de la referencia al ser supremo y a los derechos naturales presente un tenor laico, donde lo sagrado es el hombre. Sólo en revoluciones religiosas o en la fundación de nuevas Iglesias, la doctrina pretende ser general, con un destinatario universal y en la cultura política nunca hasta 1789 aparece el fenómeno. Posteriormente el marxismo, con su idea religiosa de la sociedad comunista, con la desaparición del Derecho y del Estado, y con su ideal social de una convivencia donde corran a chorros llenos los manantiales de la riqueza colectiva y se ofrezca a cada uno según

262. Vid. «L'Ancien Régimen et la révolution», citada, pp. 105 y 106.

sus necesidades, presenta un punto de vista similar. Pero ésa es una fe militante que ya no está vigente, mientras que la Declaración de 1789 sí que lo está. Si se evita tomarla al pie de la letra, si se tiene en cuenta la dialéctica razón e historia, y se acepta que el mundo de los derechos humanos no acaba en 1789, como por otra parte la realidad se ha encargado de demostrar, su valor es vivo y dinámico para avanzar en la defensa de la dignidad del hombre, para que pueda realizar su libertad o su independencia moral, y como modelo de justicia material del ordenamiento jurídico.

Sobre la Ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789

El modelo del *Code* Napoleón

Por JAVIER DE LUCAS

Valencia

Si Michelet¹ ha podido definir la Revolución de 1789 como «*l'avènement de la loi*», es porque, como indica Cattaneo², uno de los objetivos contra los que se concentra es la lucha contra la confusión y la arbitrariedad jurídicas propias del antiguo régimen, en cuanto lucha por la legalidad —por el concepto de ley general y abstracta, expresión de la voluntad colectiva—. Es sobre este propósito, que encaja en el mandato de Montesquieu sobre la separación de poderes y, más precisamente, sobre las características de las leyes y el modelo de poder judicial, a lo que se dirigen las páginas que siguen.

Antes de abordar nuestro objetivo, sin embargo, resultan necesarias algunas breves consideraciones en torno al estado de la cuestión en el régimen absolutista, que, con Bluntschli³, puede ser denominado como *Obrigkeitsstaat* (el Estado Autoridad), basado en el principio *Autorität nicht Majorität*, lo que, como por otra parte advierte García Pelayo⁴ no es exclusivo de aquél, sino que inspira todo Estado autoritario (nótese el parentesco con la fórmula de Hobbes) e incluso el monárquico constitucional, al menos en su desarrollo histórico en Alemania desde 1850 a 1914 (es decir, el Estado identificado con la relación de dominación, con la perspectiva —Laband— *Von Oben nach Unten*) que arranca obviamente del Estado absolutista, personalizado por el rey, que asume todas las acciones y decisiones políticas de las que se excluye al resto (autarquía de la decisión, aunque, como advierte el propio García Pelayo, «bajo el nivel decisorio del Estado —del monarca— estaba su nivel operacional, consti-

1. *Histoire de la Révolution Française*, Pléiade. París, 1952, vol. I, p. 21.

2. *Illuminismo e legislazione*, Ed. di Comunità. Milano, 1966, pp. 103.

3. *Lehre von modernen Staat*, Scientia V. Aalen. Darmstadt, 1965, vol. I, p. 71 ss.

4. *El Estado de Partidos*, Alianza. Madrid, 1986, p. 154.

tuido por la Administración y el Ejército», controlados por el Gabinete o Consejo del Rey). Como señala Bluntschli, en ese Estado «únicamente el Príncipe y las autoridades administrativas tienen un propio valor, considerando a los súbditos como una masa pasiva que ha de ser gobernada y administrada desde arriba, sin pretensión alguna a la autoadministración, a la participación en el Gobierno o al control de la dirección autoritaria»⁵. La construcción paradigmática es el reinado de Luis XIV, que gobierna auxiliado por el Gran Conseil, el Conseil Royal, aunque, como escribe Mousnier⁶, uno de los grandes historiadores del absolutismo, «La formule: le roi gouverne par Grand Conseil subsiste. Mais elle était devenue un mythe, une fiction. Elle recouvrit de plus en plus les décisions prises par un seul homme, le roi, le contrôleur général, tel ou tel commissaire. Les Conseils devinrent une façade magnifique. La forme de gouvernement reste officiellement judiciaire. Mais l'exercice du gouvernement ne fut plus qu'en partie judiciaire et de moins en moins. Favorisée par les guerres, la forme exécutive, rapide, efficace, l'emporte». Cada vez más se utiliza la forma de *arrêt du Conseil*, sin que en realidad el Consejo haya visto nada. El tránsito del absolutismo a un centralismo burocrático creciente crea nuevas figuras administrativas, y se hacen cada vez más frecuentes las órdenes directas del rey, a través de los miembros de su gabinete o de los secretarios de Estado. Síntoma de este proceso es la fórmula con que se encabezan, «*car tel est notre plaisir*». Poco a poco, crece la importancia de un instrumento que ya existía desde 1560 aunque su verdadero impulsor fuera Richelieu. Se trata de las *lettres de cachet*, que tienen una connotación secreta superior incluso a las *lettres de sceau plaqué*, las cuales incluían también la fórmula *soubz le sceau de nostre secret*. Aunque las *lettres de cachet* adquieren celebridad porque se utilizan masivamente para los arrestos a la Bastilla (no en balde la Revolución, que comienza con el asalto a la Bastilla, abole inmediatamente este tipo de documento), sin embargo, por razones de urgencia, eficacia, y disuasión, se convierten en «l'instrument essentiel du pouvoir personnel du roi et de l'efficacité du gouvernement central et de l'administration. Elles son utilisés dans tous les cas où le roi... devait notifier la volonté expresse et personnelle du souverain»⁷, y entre ellos, hacer deliberar a un órgano judicial sobre determinada materia y conducirlo a cierta conclusión. Contra esta práctica que entroniza el secreto como instrumento privilegiado del poder personal del rey (y de su gabinete: los «privados») y supone la absoluta subordinación del poder judicial a la arbitrariedad del monarca de la que emana la ley, es, como decíamos, contra lo que se alza en gran medida el esfuerzo de la Revolución.

Como decíamos más arriba, el afán de publicidad en su dimensión de *notoriedad* y, por tanto certeza a través de las leyes (certeza y seguridad) es uno de los objetivos prioritarios por los que lucha la Revolución Francesa, y que da lugar a una serie de instrumentos jurídicos de la mayor importancia, que suponen —valga la obviedad— una auténtica *revolución*.

5. *Op. cit.*, p. 73.

6. *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, P.U.F., París, 1980, vol. II., p. 159.

7. *Ibid.*, p. 240.

Como ha indicado Habermas⁸ la Revolución crea, de un lado, las instituciones del público ilustrado raciocinante: clubs, prensa política, y, de otro, los instrumentos técnicos de la publicidad: así, desde agosto del 89 se publica el *Journal des Debattes et des Decrets*, y tanto la Declaración del 89, como las Constituciones de 1791 y 1793 incluyen referencias expresas: así, la primera, que como es sabido recoge en gran medida la Declaración de derechos del 26 de agosto, enuncia en su epígrafe undécimo: «La libre expresión de ideas y opiniones es uno de los más preciados derechos de los hombres. Por consiguiente, todos pueden hablar, escribir e imprimir libremente ateniéndose a la responsabilidad derivada del cual uso de esa libertad en los casos previstos por la Ley», y la de 1793: «El derecho a manifestar las propias ideas y opiniones a través de la prensa o de cualquier otro modo, no puede ser calculado». Ahora bien, suele afirmarse que en realidad hay dos etapas básicas en la Revolución: un primer período liberal, en el que se aprecian la influencia de Locke y Montesquieu, de corte humanista y talante individualista y moderado, que más o menos correspondería al período entre 1789 y 1791, y una segunda etapa, en torno a 1793 y 1794, bajo la influencia de Rousseau —el período democrático—, igualitario, jacobino, que en realidad supondrían dos Revoluciones distintas. En mi opinión, sin embargo, tiene razón Cattaneo cuando sostiene que la contraposición entre período *liberal y democrático —tout court—*, así como la influencia de uno u otro pensador exclusivamente, es una simplificación⁹. Efectivamente, la influencia de Montesquieu y Rousseau se puede apreciar en uno y otro período, que tienen, desde el punto de vista jurídico, un objetivo básico común: la supremacía del poder legislativo, en la que convergen tanto el principio de separación de poderes como el de soberanía popular, desde el punto de partida del iusnaturalismo racionalista (la afirmación de los derechos, sobre todo) y de la concepción jurídica iluminista (la ley como voluntad general, el ideal de certeza, sobre todo un Derecho Penal)¹⁰. En realidad lo que convergen son dos tradiciones, dos tendencias ideales que no pueden identificarse políticamente con la adscripción a una sola facción revolucionaria¹¹.

a) De un lado, la ideología jurídica del iluminismo, que entiende la Revolución como un proyecto de reconstrucción moral, social y política, un proceso de liberación humana, poniendo el acento, pues, en la dimensión filosófico-política, o, si se quiere, en la noción del *citoyen* y sus ideales: así, el Código Penal de 1791.

b) De otro, la ideología jurídica moderada, para la cual la Revolución es un movimiento de clase —la burguesía— cuyas conquistas se trata de consolidar, poniendo el acento, pues, en la dimensión jurídico-económica, o, si se quiere, en la noción del *bourgeois* y sus intereses.

8. *Historia y Crítica de la Opinión pública*, G. Gili. Barcelona, 1981, pp. 106 ss.

9. CATTANEO: *Op. cit.*, pp. 122 y 130. Eso no significa, según pienso, que carezca de fundamento la distinción entre tradición liberal y tradición democrática, aun con todos los matices necesarios. Estoy plenamente de acuerdo, sin embargo, en la crítica a la aplicación de esos tipos ideales a la Revolución Francesa, y en lo que sigue utilizo ampliamente su exposición.

10. Cfr. *id. Ibid.*, pp. 135 ss.

11. Cfr. *Ibid.*, pp. 138 y 139.

Estas dos tradiciones, además, se suceden históricamente, ocupando la primera el período republicano jacobino, y, desde el Termidor, adquiere hegemonía la segunda¹². Es obvio que, en cualquier caso, tanto una como otra suponen un salto cualitativo en el problema que estoy exponiendo, pero quizá lo más interesante —por menos frecuente— sea estudiar cómo queda configurada la respuesta «técnica» a la cuestión de la notoriedad, de la certeza de la Ley, a la que aludía al principio. A esos efectos, la distinción que acabo de realizar se muestra de utilidad. Efectivamente, el instrumento por el que pasa el logro del objetivo mencionado es, precisamente, el *Code Napoléon*¹³, que, desde luego, aparece como resultado del compromiso del Cónsul con las fuerzas moderadas, en el contexto de ese segundo momento al que me refería antes, como lo muestra la identificación del *Code* con la figura de Portalis, quizá el más claro exponente de la ideología moderada, de «juristas».

Pues bien, el discurso que el tribuno Faure hace en la sesión de 5-III-1803, para presentar el Título Preliminar, comienza con estas significativas palabras: «Legisladores, las buenas leyes son los frutos tardíos de la experiencia y las luces»¹⁴, que dan una buena medida de lo que antes se indicaba: tradición e iluminismo se conjugan para producir, no sin esfuerzo —la *poco revolucionaria* virtud de la paciencia, dicha sea *cum grano salis*—, el mejor resultado: leyes, buenas leyes. Y la finalidad de esa ley, en concreto, del *Code*, la había dejado clara el tribuno Grenier cuando, al dirigirse en nombre de la sección de legislación al Tribunado, unos días antes, para presentar el proyecto (sesión de 28-II-1803), afirmaba: «Le Code... un faisceau de règles dont l'observation deviendra la morale universelle, consolidera les fortunes particulières et stabilisera la prospérité publique»¹⁵: un proyecto, pues, moderadamente reformista en el que la apelación a la moral universal no engaña acerca del carácter primordial de los otros objetivos.

Dentro de las finalidades técnicas perseguidas, la más importante es la certeza que se adquirirá como resultado de la publicación de las leyes, de su notoriedad: así lo aseguran el mencionado Faure, y el auténtico *factotum*, Portalis, por contraste con el modo de actuación secreto propio del Ancien Régime. El primero asegura: «Autrefois les lois se faisaient secretement; souvent même elles restaient cachées dans les ténèbres long-temps après avoir été faites»¹⁶, y Portalis: «La loi était autrefois un mystère jusqu'à sa formation», preparada en consejos secretos, sin discusión pública, llegaba al ciudadano como un relámpago¹⁷, por eso, «Dans un gouverne-

12. Cfr. *Ibid.*

13. No se olvide que el Título preliminar del *Code* desborda con mucho el ámbito del Derecho civil: «De la Publication, des effets et de l'application des lois en général».

14. En *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, t. VI (por FENET, P. A.) reimpresión de la ed. de 1827, Osnabrück, O. Zelles, 1968, p. 379.

15. *Ibid.*, p. 363.

16. *Ibid.*, p. 381.

17. Cfr. *Ibid.*, p. 350 (Presentación que el Consejero de Estado PORTALIS hace del proyecto de Título Preliminar aprobado por el Consejo, en la sesión del 23-II-1803).

ment, il est essentiel que les citoyens puissent connaître les lois sous lesquelles ils vivent et auxquelles ils doivent obéir»¹⁸.

El procedimiento es radicalmente distinto del Antiguo Régimen, en el que la voluntad del soberano se dirigía a los cuerpos legislativos encargados de su verificación y depósito y no era ejecutable antes de ser registrada, lo que, como afirma Faure, «hacía depender de la voluntad del hombre lo que no debe depender sino de la voluntad de la Ley»¹⁹, y, por otra parte, entendía como destinatario de la publicidad a los jueces, no a los ciudadanos²⁰. El problema que se plantean los codificadores franceses es doble:

a) En primer lugar, cómo lograr tal conocimiento de las leyes por los ciudadanos, lo que entienden es requisito para producir la obligación y lograr la obediencia, y, apelando a Domat²¹, vinculan conocimiento y obligatoriedad, e identifican publicación y conocimiento a esos efectos, lo que ocasionará un tremendo malentendido doctrinal en Teoría General del Derecho²². A su vez, el problema de la distinción entre Publicación y Promulgación queda mal resuelto por Portalis, que los identifica, y, finalmente, tras una discusión interminable, se decide asimismo la cuestión de la *vacatio legis*, el plazo que sirve para establecer la presunción de conocimiento en base a la publicidad, optándose por un sistema no simultáneo.

b) Además, los codificadores tratan de poner coto a la arbitrariedad judicial. A esos efectos, en primer lugar, la ley 16 de 24-VIII-70 impuso al juez la prohibición de decidir los casos disponiendo de modo general, y la obligación de motivar las sentencias, y la Ley 27-XI/I-XII-1790 instituye el Tribunal de Casación, para conservar el supremo control sobre la justicia sin mantener las instituciones del Antiguo Régimen y junto a ello se introdujo el *référé législatif* obligatorio, que trata de reforzar la tesis de que la única interpretación legítima de las leyes es la auténtica²³. Precisamente al advertir

18. *Ibid.*, p. 350.

19. *Ibid.*, p. 381.

20. A partir del Decreto de 2-XI-1790 sólo la publicación por cuerpo administrativo o tribunal hacía obligatoria la ley, publicación, como recuerda el propio PORTALIS, por «lecture, placards ou affiches» (*Ibid.*, p. 348).

21. Véase, p. ej., el discurso de GRENIER: *Ibid.*, p. 365.

22. CATTANEO: *Op. cit.*, pp. 107 y ss., sobre el *Tribunal de Casation*, CALAMANDREI: *La Cassazione civile*, Torino, Bocca, 1920, vol. I, pp. 409 y ss.

23. Hay que tener en cuenta aquí dos problemas: la distinción entre ignorancia de la ley y error de derecho: la primera no excusa de cumplimiento, mientras que el segundo puede producir determinados efectos, y, en segundo término, la cuestión del fundamento del principio de ignorancia de la ley y exigibilidad de su cumplimiento: como advierte LALAGUNA: *Derecho Civil*, Valencia, 1987, pp. 247 ss., «la situación de ignorancia de la ley no puede producir un efecto adverso a la propia ley, porque ello supondría el contrasentido de admitir que se pueda debilitar su fuerza vinculante y la eficacia organizadora que la ley se propone; la situación de error de derecho, que es cosa diferente, puede producir ciertos efectos... que, como es lógico, nunca pueden ser efectos adversos a la ley». Por lo demás, como ya advirtiera DE CASTRO, cuya posición mantiene también DÍEZ PICAZO (siguiendo las críticas de COSTA, J., al Proyecto de C. Civil español de 1851), curiosamente la tradición jurisprudencial y doctrinal española, en base al Código Civil español, desde el antiguo art. 2 del título Preliminar al actual art. 6.1, resolvía con acierto el problema de la *ignorantia iuris*; no se trata de imponer la obligación de conocer las leyes, sino de afirmar la imposibilidad inexorable del Ordenamiento jurídico; el fundamento, pues, no es el deber de conocer las leyes, porque, como se ha indicado, ese fundamento de carácter subjetivo trocaría en irreal la exigencia de la inexcusabilidad de cumplimiento, máxime en los actuales Ordenamientos Jurídicos. De todas formas, no puede entenderse en términos absolutos tal principio de inexcusabilidad, pues, como también indica

los inconvenientes de esta práctica cuyo objetivo era acabar con la arbitrariedad judicial, se intenta poner remedio, y el resultado, como advierten Bobbio²⁴ y el mencionado Cattaneo²⁵, es el artículo 4 del *Code*, que se completa con los arts. 9 y 5 en el Proyecto: los textos eran los siguientes:

«Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice» (art. 4).

«Il est défendu aux juges de prononcer, par voie de disposition générale et réglementaire, sur les causes qui leur sont soumises» (art. 5).

Como decía, Portalis pretendió incluir originariamente un artículo, que hubiera debido ser el 9, cuyo texto remitiría a la equidad y al Derecho Natural: «En materias civiles el juez, a falta de leyes precisas, es un ministro de equidad. La equidad es el retorno a la ley natural y a los usos acogidos en el silencio de la ley positiva. El artículo 5, como consagración de la separación de funciones entre legislador y juez, permanecerá, pero pronto se eliminó el proyectado artículo 9 por la fuerte polémica que originan los términos de la remisión. El resultado es que, contrariamente a las intenciones de Portalis, el artículo 4 queda solo, y reforzado por el artículo 5 en su «lectura» legalista, de modo que, paradójicamente, se convierte no ya en el punto de referencia obligado sobre la certeza de la ley en cuanto a su aplicación e interpretación, sino incluso en el leit-motiv del fetichismo de la Ley, de cierto formalismo legalista que cuajará en la Escuela de la Exégesis.

LALAGUNA, ello supondría separar totalmente el principio de inexcusabilidad de cumplimiento de la ley y la posibilidad/deber de conocimiento de la misma. Como concluye dicho autor, es indudable que existe cierta relación y que en determinadas situaciones dicho principio tiene un fundamento en un *deber concreto* «que nace del conocimiento específico al que la propia ley subordina su eficacia» (p. ej., en la expropiación forzosa, el deber especial del funcionario de indicar específicamente los recursos), así como también que tal relación «se mantiene mediante dos principios complementarios: ...un deber general de respeto a la ley (que supondría)... la existencia de una *posibilidad* de conocimiento de la ley... y la existencia de un deber especial de conocimiento que se impone a los funcionarios encargados de aplicar la ley y a los profesionales que colaboran en la administración de justicia».

24. BOBBIO, N.: *Il positivismo Giuridico*, Torino, CLUT, 1960-61, p. 85.

25. CATTANEO: *Op. cit.*, p. 125.

Libertad, igualdad, fraternidad en el socialismo jacobino francés (1830-1848)

Por JESUS GONZALEZ AMUCHASTEGUI

Madrid

I. Pretendo en el presente trabajo analizar los conceptos políticos fundamentales de lo que en mi tesis doctoral¹, siguiendo a Loubère², he llamado el socialismo jacobino. Utilizo esta expresión para referirme al movimiento político e ideológico que se inició en las sociedades republicanas que vieron la luz con el triunfo de la Revolución de julio de 1830, que se desarrolló, entre la clandestinidad y la legalidad, a lo largo de la Monarquía de Orléans y que estuvo en primera fila —tanto desde una perspectiva política como ideológica— de la Revolución Francesa de febrero de 1848, siendo Louis Blanc su teórico más coherente e influyente.

Suele ser tradicional ver en los años que van desde 1815 a 1848 un período compacto y homogéneo caracterizado por la reacción frente a los principios revolucionarios de los años 1789 y siguientes. Me parece, sin embargo, más correcta la propuesta de Maurice Agulhon³ de ver en 1830 el verdadero inicio del siglo XIX, en el sentido de que va a suponer, por un lado, el inicio de la consolidación de un nuevo tipo de dominación económica, política y social —que sólo impropiamente puede calificarse de burgués— y, por otro lado, la adopción de importantes medidas de carácter democratizador⁴ y

1. *Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático*, C.I.S., ed. siglo XXI, Madrid, 1989.

2. *Louis Blanc and his contribution to the rise of French jacobin-socialism*, Northwestern University Press, 1961.

3. «1830 dans l'histoire du XIXème siècle français», en «Romantisme, Revue de la Société des Etudes Romantiques», 1980, núms. 28-29, pp. 15-27.

4. Si bien es cierto que una de las razones de la Revolución de 1848 fue el carácter censitario del régimen orleanista y su persistente negativa a ensanchar las bases del país legal, no debemos olvidar tres leyes que se dictaron en los primeros años de la Monarquía de julio:

— Ley de 21 de marzo de 1831 sobre la organización municipal, modificó uno de los aspectos esenciales de la vida política francesa, introduciendo el régimen electoral en el reclutamiento de los consejeros municipales. La participación política bajaba en la escala social por debajo del censo de 200 francos; frente a los 250.000 electores del poder legislativo, había más de dos millones de electores municipales.

— Ley de 22 de marzo de 1833 democratizó la Guardia Nacional, al permitir que sus miembros eligieran a sus oficiales.

liberal⁵, que injustamente suele dejarse de lado en algunos estudios y cuya correcta percepción es imprescindible para entender en su justa dimensión la gran importancia que tuvieron los primeros años de la Monarquía de Luis Felipe de Orléans para el asentamiento posterior de la democracia en Francia⁶. Desde otra perspectiva hay que tener en cuenta que, a pesar de que el régimen legal de las asociaciones permanecía en el mismo estado que antes de la Revolución de julio, se produjo una tolerancia de hecho que permitió la aparición de un importante número de asociaciones republicanas: «Association Aide toi, le ciel t'aidera», «Association pour la liberté de la presse», «Association pour l'instruction libre et gratuite du peuple», «La Société des Amis du Peuple» y, la más importante, «La Société des Droits de l'Homme et du Citoyen» (SDH).

La especial importancia de la SDH descansa en tres razones:

a) Estaba integrada por viejos jacobinos, jóvenes estudiantes republicanos y trabajadores. Precisamente la presencia de estos últimos explica la mayor influencia de la SDH con respecto a las demás asociaciones republicanas. ¿Por qué se produce este acercamiento de los trabajadores a la SDH? En primer lugar, la SDH estaba muy interesada en atraer a los trabajadores a la causa republicana; en mostrarles las excelencias de la República, y persuadirles de que toda reforma industrial tenía que ir acompañada de una reforma política; en definitiva, querían republicanizar el incipiente movimiento obrero. Los republicanos no contaban con ningún apoyo ni en el parlamento, ni en el ejército. Necesitaban el apoyo de los trabajadores. En segundo lugar, si bien es cierto que las sociedades republicanas con anterioridad a la SDH no se habían dirigido abiertamente a los trabajadores, no puede olvidarse el gran prestigio del que muchos republicanos gozaban entre aquéllos. En efecto, el republicanismo de aquellos años era eminentemente filantrópico. Trélat y Raspail —aunque este último no lo fuera oficialmente— ejercían como médicos en los barrios de trabajadores, y disfrutaban de su estima. Por otro lado, la SAP, en colaboración con la «Association pour l'instruction libre et gratuite du peuple», creó diversas escuelas para adultos y niños. En tercer lugar, los trabajadores que, de manera incipiente, empezaron a organizarse tras la Revolución de julio, vieron que no podían esperar nada del nuevo régimen. Por otro lado, eran conscientes de que no estaban capacitados para defenderse ellos solos; y veían que los republicanos eran los únicos preocupados por la cuestión social. La agitación obrera de 1833 supuso el acercamiento definitivo entre las asociaciones republicanas y la clase trabajadora. En efecto, después de que las huelgas y las incipientes asociaciones

— Ley de 22 de junio de 1833 completó la «democratización» de la vida local, proclamando el carácter electivo de los consejeros generales de los departamentos y los consejeros de barrio.

5. Por ejemplo, la ley de 8 de octubre de 1830 supuso un claro reforzamiento de la libertad de prensa, al reducir el número de delitos de prensa y determinar que la apreciación de dichos delitos correría a cargo de un jurado, es decir, de ciudadanos independientes.

6. A este respecto, una pluma tan ponderada como la de M. Agulhon no duda en afirmar que «para el despertar de la democracia (entendida como encuentro entre el pueblo y la política) los años 1830-34 fueron, quizás, los años más importantes del siglo», en «1830 dans l'histoire du XIX^{ème} siècle français», citada, p. 26.

fueran reprimidas, la SDH apremió a los líderes obreros a que sacaran lecciones políticas de la derrota; haciéndoles ver —lo que por otro lado era evidente— que de la Monarquía no iban a recibir ningún apoyo, les aseguraban que la misión esencial de la República sería la de proporcionar a los trabajadores los medios necesarios para crear sus propias asociaciones de producción o cooperativas. Como señala Moss, la alianza entre republicanos y trabajadores iba a descansar en una estrategia cooperativa tendente a lograr la propiedad de los trabajadores de sus propias industrias.

Por otro lado, aunque ni Saint-Simon ni Fourier formaban parte de la tradición republicana, lo cierto es que muchos de sus discípulos ingresaron en las filas de la SDH.

b) En ella se esbozan las ideas fundamentales del socialismo jacobino, que es fruto de la fusión de dos corrientes: la democracia jacobina y el socialismo asociacionista o cooperativo. En efecto, como consecuencia del acercamiento entre jacobinos y trabajadores, el republicanismo sufre una evolución decisiva, pasando la cuestión social al primer plano de sus preocupaciones, mientras que los trabajadores van paulatinamente persuadiéndose de la necesidad de la reforma política y de las excelencias de la República y el sufragio universal⁷.

Además, la presencia en el seno de la SDH de importantes discípulos de Saint-Simon y de Fourier, con Pierre Leroux a la cabeza, contribuyó también a «socializar» el jacobinismo, al mismo tiempo que se democratizaba (republicanizaba) el socialismo utópico saint-simoniano y fourierista.

Las siguientes palabras de Marc Dufraisse, un miembro de la SDH, en su panfleto «Association des travailleurs»⁸, constituyen un claro exponente de las ideas fundamentales de la concepción socialista jacobina: «Así pues, ciudadanos, comprendéis perfectamente que para mejorar vuestra condición, hacen falta nuevas leyes relativas al modo de distribución de impuestos, a la importación de mercancías, a las aduanas, etc... y para hacer nuevas leyes, ¿no son necesarios nuevos legisladores?, ¿no hace falta que los burgueses no sean los únicos en redactar las leyes?, ¿no hace falta que estén representados vuestros derechos? La reforma industrial no puede llevarse a cabo sin una Revolución política, y la reforma política implicará necesariamente la Revolución industrial... ¿Cómo queréis alcanzar el bienestar mientras que la aristocracia burguesa y financiera sea la única soberana?... Hace falta, para mejorar definitivamente la condición del pueblo, que éste recobre el ejercicio de su soberanía... Entonces el gobierno, propiedad del pueblo, instrumento de los deseos, de los intereses y de las necesidades, no de una fracción de privilegiados, de una minoría de egoístas, sino de todos; el gobierno, centro de una vasta asociación, agrupando alrededor de él todos los brazos y todas las inteligencias, protector de los

7. En este sentido, Gabriel Perreux dirá: «Entre 1832 y 1834 los republicanos se encaminaban hacia la reforma social. En un movimiento semejante, pero en sentido contrario, los trabajadores, preocupados inicialmente por cuestiones profesionales, se dirigieron hacia la República», *Au temps des sociétés secrètes. La propagande républicaine au début de la Monarchie de Juillet (1830-1835)*, París, Hachette, 1931, p. 302.

8. *Les révolutions du XIXème siècle (1830-1834)*, París, Edhis, 1974, Tomo III.

derechos del pueblo y apoyándose en él, se comprometerá a liberar al proletariado. Favorecerá las asociaciones de trabajadores, os proporcionará los fondos necesarios para crear vuestros establecimientos».

c) Supone un intento del pensamiento republicano por adaptarse a la nueva situación política, económica y social y por tener un programa político coherente y verosímil. Dicho intento queda perfectamente reflejado en el programa político defendido por la SDH, programa que contiene, según Perreux, «el germen de la mayoría de las bases de la sociedad moderna»⁹, y cuyos rasgos esenciales son los siguientes¹⁰:

- poder central, electivo, temporal, responsable y fuerte;
- asamblea nacional que, representando todos los intereses legítimos, garantice a cada uno la parte que le corresponde, y que, elegida por todos los ciudadanos, no sacrifique los intereses del conjunto ante ninguna pretensión excéntrica o egoísta;
- organización municipal que combine la libertad de los ayuntamientos con la unidad del gobierno;
- organización de la Guardia Nacional que llame a todos los ciudadanos a defender sus derechos;
- sistema de educación pública;
- sistema financiero cuya finalidad sea proporcionar recursos a los pobres, al trabajo y a la industria; creación de un presupuesto público que facilite créditos a los particulares;
- organización judicial que generalice la institución del jurado, que amplíe las atribuciones de los jueces de paz, y que cree un Tribunal Supremo que garantice la aplicación uniforme de las leyes;
- organización administrativa basada en el principio de la unidad nacional;
- establecimiento de funciones industriales que contribuyan a realizar estos dos grandes principios: la mejor división del trabajo, la mejor repartición de los productos, que aceleren la emancipación de la clase obrera, y hagan intervenir el poder y la inteligencia social en el desarrollo de los intereses sociales;
- el concurso del derecho de asociación para dicho desarrollo, y para la combinación de la libertad individual con la reforma de los desastrosos efectos del aislamiento;
- la revisión de las instituciones públicas por un consejo permanente, a reserva de la sanción del pueblo;
- federación europea, basada en el principio del respeto a la soberanía del pueblo;

Tras la disolución de las asociaciones republicanas en 1834, el credo socialista-jacobino quedó en manos de un grupo de intelectuales agrupados en torno a la «Revue Républicaine» de J. F. Dupont, entre los que ya comenzaba a destacar Louis Blanc. Este, a partir de 1839, empezó a publi-

9. *Ob. cit.*, p. 264.

10. Véase «Exposé des principes républicains de la Société des Droits de l'Homme et du Citoyen», en *Les révolutions du XIXème siècle (1830-1834)*, París, Edhis, 1974, tomo III.

car «La Revue du Progrès politique, social et littéraire», continuando la tarea iniciada en los primeros años de la Monarquía de Orléans por las asociaciones republicanas. En esta revista Blanc colaboraba asiduamente, y sentaba las bases de una teoría política socialista jacobina coherente, que empezó a ser difundida y conocida.

II. El socialismo jacobino se considera a sí mismo el resultado de una evolución pacífica, sin rupturas ni saltos cualitativos desde el liberalismo (democrático) al socialismo. Este no es sino la profundización de los (verdaderos) ideales de 1789; llevando hasta sus últimas consecuencias la célebre divisa revolucionaria —Libertad, Igualdad, Fraternidad— se desemboca en el socialismo. La obra de Louis Blanc supone un caso paradigmático de esta manera de entender el socialismo. Siempre definió su socialismo como tributario de Rousseau —a quien consideraba un precursor del mismo, y cuya obra, todavía incompleta, Blanc se proponía culminar— y del pensamiento jacobino. Por otro lado, sostenía una visión globalmente positiva de la filosofía del siglo XVIII, y las críticas lanzadas contra la Revolución de 1789 —sobre todo por su timidez e insuficiencias—, no le impedían ver con objetividad los logros de la misma ni elogiar a los girondinos¹¹. Todo ello merece ser destacado pues pone de relieve que Blanc va a asumir muchas de las ideas de las luces y muchos de los principios liberales. Por eso insistía constantemente en la necesidad de llevar la Revolución Francesa hasta sus últimas consecuencias; y por eso, cuando en el *Catéchisme des socialistes* se pregunta: «¿Existe alguna fórmula que resuma la doctrina de los socialistas?», respondía tajantemente: «Sí, y esta fórmula es la siguiente: Libertad, Igualdad, Fraternidad»¹².

Desde esta perspectiva puede perfectamente decirse que el socialismo de Louis Blanc, y en general el socialismo cooperativo, descansan en la redefinición de los tres conceptos de la célebre divisa revolucionaria, pues la libertad, la igualdad y la fraternidad del individualismo no habían conducido a que los hombres fueran ni más libres, ni más iguales ni a que sus relaciones fueran más fraternas. Veamos, a continuación, los rasgos fundamentales de la concepción socialista jacobina de libertad, igualdad y fraternidad.

2.1. FRATERNIDAD¹³

La concepción de la Historia de Blanc —sin lugar a dudas una de las partes más discutibles de su obra— entiende que ésta se encuentra divi-

11. «Pero, a pesar de haber sido incompletas, las creencias de los girondinos merecen nuestro homenaje. Haber proclamado la soberanía del pueblo, la libertad de conciencia y de pensamiento, la inviolabilidad del domicilio, la igualdad ante la Ley, la proporcionalidad entre los delitos y las penas, la victoria de la virtud y del talento sobre los privilegios del nacimiento, la instrucción para todos... Haber vivido y muerto por ello, es ciertamente un hermoso título de gloria». *Histoire de la Révolution Française*, París, Langlois et Leclercq, 1847-1862, tomo VIII, p. 258.

12. París, Au Bureau du Nouveau Monde, 1849, p. 3.

13. Voy a analizar en este apartado los rasgos básicos de una concepción de la sociedad que puede ser calificada indistintamente como fraternal o asociacionista. En mi opinión, la idea de asociación, central en el socialismo jacobino, debe ser entendida como sinónimo de fraternidad.

dida en tres períodos, caracterizados por el principio dominante en cada uno de ellos. En su opinión, la humanidad entrará en el «período socialista» cuando el principio de fraternidad triunfe sobre el principio individualista. Vemos, pues, cómo en Blanc la noción de fraternidad cumple un papel fundamental. En este sentido, podemos decir que Blanc participa de ese entusiasmo generalizado, casi místico, por la fraternidad que caracterizó al pensamiento republicano durante la Monarquía de Orléans. Las siguientes palabras de Cabet en «Le Populaire» resultan paradigmáticas: «Si se nos preguntara cuál es vuestra ciencia, responderemos: ¡La Fraternidad!, ¿cuál es vuestro principio?, ¡La Fraternidad!, ¿cuál es vuestra doctrina?, ¡La Fraternidad!, ¿cuál es vuestra teoría?, ¡La Fraternidad!, ¿cuál es vuestro sistema?, ¡La Fraternidad!»¹⁴.

La idea de fraternidad ocupaba un lugar central en el pensamiento socialista jacobino; era entendida como una fórmula mágica de contenido plural que encerraba en sí misma la solución de los múltiples problemas de tipo social, político y económico existentes durante la Monarquía de Orléans. Suponía un nuevo principio organizador de la sociedad política y de las relaciones económicas, alternativo al característico del pensamiento liberal-individualista.

La concepción fraternal o asociacionista de la sociedad parte de la proclamación de la sociabilidad humana, pero no sólo por imperativos derivados de la impotencia del individuo aislado; se piensa además que el hombre es bueno por naturaleza y tiende a convivir con los demás y ayudarse mutuamente. En efecto, según esta concepción fraternal, el hombre sólo se realiza en contacto con los demás hombres, sintiéndose miembro integrante de un colectivo, a la defensa de cuyos intereses se entrega, posponiendo su interés individual. Como señala Dupont¹⁵, el hombre solamente es feliz si ejercita la solidaridad, pues hay en él una inclinación a ayudar a sus semejantes que sufren y a dedicarse a los intereses colectivos de la humanidad. En definitiva, se trata de una concepción de la sociedad muy próxima a una gran familia y a las primeras comunidades cristianas, que se caracteriza por ver en los demás hombres, hermanos y no enemigos, colaboradores y no competidores, de manera que hay que asociarse, unir esfuerzos, en aras de lograr la satisfacción del interés general, desde el íntimo convencimiento de que los intereses particulares encuentran también en aquél su satisfacción.

En segundo lugar, la sociedad fraternal se caracteriza — como se puede deducir fácilmente de esa concepción «fuerte» de la sociabilidad humana — por la armonía existente entre los intereses individuales y el interés colectivo; se caracteriza, en definitiva, por intentar compatibilizar — como

14. «Le Populaire», n.º 4, noviembre, 1844, p. 3. A este respecto, Jean Gaumont dirá: «Desde los pastores de la Iglesia a los representantes de la economía burguesa, todas las bocas hablan de asociación, como de un hecho mágico y maravilloso, una suerte de 'ábrete sésamo' que debía realizar la edad de oro de la fraternidad universal», *Histoire Générale de la Coopération en France. Les idées et les faits. Les hommes et les oeuvres*, 2 tomos, París, Fédération nationale des coopératives de consommation, 1924. La cita es del tomo I, p. 238.

15. «Introduction», «Revue Républicaine», 10 de abril de 1834, tomo I, p. 10.

el Contrato social rousseauiano— asociación e independencia, fraternidad y libertad. Niega la concepción de la sociedad como mera agregación de individuos, de manera que la actuación de aquélla quede subordinada a los intereses de sus miembros. Se opone, igualmente, a aquellas otras concepciones que anulan al individuo, disolviéndolo en la sociedad. Su meta es compatibilizar la libertad y la dignidad de los individuos, con la existencia de un interés común global; con palabras de Maxime Leroy, «querían perfeccionar la idea de libertad individual, mediante el perfeccionamiento de lo social, es decir, mediante la solidaridad»¹⁶.

Por otro lado, la noción de fraternidad sirve para criticar el culto del individuo aislado y de la competencia como factores de progreso¹⁷. En este mismo sentido, la idea de fraternidad se encuentra en la base, por un lado, de la crítica que hace el socialismo jacobino al liberalismo económico —y fundamentalmente a la libre competencia— y, por otro, de la defensa del intervencionismo estatal y del cooperativismo.

Por último, la idea de fraternidad sirve para justificar la existencia de obligaciones entre los individuos¹⁸, y por ende, de éstos hacia la sociedad, y de ésta hacia aquéllos; con otras palabras, la idea de fraternidad está en la base de los derechos humanos de carácter económico y social. En este sentido, J. E. S. Hayward, el cual ha estudiado la evolución y la influencia del concepto de solidaridad en Francia a lo largo del siglo XIX, dirá que «así como el siglo XVIII dio muestras en Francia del desarrollo de la idea de libertad personal absoluta, asociada a la defensa de los derechos individuales, las circunstancias materiales e intelectuales del siglo XIX promovieron la progresiva importancia de la idea de solidaridad social, asociada con el establecimiento de una justicia económica para la protección de los derechos sociales»¹⁹. Con otras palabras, el socialismo jacobino al recurrir a las nociones de fraternidad, asociación y solidaridad quiere proclamar el compromiso de la sociedad, pero también de los ciudadanos, de intentar garantizar el bienestar de todos los individuos.

Anton Menger participa de esta idea al afirmar que «este sistema cuya meta última es el reconocimiento del Derecho a la existencia descansa en el sentimiento de amor al prójimo y en la fraternidad»²⁰. En este mismo

16. *Histoire des idées sociales en France*. Tomo II, *De Babeuf à Tocqueville*, París, Gallimard, 1950, p. 47.

17. Blanc define la sociedad como aquella en la que «...los hombres, en lugar de aislarse y disputarse la vida y la fortuna como si fuera una presa, en definitiva, en destrozarse, reúnen sus voluntades y trabajan juntos en una obra común, de la que cada uno se beneficia según sus necesidades, después de haber contribuido según sus facultades», *Catéchisme des socialistes*, citada, p. 9.

18. Blanc en sus estudios de tipo histórico se mostraba muy crítico con los excesos individuales amparados en el principio de libertad, y apuntaba que este principio proporcionaba a los individuos una conciencia exagerada de sus derechos y no les imbuía la noción de deber. Por eso, en su opinión, era imprescindible que el principio de fraternidad sustituyera al de libertad.

19. «Solidarity: The social history of an idea in nineteenth century France», en «International Review of social history», vol. 4, part. 2, pp. 261-284, editado por The International Institut voor sociale geschiedenis, Amsterdam. La cita es de la p. 264. Este artículo está basado en la introducción a la Ph. D. tesis presentada por el autor en la Universidad de Londres en 1958 titulada: *The idea of solidarity in French social and political thought in the nineteenth and early twentieth centuries*, de la que no he podido disponer.

20. *Le Droit au produit intégral du travail. Etude historique*, París, V, Guiard et E. Brière, 1900, p. 43 (ed. original alemana de 1886).

sentido, Ch. Renouvier señala que «los deberes del ciudadano... consisten en: 1.º el respeto de la libertad y de la igualdad, es decir, en la observación de la justicia; 2.º en la práctica de la fraternidad; 3.º en el servicio de la República»²¹; y añade más adelante que «la República, en nombre de la fraternidad, reconoce a todo ciudadano: 1.º el derecho a trabajar y a subsistir por su trabajo; 2.º el derecho a recibir la educación social y, además, la instrucción necesaria para la eclosión de sus aptitudes»²².

Las siguientes palabras de Marrast —que ciertamente no era un socialista jacobino—, a la sazón presidente de la Asamblea Nacional, en su informe de presentación del segundo proyecto de Constitución de 29 de agosto de 1848, muestran, por un lado, la enorme difusión de ese espíritu místico de fraternidad, y, por otro, la importancia que la idea de fraternidad tenía en la justificación de los derechos humanos de carácter económico, social y cultural: «La ley cristiana había dicho desde siempre: ‘Los hombres son iguales, los hombres son hermanos’. Cuando la Ley política ha proclamado estas dos máximas, no lo ha hecho para mostrar buenos sentimientos, sino para crear deberes. Estos deberes obligan a los ciudadanos hacia la sociedad y a ésta hacia aquéllos; todos los hombres se deben a los demás, y los poderes, representando al conjunto social, se deben a todos; entre el Estado, la familia, el individuo, se establecen así los lazos de una solidaridad religiosa en su principio, política en su acción... La fraternidad sirviendo de origen a nuestras instituciones..., aquí radica la fecunda novedad de nuestra República y de nuestra época... La fraternidad entrando en las creencias y en las costumbres... La fraternidad en las relaciones de los ciudadanos entre sí, asegura a todo ser que lleva el título de hombre, respeto a sus derechos, a su utilidad y satisfacción de sus primeras necesidades; la fraternidad, situada en la cúpula del Estado, aporta la solicitud vigilante por los débiles, inquieta por los que sufren, activa por aquellos a los que las calamidades han privado de su trabajo..., solicitud cuya función se resume en estas tres palabras: ver, prever y proveer»²³.

En definitiva, la idea de fraternidad ocupa un lugar central en el pensamiento socialista jacobino. Supone una crítica al liberalismo económico —y en concreto al egoísmo e individualismo anárquico consustancial al mismo—, y pone los cimientos —al menos, algunos— del socialismo, al proporcionar una base muy sólida para una versión más amplia de los ideales de la Revolución Francesa e implicar un compromiso público —y privado— de realización de la justicia social.

2.2. LIBERTAD

La concepción socialista-jacobina de libertad fue formulada por vez primera de forma coherente por Blanc. No es fácil, por el contrario, hallar

21. *Manuel républicain de l'homme et du citoyen*, Ed. Garnier Frères, París, 1981, con estudio introductorio y notas de Maurice Agulhon (Es una reimpresión de la 2.ª ed. de 1848). Renouvier explica las ideas fundamentales del pensamiento republicano recreando un diálogo entre un tutor y su alumno.

22. *Ibid.*, p. 153.

23. Véase *Le Droit au travail à l'Assemblée nationale*. Recueil complet de tous les discours prononcés dans cette mémorable discussion. Introducción y notas de Joseph Garnier París, Guillaumin, 1848, p. 5.

un concepto claro y unívoco de libertad en las publicaciones republicanas durante la Monarquía de Orléans, aunque sí encontramos algunas ideas inconexas que luego Blanc asumirá, y que, con el paso del tiempo, han pasado a engrosar el patrimonio común de lo que puede llamarse una «cultura de izquierdas». Dos ideas merecen ser destacadas a este respecto:

a) *La libertad como participación en el poder político*: En primer lugar, algunos autores, sin duda por influencia de Rousseau, asocian la idea de libertad con la de participación política. Elías Regnault, en su análisis de la voz «Liberté» en el *Dictionnaire politique*²⁴, decía que si el poder político es democrático, entonces «no es sino la garantía de la libertad», y añadía que en ese caso, el individuo «obedeciendo a la autoridad, no hace sino obedecer a la Ley que él mismo ha hecho, es decir, que, incluso en su obediencia, realiza un acto de libertad».

Blanc hará suya esta idea. En su opinión hay dos maneras de enfocar el problema de las relaciones entre Estado y sociedad. Por un lado, cabe situar el poder político por un lado y la sociedad por otro; como es lógico, en este caso el ciudadano ve en el gobernante a un enemigo y pretende poner límites al poder político; «así, Montesquieu, dirá Blanc²⁵, al ver al soberano al margen y por encima de la sociedad, tuvo que buscar las garantías de la libertad en complicaciones anárquicas».

La segunda posibilidad consiste en relacionar poder político y sociedad, haciendo de ésta el verdadero soberano. Rousseau y el *Contrato social* constituyen el paradigma de esta segunda teoría: «Lo que predomina en el Contrato social, dice Blanc²⁶, es la preocupación por la libertad. Cuando Rousseau invoca la unidad social y sólo reconoce como legítimas las leyes que encuentran su origen en la voluntad general,..., ha otorgado al individuo verdaderas garantías y ha trazado el único camino que puede conducir a todos los hombres igualmente al bienestar y a la libertad». Por todo ello se pregunta Blanc: «¿Dónde hay que situar las garantías de la libertad, en las condiciones de ejercicio del poder o en el propio poder?, ¿señalando a la autoridad la línea que le está prohibido franquear, o bien, identificándola de tal manera con la sociedad por su modo de organización, que ella misma no esté interesada en rebasar jamás los límites convenientes?»²⁷. Blanc sostiene que el Estado debería organizarse como la sociedad mejor organizada, que es la familia, la cual se caracteriza porque «las garantías de la libertad residen en el propio poder»²⁸. Los ciudadanos, por tanto, no serán más libres por limitar el poder político y hacer desaparecer el máximo número de trabas legislativas; los ciudadanos serán libres si participan en la elección de sus gobernantes. Esta idea de libertad, así como otras consideraciones relacionadas con la noción de igualdad, y un fervor romántico en la bondad, e incluso en la infalibilidad, del pueblo, están en la base de la reivindicación republicana fundamental: el sufragio universal.

24. *Dictionnaire politique*, Pagnerre y Duclerc eds., París, 1842, pp. 534-536.

25. *Histoire de la Révolution française*, citada, Libro III, cap. II, tomo I, p. 442.

26. *Histoire de la Révolution française*, citada, Libro III, cap. II, tomo I, pp. 444-445.

27. «Réforme électorale», en «Revue du Progrès», 15 de octubre de 1839, tomo II, p. 303.

28. *Ibid.*, p. 303.

b) *La libertad como poder*: Von Stein demuestra cómo durante la primera mitad del siglo XIX se extendía en Francia la conciencia de que «realmente la propiedad de bienes espirituales y materiales es la verdadera condición de su libre autonomía»; la libertad es entendida, dirá Von Stein, como «la autodeterminación de la persona tanto en el mundo espiritual como en el material, ..., supone por tanto para la persona individual el dominio sobre la esfera del bien espiritual, así como del bien material»²⁹. Aunque no es fácil hallar una definición clara de libertad, sí podemos encontrar alguna publicación republicana que confirma la apreciación de Von Stein. Así, por ejemplo, en *Le Catéchisme des Droits de l'homme et du citoyen* se define la libertad como poder, basándose en la clásica definición de Robespierre, y se relaciona estrechamente con la idea de igualdad³⁰.

Louis Blanc participa de esta concepción de la libertad, cuyos rasgos característicos va a concretar. El, antes que nadie, entendió la libertad como «libertad real», como sinónimo de capacidad y de poder. Laporta considera que la idea fundamental de la concepción socialista de libertad es que «dadas unas ciertas condiciones sociales, la opresión del ser humano bajo una tupida red de impedimentos fácticos de carácter económico y social anulaba el alcance de la idea de libertad»³¹. Esta idea, como vamos a ver a continuación, está presente en Blanc.

Blanc discrepa abiertamente con la tesis según la cual tras la Revolución Francesa los ciudadanos son libres e iguales. Reconoce a dicha revolución el mérito de haber puesto fin al régimen feudal y con él a la tiranía de los individuos. Sin embargo, la mayor parte de los ciudadanos no son libres, se encuentran a merced de los propietarios; «la tiranía de las cosas subsiste, y una multitud de hermanos nuestros están sometidos a la pobreza que es la esclavitud por la ignorancia y el hambre»³².

Blanc no puede compartir la concepción liberal-burguesa de libertad. Para Blanc la libertad no consiste en encadenar al Estado, en decir al ciudadano: «el camino está libre, haz lo que quieras». Esa es la libertad del Estado de Naturaleza, es la libertad de oprimir a los débiles. El error radicó, en opinión de Blanc, en definir la libertad con la palabra «derecho»: «El Derecho considerado de manera abstracta es el espejismo que tiene al pueblo oprimido desde 1789. El Derecho es la protección metafísica y muerta que ha reemplazado la protección activa y firme que se

29. *Movimientos sociales y Monarquía*, traducción parcial del original alemán de Enrique Tierno Galván, con prólogo de Luis Díez del Corral, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 84 y 86. (Ed. original *Geschichte des sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, 1850).

30. Se trata de un panfleto de la SDH que decía: «La libertad es el poder que pertenece al hombre de ejercer a su antojo todas sus facultades... Además, la libertad sin la igualdad no es nada. Los aristócratas hablan sin cesar de libertad; es porque para ellos la libertad no es otra cosa que la facultad de oprimir a los débiles y de practicar todos sus caprichos», en *Les révolutions du XIXème siècle...*, citada, tomo III. En este mismo sentido, en el panfleto *De l'égalité*, se decía que «libertad e igualdad se dan la mano; existe entre ellas una unión tan íntima que una no puede existir sin la otra», *Les révolutions du XIXème siècle...*, tomo III.

31. «Sobre el uso del término 'libertad' en el lenguaje político», en «Sistema», n.º 52, enero de 1983, pp. 23-43; la cita es de la p. 29.

32. *Catéchisme des socialistes*, *Ob. cit.*, p. 6.

debía al pueblo. El Derecho, pomposa y estérilmente proclamado en las constituciones, ha servido para ocultar lo que la inauguración de un régimen individualista tenía de injusto, y lo que de bárbaro había en el abandono del pobre. Ha sido al definir la libertad con la palabra derecho como se ha llegado a llamar hombres libres a hombres esclavos del hambre, del frío, de la ignorancia y del azar»³³. Por eso, a pesar de haber proclamado la libertad y la igualdad en 1789, la tiranía de las cosas subsiste; y por eso, Blanc entiende el escepticismo de sectores obreros ante las nociones revolucionarias de libertad e igualdad, pues, dirá, «la libertad no ha sido para ellos desde 1789 sino la ausencia de todo tipo de protección»³⁴.

Blanc es consciente de que no basta con reconocer constitucionalmente la libertad. Hace falta algo más. Lo explicará meridianamente: «la cuestión fundamental era la de hacer a los proletarios libres de hecho; lo cual implicaba darles medios de desarrollo, instrumentos de trabajo»³⁵. Blanc da un paso importante: pone en relación la libertad y la propiedad de determinados medios de carácter económico y social; sin ellos, el individuo no será realmente libre. Es consciente Blanc de la necesidad de proponer un nuevo concepto de libertad, que no descansa en la palabra «derecho». La idea de «poder» ocupará el lugar central de la nueva definición: «¿En qué consiste la libertad sino en el poder dado a cada uno de ejercer completamente todas sus facultades y de satisfacer plenamente todas sus necesidades...?»³⁶. En otro lugar, dirá: «invocamos la idea de poder porque la libertad del futuro debe ser una realidad»³⁷.

Esta concepción de la libertad «real» frente a la libertad «formal» supone una buena justificación del intervencionismo estatal y está íntimamente relacionada con los derechos humanos de carácter económico, social y cultural. En efecto, la nueva idea de libertad exige que los ciudadanos tengan satisfechas todas sus necesidades básicas: instrucción, alimento, vivienda, salud, trabajo..., teniendo el Estado un papel fundamental en ese campo, como el propio Blanc reconoce explícitamente³⁸.

Su defensa del intervencionismo estatal y su crítica de la libre competencia sirvieron para que algunos contemporáneos atacaran a Blanc en tanto que enemigo de la libertad. No recibe bien estas críticas; le resultan incomprensibles, pues se ve a sí mismo como el más firme y decidido defensor de la libertad, de la «verdadera libertad, la libertad para todos, esta libertad que se buscará en vano allí donde no se encuentren la igual-

33. *Organisation du travail*, 5.^a ed., Au bureau de la Société de l'industrie fraternelle, París, 1848 [1.^a ed. sin fecha (1840, aproximadamente), Prévot, París]. La cita es de la p. 19.

34. «Introduction à la Revue du Progrès», 15 de enero de 1839, tomo I, pp. 1-14; la cita es de la p. 1.

35. *Histoire de dix ans, 1830-1840*, Pagnerre, París, 1846, tomo IV, p. 117.

36. «La formule du socialisme: de chacun selon ses facultés, à chacun selon ses besoins», en *Almanach du Nouveau Monde*, París, 1850, p. 31.

37. *Organisation du travail*, *Ob. cit.*, p. 20.

38. «La intervención del Estado no sólo no implica siempre y necesariamente la paralización del individuo, ni limita la libertad, sino que hay casos en que es requerida para ayudar al desarrollo del individuo y prestar apoyo a aquellos que se rezagan como consecuencia de una organización imperfecta». *L'Etat et la Commune*, Librairie Internationale Lacroix, Verboeckhoven et C^{ie}, París, 1866, pp. 19-20.

dad y la fraternidad, sus hermanas inmortales»³⁹. Además, se preguntará, «¿no es acaso practicar en el sentido más amplio el culto de la libertad, el crear una organización que asegure el trabajo a todo el mundo y la recompensa legítima del mismo?»⁴⁰.

2.3. IGUALDAD

Si bien la idea de igualdad va a ocupar un lugar central en el discurso republicano durante la Monarquía de Orléans, lo cierto es que no resulta fácil determinar con claridad y precisión su concepto.

Parten de una supuesta igualdad natural. De ella deducen tres cosas: en primer lugar, por influencia rousseauiana, la entienden como sinónimo de independencia, es decir, que nadie está sometido por naturaleza a la autoridad de otro; o lo que es lo mismo, las desigualdades naturales no conceden a nadie el derecho de imponer a los demás su voluntad. En segundo lugar, esa igualdad natural supone el derecho de todos los hombres de desarrollarse conforme a su naturaleza⁴¹. Por último, la igualdad natural implica igualdad social, en el sentido de que el Estado debe comprometerse a salvaguardar dicha igualdad natural, es decir, esos derechos naturales e imprescriptibles a una parte de los bienes de la tierra y al desarrollo físico y moral de cada individuo.

Decía que la idea de igualdad ocupa un lugar central en el discurso republicano. La actividad republicana va encaminada a lograr que toda institución política y social descansa sobre la igualdad:

a) Los republicanos defienden la igualdad ante la ley. «La ley debe ser igual para todos, se decía en *Le Catéchisme des Droits de l'homme et du citoyen*⁴², pues, si no fuera así, no sería la expresión de la voluntad general». Pondrán especial énfasis en la igualdad ante la ley en el campo laboral, tal y como se hacía en el artículo 6.º de la Declaración de Derechos de 1789⁴³, aunque no se limitarán a ello, sino que lucharán por garantizar el derecho al trabajo a todos los ciudadanos.

b) La soberanía del pueblo es entendida también como una exigencia de la igualdad. Esta implica igualdad de derechos políticos entre todos los ciudadanos, es decir, sufragio universal. Se basarán también en la idea de

39. *Organisation du travail*, citada, p. 16.

40. *Organisation du travail*, citada, p. 191.

41. En el panfleto *De l'égalité* (citado, pp. 1 y 2) se decía: «(la igualdad) es la imagen de una verdad natural... deriva de la existencia de las cosas... Ciertos derechos primitivos e inalienables se abren para el hombre con las puertas de la vida; así, por el mero hecho de nacer, cada uno tiene su parte entre los bienes de la tierra, con el fin de que sirvan para su conservación; además, al nacer, cada uno lleva en sí el derecho de desarrollar su existencia física y moral».

42. Citado, p. 4.

43. «...Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella (la ley), son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos».

igualdad para criticar el principio doctrinario de la soberanía de la razón y para fundamentar el principio de las mayorías⁴⁴.

c) Los republicanos defienden además la necesidad de alcanzar una cierta «igualdad material». A pesar de que en alguna publicación⁴⁵ se sostiene que la meta última debe ser una nivelación absoluta, una igualdad radical de bienestar y disfrute material, en general se piensa con Robespierre que esa igualdad absoluta es una quimera. Persiguen alcanzar una garantía generalizada de un nivel aceptable de bienestar. De nuevo observamos la influencia rousseauiana y jacobina: que todos tengan suficiente y ninguno demasiado, de manera que nadie se viera obligado a depender de otra persona. Desde esta perspectiva abogan por la igual repartición de los beneficios y de las cargas de la sociedad, la abolición de todo tipo de privilegios, la garantía generalizada de un mínimo de propiedad privada —que es considerada como una garantía de la independencia individual—, la implantación de un impuesto progresivo sobre la renta, la consideración del derecho de propiedad como derecho social —no natural— y la proclamación del derecho a la educación y al trabajo⁴⁶.

Renouvier⁴⁷ explica perfectamente las distintas dimensiones que el pensamiento republicano y socialista dio al concepto de igualdad. La igualdad supone, le explica el tutor a su alumno, que «los hombres nacen iguales en derechos, es decir, que nadie puede ejercer dominación sobre otro hombre. La República consagra este estado natural bajo el imperio de la ley»; y añade, ello implica que «todos los ciudadanos deber ser igualmente admitidos a los empleos sin otra distinción que sus virtudes y sus talentos. En fin, la ley es la misma para todos, cuando protege y cuando castiga». El alumno se manifiesta sorprendido e insatisfecho: «Yo había creído hasta hoy, cuando se me hablaba de la igualdad, que no se pretendía simplemente dar los mismos derechos a todos los hombres, sino también la misma existencia y los mismos bienes». «Estás parcialmente equivocado, le responde el tutor. La República no quiere una absoluta igualdad de condiciones, porque sólo podría alcanzarla despojando a los ciudadanos de su libertad. Sin embargo, la República quiere aproximarse a esta igualdad absoluta, en la medida de lo posible, sin privar al ciudadano de

44. Elías Regnault explica perfectamente esta idea: Cuando hemos basado la autoridad en las decisiones de la mayoría, habíamos dejado sin fundamento nuestro principio, si no lo hubiéramos apoyado en la igualdad. ¿De dónde viene, en efecto, esta legitimidad, esta verdad que surge de la voluntad de la mayoría? Siendo cada uno igual a los demás, nadie puede pretenderse superior a los demás; pues la suma de razones individuales que forma la razón común estará siempre claramente por encima de toda razón aislada; representando, además, cada individualidad el mismo número, el valor intelectual y moral de la mayoría será tan incontestable como un valor matemático, sin que pueda oponerse la calidad a la cantidad; o mejor, es la cantidad la que hace calidad», *Dictionnaire politique, Ob. cit.*, voz «Egalité», p. 359.

45. El panfleto *De l'égalité*, y la Introducción de Dupont a la «Revue républicaine».

46. El panfleto de la ADH *De l'instruction (Les révolutions...*, citada, tomo III) es muy ilustrativo: «¡No! La República entiende de otra manera sus intereses y sus deberes: ¡a cada ciudadano la subsistencia y el trabajo! La subsistencia, es decir, la instrucción necesaria para desarrollar todas sus facultades naturales; el trabajo, es decir, el apoyo necesario para poner en práctica sus cualidades naturales y las que ha adquirido. A cada uno lo que cada uno debe saber, a cada uno lo que cada uno debe hacer, a cada uno lo que cada uno debe recibir; ahí radica la justicia, en eso consiste la igualdad», p. 4.

47. *Manuel républicain de l'homme et du citoyen, Ob. cit.*, cap. IX, *De l'égalité (et de la fraternité)*, pp. 107-112, y especialmente pp. 107-108.

sus derechos naturales, sin hacer de él el esclavo de la comunidad». Continúa el tutor hablando de la necesidad de compatibilizar libertad e igualdad, lo cual sólo puede conseguirse —dirá el tutor— gracias a la fraternidad. «¿Qué hace falta entonces, pregunta el alumno, en una República fraternal, para que los ciudadanos sean al mismo tiempo libres e iguales?». Hace falta y es indispensable, responde el tutor, que una República fraternal reconozca y garantice dos derechos a todos los ciudadanos: el derecho a trabajar y a vivir de su trabajo y el derecho a recibir instrucción, sin la cual un trabajador no es más que medio hombre».

El concepto de igualdad defendido por Blanc se ajusta estrictamente a los rasgos que he señalado como característicos de la concepción socialista y republicana. Por eso me voy a limitar a analizar la célebre fórmula en la que Blanc resumía su concepto de igualdad: «de cada uno con arreglo a su capacidad; a cada uno con arreglo a sus necesidades». Cole sostiene que el haber inventado o popularizado esta divisa —que luego Marx inmortalizaría en su *Crítica del programa de Gotha*— constituye una razón suficiente por la que Blanc debería ocupar un lugar en la historia del pensamiento⁴⁸.

Blanc parte de la idea de que no es fácil saber si los hombres son iguales o no por naturaleza. Los hombres son iguales si con ello quiere decirse que todos los hombres tienen que desarrollar las mismas facultades para realmente ser hombres, tienen las mismas necesidades básicas. Dirá que son desiguales por naturaleza para resaltar que ésta no ha sido igualmente generosa con todos, que, si bien algunos podrán por sí solos satisfacer todas sus necesidades, otros no podrán.

A partir de estas premisas se pueden derivar muy diferentes conclusiones. Blanc considera muy injustas las deducidas por los liberales, por un lado, y por los saint-simonianos, por otro. El liberalismo se caracteriza, en opinión de Blanc, por retribuir según las facultades y por exigir según las necesidades. Por la misma razón critica Blanc la célebre fórmula saint-simoniana: «a cada uno según su capacidad; a cada capacidad según sus obras»⁴⁹.

Por su parte, Blanc define las facultades como «la indicación que Dios da al individuo de lo que debe a la sociedad» y las necesidades como «la indicación que Dios da a la sociedad de lo que debe al individuo»⁵⁰. Así llega Blanc a su lema: «de cada uno con arreglo a su capacidad; a cada uno con arreglo a sus necesidades». La desigualdad de aptitudes y facultades, que Blanc constata, deben conducir a una desigualdad de deberes —la sociedad debe exigir más al más capaz— y a una «desigualdad de

48. *Historia del pensamiento socialista*, traducción de Rubén Landa F.C.E., México, 1975 (4.ª reimpresión). (Ed. original en Macmillan and Co., Londres, 1953). Véase tomo I: *Los precursores, 1789-1850*, pp. 178-179.

49. «¿Retribuir a cada uno según su capacidad?, se pregunta Blanc extrañado. ¿Qué hacemos entonces con los idiotas? ¿Y con los enfermos? ¿Qué se hace con el viejo afectado de una invalidez incurable? ¿Dejarle morir de hambre? Eso es lo que habría que hacer si se afirma que la sociedad debe a sus miembros en razón de lo que recibe de ellos», *Histoire de dix ans, Ob. cit.*, tomo III, pp. 100-101.

50. *Histoire de dix ans, Ob. cit.*, tomo III, p. 102; también en *Organisation du travail, Ob. cit.*, p. 142.

derechos», en el sentido de que la sociedad está más obligada para con los ciudadanos más necesitados, es decir, aquellos que por sí solos no pueden satisfacer sus necesidades básicas.

Si bien Blanc defiende su fórmula para regular las relaciones sobre los trabajadores de las asociaciones de producción o cooperativas⁵¹, lo cierto es que ésta tiene mayor alcance. Me parece importante señalar que, con su concepto de igualdad, Blanc introduce un principio de discriminación: no se puede tratar de la misma manera a todos los ciudadanos dada la desigualdad de facultades y necesidades existente entre ellos. Me parece importante insistir en ello pues, la igualdad, que normalmente era invocada para proclamar la necesaria equiparación de trato entre todos los ciudadanos y la generalización de una serie de derechos hasta entonces patrimonio de grupos reducidos de ciudadanos, en la formulación de Blanc exige además la discriminación de trato cuando concurren determinadas circunstancias relevantes, que concreta en las facultades y necesidades humanas. Hacer de las necesidades humanas no satisfechas un criterio relevante para la discriminación en el trato dado por el Estado a los particulares, me parece una aportación importante —que justificaría, como decía Cole, que Blanc ocupe un lugar en la historia del pensamiento—, pues, además de justificar la intervención del Estado en terrenos hasta entonces prohibidos, aporta una buena justificación para los derechos humanos de carácter económico, social y cultural, al relacionar implícitamente derechos humanos y necesidades humanas.

51. De acuerdo con ella, los trabajadores más capaces ocuparían los niveles jerárquicos superiores, lo cual sólo les reportaría mayores obligaciones, nunca un salario más elevado. En efecto, la cuantía del salario se fijaría en función de las necesidades de cada cual. Estas asociaciones de producción o cooperativas eran los talleres sociales propugnados por Blanc, que no guardan ninguna relación con los talleres nacionales que el Gobierno provisional de 1848 creó.

2. LA REVOLUCION EN ESPAÑA

Motivos y causas de la Revolución en España

Por MARIANO PESET

Valencia

La Revolución Francesa ha sido un momento esencial en la historia de occidente: una edad se cierra y se abre la época contemporánea. La historia de Francia preside durante más de un siglo las realidades políticas y sociales de Europa y América —hasta que la revolución rusa hace entrar una situación nueva en escena—. Durante el XIX, Francia es modelo para todos los países que quieren acceder a la contemporaneidad: una constitución, una división de poderes y unos derechos del ciudadano, la igualdad ante la ley y la extinción de privilegios, legalidad de los delitos y las penas, juez natural, garantías del proceso, propiedad libre e individual... Libertad, igualdad y fraternidad, en suma.

No era la francesa la primera de las revoluciones, en sentido moderno, que se implantaba. Holanda había conseguido durante el siglo XVII estructurar una pequeña república de comerciantes, refrenada su nobleza, mientras se enfrentaba por su independencia a España; después, Inglaterra, con amplia participación de la burguesía y de la *gentry*, lograba su revolución gloriosa en 1688, con el cambio de dinastía. Los Estados Unidos de América del Norte, al independizarse, constituían un Estado nuevo y liberal, en fechas cercanas al estallido revolucionario francés. Sin embargo, por los cambios profundos y la sangre vertida, o sus espectaculares éxitos en la guerra, Francia aparecería como meta hacia donde tenderían todos los Estados europeos y americanos. Se imitan sus soluciones, se tienen los ojos puestos en sus acontecimientos o se calcan constituciones, leyes y códigos, en mayor proporción que respecto de ninguna otra de las naciones modernas.

Ha acontecido algo nuevo, que sólo más tarde, se percibiría análogo a los cambios que ya existían en Inglaterra. La participación de la nobleza y la permanencia de la monarquía inglesa enmascaraban un tanto aquella revolución, que, sin embargo, fue modelo —como también Estados Unidos— para Francia. Las cartas de Voltaire expresan la admiración que sentía por las instituciones inglesas y *L'Esprit des lois* debe, sin duda, muchas de sus páginas al conocimiento de la realidad insular. Sin embargo, Inglaterra no se identificó con los sucesos de Francia, basta leer las *Reflexiones* de Burke —aun aceptando que es hombre de pensamiento

conservador— para advertir la lejanía que siente frente a Francia; la participación inglesa en las guerras contra la revolución o Napoleón, sus esfuerzos en Viena para la restauración de Europa, podrían asimismo expresar esta distancia...¹.

Fue Francia el modelo para el cambio. Directa o indirectamente sus ideas o sus ejércitos favorecen levantamientos y revoluciones en diversos países. En sucesivas ondas se extienden por Europa los movimientos liberales que van a configurar, de modos distintos, las naciones; incluso en la América latina, con otros ritmos, se va expandiendo la revolución. Primero fueron los ejércitos napoleónicos quienes fueron exportando una nueva política y una nueva estructura social; después, en 1820 o con las revoluciones de 1830 y 1848, sigue el latido revolucionario en Europa; afecta a reinos y principados muy diferentes y, por tanto, va a ser vario su resultado.

¿Es posible que se produzca un contagio a través de las ideas revolucionarias? ¿La creación de Estados satélites por la revolución y por Napoleón suponen una quiebra del antiguo régimen tan profunda que perdura después de la retirada de las tropas de España o de Italia? Ni las ideas de la revolución ni la fuerza bélica transitoria pudieron ser causas profundas de su extensión. ¿Acaso no eran iguales las ideas francesas para España, que para Austria o Alemania? Sin embargo, no actuaron del mismo modo —ni prendió la revolución en países africanos—. La presencia bélica de otro lado, produjo fuerte rechazo en la península ibérica o en las tierras germanas...

Con estos planteamientos intento reconducir la indudable influencia que tuvo la revolución en el país vecino a un análisis de la revolución en España. Y lo haré desde tres aspectos diferentes: contactos con la revolución, motivos y causas.

Contactos con la Revolución Francesa

Es bien sabido que los sucesos revolucionarios, en especial desde la muerte de Luis XVI, originaron medidas políticas preventivas. La España de Carlos IV, dirigida por el conde de Floridablanca, trató de precaverse de las nuevas ideas y de las posibles conspiraciones para trastocar la vieja monarquía. En los primeros momentos la actitud de las potencias europeas era de expectación, pero España se considera aliada de Francia y solicita ayuda de Luis XVI con ocasión de un incidente con Inglaterra; la asamblea nacional admite que están vigentes los pactos de familia, aun cuando

1. BURKE, E.: *Reflexiones sobre la revolución francesa*, traducción de E. Tierno Galván, Madrid, 1954, p. 85, «Nuestros antepasados —dice— autores de la revolución no merecerían la reputación de sabios si no hubiesen sabido garantizar su libertad de otra manera mejor que debilitando al gobierno en sus actos...» y explica antes cómo se hizo aquella por una ley que determinaba el orden de sucesión y el establecimiento de unos derechos frente a la Corona, pp. 64-99. También afirma en otro lugar: «Vuestra nueva constitución es, en su principio, lo contrario exactamente de la nuestra, y me extraña que alguien haya podido soñar en proponer como ejemplo para la Gran Bretaña nada de lo que ustedes han hecho», p. 448.

no se llegó a romper las hostilidades². Tras la noche de Varennes —el 20 de junio de 1791— los soberanos europeos inician sus alianzas para enfrentarse a la revolución; los varios monarcas Borbones reinantes y otros príncipes de aquella casa firman una declaración en favor de Luis, contra la asamblea, por sus decretos contra la religión y la Iglesia, contra la monarquía y sus derechos. Floridablanca, por su parte, desconfía ante la penetración de ideas o de agentes franceses y establece un cordón militar en la frontera, obliga a los extranjeros a registrarse para controlar, un tanto, a los numerosos franceses que residen o emigran hacia la península. De otra parte, da nuevas alas a la inquisición, que, al fin y al cabo, era una policía eficaz en el campo de las ideas. La publicación del índice de libros prohibidos de 1789³ con algunos escritos revolucionarios nos demuestra, sin duda, la presencia de esta publicística dentro de nuestras fronteras. En algún caso, Ramón de Salas, catedrático de Salamanca, fue sometido a proceso y sus dificultades nos han dejado buen rastro de la circulación de papeles y su persecución⁴. Las declaraciones contra Francia que hacía peligrar la amistad con su gobierno, determinaron, al fin, la caída de Floridablanca y su prisión en Pamplona, a lo que tal vez contribuyó el ascenso en la privanza de Manuel Godoy.

El conde de Aranda inició un acercamiento a la asamblea, que se vería cortado por los sucesos de París de junio y agosto de 1792. El 24 de agosto reunió el Consejo de Estado para precisar su actitud respecto de la revolución, que acordaría la declaración de la guerra a Francia, junto a las demás potencias, pero no llega a hacerse pública, sino se diluye en la neutralidad. La caída de Aranda y el ascenso de Godoy abre un nuevo período, mientras la Convención inauguraba el terror, con la condena de Luis XVI, a pesar de los esfuerzos del agente español en París; en aquellos momentos —pese a una extensa representación de Aranda en favor de

2. Acerca de los acontecimientos, con tan copiosa bibliografía, me limitaré a las obras más esenciales y genéricas: LAFUENTE, M.: *Historia general de España... continuada por don Juan Valera*, 25 vols., Madrid, 1887-1927, t. XV, pp. 156-191; BALLESTEROS Y BERETTA, A.: *Historia de España y su influencia en la historia universal*, 10 vols., Barcelona, 1918-1941, VII, pp. 241-248; SOLDEVILA, F.: *Historia de España*, 8 vols., Barcelona, s.a., V, pp. 99-102; de la época, MURIEL, A.: *Historia de Carlos IV*, en *Memorial histórico español*, 29 a 34, Madrid, 1893-1894, I, pp. 102-225; GODOY, M.: *Cuenta dada de su vida política... o sea memorias críticas y apologéticas para la historia del reino del señor Carlos IV de Borbón*, 5 vols., Madrid, 1836-1838, I, pp. 50-72; estudios más modernos ANES, G.: «Ecos de la revolución francesa en España. Algunos datos y documentos», *Cuadernos de historia de España*, 35-36 (1962), pp. 274-314; CORONA BARATECH, C.: *Revolución y reacción en el reinado de Carlos IV*, Madrid, 1957 y, recientemente, DOMERGUE, L.: *Le livre en Espagne au temps de la révolution française*, Lyon, 1984, en esta vertiente de libros y censura, pp. 12-53; AYMES, J. R. (ed.): *España y la revolución francesa*, Barcelona, 1988; la revista *Estudios de historia social* dedicó el número 36-37 (1986) a la Revolución Francesa y España.

3. *Índice último de los libros prohibidos mandados expurgar*, Madrid, 1790. No se ha realizado un estudio completo, como sobre el anterior de 1747, DÉFOURNEAUX, M.: *L'Inquisition espagnole et les livres français au XVIII^e siècle*, París, 1963; traducido, Madrid, 1973. Un primer análisis en DOMERGUE, L.: *Les livres*, pp. 29-32, con los edictos posteriores que recogen escritos revolucionarios, véase también los apéndices.

4. Acerca de Salas y su persecución PESET, J. L. y M.: *Carlos IV y la Universidad de Salamanca*, Madrid, 1983, pp. 103-106, 143-146; ADDY, G. M.: *The Enlightenment in the University of Salamanca*, Duke University Press, Durham, 1966, pp. 180-184, 193-193; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, S.: *Renacimiento universitario salmantino a finales del siglo XVIII. Ideología liberal del Dr. Ramón de Salas y Cortés*, Salamanca, 1979.

continuar la neutralidad— se ahondan las diferencias hasta provocar la declaración de guerra de la Convención contra España. Las campañas en los Pirineos, favorables en los inicios, mostraron después el poder de las armas francesas; en 1795 se acordó la paz de Basilea, por la que Godoy recibiría el título de *Príncipe de la Paz*⁵.

Con el golpe de Termidor y la Constitución moderada de 1795 se quiebra el ritmo revolucionario y empieza una época de amistad con la corona hispana. Primero la paz de Basilea de 1795 y después un nuevo pacto de familia, el tratado de San Ildefonso del año siguiente, sellan una amistad y alianza con la república francesa y ligan a España al directorio y a Napoleón, como primer cónsul. Godoy —hasta su cese en 1798, con presión desde Francia— o Mariano Luis de Urquijo estuvieron dependiendo de la política gala. La guerra con Portugal a inicios de siglo —de días— se enmarcaba en la hegemonía francesa y terminó con nuevos tratados. En 1802 la paz de Amiens ponía un paréntesis de paz en Europa⁶.

Todas estas vicisitudes son conocidas, sin duda, pero necesarias para comprender las relaciones entre España y la Francia revolucionaria y la dependencia en que estuvo durante estos años. En el año 1801 se produjo en Valencia un levantamiento campesino que Godoy interpretó maniobra de Napoleón, como había hecho en algunas regiones de Italia⁷. Se iniciaron los alborotos en Valencia capital, como consecuencia de un sorteo de milicias, primero a fines del año anterior y luego en agosto, cuando se intentó completar. El capitán general suspendió la recluta, con apoyo de la Real Audiencia. El monarca cesaría a la máxima autoridad militar y, poco después, al intendente por el odio que existía contra él. Fueron asaltadas casas de los comandantes de la milicia, en Valencia y en Castellón, así como hubo fuertes movimientos en otras ciudades. Participaron en el suceso muchos gremios, presentando quejas, incluso la real maestranza de la nobleza del reino. Al fin, hubo de desistir el rey del sorteo para milicias, volviendo al sistema de voluntarios. El malestar continuaba en el campo, explotando a mediados de septiembre, con motines en diferentes pueblos de la huerta, con la intención de impedir el pago de las particiones de frutos a los propietarios, con tonos evidentes antiseñoriales. En algún lugar derribaron la horca, signo del poder de los señores, o asaltaron la

5. Los sucesos políticos pueden verse en las obras de LAFUENTE, M.: *Historia general de España*, XV, pp. 192-224; BALLESTEROS Y BERETTA, A.: *Historia de España*, V, pp. 102-106; GODOY, M.: *Cuenta dada...*, I, pp. 72-314, consideraciones varias hasta el final del volumen, también II, pp. 1-43; MURIEL, A.: *Historia de Carlos IV*, I, pp. 225-283; II, pp. 36-163, en general sigue con los sucesos de Francia y la guerra hasta III, pp. 8-83.

6. LAFUENTE, M.: *Historia general de España*, XV, pp. 237-402; BALLESTEROS Y BERETTA, A.: *Historia de España*, V, pp. 273-298; SOLDEVILA, F.: *Historia de España*, V, pp. 116-121; GODOY, M.: *Cuenta dada...*, II, pp. 73-83, 361-380; guerra con Portugal III, pp. 87-164, también 191-205 sobre esta época.

Los tratados se reproducen en DEL CANTILLO, A.: *Tratados, convenios y declaraciones de paz y comercio... desde el año 1700 hasta el día*, Madrid, 1843, paz de Basilea, pp. 654-657; tratado de San Ildefonso, 673-676; paz de Amiens, 702-706, entre otros de aquellos años, el de Badajoz con Portugal de 6 de junio de 1801, 699-701; MURIEL, A. trata extensamente sobre los tratados: *Historia de Carlos IV*, III, pp. 8-14, 39-50, 92-99.

7. GODOY, M.: *Cuenta dada...*, pp. 176-177, en general 174-181; a través de su propuesta, publicada en la *Gaceta*, dice que «todo se solucionó como por encanto», p. 179.

casa del dueño o de los arrendadores, picaron escudos de armas... La revuelta fue, al parecer, organizada por labradores acomodados y algún abogado de ideas avanzadas; las penas, en cambio, se aplicaron con cierta dureza a gentes de menor calidad...⁸.

Las nuevas ideas revolucionarias circularon con facilidad por la península, durante estos años primeros de siglo. Las ideas francesas acerca de la ciencia o de la sociedad tuvieron notable presencia entre los españoles durante el siglo XVIII, desde Feijoo hasta los ilustrados del reinado de Carlos III⁹. Ahora, por esa senda, entrarían los folletos y propaganda revolucionaria, a pesar de los esfuerzos de Floridablanca y de la Inquisición, por controlar su expansión¹⁰. Una serie de disposiciones legales y una actuación de aduanas, junto a expedientes inquisitoriales¹¹ intentaron frenar la difusión de la revolución. Sin embargo, las ideas no pueden ser combatidas con el silencio o la represión. En los años de cercanía a la república o a Napoleón, la actitud no varió, aun cuando, tal vez, se aminoró el esfuerzo...¹².

España no fue capaz de separarse de la política napoleónica. Intentó la neutralidad de nuevo, pero disensiones con Inglaterra le fuerzan a apoyarse en Francia —la derrota de Trafalgar en 1805—. Napoleón, vencedor en Europa, decide llevar sus tropas a España y Portugal, de acuerdo con

8. ARDIT LUCAS, M.: *Revolución liberal y revuelta campesina. Un ensayo sobre la desintegración del régimen feudal en el país valenciano (1793-1840)*, Barcelona, 1977, pp. 98-119; también su artículo «Los alborotos de 1801 en el reino de Valencia», *Hispania* 29 (1969), pp. 526-542. Parecen tener otro sentido los sucesos de 1804 en Alava, DE LA TORRE SUBERBIOLA, R.: «La revuelta contra Modenes: ¿una zamacolada en Alava?», en *La crisis del antiguo régimen*, tomo IV, 1988, pp. 277-288.

9. Acerca de esta influencia SARRAILH, J.: *L'Espagne éclairée de la seconde moitié du XVIII^e siècle*, París, 1954, sobre aspectos científicos pp. 411-503, más referido a la revolución pp. 505-535, 600-611, sobre sobre derecho y economía pp. 535-571; HERR, R.: *España y la revolución del siglo XVIII*, Madrid, 1971, pp. 31-72; en relación a universidades PESET, M. y J. L.: *La universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid, 1974.

10. Un buen estudio de este proceso DOMERGUE, L.: *Le livre en Espagne*; DÍAZ-PLAJA, F.: *El abate Marchena. Su vida, su tiempo, su obra*, León, 1986; DOUFOUR, G.: *Juan Antonio Llorente (1813-1822). Contribution à l'étude de libéralisme chrétien en France et en Espagne au début du XIX^e siècle*, Ginebra, 1982, para época más tardía; DEMERSON, G.: *Don Juan Meléndez Valdés et son temps, 1754-1817*, París, 1961.

Sobre este afrancesamiento se escribe mucho después: MARQUÉS Y ESPEJO, A.: *Higiene política de la España, o medicina preventiva de los males con que la contagia la Francia*, Valencia, B. Monfort, 1808; LÓPEZ, S.: *Despertador cristiano-político..., se manifiesta que los autores del trastorno universal de la Iglesia y de la monarquía son los filósofos franc-masones: se descubren las artes diabólicas de que se valen y se apuntan los medios de atajar sus progresos*, Murcia, Vd. de Muñiz e hijo, s.a.; o más conocidas, DE VÉLEZ, R.: *Apología del altar y del trono*, 2 vols., Madrid, Imprenta de Repullés, 1825, y *Preservativo contra la irreligión o los planes de la filosofía contra la religión y el Estado, realizados por la Francia para subyugar la Europa*, reimpresso Granada, Imprenta del Ejército, 1813.

11. Las más importantes se recogen en *Novísima recopilación*, como el auto del consejo de 12 de abril de 1791 que prohíbe los diarios, 8, 17, 5, o la orden de 15 de octubre de 1792 acerca de la revisión en aduanas, 8, 18, 14. Han sido analizadas por DOMERGUE, L.: *Le livre en Espagne*, pp. 12-15, 45-53, 56-61, 91-94, 103-109, junto con otra legislación y amplia documentación de la Inquisición.

12. Continúa una legislación represiva, con prohibición de algunos libros en 1799, 1802 y 1804, recogida en notas de la *Novísima recopilación*, 8, 18, notas 25, 27 y 28; asimismo se completa el índice inquisitorial, véase nota anterior 3.

Godoy, a quien promete un reino en el Algarbe¹³. Se producen las renunciaciones de Bayona y el levantamiento del 2 de mayo, el inicio de una guerra nacional, una guerra santa, con la ayuda de los ingleses¹⁴. A partir de estas fechas surge una nueva posición, una atmósfera distinta; se publican numerosos papeles y folletos, en los que se revela el odio y enemiga contra los franceses...

La propaganda antifrancesa pinta con los más negros tonos a Napoleón, como *La bestia de las siete cabezas y diez cuernos o Napoleón Emperador de los franceses*, donde un presbítero andaluz aplica el capítulo XIII del *Apocalipsis* a su figura. O se trae una vieja profecía de San Julián a los asuntos del momento¹⁵. Se caricaturiza su genealogía o su persona en un papel suelto, en donde el diablo aparece con una leyenda «soy tu ángel tutelar, soy quien tu sepulcro cierra», y tras la efigie del corso —con un báculo, un saco de monedas, una lámpara sagrada y los atributos del pontífice—, viene el siguiente acróstico:

Sepulcro de Napoleón

N ada mortal te admire que aquí yaze
A quel sitio debido al monstruo fiero
P orque quiso apropiarse del mundo entero
O llando su grandeza en que se place.
L os cetros, las tiaras, el dinero,
E sto sólo a su sed satisface
O Monstruo ¡ aquí estarás; y las edades
N o olvidarán jamás tus crueldades¹⁶.

13. De nuevo, remitir a LAFUENTE, M.: *Historia general de España*, XVI, pp. 17-133; BALLESTEROS Y BERETTA, A.: *Historia de España*, V, pp. 298-332, independencia VII, pp. 1-102; SOLDEVILA, F.: *Historia de España*, VI, pp. 122-140, 295-400; GODOY, M.: *Cuenta dada...*, III, pp. 205-332, IV, pp. 102-167, 198-305 y la ocupación V, pp. 70-159, su versión de los hechos o defensa termina antes del 2 de mayo. Es esencial para los inicios del liberalismo, ARTOLA, M.: *Orígenes de la España contemporánea*, 2 vols., Madrid, 1975; también *La España de Fernando VII*, Historia de MENÉNDEZ PIDAL, Madrid, 1968. Más reciente *Historia de España*, dirigida por DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., tomo IX, *La crisis del antiguo régimen*, Barcelona, 1988.

14. Acerca de las renunciaciones de Bayona circularía ampliamente, CEVALLOS, P.: *Exposición de los hechos y maquinaciones que han preparado la usurpación de la Corona de España y los medios que el emperador de los franceses ha puesto en obra para realizarla*, reimpression, Mallorca, Melchor Guasp, 1808. También ESCÓQUIZ, J.: *Idea sencilla de las razones que motivaron el viaje del rey D. Fernando VII a Bayona en el mes de abril de 1808*, 2.ª edición, Madrid, Imprenta real, 1814.

15. El primero, Málaga, Imprenta Martínez, 1808; el segundo es la *Oración declamatoria del insigne San Julián, arzobispo de Toledo contra los franceses, rebeldes el año 673 en menosprecio de su legítimo rey Wamba*, Valencia, José Esteban y hermanos, s.a. La utilización del *Apocalipsis*, también por el cura de Aspe GUTIÉRREZ POLOP, I.: *España regenerada. Discurso que para animar a los españoles en defensa de la justa causa dixo...*, Valencia, Vda. de Peris, 1809, pp. 17-18: «Pero ¿qué es lo que veo? ¡Una Bestia bermeja, con siete cabezas coronada y persiguiendo a una Matrona preñada, vestida del sol y calzada de la luna?»; en p. 12 le denomina el «tirano más perverso y seductor, el Alexandro más ambicioso, el Antíoco más soberbio, el Acab más malicioso, el Nerón más inhumano, el más pérfido Mahoma, el Judas más acabado, el Herodes más perfecto, el herege más que todos, Napoleón, Emperador de los franceses y aborto del abismo». Otro presbítero de la misma población, CANTÓ, M.: *El verdadero sabio. Elogio del serenísimo señor don Josef Moñino, conde de Floridablanca*, Murcia, Juan Vicente Teruel, s.a., con ocasión del fallecimiento del presidente de la Junta Central, contrapone su figura a Napoleón, «monstruo nacido en los bosques de Córcega y alimentado con la sangre de la revolución francesa», p. 27.

16. Puede verse este papel, en el número 74 de *Papeles varios*, n.º 117 de la biblioteca universitaria de Valencia; otro, *El Quadro*, Valencia, Salvador Faulí, 1810, dice que debe anteceder al folleto de Cevallos, citado en mi nota 14.

También Quintana expresó en verso su condena contra el conquistador de Europa:

Llega el momento, en fin; tiende su mano
 El tirano del mundo al Occidente
 Y fiero exclama: «El Occidente es mío».
 Bárbaro gozo en su ceñuda frente
 Resplandeció, como en el seno oscuro
 De nube tormentosa en el estío,
 Relámpago fugaz brilla un momento
 Que añade horror con su fulgor sombrío...¹⁷.

En otros escritos que he podido ver —en su mayoría publicados en Valencia— se niega al «tirano» sus dotes militares y de estadista, se vituperan sus designios, por destruir a los monarcas, la religión y someter a los pueblos a la esclavitud más vergonzosa: «Quitada la máscara que aparentaba a Bonaparte un héroe singular y un bienhechor de la humanidad, se ha visto un monstruo vomitado por el Infierno para afligir al género humano»¹⁸.

Estos ataques se complementan con otros referidos a José I¹⁹ o al ejército francés, formado por las «heces de todas las sectas (también son estas circunstancias notables para un historiador) gente por la mayor parte forzada, cuyas manos conservan las cicatrices de las esposas con que habían sido condenados; cuyos generales eran los más insolentes, oscuros, irreligiosos y temerarios...» o se desprecia a los franceses, imputándoles tópicamente un carácter «ligero, voluble, mentiroso, traidor, rebelde, interesado, libertario, impío, inhumano...»²⁰.

Frente a la contrafigura de Napoleón, Fernando VII es presentado como la virtud o el heroísmo en muchos de estos folletos, mezclados de

17. QUINTANA, M. J.: *España libre. Odas*, sin pie de imprenta, en la Oda I, «A España en abril de 1808», p. 5. También circulaba *El día Dos de mayo. Elegía* por JUAN NICASIO GALLEGO, Valencia, Esteban y hermanos, 1808, más conocida, si bien, MENÉNDEZ PELAYO, en: *La cien mejores poesías líricas* incluyó la primera, n.º 68.

18. *Guerra perpetua y odio eterno a la Francia por D.J.S.C. de F.*, Valencia, Benito Monfort, 1809, p. 7; también contra Godoy, véase las pp. 2 y 3; también otros, *El tirano de la Europa Napoleón I por el licenciado D.J.A.C.*, Valencia, Vda. de A. Laborda, 1808; *La historia y la experiencia contra el heroísmo de Bonaparte por D.A.H. y C.*, Valencia, José Esteban y hermanos, s.a., entre otros. También, numerosos, contra el llamamiento francés, *Proclama de Napoleón Bonaparte a los españoles, su fecha a 7 de diciembre de 1808 y la antiproclama o respuesta a dicha proclama por un patriota español natural de Lucena*, Valencia, Vda. de Martín Peris, 1809; *El tío Lagarto y su proclama a los chisperos de Madrid. Remitida desde Cartagena. Aprensión original*, Valencia, Benito Monfort, 1808.

19. Por ejemplo, con los motes que se le aplicaban, *Carta de Joseph Napoleón, rey que pensaba ser de España, a Napoleón su hermano, Emperador que fue de los franceses, interceptada en Logroño por un colector de basuras*, por J.I.P.D.S., Valencia, Imprenta del Diario, s.a.; *Discurso sobre la venida de D. Joseph Bonaparte a España por F.C.*, Valencia, Imprenta del Diario, s.a., entre otros.

20. Citas de *Carta al abate Monti, encargado por el gobierno francés para escribir la vida de Napoleón I*, Valencia, Vda. de Agustín Laborda, 1808, p. 5 y *Recuerdo de los seguros remedios con que acabar pronto y felizmente la presente guerra de España, escribe el Dr. D.J.C.*, Tarragona, Miguel Puigrubí, S.A., p. 5. También *Remedio y preservativo contra el mal francés de que adolece parte de la nación española. Escríbala en una casamata del castillo de San Antón, Don Manuel Freyre de Castrillón, anotado honrosamente en la lista sanguinaria de Bonaparte*, Valencia, Vda. de Martín Peris, 1809; *Carta sobre las maldades cometidas por los franceses en Cuenca*, Valencia, Benito Monfort. Sobre la relación del emperador con España, *Les espagnols et Napoléon*, de varios autores, Aix-en-Provence, 1984.

ataques contra Napoleón o Godoy²¹ o aluden al injusto despojo sufrido por el papa²². Asimismo he podido leer papeles que exaltan al monarca inglés o cuentan la firmeza de Luis XVIII en mantener los derechos que posee sobre Francia²³. En éstos, como en otros, los mitos participan también de una función de información; las gentes quieren saber acerca de los acontecimientos —son muchas las gacetas y periódicos que se publican—. El entusiasmo nacional, estimulado por la Iglesia y por las instituciones que surgen espontáneas, devoraba, sin duda, noticias y sucesos, ideas que se requerían para una guerra, que habría de terminar en una revolución...

Con esta reducida muestra de los primeros escritos que circulaban tras el alzamiento contra el francés, tan sólo he pretendido captar un ambiente y unos sentimientos que van a acompañar a los sucesos inmediatos... Está por hacer un estudio amplio y estructurado de ese enorme cúmulo de publicaciones que invadieron las ciudades.

Motivos de la revolución

Durante largos años ha estado presente el ejemplo de la Francia revolucionaria a los ojos españoles. Las ideas entraban con facilidad y se conocían sus acontecimientos. La monarquía española ha vivido dependiente del Directorio o del emperador, incluso se han originado disturbios campesinos en la Valencia de principios de siglo, sin que se extendieran como la pólvora, a otras regiones. No valen, por supuesto, las ideas para encender los cambios; se requieren algunas circunstancias desencadenantes, que faciliten una explosión hacia la vía revolucionaria. Es decir, unos motivos... Y éstos son, a mi parecer tres:

1. La circunstancia genérica de una guerra contra los franceses que, aunque de tonos religiosos y nacionalistas, abre un período de dificultad y malestar generalizado, al que se ha de buscar solución. Se confía en la victoria que ha de proporcionar la providencia por la justicia de nuestra causa contra Napoleón. Un catedrático de Cervera la afirmaba sin dudas: «No lo dudéis, españoles, su ruina es infalible. Ha llegado ya su exterminio. La justicia de Dios que permite para el castigo del género humano la

21. *Elogio del rey nuestro señor D. Fernando Séptimo, detenido y preso en el palacio de Valencey en Francia por el enemigo común del género humano el emperador Napoleón, escrito por el Dr. D. Melchor Andonió y Castelvell, del gremio de la Universidad de Cervera*, Valencia, B. Monfort, 1808; o con mayor interés histórico el *Discurso histórico-político en defensa de la nación española y de su legítimo rey D. Fernando VII, contra el libelo titulado: Dictamen que formará la posteridad sobre los asuntos de España por P.D.M.D.C.R.D.T.*, Madrid, Imprenta de la calle de la Greda, 1808 o el de Cevallos citado en nota. También circularon cartas de Escóiquiz sobre la actitud del monarca exiliado.

22. *Usurpación de los Estados del papa por Bonaparte*, Murcia, Vda. de Muñiz e hijo, 1809; traducción de papeles procedentes de Nápoles; *Artículos propuestos por Napoleón al padre santo y las respuestas de su santidad*, Valencia, José de Orga, 1808.

23. Por ejemplo, *Discurso que hace el rey de Inglaterra a sus amados vasallos, en el que manifiesta su deseo de ayudar a España contra su enemigo común, hasta conseguir la restauración de la libertad y paz de toda Europa*, Valencia, B. Monfort, S.A.; *Carta nueva del principado de Asturias a S. M. británica sobre las circunstancias actuales de España y la contestación de este soberano*, Valencia, J. de Orga, 1808; también el *Manifiesto que publicó Monsieur, hermano del rey de Francia, Luis XVIII en 1803*, Valencia, B. Monfort, 1808.

consumación de los delitos, está ya satisfecha»²⁴. Un clérigo, en una aldea, confía en los militares para lograr aquel triunfo:

España, amada patria mía, empieza ya a enjugar tus lágrimas derramadas a la fuerza del infortunio y la calamidad. Tus enemigos han perdido ya una gran parte de su energía y de su valor. Tus ejércitos superiores a las falanges francesas van a caer sobre ellas mismas, a derrotarlas, a darnos una victoria que todo lo termine. Ya se están preparando coronas de palma y de laurel para ceñir las sienes de tus invencibles guerreros los Cuestas, Romanas, Blakes, Venegas, Alburquerque, Coupignis y Carreras²⁵.

Se confía en el rey ausente, que concentra las voluntades como un mito, o en las autoridades de las Juntas y en las Cortes. Se espera por tanto en el futuro, en unas condiciones desfavorables, acentuadas por la mala coyuntura económica de aquellos años, provocada, en parte, por las continuas guerras napoleónicas sobre Europa²⁶. Una guerra nacional y una crisis económica...

2. Como inmediata consecuencia de la invasión napoleónica, se desmorona el sistema político —que, en parte, se mantiene fiel a José I Bonaparte—. Aparecen unos poderes nuevos, las Juntas, que se organizarán en la Suprema, presidida por Floridablanca, y, en 1810, dejará paso a unas Cortes, que se apresuran a proclamar la soberanía nacional²⁷. Las Cortes, con todo, pretenden aparecer como representantes de la vieja constitución de la monarquía, para reunir todos los esfuerzos de un nacionalismo, azuzado por la Iglesia —baste leer el discurso preliminar de la Constitución de 1812—²⁸.

Una ruptura de la organización política ofrecía páginas en blanco para entrar por los caminos de la revolución. Aunque en estallidos posteriores, el levantamiento de Riego en 1820, o la definitiva implantación de la nueva época —pronunciamiento de «guante blanco» de Llauder y Quesada en 1833 o la sargentada de La Granja en 1836— nos revelan que estos motivos o circunstancias desencadenantes pueden ser variados. Por debajo de los diversos avatares con que se va afirmando la revolución española, laten las causas más profundas... Tal vez el primer corte del sistema anterior requirió la ausencia del monarca, para que pudiera exponerse el programa gaditano.

24. *Elogio*, citado en nota 21, p. 36.

25. CANTÓ, M.: *Las glorias de España. Elogio histórico-sagrado que abraza los sucesos del día y que en la festividad que celebraron a honor de Santiago sus devotos en la iglesia parroquial de la villa de Aspe en 13 de agosto de 1809*, Murcia, Juan Vicente Teruel, p. 36.

26. Véase ANES, G.: *Las crisis agrarias en la España moderna*, Madrid, 1970; SÁNCHEZ-ALBORNOZ, N.: *Las crisis de subsistencias de España en el siglo XIX*, Rosario, 1963; SARDÁ DEXEUS, J.: *La política monetaria y las fluctuaciones de la economía española en el siglo XIX*, Madrid, 1948; también PESET, J. L.; DE CARVALHO, J. A.: «Hambre y enfermedad en Salamanca. Estudio de la repercusión de la 'crisis de subsistencias' de 1803-1805 en Salamanca», *Asclepio* 24 (1972), pp. 225-266.

27. Véase ARTOLA, M.: *Los orígenes*, donde estudia, con profundidad, este período; también LAFUENTE, M.: *Historia general de España*, XVI, pp. 330-435 y, en general el XVII, referido sobre todo a la guerra, pero con algún capítulo institucional sobre Cortes, pp. 135-163, 225-240, 266-280, 307-322, 362-382.

28. Nada más empezar dice: «Nada ofrece la comisión en su proyecto que no se halle consignado del modo más auténtico y solemne en los cuerpos de la legislación española, sino que se mire como nuevo el método con que ha distribuido las materias, ordenándolas y clasificándolas para que formasen un sistema de Ley fundamental y constitutiva, en el que estuviese contenido, con enlace, armonía y concordancia cuanto tienen dispuesto las leyes fundamentales de Aragón, de Navarra y de Castilla...». Las referencias a viejas constituciones son continuas.

3. La labor legislativa de las Cortes fue esencial también para iniciar el cambio revolucionario. Sin duda, Napoleón y José Bonaparte traían a España las ideas y la fuerza para realizar el cambio; por más, que el poder personal del emperador es innegable y ha sujetado en su mano las instituciones políticas, es el heredero de la revolución. La organización que su hermano trae a España responde a esquemas franceses, aun cuando la Constitución de Bayona no pudo desarrollarse por entero²⁹. ¿Cómo se entiende que quienes están luchando en los campos de batalla contra el francés, asimilen sus ideas y sus planteamientos? La Constitución de 1812, aunque sea original, posee una influencia indudable de las revolucionarias³⁰. Las medidas que se adoptan en las Cortes generales y extraordinarias —o después en el trienio o en el reinado de Isabel II— tienen el cuño francés, aunque puedan ser adaptadas a España. ¿Qué nacionalismo es éste que imita instituciones y leyes del enemigo que ha despertado a un pueblo con su agresión? Una pastoral del obispo de Barbastro de 30 de mayo de 1808 consideraba que España se había armado en masa, «para servir de cuchillo que corte la infame garganta del decantado conquistador, que mal seguro en el recinto de París, ha venido muy despacio a la pequeña Bayona con el infame proyecto de ser nuestro verdugo. Unámonos, pues, hijos míos, a la causa común: en esta guerra todos hemos de ser soldados»³¹. El arzobispo de Santiago, Rafael de Vélez, años después insistía en esa cercanía de la revolución española con la francesa: atribuye a la «filosofía» los ataques contra la Iglesia y el trono que se mostraron nítidos en las cartas de Cabarrús, impresas en 1808:

Cuanto se ha hecho después por las Cortes, todo estaba detallado en su plan de regeneración. La identidad de proyectos prueba la unión de sentimientos; y unos y otros publican la reforma general que se intentaba. La de España no ha sido más que una ramificación de la de Francia³².

Nos queda preguntarnos el porqué de esa imitación revolucionaria por los diputados de Cádiz. ¿Es contagio de ideas en los hombres más ilustrados del momento? Difícilmente podría admitirse que se sientan des-

29. SANZ CID, C.: *La Constitución de Bayona*, Madrid, 1922; sobre las instituciones MERCADER RIBA, J.: *José Bonaparte rey de España (1808-1813). Estructura del estado español bonapartista*, Madrid, 1983; MUÑOZ DE BUSTILLO ROMERO, C.: *Bayona frente a Cádiz. Gobierno y administración en la prefectura de Jerez*, tesis doctoral inédita, Jerez, 1988.

30. Inició su comparación DE VÉLEZ, R.: *Apología del altar y del trono*, II, pp. 173-196, para denigrarla; continuó DIEM, W. M.: «Fuentes de la Constitución de Cádiz», *Estudios sobre Cortes de Cádiz*, Pamplona, 1967, pp. 350-486. Con un sentido más equilibrado, MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: *La Constitución de Cádiz de 1812 y el primer liberalismo español*, Valencia, 1978, pp. 365-392.

31. *Agustín, por la gracia de Dios y de la santa sede, obispo de Barbastro*, fechado en 30 mayo de 1808, Valencia, José de Orga, 1808; circularon otras del obispo de Calahorra y de Guadix y Baza, de 11 y 28 de junio. Sin embargo, pronto advirtieron que los ataques contra la Inquisición, socavaban la Iglesia, carta colectiva de los prelados de Tarragona, Lérida, Tortosa, Barcelona, Urgel, Teruel, Pamplona y Cartagena de 15 de marzo de 1812, Mallorca, Imprenta del Brusi, 1812. Esta idea de «desnaturalización» del levantamiento se halla muy clara en DE VÉLEZ, R.: *Preservativo*, pp. 114-152. Acerca de la Iglesia en este período, MARTÍNEZ ALBIACH, A.: *Religiosidad hispana y sociedad borbónica*, Burgos, 1969; LA PARRA LÓPEZ, E.: *El primer liberalismo español y la Iglesia. Las Cortes de Cádiz*, Alicante, 1985; REVUELTA GONZÁLEZ, M.: *Política religiosa de los liberales en el siglo XIX. El trienio constitucional*, Madrid, 1973; MARTÍ GILABERT, F.: *La Iglesia en España durante la revolución francesa*, Pamplona, 1971.

32. DE VÉLEZ, R.: *Apología*, II, 331-332.

lumbrados, sin más, por las convicciones de sus enemigos —ni aunque supongamos un lento goteo, desde años antes, a través de lecturas y contactos—. ¿Un deseo de libertad, cantada por Quintana en su *Oda a Padilla*, frente a «la tiranía, que lenta os consumía»? Sin duda, así lo sintieron muchos en el horizonte de una época nueva, pero ¿basta ese deseo para explicar la revolución y sus cambios?

Un grupo de españoles y americanos en las Cortes van a introducir, aprovechando las circunstancias, unas mutaciones políticas y sociales de indudable trascendencia. Y, aun cuando fracasarían por la restauración de Fernando VII en 1814, su esfuerzo retornará una y otra vez, hasta implantarse definitivamente. Unas circunstancias concretas desencadenan este proceso revolucionario, pero no cabe derivar de ellas —la lucha armada o las discusiones en las Cortes, al ejemplo de Francia...— para explicar la revolución. Frente a motivos concretos, hay que intentar entender las causas más hondas; de este modo, la explicación histórica, busca la comprensión de un proceso largo, que se extiende durante el siglo pasado, como un hilo conductor de acontecimientos y retrocesos.

Podríamos preguntarnos: ¿se trata de organizar los datos desde líneas más abstractas o modelos que engloben detalles y puntos? En todo caso, no se trata de una elaboración puramente historiográfica, pues los coetáneos vivieron como realidad esa línea continuada. A veces, la abstracción produce ilusión de conjuntar las realidades: la historia no posee la exactitud y finura que desearía. Se ha de limitar, en su búsqueda de causas, a establecer con claridad sus hipótesis, demostrarlas con las fuentes que dejaron aquellos tiempos, de forma que —sin excluir una cierta ambigüedad en la interpretación— se encajen los textos y los acontecimientos pertinentes... Es lo que he de intentar en las páginas siguientes.

Causas de la revolución

Hace años que aprendimos en Ortega a distinguir la revolución de un levantamiento o asonada, que no intenta cambiar la situación existente. La revolución llevaría en sí una utopía o nueva estructuración de la sociedad y la vida, que unos hombres intentan implantar³³. No trato de resumir aquí sus intuiciones; tan sólo destacar cómo entendió bien un aspecto de la revolución, aunque, para él, estaba en las ideas el motor del cambio. Esto podría ser cierto para un significado de la palabra, por ejemplo, cuando se habla de la revolución en el arte. Las ideas, por sí mismas, no conducen a la revolución: prueba es que en España hubo que esperar a unas circunstancias dadas, sin que fuera suficiente el contagio intelectual. O si eran tan convincentes por qué no se extendió la revolución a países africanos o fue tan lenta en Alemania.

Tampoco creo que deba despreciarse la función de las ideas para vislumbrar posibilidades y convencer las voluntades. La revolución exige un repertorio de ideas que me permitiría distribuir en diferentes categorías:

33. ORTEGA Y GASSET, J.: «El ocaso de las revoluciones», *Obras completas*, tomo III, Madrid, 1947, pp. 207-227, es apéndice a *El tema de nuestro tiempo* de 1923.

—Ideas-mito, que encienden sentimientos y avivan esfuerzos hacia un ámbito nuevo de realidad: libertad o nación, las dos en el acervo revolucionario, sin duda.

— Ideas que constituyen mecanismos políticos o jurídicos para impulsar el cambio: sea, por ejemplo, la división de poderes o la declaración de los bienes nacionales, como sendero para obtener ingresos públicos o adhesiones de partidarios. Cuando se trata de quitar a la nobleza las propiedades, se arguye que, de este modo, se lograrían partidarios...

— Ideologías, que deforman la realidad, en beneficio de la clase revolucionaria: por ejemplo, la soberanía del pueblo, cuando se es consciente de que el voto, en esta época, se va a limitar a los mayores contribuyentes, todo lo más a las «capacidades», o las ventajas de la revolución son para unos determinados estratos.

Soy consciente de las limitaciones de estas categorías. Por de pronto, no son excluyentes, pues a veces depende del uso con que se manejan... Pretendo, tan sólo, adoptar ciertas prevenciones frente a la simple afirmación de que la idea refleja un objeto, pues necesito acercarme a cómo juegan en la revolución. No creo que puedan descartarse en un movimiento revolucionario como meras determinaciones del proceso material. Las ideas tienen su propia lógica y desenvolvimiento, aunque, a la larga, responden a unos intereses dados —la ciencia busca precisamente romper esa dependencia—.

Desde hace ya algunos años, la historiografía en España ha intentado reconstruir la revolución liberal o burguesa, desde categorías marxistas o de otro tipo. También con un cuidadoso estudio de las situaciones reales que se dieron en cada uno de los territorios en que se divide la península³⁴, ha intentado explicar el sentido del cambio contemporáneo indudable que tuvo su cima en los años revolucionarios...

A mi juicio, los diversos planteamientos realizados han mostrado las siguientes notas:

1. En primer lugar, han incidido —a diferencia de la vieja bibliografía política, desde Toreno o Pírala, hasta Ballesteros y Beretta— en considerar la revolución como un cambio estructural de perspectivas económicas y sociales. Las ideas y la lucha política se ha enmarcado en un fondo que se considera con mayor poder explicativo. La revolución significaría la toma del poder por la burguesía, quien a través de su acción política y legislativa transforma la monarquía absoluta en un Estado nuevo y la sociedad del antiguo régimen en otra nueva, liberal y burguesa³⁵. Revolución

34. Remito a la bibliografía que recojo en *Dos ensayos sobre historia de la propiedad de la tierra*, 2.^a edición, Madrid, 1988, pp. 275-302, que es una parte de la existente; es imposible apuntalar con bibliografía, la visión general de estas páginas: sería incompleta y no habría espacio suficiente.

35. Sobre la revolución burguesa me limitaré a FONTANA, J.: «Reflexiones sobre las causas de la revolución de 1868», *Cambio económico y actitudes políticas en la España del siglo XIX*, Barcelona, 1973, pp. 97-145, en especial las primeras; ARTOLA, M.: *Antiguo régimen y revolución liberal*, Barcelona, 1978; CLAVERO, B.: «Política de un problema: la revolución burguesa», en *Estudios sobre la revolución burguesa en España*, en colaboración con P. Ruiz Torres y F. J. Hernández Montalbán, Madrid, 1979. No es posible negar el cambio revolucionario, aun cuando algún autor pretenda matizarlo, FURET, F.: *Pensar la revolución*,

sería alcanzar el poder esta nueva clase, como también la transformación social y económica que se implanta paulatinamente.

2. En segundo término, la explicación de la revolución no está en las vicisitudes de las luchas políticas, sino que éstas no mostrarían más que la superficie de fenómenos más profundos y soterrados. Hay que acudir a analizar la propiedad o las relaciones que surgen de ésta —el crédito o el mercado, las transformaciones en la industria o en el comercio...— para comprender qué estaba ocurriendo, el proceso más esencial que sería la causa última de los acontecimientos y, en parte, de las ideas; el porqué de la nueva legislación y de las conductas —sin pretender una explicación total de cada acontecimiento o de cada idea, sino la tendencia general con sus oposiciones, retrocesos etc.—.

3. De otra parte, el proceso del cambio de la propiedad —por concentrar en ella nuestro interés, aun cuando está ligada a la producción— no surge con la revolución, sino ya en un período anterior, más o menos largo, que denominan de transición hacia el capitalismo. Sin esta preparación previa, no bastarían los influjos franceses, las ideas o los alborotos, para producir una mutación histórica como fue la revolución.

Con estas afirmaciones, de inmediato se deriva la gran complejidad de las causas, que no se pueden reducir —con simplismo— a una fórmula, o al menos cualquier explicación recubrirá multitud de situaciones y relaciones humanas, diferentes sectores y geografías, sobre todo en un país tan abigarrado como era la península durante estas etapas, que comprenden, al menos, el siglo XVIII y XIX. Podremos destacar con luz concentrada las relaciones en el campo o en la ciudad, la posición de la nobleza o de la burguesía, de los campesinos ricos o jornaleros; los gremios frente a las nuevas fábricas, el comercio o la política realizada en una u otra etapa... Entonces se podrá intentar comprender unas actitudes o las contrarias, hacia donde se dirige la tendencia preponderante... En suma, explicar cómo se produce un fortalecimiento de la burguesía en la transición, por qué causa logra el poder y lo mantiene y cómo lo utiliza para acelerar los ritmos de transformación social en su beneficio —junto a los contrapesos que, en cada momento tiene, los obstáculos que encuentra—.

En estas páginas limitadas me voy a concentrar en un punto: el pacto o transacción que, sobre la propiedad, realizó la nobleza con la burguesía ascendente, revolucionaria. Sin duda, una de las claves o causas del triunfo de la revolución española fue la conservación de las propiedades en manos de la nobleza —a diferencia de Francia— en la abolición del régimen feudal. El análisis de este punto pondrá fin a estas páginas.

Propiedad y revolución

Durante el siglo XVIII en numerosos puntos de la península se fortalece una burguesía comercial y profesional. En Cádiz o Barcelona, en Valen-

Barcelona, 1980. Véase SOBOUL, A.: *Comprendre la révolution. Problèmes politiques de la révolution française*, París, 1981, en especial 338-345, que se han traducido en la obra colectiva de KOSSOK, M. y otros: *Las revoluciones burguesas*, Barcelona, 1983, pp. 160-189.

cia, Madrid u otras ciudades —entre todas destaca Sevilla— unos estratos de clase media logran buenas fortunas, que, con frecuencia, invierten en compras de tierras. No resulta fácil averiguar este proceso, que formaría una etapa de transición hacia los años revolucionarios. Las fuentes existentes presentan graves dificultades a la hora de valorar estas adquisiciones. En primer lugar, las fuentes castellanas que se han utilizado especialmente, no permiten una aproximación suficiente, ya que las respuestas al Catastro de Ensenada sólo nos deparan datos para los años centrales del XVIII —no puede percibirse el proceso de compra de tierras sucesivo—. De otro lado, la triple posibilidad de esta fuente —mayores contribuyentes, respuestas generales y respuestas particulares— motiva que los análisis sean diferentes; habría que estudiar la última para poder pronunciarse sobre la proporción de propiedades que cada clase tiene³⁶. En Valencia o Cataluña, la aplicación del equivalente o el catastro, proporciona padrones de riqueza, con mayores posibilidades para numerosos pueblos y lugares. Se trata de una fuente fiscal —como la de Ensenada— con estimaciones de la riqueza y la renta, pero nos permite contemplar, seriadamente, ese proceso de compra de la burguesía; pero, en cambio no figura la Iglesia, por estar exenta de este impuesto³⁷. El proceso se percibe nítido en muchas zonas, debido a que la caída de los censales, como forma de colocación de dinero, inclina a los comerciantes, profesionales, maestros de gremios, etc., a adquirir y explotar tierras; como en muchos lugares las tienen campesinos en enfiteusis, pueden comprar el dominio útil, sin perjuicio de que la nobleza mantenga el directo, sujeto a vinculación —o lo tenga amortizado la Iglesia—. En Castilla la dificultad es mayor, ya que las propiedades plenas, en manos de nobleza o clero, no son enajenables por los mecanismos de mayorazgo o amortización³⁸.

Naturalmente hay otras fuentes que proporcionarían datos más fiables. De un lado, los protocolos notariales, que apenas han sido analizados en esta dirección; de otro, los libros de registro de la propiedad o contadurías de hipotecas, que son, sin embargo, tardíos, a partir de 1768. Con esta documentación se podría salir del *impasse* en que nos encontramos para el estudio de la transición, si bien no puedo ocultar el gran esfuerzo que supondría alcanzar muestras significativas de las diversas zonas y regiones³⁹.

Si las fuentes presentan problemas de fiabilidad, extensión y arduo trabajo para conocer el desenvolvimiento de la transición, también resulta difícil la delimitación de la «burguesía» en el antiguo régimen. Si se analiza

36. Se han utilizado escasas veces, por ejemplo, DONÉZAR, J. M.: *Riqueza y propiedad en la Castilla del antiguo régimen. La provincia de Toledo en el siglo XVIII*, Madrid, 1984. Una discusión de las fuentes, aunque más referida al XIX, publicarán en breve MATA OLMO, R. y ROMERO, J. en *Agricultura y sociedad*.

37. Más frecuente es la utilización de los padrones de equivalente; acerca de esta fuente AZAGRA ROS, J.: «De los padrones de riqueza como fuente para la historia agraria del siglo XIX», *Estudis d'història contemporània del país valencià*, 2 (1980), 255-289.

38. Remito a CLAVERO, B.: *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, Madrid, 1974; también PESET, M.: *Dos ensayos*, pp. 17-35.

39. Véase PESET, M.: «Propiedad y señorío en la Ribera del Júcar», *I Assemblea d'historiadors de la Ribera*, Valencia, 1982, pp. 99-159 en que utilicé esta fuente; véase PESET, M.: «Los orígenes del registro de la propiedad en España», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 54 (1978) 695-716.

un patrimonio determinado, a través de su contabilidad —no son frecuentes— es más fácil determinar a qué estrato pertenece un comerciante o un caballero; mas no es posible practicar una identificación o prosopografía en colectivos amplios. En las fuentes antes descritas, se podrá obtener algunos datos sobre la profesión o el oficio, la tarea, o la simple designación como *don*, en el amplio grupo que se distingue de nobles titulados y clérigos. Será posible deslindar a campesinos —aun cuando la capa superior de éstos, podría considerarse como burguesía rural, es decir patrimonios que no se desintegran con las sucesivas particiones hereditarias, o hacendados rurales—. No obstante, la clase ciudadana en el antiguo régimen presenta características complejas, ya que, por de pronto, tiene tendencia a transformarse en nobleza. Comerciantes en una generación, buscan adquirir tierras e hidalguía en las siguientes; mientras, buena parte de los profesionales notarios, médicos, juristas u oficiales reales pertenecen a las capas inferiores de la nobleza o pretenden alcanzarla. La nobleza menor, por otro lado, está cerca de esa «burguesía» y, en todo caso, no resulta fácil su deslinde por las limitaciones de las fuentes⁴⁰. Todo ello, nos ofrece un conjunto variado, múltiple, indiferenciado, que oscurece el proceso. Por más que, a la larga, este bloque se presentará agrupado en la revolución: la nobleza menor seguirá a la burguesía, sobre todo, porque sus intereses son análogos y no existe un enfrentamiento frontal con la alta nobleza, con quien pudiera agruparse para conservar privilegios de clase...

La transacción o pacto con la alta nobleza —con grandes patrimonios, que abarcan varias regiones, con dominios señoriales— es una clave explicativa de nuestra revolución. En Francia hubo dos momentos diferentes. Primero el decreto de 4 a 11 de agosto de 1789 eliminaba el *feudalismo dominante*, pero conservaba, en manos de la nobleza primordialmente, el *feudalismo contractual*: el decreto abolía sin indemnización los derechos feudales y censuales que afectaban a manos muertas o a servidumbre personal, así como los derechos de caza y pesca, jurisdicciones señoriales, diezmos de los cuerpos seculares y regulares o de manos muertas. En cambio serán redimibles los otros diezmos, censos, rentas o «champarts». Por último, trataba otras cuestiones como la supresión de la venta de cargos o la igualdad de los ciudadanos para obtener cargos civiles, militares o eclesiásticos, revisión de gracias reales, extinción de privilegios contributivos particulares o de provincias. Sin embargo, la Convención en un segundo paso ahondó esa solución, al suprimir, en todo caso la indemnización y establecer campesinos sobre los bienes confiscados, o de emigrados, sobre comunales⁴¹... La nobleza —como la Iglesia— perdió sus bienes por

40. Un desarrollo de este análisis en mi comunicación «Propiedad y crédito agrario», Coloquio sobre la revolución burguesa, Gerona, 1988, en prensa.

41. *Collection générale des lois, décrets, arrêtés, senatus-consultes, avis du conseil d'État et règlements d'administration, publiés depuis 1789 jusqu'au 1.^{er} avril 1814, recueillie et mise en ordre par L. Rondonneau*, tomo I, París, 1817 decreto de 4 a 11 de agosto de 1789, pp. 12-14, completado por otro de 15 de marzo de 1790, pp. 138-148; el de 25 de agosto de 1792 suprimió las indemnizaciones, salvo los que tenían «pour cause une concession primitive de fonds, laquelle cause ne pourra être établie qu'autant qu'elle se trouvera clairement énoncée dans l'acte primordial d'inféodation, d'ascensement ou de bail à cens...» (art. 5.^o), tomo I, pp. 696-698; el decreto sobre bienes de emigrados es de 6 de septiembre de 1792, pp.

la revolución, y aun cuando en la restauración se prometían indemnizaciones, no se llegaron a pagar...

En España la nobleza era poderosa, pero no bastante para impedir la revolución. Acertó a pactar, para entrar en una nueva época, conservando grandes parcelas de poder y prestigio. Conservó sus propiedades cediendo algunos privilegios —esencialmente la conversión de su propiedad feudal en propiedad liberal—. Poseía jurisdicciones sobre los pueblos y banalidades o derechos exclusivos, de monopolio, que fueron abolidos; regía sus sucesiones a través del mayorazgo, que también cayó, y era exenta de impuestos sobre la tierra, pero no pudo mantener la exención. A cambio, se le reconoció la titularidad de muchas de sus tierras, y aun en las que perdía —en beneficio de los enfiteutas— mantuvo derechos de indemnización. Podría afirmarse que se mantuvo en la primera etapa de la revolución de Francia...

Los debates en torno a la abolición de los señoríos dan muestra de la intención moderada de los diputados. Tanto las primeras peticiones que, sólo se refieren a jurisdicciones o a las horcas y argollas que la simbolizaban, como la solución final estuvieron coloreadas de un espíritu de transacción. Esta se debió a una propuesta de García Herreros, para que se incorporasen los señoríos jurisdiccionales, de cualquier clase que fuesen, mientras los territoriales y solariegos pasaban a ser de propiedad particular; supresión de los privilegios exclusivos o monopolios e incorporación de los que hubiesen sido vendidos con cláusula de retroventa, con el pago del precio satisfecho en su día. El decreto de 6 de agosto de 1811 recogía esta distinción genérica, fórmula hábil, aunque de difícil interpretación, que muestra su parentesco indudable con las normas de la asamblea nacional francesa⁴². Significaba una conservación de propiedades nobles, limitando las características «feudales», con respeto del derecho de propiedad: dos conceptos enfrentados, cuyo resultado —dado que no se atrevieron a despojar a la nobleza— fue la transacción...

Algunos diputados valencianos —encabezados por Pedro Aparici— juzgaron corta la simple abolición de las jurisdicciones, e intentaron con-

750-751; la supresión total de indemnizaciones 17 de julio de 1793, tomo II, pp. 448-449. Hay una copiosísima legislación revolucionaria que está estudiando Adela Mora, para entender las transformaciones liberales de la enfiteusis o censos en los diversos países.

Acerca de la revolución francesa me limitaré a citar: LEFEBVRE, G.: *1789: revolución francesa*, Barcelona, 1976 y SOBOUL, A.: *Compendio de la historia de la revolución francesa*, Madrid, 1966, así como las más recientes síntesis de VOVELLE, M.: *La caída de la monarquía, 1787-1792*, Barcelona, 1980; BOULOISEAU, M.: *La república jacobina, 10 agosto 1792-9 termidor año II*, Barcelona, 1980 y WORONOFF, D.: *La república burguesa. De Termidor a Brumario, 1794-1699*, Barcelona, 1981. Una revisión de la historiografía por VOVELLE, M.: *Introducción a la historia de la revolución francesa*, 2.^a ed. Barcelona, 1984. Asimismo, con un enfoque más centrado en la cuestión que examino SOBOUL, A.: *Problèmes paysans de la révolution, 1789-1848*, París, 1976, traducido, aunque faltan algunas partes, en Madrid, 1980.

42. Los debates acerca de la abolición de señoríos han sido objeto de varias exposiciones, por lo que no insistiré: DE MOXÓ, S.: *La disolución del régimen señorial en España*, Madrid, 1965; ARDIT, M.: *Revolución liberal*, pp. 179-190, 267-269; HERNÁNDEZ MONTALBÁN, F.: «La cuestión de los señoríos en el proceso revolucionario burgués. El trienio liberal», en *Estudios sobre la revolución burguesa en España*, 113-158. El decreto de 11 de agosto de 1811, *Decretos Cortes*, I, pp. 193-196; el planteamiento inicial puede verse en *Diario de Cortes*, sesiones de 30 de marzo, 1, 4 y 5 de junio de 1811, I, pp. 799-800; II, 1.162-1.165, 1.175-1.183, 1.187-1.192.

seguir la solución específica para este reino. Cualquiera que sean las argumentaciones jurídicas, queda claro su interés, ya que las clases urbanas habían conseguido una buena proporción del dominio útil y buscan liberarse de las cargas que pesaban por razón del directo. Su discurso tiene —como hábil abogado— dos propuestas: supresión o, al menos, rebaja de las obligaciones enfitéuticas. Con la repoblación posterior a los moriscos, argumentaba, el derecho útil se incorporó a la Corona, no a los señores, que, sin embargo, lo distribuyeron de nuevo, sin aprobación real. No son válidas esas repoblaciones y, por tanto, deben volver a la Corona, es decir, a la nación. Si no se quiere conceder hasta ese límite, que se rebaje la partición de frutos a un décimo, incluso menos los que hubieren sido roturados después, que se reduzcan los censos al tres por ciento, con posibilidad de redimir y se supriman laudemios, fadigas y quinquenios⁴³. Supresión o limitación máxima de las indemnizaciones. En verdad, se dejaron de pagar pensiones y laudemios y la Audiencia admitió esta actitud hasta que los señores presentasen los títulos de sus derechos. Al volver Fernando VII la nobleza se quejaba de esta situación valenciana que expresaba fuertes anhelos de ir más lejos en la solución de los señoríos. El decreto de 1811 tenía varias posibilidades de interpretación, por lo que se pediría una consulta al tribunal supremo y una comisión de cortes preparó un decreto aclaratorio. Con la restauración de Fernando VII el decreto de 1811 siguió vigente, pues la política ilustrada o absolutista, también pretendía incorporar jurisdicciones a la Corona; si bien fue caso a caso en los reinados anteriores, ahora aprovechaba la decisión de Cádiz, desde una interpretación favorable a la nobleza⁴⁴.

En el trienio liberal continuó la búsqueda de una interpretación del decreto de 1811. Una primera propuesta de ley, según la cual deberían presentar sus títulos los señores territoriales —les cargaba con la prueba, como quiso la Audiencia de Valencia— fue vetada por el monarca⁴⁵. Este propuso otra minuta, redactada por Garelli, en la que no se requería la presentación de título, salvo que se pidiesen en juicio por los pueblos, y se rebajaban las prestaciones señoriales; tal vez al ser valenciano este ministro de gracia y justicia, tenía clara conciencia del ambiente y los intere-

43. Su discurso de 9 de junio de 1811, con otro de Lloret el 14, *Diario de Cortes*, II, 1.221-1.227, 1.254-1.258, es más amplia, la *Memoria que presentó a las Cortes generales y extraordinarias... mandaba pasar a la comisión de señoríos sobre que los dueños territoriales carecen de título legítimo para retener los raíces que dexaron los moriscos al tiempo de ser expelidos de España; y quando le tuvieren, deben regularse los pagos de derechos enfitéuticos con que se concedieron dichos bienes*, Valencia, 1813, reproducido en *Diario de Cortes*, VII, pp. 4.496-4.953; también DE MOXÓ, S.: *La disolución*, apéndice 3, pp. 202-218.

44. ARDIT, M.: *Revolución liberal*, pp. 222-226; DE MOXÓ, S.: *La disolución*, pp., 81-97 apéndices 6, pp. 224-229, escrito de la nobleza valenciana; 7, real cédula de 15 de septiembre de 1814 y el 8, respuesta fiscal al expediente de los grandes de 20 de agosto de 1817, pp. 233-251. La real cédula en *Decretos Fernando*, I, pp. 251-253, otra posterior establece para su hermano Carlos, la posibilidad de usar de jurisdicción, II, pp. 185-187.

Sobre la consulta anterior al supremo y la comisión y minuta, también DE MOXÓ, S.: *La disolución*, pp. 60-62, apéndices 2 y 4, pp. 192-201 y 219.

45. El proyecto de decreto es el anterior, del primer período liberal, *Diario de Cortes*, sesión de 30 de agosto de 1813, VIII, pp. 6.077-6.081, lectura de García Herreros.

ses mediterráneos⁴⁶ Las Cortes se empeñaron en mantener su postura y promulgaron, ya en los últimos momentos, la ley de 3 de mayo de 1823, que exigía la presentación de títulos para los señoríos territoriales y solariegos, ante el juez de primera instancia, con apelación a las Audiencias. Y entretanto no tendrían obligación de pagar las rentas los pueblos, sino sólo de dar fianzas seguras para el caso de que la sentencia les fuese desfavorable⁴⁷. Los cien mil hijos de San Luis y la reacción fernandina dejaron sin vigor esta ley, que apenas tuvo tiempo de ser aplicada.

Durante estos años la publicística liberal nos proporciona una idea de la pasión con que se vive el problema. Del fiscal de la Audiencia de Valencia, Tomás Hernández, procede la posición más avanzada; hay un ambiente de inconformidad, unos pleitos inacabables, y opta por exigir los títulos:

La presunción de hecho y de derecho de deberse incorporar a la nación estos señoríos está a favor de los pueblos, y lo está más cuanto que así se ha mandado. El considerarse allí —se refiere al decreto de 1811— los señoríos territoriales y solariegos como derechos de propiedad particular de los llamados señores, es un privilegio, y el que lo pretende viene obligado a probarlo antes. De otra manera no tiene acogida en la ley que terminantemente le excluye, hasta que presentados los títulos se falle o decida a qué clase corresponden. Entre tanto los pueblos quedan en el goce de la exención de todo pago de prestaciones, sin que de modo alguno se les pueda compeler⁴⁸...

Sin justo título no hay propiedad, se requiere su presentación aun cuando no signifique un juicio. La nobleza ha renunciado a su jurisdicción a secas, decía, porque le acarrea gastos, mientras quiere conservar la partición de frutos, tercios-diezmos y otros derechos...

La otra parte elevó la *Representación de diferentes grandes de España a las Cortes para que se declare debérseles amparar en la posesión de sus rentas, especialmente en el reino de Valencia*⁴⁹, donde se recogen algunas de las protestas que presentaron. La nobleza alta se encuentra con que los pueblos exigen —contra el tenor literal del art. 5 del decreto de 1811— que presenten sus títulos previamente, sin pagar pensiones por las tierras hasta que se haga la demostración. Estos derechos pertenecen a la nación, sin que sea posible alegar posesión o prescripción, pues ésta no cabe contra la Corona —según una norma recopilada referida a las tercias reales—. Los diversos memoriales, con unanimidad, quieren hacer ver a las Cortes que los dominios territoriales y solariegos han pasado a ser propiedad particular: «ésta es la ley que gobierna entre los que fueron señores y

46. El proyecto Garelli de 6 de marzo de 1822, publicado por DE MOXÓ, S.: *La disolución*, apéndice 9, pp. 252-253. También en *Diario de Cortes*, 7 de marzo de 1822, I, pp. 221-227, se rechaza el anterior, y se presenta el nuevo, p. 226, que se discute ampliamente.

47. Puede verse la ley de 1823 en DE MOXÓ, S.: *La disolución*, apéndice 10 derogación real cédula de 15 de agosto de 1823 en el siguiente, pp. 254-256, 257-261; también en la ley de 1837, citada en mi nota 55, inserta la primera.

48. *Reflexiones sobre la abolición de los señoríos jurisdiccionales, territoriales y solariegos*, Valencia, 1820, p. 6. Me permito atribuirlo al fiscal, por estar firmado T.H. y ya sabemos la postura avanzada de éste y, en general, de la Audiencia de Valencia.

49. Madrid, 1820, existen otras, en el archivo de las Cortes así como de los pueblos, citadas por ARTOLA, M.: *El reinado de Fernando VII*, pp. 742-744, y nota 106 en p. 836.

vasallos y hoy son dueños y enfiteutas, la que distingue con la mayor claridad el señorío y sus emanaciones, de la propiedad y las suyas...» dice el duque de Villahermosa⁵⁰. Deben pagar los colonos hasta que no se venza en juicio y determine que deben de ser incorporados o han incumplido alguna condición... Nunca fueron bienes de la nación, ya que en la conquista se repartió entre los nobles y el rey, por acuerdo, entre militares e infanzones. Esta fue la interpretación de Fernando VII en 15 de septiembre de 1814 que no ha sido derogada... En todo caso, no tendrían tampoco los enfiteutas derecho a consolidar el dominio directo si se transfiriese a la nación; esta solución, que se dio a la abolición de los derechos privativos de hornos o molinos que pertenecían al real patrimonio en la Corona de Aragón, por otro decreto de 19 de julio de 1813, no puede extenderse...

Otras voces se oyeron, favorables a la nobleza. Mariano Amadori escribiría una amplia *Memoria sobre señoríos territoriales y solariegos*, en donde propugna la conservación de los últimos, ya que, en otro caso peligraría la propiedad y cundiría el desasosiego. La monarquía estaba decadente en manos de los ministros y la nobleza entorpecía la agricultura y el comercio, la prosperidad, inmersa en el lujo y las disipaciones. Sin embargo, «la sabiduría y rectitud del congreso hizo la justa e importante distinción entre los restos brutales del feudalismo y la propiedad de la tierra»⁵¹. Sus argumentos son de tres tipos: históricos, jurídicos y de conveniencia política. En España, dice, nunca existió un verdadero régimen feudal, sino las tierras fueron donadas por el rey por vía particular —aquí se descubre el origen de la polémica sobre el feudalismo hispano, que lleva casi dos siglos, desde Martínez Marina a Sánchez Albornoz⁵²—. Jurídicamente definiendo el justo título y la posesión inmemorial, no se diga que no afecta a los derechos de la nación, pues la imprescriptibilidad sólo se refiere a la libertad, la igualdad y los derechos y poderes políticos, no a la propiedad. Debe entenderse así el artículo 5.º del decreto de 1811 —con el tribunal supremo y contra la comisión— pues otra interpretación es violenta y forzada, ya que no exigió la exhibición de títulos. Los franceses erraron, «los escritores más sabios de dentro y fuera de Francia no se han detenido en calificarlo de una expoliación injusta y violenta aunque conviniendo todos en la necesidad de que continúe invariablemente el estado actual de las cosas, que no podría variarse sin trastornar los intereses creados por la

50. *Representación...*, p. 24, datos históricos sobre los orígenes duque del Infantado, 73-74; sobre la ley 1, 7, 1 de la *Nueva recopilación* la duquesa de Benavente, 11-15 y conde de Montealegre, 126-129; sobre la real cédula de 1814 y el decreto de 1813 el marqués de Astorga, 102-103 y 110-112. En general son muy análogos los argumentos, la del conde de Revillagigedo ni se transcribe por ser literal a Werwik y Alba, 149; la única diferente, por estar referida a la acequia del Júcar, Híjar, 53-57, que reclama derechos adquiridos por su construcción. Acerca de censos y foros, más cercanos a Valencia, GONÇALO MONTEIRO, N.: «Revolução liberal e regime senhorial: a quesão dos forais na conjuntura vintista», *Revista portuguesa de história* 23 (1987), 143-182.

51. Madrid, 1821, p. 11, en 8 define el dominio territorial.

52. AMADORI, M.: *Memoria*, pp. 18-20. Naturalmente no pretendo decir que las cuestiones sobre feudalismo hispano o sobre propiedad feudal derivan de este punto, sino tan sólo que pueden estar contaminadas, a veces, por este planteamiento, que se encuentra vivo en DE CÁRDENAS, F.: *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, 2 vols., Madrid, 1873, II, pp. 157-163, véase I, 155-159, con su precisión sobre propiedad feudal en 156.

revolución y sin exponerse a nuevos sacudimientos». No ha evitado la anarquía en aquella infeliz nación, y aun cuando crea una medianía no es justo. Por último, manifiesta el temor al poderío de nuestra nobleza:

Si volvemos la vista hacia la clase a quien quería despojarse, la encontraremos numerosa, surtida de apoyos y no abandonada aun de las preocupaciones y de la estúpida adulación popular, que por tanto tiempo la sostuvieron; porque al fin es preciso no olvidar que los hombres tienen una deferencia casi natural por todo cuanto se mezcla con algún origen maravilloso. Los ofendidos y descontentos no dejarían de hallar auxiliares en medio de esa facción enfurecida que divide a la Europa, queriendo ahogar y hacer que retrograde la revolución general, que es el fruto de nuestro siglo y de nuestras opiniones, para volver a sepultarnos en las tenebrosas máximas de la política feudal, resucitando el derecho público de la edad media, que fueron los frutos de la barbarie, de la insensatez, de la ignorancia y del desprecio absoluto por la dignidad, los derechos y la felicidad de los hombres⁵³.

Un buen cuadro de la fuerza de la nobleza, que se vería sustentada por el pueblo y por una serie de conspiradores, en un foco de discordia...

Otro abogado madrileño, retomaría su idea y trazaría una pequeña historia del feudalismo hispano, como diferente del europeo, para defender las propiedades nobles. Pueden quitarse las facultades jurisdiccionales que están en contra de la Constitución, para purgar «la propiedad de lo que pudiera tener de extraño, de accidental a ella misma, de absurdo o de depresivo...». Eran una propiedad distinguida y privilegiada, pierden desde ahora, los territoriales, toda distinción y privilegio. Los franceses «cayeron en el yerro de confiscar fortunas enteras de los emigrados, rebeldes a llamamientos repetidos en nombre de la patria»⁵⁴. Se deben suprimir todas las cargas personales y sólo se indemnizará en los casos de adquisición onerosa por precio o servicios al Estado; se asegurará la permanencia de los enfiteutas, con derecho a enajenar, siendo el laudemio del dos por ciento y la fadiga mutua y se podrían redimir los dominios útiles...

A pesar de la ley del 1823, los vientos soplarían en favor de la nobleza, de modo que, en 1837, se legislaría en contra: no es menester presentar títulos cuando no se ha ejercido jurisdicción, o respecto de rentas que se consideraban de propiedad particular —aun cuando procediesen de pueblos de su jurisdicción— tales como censos, pensiones, rentas, terrenos, haciendas y heredades... Se establecía un juicio sumario para poder demostrar su propiedad por otros medios que no fuesen los títulos... Se seguirían pagando las rentas, aunque existiese un juicio abierto⁵⁵. En fin, la transacción está hecha.

53. AMADORI, M.: *Memoria...*, p. 61, la cita anterior en 57; los problemas de posesión y prescriptibilidad de las propiedades, 21-23 y 43-44.

54. *Los principios de la Constitución española y los de la justicia universal aplicados a la legislación de señoríos, o sea concordia de los intereses y derechos del Estado y los de los antiguos vasallos y señores. Precede un discurso histórico-legal sobre la feudalidad y los señoríos en España, dedicado a las Cortes por un jurisconsulto*, Madrid, 1821, p. 167-177, su visión histórica pp. 4-160.

55. La reposición de la ley de 1823 por otra de 2 de febrero de 1837, que se mitiga por la de 26 de agosto, *Decretos Isabel II*, 22, pp. 50-57 y 23, pp. 151-154. Una visión sucinta en PESET, M.: «Derecho y propiedad en la España liberal», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6 (1976-1977), 463-507.

La desvinculación mostró igual respeto por los patrimonios nobiliarios. Jovellanos no se atrevió a enfrentarse con la nobleza, y las Cortes de Cádiz apenas oyeron algunas propuestas de incorporación de los bienes vinculados a la nación. Más bien se propone suprimir el vínculo, conservando las tierras libres —o tan sólo los menores o los muy elevados, dejando los intermedios, como se había hecho en Bayona—. Clavero ha estudiado todo este proceso, que desemboca en la ley de 11 de marzo de 1820⁵⁶. Tierras o heredades, casas o joyas vinculadas quedarían en manos de la nobleza que no vería con desagrado la posibilidad de disponer, si quería, de sus patrimonios, sin sujetarse el estricto orden de suceder de los mayorazgos.

No es ya una propiedad privilegiada y tendrá que contribuir a las cargas públicas. Tendrá que competir en un mercado abierto, si bien, las grandes dimensiones de muchos patrimonios les han permitido subsistir hasta nuestros días. La reforma fiscal fue lenta, de modo que hasta la Ley Mon de 1845 no se implanta, definitiva, la contribución territorial rústica y urbana⁵⁷. La propiedad noble sería, en la ley, una más, con los mismos derechos y obligaciones, pero la titularidad —a diferencia de la Iglesia— continuaría en las mismas manos.

La revolución española aparece, en suma, distinta de la francesa: cercana al 1789, dispar tras la Convención. El pacto con la nobleza es, sin duda, una de las causas que contribuyen a configurar su esencia, su realidad y sus diferencias... La transacción puede fecharse en 1811, y definitivamente en 1837. En las pugnas en torno a la abolición de los señoríos se había discutido, esencialmente, quién había de quedarse con las propiedades...

56. CLAVERO, B.: *Mayorazgo*, pp. 361-403.

57. No existe un estudio definitivo acerca de Mon, véase ESTAPÉ, F.: *La reforma tributaria de 1845*, Madrid, 1971; también la aborda, FONTANA, J.: *La revolución liberal (política y hacienda, 1833-1845)*, Madrid, 1977. Una visión genérica sobre esta reforma, PESET, M.: *Dos ensayos*, pp. 104-116.

Las raíces filosófico-jurídicas del pensamiento penal español contemporáneo

Por JOAQUIN CUELLO CONTRERAS

Cáceres

A D. Manuel de Rivacoba y Rivacoba

I. INTRODUCCIÓN

Una de las interpretaciones más lúcidas de la Ilustración que se ha hecho es la de Max *Horkheimer* y Theodor W. *Adorno*¹, para quienes el de la Ilustración es un concepto *dialéctico* que refleja cómo todos los pasos dados por el hombre en el terreno de la *Teoría* y de la *Praxis*, persiguiendo su emancipación, crean nuevas formas de dominio. La historia, desde 1789, se repite. Y, tras la experiencia de los totalitarismos, en el siglo XX, referida para los autores citados especialmente al Auschwitz nazi, ni siquiera queda lugar para el optimismo.

Dialéctica de la Ilustración significa volver a lo que la Revolución Francesa quiso representar en el mundo de la realidad política y Kant en el mundo de las ideas; para superar esa tesis, junto con la antítesis de lo que su realización positiva dejaba en la sombra (dominio técnico de la naturaleza convertido en dominio técnico del hombre y, con ello, la pérdida de su libertad), mediante la síntesis de principios contrapuestos que se complementan en una unidad superior. Esta «Dialéctica de la Ilustración» se refleja muy claramente en el Derecho penal, y muestra que los principios que hoy lo inspiran, siendo los mismos de la Ilustración, son distintos, sintetizándose en una unidad más elevada no prevista en el momento de su surgimiento.

El Derecho penal se define en la actualidad, fundamentalmente, como Derecho *protector de bienes jurídicos* imprescindibles para la convivencia. De esta manera, se trata de distinguir el orden jurídico de otros órdenes, como la Moral; pero, sobre todo, se quiere preservar el máximo de

1. *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, Amsterdam, 1968.

libertad individual aun para aquello que, siendo nocivo para el individuo (p. ej. el consumo de drogas), no afecta para nada a la vida en sociedad. El origen de esta idea está en la Teoría del delito de los penalistas ilustrados, para quienes el Derecho penal sólo debía proteger derechos subjetivos del individuo; con lo que la Moralidad y el orden público quedarían fuera del Derecho penal.

Que el concepto ilustrado de bien jurídico era insuficiente lo han demostrado, con posterioridad, las Ciencias sociales: Existen intereses y estructuras sociales, como el orden socio-económico, la administración de justicia o el orden constitucional, imprescindibles para la convivencia, y susceptibles de protección penal. Sin embargo, la experiencia de los totalitarismos, para los que el individuo no era nada y el Estado lo era todo, ha obligado a anteponer el individuo a la comunidad (estando prohibido sacrificar aquél a ésta) mediante la institucionalización de los Derechos fundamentales inalienables; con lo que se rehabilita la concepción ilustrada del Derecho penal².

En íntima relación con la idea de Derecho penal protector de bienes jurídicos, aparece la orientación de la pena a la *prevención del delito*. El origen de las llamadas *Teorías de la prevención* se encuentra en Paul A. J. von Feuerbach, un penalista ilustrado que se preguntó si la orientación de la pena a la retribución de Kant (quien, como heredero del pensamiento teológico anterior, quiso identificar el delito, como el pecado, con el mal mismo que debe ser expiado en nombre de la justicia) no sería cruel, respondiéndose que ello se evitaría con la fundamentación de la pena retributiva en la *prevención del futuro delito*³, ya que el castigo del delincuente serviría de escarmiento («coacción psicológica») de futuros infractores. No es, por tanto, casualidad que el mismo Feuerbach acuñara otro de los principios del Derechos penal moderno: el principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). De esta manera, a través del principio de legalidad de los delitos y las penas, se conseguiría establecer el catálogo de bienes jurídicos que en cada momento el legislador quiere proteger; se motivaría con ello al posible infractor, que sabría en cada momento qué prohíbe el legislador estatal; y se podría definir la culpabilidad jurídico-penal como voluntad de lesión del Derecho, prescindiendo de toda consideración metafísica a la hora de definir el delito y fundamentar la pena.

Los principios de prevención del delito, legalidad y culpabilidad han evolucionado desde entonces. La experiencia de que la prevención del delito puede llevar a anular la libertad del individuo que ha delinquido y conduce al defensismo social y al positivismo antropológico negador de la libertad y patrocinador de la sustitución de la pena por medidas de seguridad y corrección poco respetuosas de los Derechos humanos; la comprobación de que el principio de legalidad no se fundamenta hoy en la pre-

2. Vid. KNUT AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972.

3. VON FEUERBACH, P. A. J.: *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven Rechts*, I. Teil, 1799, reedición de 1966, p. 38. Sobre ello: NAUCKE, W.: *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962, p. 44.

vención del delito sino en la garantía de que el Estado no va a auto-otorgarse facultades inexistentes en el momento de comisión del delito⁴; y la reflexión, que cada día se impone más, acerca de que ni se trata de identificar el principio de culpabilidad con la idea de expiación por un mal, ni se trata de prescindir de tal principio (ya que la culpabilidad sirve para preservar la libertad frente al poder coercitivo del Estado), sino que, más bien, con el principio de culpabilidad, se trata de fundamentar el Derecho penal, moderno y liberal, junto con los principios de protección de bienes jurídicos, prevención del delito y legalidad (a los que añadir el de la resocialización, entendida como evitación de la de-socialización de quien ha cumplido una condena penal), en normas jurídicas *válidas*, aceptables para un destinatario razonable (es decir, que fundamentan su validez en principios situados más allá de su mera positividad); todas estas consideraciones permiten la superación de los principios ilustrados del Derecho penal moderno en una unidad superior cuyo lazo de unión se basa, no tanto en el hecho de que cada uno de tales principios limite a los otros en sus pretensiones de universalidad que desemboquen en abusos (ya que tales principios se limitan en sí mismos)⁵ sino, más bien, en el hecho de que *todos ellos* son imprescindibles para obtener una comprensión cabal de lo que debe ser el Derecho penal. Pero el espíritu de lo que ello supone estaba ya implícito en las primeras formulaciones históricas de los principios. No es, por tanto, extraña la frecuencia con que autores tenidos por clásicos están presentes en la discusión actual sobre el fundamento del Derecho penal y de la pena estatal.

Por lo que se refiere al Derecho penal español, en concreto, ha de reconocerse que, si bien existen documentos importantes que avalan la penetración de las ideas ilustradas de primera hora, como el Discurso sobre las penas de Manuel de Lardizábal (1792) o el Código penal de 1822, se trata de obras en las que el elemento tradicional y el elemento moderno se insertan en una unidad abigarrada difícil de discernir. Si por Ilustración se entiende un cambio radical respecto a lo anterior y la fundamentación de realizaciones teóricas y prácticas en nuevos cánones basados en un presupuesto ya netamente antropológico (no teológico), el primer movimiento completo y bien articulado que se da en España de auténtica y definitiva modernidad en el *krausista*. A continuación se analizará el programa ideológico y la teoría del conocimiento krausistas (I): su Filosofía del Derecho (II); la primera obra de carácter rigurosamente científico de Derecho penal, la de Luis Silvela, inspirada en la teoría del conocimiento krausista (III); las primeras concepciones puramente jurídicas sobre el delito (IV); y la teoría de la pena de Silvela, basada en el Correccionalismo de Röder, también de inspiración idealista y krausista (V).

4. Vid. CUELLO CONTRERAS: *Culpabilidad e imprudencia*, 1989 (en prensa), Introducción.

5. CUELLO CONTRERAS: *Libertad y resocialización*, en *Homenaje a Agustín Fernández Albor*, 1989 (en prensa).

II. LA FILOSOFÍA KRAUSISTA

El Krausismo español es, ante todo, un amplio movimiento de reforma moral, política y jurídica⁶ cuya historia e influencia en las distintas épocas de la historia reciente están bastante bien documentadas⁷. El interés, ahora, se circunscribirá a un par de nombres, los de *Sanz del Río* y *Giner de los Ríos*, los padres del Krausismo español; y, más específicamente, a algunas de sus obras (las anotaciones al Ideal de la Humanidad y la Introducción de la Metafísica analítica de *Sanz del Río*, y los Principios de Derecho natural y las Lecciones de Psicología de *Giner de los Ríos*), por su interés para el Derecho penal y su carácter de fundamento de la nueva Filosofía.

La Filosofía de K. Cr. *Krause* se inserta en el ámbito del Idealismo, alemán, uno de cuyos herederos y superadores quiere ser él. Dentro de este movimiento filosófico se dan tradiciones muy diversas, pero existen una serie de rasgos que lo definen desde *Kant*.

Los rasgos de la filosofía krausista, así ubicada, son los de *racionalidad, autonomía de la persona humana, eticidad e historicidad*, aspectos en los que, para evitar interpretaciones erróneas, debe desglosarse la caracterización general de *racionalismo armónico* de la nueva filosofía⁸.

Con esta nueva filosofía no se tratará ya de enriquecer una tradición segura de cuño teológico que entendiéndose la racionalidad y la libertad como atributos concedidos gratuitamente al hombre para permitirle su acceso directo a Dios. Se tratará, por el contrario, de descubrir en ellos las únicas armas con las que describir la trayectoria inversa, o sea, la que el hombre ha de transitar, solo, hacia el género humano y hacia Dios; no de la repetición de un modelo preconcebido.

6. Vid. ARAQUISTÁIN, L.: *El pensamiento español contemporáneo*, 1962, p. 15; LÓPEZ-MORILLAS, J.: *El Krausismo español*, 2.^a ed., 1980, p. 12; TERRÓN, E.: *Sociología e ideología en los orígenes de la España contemporánea*, 1969, p. 199.

7. Vid. DÍAZ, E.: *Estudio preliminar a Minuta de un testamento, de Gumersindo de Azcárate*, 1967, pp. 10 ss.

8. Los términos «racionalismo armónico» con que se caracterizan los fundamentos de la Filosofía krausista (vid. LÓPEZ-MORILLAS: *Krausismo español*, pp. 31 ss.; DÍAZ, E.: *La Filosofía social del Krausismo español*, 2.^a ed., 1983, pp. 49 ss., 56 ss. y RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, M. DE: *Krausismo y Derecho*, 1963, pp. 28 ss., 40 ss.) no remiten a estructuras preexistentes a la razón y a las que ésta deba doblegarse. Sobre el pensamiento institucionalista, que entiende que la razón jurídica debe limitarse a reconocer y configurar jurídicamente las instituciones, como, p. ej., la familia, respetando su estructura inmutable, vid. HENKEL, H.: *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2.^a ed., 1977, pp. 355 ss. Lo mismo cabe decir del «organicismo» con que, a veces, se caracteriza al Krausismo (vid. DÍAZ: *Krausismo español*, pp. 57, 199). Ambos términos («armonicismo», «organicismo» reflejan, más bien, aquí, la necesidad sentida por la Metafísica krausista de armonizar la razón natural con la razón metafísica (o, como dice DÍAZ, E.: *Krausismo español*, p. 51, la ciencia con la filosofía), la parte con el todo, la multiplicidad con la unidad, lo concreto con lo abstracto. La filosofía de Krause, precisamente, en lo que tiene de corriente idealista, se opone al pensamiento historicista, una de las inspiraciones del «institucionalismo», y es una reacción contra la Escuela histórica. APEL, K.-O.: *Transformation der Philosophie*, vol. II, 1973, pp. 216 ss., ha criticado el pensamiento de Arnold Gehlen, inspirado en el institucionalismo, que entiende que el hombre hace y se desarrolla entre instituciones; pero, como dice Apel, de la misma forma que una institución tan característica del hombre como el lenguaje no puede entenderse sino como el uso que los hombres hacen del mismo (como «meta-lenguaje»), también las restantes instituciones están abiertas al empleo que de ellas quiera y pueda hacer el hombre de hoy. Este Tribunal de la «sociedad abierta», su Logos, lo constituye hoy, en las democracias occidentales, el parlamento.

a) *El Ideal de la Humanidad para la vida*

La obra de Krause *Ideal de la Humanidad para la vida*, publicada por primera vez en Alemania en 1811, y traducida al español por Sanz del Río en 1860, es un escrito pragmático donde tanto su autor como el traductor —a través de las notas e introducción— resumen los objetivos y fundamentos de su filosofía.

El Ideal de la Humanidad para la vida está condensado en la filosofía del *racionalismo armónico*, con el que se quiere expresar cómo es posible que la Humanidad se realice a través de la *razón* y de la *libertad*. Sin conciencia de los *límites* dentro de los cuales la Humanidad puede realizar estas facultades esenciales del hombre, no podrá disfrutar de ellas. El límite del acceso de la razón humana a la aprehensión de la realidad sobre la que el hombre ha de actuar (experiencia), ese límite es el que tiene que ser superado por la libertad: Si la Humanidad tuviese continuo acceso a la verdad sería esclava de ella, habiéndola de obedecer ciegamente, es decir, sin poder ejercer la libertad. Es, por tanto, la conciencia de dicho límite de la razón, determinado por la *doble naturaleza* del hombre: el hombre es *espíritu*, en cuanto participa, en cierta medida, del conocimiento de la Idea a través de la razón, pero es también *naturaleza*, producto de la Idea, como cualquier otro objeto de la Naturaleza (por eso ni siquiera puede conocerse exhaustivamente a sí mismo); es esa conciencia del límite de la razón humana la que obliga a la Humanidad a ejercer la libertad, la segunda facultad propiamente humana, a través de la cual el hombre, ni naturaleza pura en cuyo caso habría de limitarse a dejar hacer lo que la Idea ha puesto en él, como cualquier otro objeto de la Naturaleza, ni espíritu puro (en cuyo caso no haría falta ejercer la libertad, poseída *de facto*), puede trascender su propia limitación, asumiéndola, para, a partir de ahí, ejercer la libertad mediante la razón.

Lo propio y genuino del hombre es el *hecho racional*, «el acto más común de la vida», «una obra hecha con arte, según los medios dados, bajo idea y plan previsto en forma de Ley, para un fin racional hasta su entero cumplimiento»⁹. Mediante el «hecho racional» el hombre no aplica directamente la idea que inspira el hecho, ni conoce la idea a que responde el acto que quiere regular (ninguna de las dos ideas puede conocerlas el hombre), sino que tiene que «crearlo». Se trata de un «arte», no de una ciencia pura, ejecutado a través de unos «medios dados» (limitados a la razón humana), aunque inspirado en la Idea, que ocupa una posición intermedia garantizadora del conocimiento humano, al que no otorga conciencia de certeza absoluta. El «hecho» ha de cumplir un fin «racional» que tampoco coincide con el objeto pues, si así fuese, participaría de su Naturaleza y no sería racional («Este sentido de la idea o ideal ninguna limitación tiene aquí en el objeto»).

El *racionalismo armónico* no es ni idea pura ni naturaleza pura, sino un mixto de ambas que debe ser armonizado. «Demos si se quiere, al ideal el nombre de plan, proyecto, regla según el fin y esfera a que se dirige; siempre aquí se manifiesta un estado siguiente a la concepción de la idea

9. KRAUSE, *Ideal de la Humanidad*, p. 28.

pura, y antecedente a la aplicación última de la misma»¹⁰. Para conseguirlo hay que renunciar a la pretensión de seguridad del conocimiento humano. A demostrar cómo es posible el conocimiento pese a la carencia de certeza irán encaminadas las páginas más selectas de la Metafísica analítica, el «organon» del Ideal de la Humanidad krausista, su teoría del conocimiento.

Contemplando la profundidad del ser humano, su doble carácter de espíritu y naturaleza consciente de su limitación que lleva a la armonía interior asumiendo dicha limitación, se comprende que *Sanz del Río* identifique el Ideal de la Humanidad con la contemplación de la interioridad del hombre, donde hallar la «universal igualdad entre todos», que llama a la armonía, y, así, desde el interior del hombre, realizar las metas de la Filosofía práctica que deben motivar una vida fundada en la bondad.

Esta referencia a la «igualdad entre todos los hombres», y lo que hace iguales a todos los hombres es el *lenguaje*, viene a demostrar que el conocimiento sólo es posible como *comunicación*, con lo que ello significa, a la vez, de acuerdo empírico, ya existente, sobre lo que es y puede ser el conocimiento, y de aspiración a ampliar y mejorar cada vez más las condiciones del consenso entre todos los hombres. De esta manera, en cuanto se amplía la comunidad de comunicación, se amplía también la posibilidad de mejorar las condiciones del conocimiento humano; aunque nunca exista la posibilidad de alcanzar las condiciones que aseguren con certeza absoluta el conocimiento. Pero, no obstante, la llamada a las posibilidades de mejorar las condiciones en que es posible el conocimiento humano, ése es el Ideal de la Humanidad para la vida. De esta forma se sintetiza el máximo posible de razón con el máximo posible de libertad, en los límites de la condición humana que lleva al racionalismo armónico. El Ideal de la Humanidad, por tanto, consiste en la comunicación y su progresivo mejoramiento entre los hombres. No un ideal individualista, sino de la comunidad que forman individuos libres y racionales.

b) *La teoría del conocimiento krausista*

Es sintomática la fecha de publicación en España de la Metafísica analítica, eje central de la Filosofía krausista: 1860; el mismo año de la publicación en nuestro país del Ideal de la Humanidad. Lo que significa que *Sanz del Río* sabía la importancia de ambos escritos: éste, el programa de la Escuela, el objetivo antropológico propugnado: aquél, el instrumento, la Teoría del conocimiento krausista.

La Metafísica analítica persigue *guiar el conocimiento* para que no se extravíe¹¹. La *Razón filosófica*, la Ciencia, se caracteriza por anticiparse idealmente a los hechos, contemplándolos en su causa, fundamento y relaciones particulares con los restantes hechos; anticipándose a todo lo que hace o piensa el hombre, no afectado por, ni encerrado en el tiempo, igual. Pero, para asegurar su discurrir, necesita de la *Razón metafísica* que,

10. KRAUSE: *Ideal de la Humanidad*, pp. 27 ss.

11. SANZ DEL RÍO, J.: *Introducción al Sistema de la Filosofía Metafísica*. Primera parte. Analítica, 1860, p. II.

en su *aspecto moral*, obliga a la Razón filosófica a preguntarse por el «bien real», es decir, por el objeto del conocimiento, antes de emplearse en la labor de su consecución¹². La Filosofía, es decir, la ciencia, no puede dotarse de su propio objeto, sino que éste ha de otorgárselo la Metafísica. En lenguaje moderno se diría que la ciencia es libre en su investigación, pero qué deba investigarse no es competencia exclusiva de los científicos, sino de la comunidad para la que debe trabajar el científico. De esta forma es controlada. La Filosofía, además, necesita de la Metafísica en su *aspecto intelectual*, para preguntarse por el *interés* del conocimiento¹³. Una vez establecido el objeto del conocimiento, hay que preguntar, lógicamente, por el *para qué* del mismo, es decir, la utilidad social que debe guiar el conocimiento, como hoy diría Jürgen Habermas¹⁴; la Pragmática del conocimiento. Finalmente, en el *aspecto social y humano*, la Razón metafísica debe ayudar a la Razón filosófica preguntando por lo inmutable del hombre en todos los tiempos y lugares, para evitar particularismos que sólo sirven para desconcertar el espíritu común, la esencia humana. La Razón metafísica sirve, pues, para corregir los errores que la Razón filosófica ha sufrido en la historia y sufre cuando es empleada en los más diversos lugares del mundo¹⁵.

La Razón filosófica, a través de la Razón metafísica, no se distingue, pese a que supone su mediación y superación, de la Razón natural. La *Razón natural* krausista es algo así como el «estado de naturaleza» de los filósofos de la Ilustración, más una abstracción que una realidad¹⁶. Es una *abstracción* porque siempre ha estado y estará mediada por la Razón filosófica de los distintos pueblos y épocas históricas; pero, en su abstracción, precede a la Razón filosófica, pues es en ella donde han de buscarse aquellos principios («unánimemente reconocidos») de Metafísica conforme a los que orientar la Razón filosófica.

Un ejemplo de que la Razón filosófica es desenvolvimiento de la Razón natural lo suministra la propia historia de la Filosofía idealista, que muestra cómo la Razón natural, para realizarse, debe enajenarse en Razón filosófica *histórica*, aun a riesgo de extraviarse, pues en dicho extravío y posterior recuperación reside la forma de su propio y necesario desarrollo¹⁷. Sólo tras el titánico y fracasado esfuerzo idealista por alcanzar la sabiduría

12. SANZ DEL RÍO: *Metafísica*, p. IV.

13. SANZ DEL RÍO: *Metafísica*, p. V.

14. HABERMAS, J.: *Conocimiento e interés* (trad. de Manuel Jiménez, José F. Ivars y Luis Martín Santos, revisada por José Vidal Beneyto), 1982, pp. 193 ss.

15. SANZ DEL RÍO: *Metafísica*, p. VII.

16. Cfr., no obstante, HÖFFE, O.: *Politische Gerechtigkeit*, 1987.

17. Razón filosófica versus razón natural, lo mudable frente a lo inmutable; al Krausismo le interesa más lo segundo que lo primero. Pero entiende necesario el conocimiento de lo mudable para comprender lo inmutable —para reconstruir la razón natural de la que se ha desviado la razón histórico-filosófica—. En este sentido, su pensamiento es historicista. SCHNÄDELBACH, H.: *La Filosofía de la Historia después de Hegel* (trad. de Ernesto Garzón Valdés), 1980, pp. 21 ss., distingue tres maneras distintas de entender el historicismo: 1. «Como una actitud que se atiende exclusivamente a lo positivamente dado y que desconfía de todo lo que, por vía de interpretación, va más allá de él». 2. Como entendimiento de que «la validez de los conceptos y las normas mínimas» constituyen «algo históricamente dado»; como un «total relativismo histórico en el ámbito del conocimiento y de la moral». 3. Como «proceso de la 'historización funda-

absoluta podía llegarse a tomar conciencia del límite de la Razón filosófica que sirve de acicate para superar la barrera que separa al sujeto cognoscente del objeto a conocer, sin confundirlos, en una unidad superior. Frente a *Hegel*, la Metafísica krausista reivindicará que la certeza del conocimiento es imposible, pero que, en su lugar, por semejanza al Saber absoluto, el hombre puede mejorar las condiciones en que discurre el conocimiento, es decir, perfeccionando la participación de todos en la comunidad científica mediante reglas de racionalidad de, y para, quienes participan en el proceso del conocimiento.

Es más, la Filosofía krausista representa, y se entiende a sí misma, como un ataque frontal a la Filosofía hegeliana del Saber absoluto, al negar precisamente el conocimiento absoluto, es decir, que la certeza del conocimiento sea posible¹⁸. En su lugar sostiene que sólo cabe hablar de conocimiento humano *por semejanza* con el saber absoluto. *Sanz del Río* sostiene, incluso, que sin conciencia de las limitaciones humanas no es posible el conocimiento¹⁹. El hombre no se conoce suficientemente ni siquiera a sí mismo (ésta es una de sus limitaciones), pero puede mejorar su conocimiento si reconoce dicha limitación interna (la derivada del inconsciente, p. ej.).

En el Krausismo siempre estará presente un hiato que nunca podrá colmar el hombre si no es mediante el Ideal de la Humanidad en que se traduce la propia limitación de la razón humana, a superar mediante la ampliación de su ámbito, la cual nunca deja de estar sometida a los límites de su naturaleza, en ejercicio de la libertad, para ampliar la comunidad comunicativa de todos los hombres.

Del Krausismo, por tanto, nunca podrá decirse lo que se ha dicho de *Hegel*, que la unidad del sujeto y el objeto no resplandece por ninguna parte; por la sencilla razón de que la filosofía krausista es una filosofía de los límites de la superación de la distancia que media entre el sujeto cognoscente y el objeto a conocer, y una filosofía de la libertad, lo más opuesta a la necesidad del actuar humano que habría deseado *Hegel*²⁰. Como tampoco podrá decirse que convierta a la Filosofía en Teodicea, como *Leibniz*, pues su confianza en que el hombre puede mejorar sus conocimientos le impide resignarse a una vida contemplativa.

Lo que sí es característica esencial del Krausismo es la de no renunciar a la Metafísica, para colocar a la Filosofía en posición de preguntarse por la última razón de las cosas del hombre, no resignado a mero «homo

mental de todo nuestro pensamiento acerca del hombre, su cultura y sus valores (Ernst Troeltsch)'. Para Schnädelbach (pp. 175 ss.), esta tercera modalidad de historicismo no está superada, pero debe practicarse con «intención práctica», es decir, concibiendo, «al mismo tiempo, a la relación del hombre con su historia como una relación con él mismo, como una tarea de mediación entre teoría y praxis» (Habermas). El historicismo krausista se aproxima a esta tercera modalidad, en lo que tiene de superador del Idealismo absoluto hegeliano.

18. SANZ DEL RÍO: *Metafísica*, p. XXXI.

19. SANZ DEL RÍO: *Metafísica*, pp. XXXII, XXXIV.

20. Vid. SCHULZ, W.: *Vernunft und Freiheit*, 1981, p. 68.

sociologicus», que se conforme con ver lo que los hombres hacen en el mundo, y que sirva de reflexión sobre las condiciones, fundamento y fines de la ciencia en el mundo moderno.

Como ha puesto de relieve recientemente Karl-Otto Apel²¹ el «sujeto trascendental» de la Metafísica sólo puede estar constituido, hoy, por la *comunidad comunicativa* que forman todos los que toman parte, o pueden tomarla, en el proceso del conocimiento y que, mediante el *lenguaje*, procede a la necesaria fundición entre el sujeto y el objeto del conocimiento que los signos del lenguaje hacen posible, pues éstos tienen una estructura interna aprendida por todo el que domina una lengua (*semántica*), remiten a los objetos exteriores (*semiótica*) y son empleados y entendidos por los sujetos que se comunican a través de él (*pragmática*).

Mediante el lenguaje puede obtenerse un consenso fáctico sobre el objeto del conocimiento, al que llamar conocimiento; pero dicho consenso fáctico siempre está abierto a la «ultimate opinio», es decir, a su sustitución por otro mejor²². Por eso tenía razón *Sanz del Río* cuando identificaba lo Absoluto con el fin y soporte del conocimiento pues, de no ser así, el conocimiento no existiría; pero, al mismo tiempo, acertaba también al renunciar a la posibilidad de sabernos poseedores, fácticamente, de esa última verdad. El concepto de «validez del conocimiento» sólo puede ser un *principio regulativo del consenso crítico*²³, que coloca en la realidad, de forma eficaz y contrafáctica, la comunidad de comunicación. De esta manera, en la medida en que los sujetos comunican el conocimiento no adquieren más conocimientos, pues los principios del consenso no son deducibles trascendentalmente, como ya vio claramente *Sanz del Río*, pero pueden aspirar a establecerlos paulatinamente, mediante una progresiva ampliación de la comunidad comunicativa real²⁴ en que se ha convertido hoy el Ideal de la Humanidad krausista.

III. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO KRAUSISTA

a) *El Derecho natural y la fundamentación del Derecho positivo*

Al distribuir las materias de la Enciclopedia jurídica en los Principios de Derecho natural, concebidos por *Giner de los Ríos* entre 1873 y 1883²⁵, constituida por la *Filosofía del Derecho*, la *Historia del Derecho* y la *Ciencia filosófica histórica del Derecho*, considera que el estudio debe comenzar por la *Filosofía del Derecho*, pues antes de estudiar el Derecho en su evolución histórica (*Historia del Derecho*), incluida su forma actual, y antes de ocuparse de la comprobación de cómo los hechos jurídicamente relevantes

21. La obra de Kar-Otto Apel está contenida, fundamentalmente, en su *Transformation der Philosophie*, dos volúmenes, 1973.

22. Vid. PAETZOLD, H.: *Kommunikation und Reflexion* (ed. por Wolfgang Kuhlmann y Dietrich Böhler), 1982, p. 129.

23. PAETZOLD: *Kommunikation und Reflexion*, p. 129.

24. PAETZOLD: *Kommunikation und Reflexion*, pp. 131 s.

25. GINER, F. y CALDERÓN, A.: *Prolegómenos del Derecho. Principios de Derecho natural*, 1916.

se ajustan o no, en más o en menos, a los principios del Derecho²⁶, que también pueden evolucionar con el transcurso del tiempo (*Ciencia histórico-filosófica del Derecho*), se debe abordar el estudio de la *Filosofía del Derecho*, ya que lo inmutable «no necesita para su formación de lo transitorio». Sin embargo, acompaña a esta última afirmación de un signo de interrogación²⁷.

Lo mismo vuelve a ocurrir en la lección segunda. Según *Giner*, «la filosofía del Derecho (o Ciencia del Derecho Natural) es la Ciencia que considera a este objeto (el Derecho natural) en sí, prescindiendo de los cambios del mismo, que son asunto de su historia»; y vuelve a acompañar esta reflexión de la misma interrogación²⁸.

Para *Giner de los Ríos*, el Derecho natural es soporte del Derecho, criterio de adecuación a la justicia o no del Derecho positivo. Y es ese criterio el que fundamenta la validez del mismo, como instancia trascendental al Derecho positivo en sí (su mera vigencia formal) que fundamenta la vigencia de un Derecho existente e, incluso, la aceptación a aceptabilidad de un cambio legislativo.

En el mismo sentido, establece *Giner* que mediante el método *analítico* podemos conocer el Derecho como inmediatamente se nos ofrece; tarea nada difícil, si no fuera porque el concepto de Derecho requiere, además, que conozcamos su fundamento (que lo convierte en Derecho justo), sólo proporcionado por el método *sintético* o deductivo²⁹. Esta metodología de *Giner* refleja muy bien la teoría del conocimiento de *Sanz del Río*: Lo transitorio y lo inmutable del Derecho se condicionan mutuamente. «Ninguno de estos métodos, analítico y sintético, es por sí solo suficiente para la formación de la ciencia, siendo necesario el empleo de ambos que internamente se armonizan y completan»³⁰.

De esta forma, la duda manifestada por *Giner de los Ríos* al abordar el estudio de la Filosofía del Derecho encuentra su explicación y solución en la Metafísica krausista. El Derecho vigente no obtiene su legitimidad de la mera vigencia, y debe buscarse algo situado por encima del mismo como instrumento de control de legitimidad y de transformación. Pero, como quiera que los principios de legitimación no pueden residir en un (inexistente) orden metafísico inmutable, deben ser entendidos como algo que también se transforma con el transcurso del tiempo, es decir, algo sometido al criterio de la historicidad. Los principios de legitimación del Derecho no son estáticos sino *discursivos*. Esta característica de la fundamentación del Derecho presenta aproximadamente la siguiente fisonomía: La validez de las normas jurídicas se fundamenta en una serie de criterios de comunicación entre interlocutores competentes que exponen sus argumentos en favor o en contra de un juicio de valor que se trata de introducir, o de uno ya existente que se cuestiona, siendo argumentos de raciona-

26. GINER: *Derecho natural*, p. 7.

27. GINER: *Derecho natural*, p. 7.

28. GINER: *Derecho natural*, p. 9.

29. GINER: *Derecho natural*, p. 11.

30. GINER: *Derecho natural*, p. 11.

lidad y tradicionalidad (la cual hace referencia a un trato de favor para el juicio ya existente, que no se modifica mientras no se vea claramente invalidado) los que van a decidir la validez de la norma que sustentan. Estas teorías discursivas descansan, pues, tan sólo sobre el respeto a las normas de comunicación relativas a la preferencia del mejor argumento, fundamentando la validez de los juicios de valor en el Derecho. Como decía *Sanz del Río*, la verdad no puede deducirse trascendentalmente, pero puede obtenerse discursivamente, mediante la ampliación de la comunidad comunicativa, el Ideal de la Humanidad, y mediante la intervención de quienes participan en ella.

Acierta también *Giner de los Ríos* en el tema de las *fuentes del conocimiento* del Derecho porque, si bien antepone como fuente primera del Derecho la propia interioridad del hombre (su conciencia), entiende, al mismo tiempo, que la *razón* en que se ve transformada la *conciencia* — que «no sólo conoce el hombre a sí propio, sino que conoce también todo lo que con él se relaciona, que es *todo lo que puede conocer*»³¹ — le permite al hombre conocer el Derecho de dos maneras: «O inmediatamente, examinándolo tal como desde luego se nos ofrece y sin atender a otra cosa que a él para conocerlo, o bien de un modo mediato, cuando nos preguntamos la razón, el fundamento, el *porqué* del Derecho mismo que consideramos, como deducido de un principio superior»³². De esta forma, lo que quizá no sea asequible al individuo como conocimiento directo de Derecho o de lo justo, puede resultarle comprensible en atención al respeto de las reglas del discurso que se ha seguido y a los argumentos de pragmática trascendental que se han esgrimido en favor y en contra del juicio.

b) *El significado de la libertad en la Filosofía del Derecho de Giner de los Ríos*

La *libertad* es el segundo punto fundamental de la Filosofía del Derecho de *Giner*. La libertad es el elemento esencial de la idea del Derecho, en torno al cual giran los demás: el *orden* o *armonía* de todas las esferas jurídicas, y la *utilidad* o fin social del Derecho³³.

Giner de los Ríos entiende la libertad como *determinabilidad*, en el sentido de capacidad del individuo para acomodarse a las «circunstancias de la vida»; lo que no sería pensable «si fuese infinita y absoluta la razón»³⁴. La libertad que sirve para que el hombre realice la voluntad del Derecho es la *libertad moral*, «aquella propiedad en cuya virtud realiza el hombre el bien sin otro motivo que el bien mismo, debiendo por tanto, para calificar un acto de moral o inmoral, atenderse tan sólo a la intención del agente»³⁵. La idea de moralidad y de juricidad o utilidad no sólo no son incompatibles sino que se completan a través de la libertad.

31. GINER: *Derecho natural*, p. 10.

32. GINER: *Derecho natural*, p. 10.

33. GINER: *Derecho natural*, pp. 20 ss.

34. GINER: *Derecho natural*, p. 22.

35. GINER: *Derecho natural*, p. 23.

Para *Giner de los Ríos*, al estar dirigido el Derecho a la libertad del hombre, su carácter coactivo deberá pasar a un segundo plano, de tal forma que no puede decirse que condicione el actuar libre del hombre —para quien el Derecho es, ante todo, exigencia de su propia «inmanencia»—; y sólo se explica, en lo que el Derecho tiene de legislación *estatal* externa. Pero aun en este aspecto del Derecho «transitivo» (del Estado para el individuo), la coactividad sólo será relevante bajo dos condiciones: «que el individuo se ponga en abierta oposición a la ley», «y que sea subsanable su falta de obediencia por medio de la fuerza»; «cosas ambas que tienen lugar en el menor número de casos»^{36 37}.

Debe subrayarse, pues, una vez más, el escepticismo krausista sobre la *coactividad* del Derecho (incluido, en primer plano, el fin preventivo de la pena), que lleva a *Giner* a decir: «no puede ser considerada la coacción, por tanto, como un signo característico del Derecho, según pretenden muchos todavía»³⁸.

Si el fundamento del Derecho no es uno *coactivo* sino *normativo*, quiere decir que la *validéz* dependerá de que se acierte a configurarlo de tal forma que sea aceptable («Anerkennung»), para sus destinatarios como motivo del actuar. El Derecho no se basará en la fuerza, sino en el poder de convicción de sus mandatos³⁹.

Este tema ocupó ya a los juristas-teólogos de los siglos XVI y XVII, cuando contraponían la *voluntad* del legislador a la *razón* de la norma⁴⁰;

36. GINER: *Derecho natural*, p. 28.

37. Merece la pena retener, por tratarse de un tema fundamental que desborda los límites del Derecho penal, alcanzando también a la Filosofía del Derecho y al Derecho constitucional, lo que en los textos antes citados de *Giner de los Ríos* puede leerse sobre el *delincuente por convicción*. Pues, ¿quién mejor que el delincuente por convicción se pone «en abierta oposición a la ley»?

¿Tiene sentido sancionar penalmente al delincuente por convicción? La respuesta de *Giner* es, implícitamente, negativa, pues para él si no es posible «subsana su falta de obediencia por medio de la fuerza», y por esto se caracteriza básicamente el delincuente por convicción, no debe emplearse la fuerza.

En otros casos, p. ej. frente a los terroristas, sí tendrá sentido «subsana su falta de obediencia por medio de la fuerza». Pero aun así, *Giner de los Ríos* llega a concluir que los casos en que hay que acudir a la coactividad, aunque haya habido «abierta oposición a la ley», son los menos.

En el segundo grupo de casos, el de quienes rechazan el ordenamiento jurídico en sí mismo (se puede incluso limitar la consideración de abiertos contradictores de la ley a este subgrupo, pues el auténtico delincuente por convicción, en realidad, desearía respetar la ley, pero se ve en la necesidad de infringirla por un motivo superior de conciencia y, por eso, podría sostenerse que no se colocan en abierta oposición a la ley en sentido estricto, gratuitamente) sí pasará a un primer plano el carácter coactivo del Derecho. Pero también es éste un caso excepcional, de rechazo total del ordenamiento jurídico, que confirma la regla general: La coactividad no es un rasgo característico fundamentador del Derecho.

38. GINER: *Derecho natural*, p. 29.

39. Vid. CUELLO, J.: *El fundamento normativo del Derecho penal*, en *Anuario de Derecho penal*, 1982, p. 312.

40. Precisamente cuando Alfonso de Castro escribe en su obra *La fuerza de la ley penal* (1550) (vertida al castellano por Laureano Sánchez Gallego, 1931, que se cita), se había producido ya dentro de la Escolástica la polémica sobre la esencia voluntarista o racionalista de la norma. En esta polémica se pronuncia el propio de Castro en favor de la *tesis voluntarista* acerca de la fuerza de la ley, en contra de la *tesis racionalista*, sustentada por un teólogo de la talla de Santo Tomás de Aquino, como lo refleja ya al principio de la obra, al definir el Derecho penal. «Ley es la voluntad recta del que dirige a un pueblo en nombre de éste, promulgada de palabra o por escrito, y con intención de que los súbditos queden obligados a la obediencia» (Libro I, p. 12). Tesis voluntarista que trata de equilibrar con el argumento de la razón («Claro está

y vuelve a plantearse, como una constante histórica, en el siglo XIX, en que aparece como alternativa a los planteamientos positivistas que habían llevado a entender que la voluntad sesgada del infractor sólo podía ser anulada por la fuerza intimidante de un legislador con poder coactivo, pues parecía que —superada la fase metafísica del Derecho— no existía ya asidero racional en que fundamentar el Derecho, y éste sólo podía basarse en la realización de determinados objetivos sociales. La Filosofía del Derecho krausista tiene el mérito de volver a planteamientos metafísicos acerca de la fundamentación del Derecho, producto de la tradición idealista a que claramente pertenece; pero superando —en lo fundamental— su fuerte arraigo moral, al introducir también la idea de utilidad social.

El Derecho puede traducirse en fuerza coactiva, pero sólo en última instancia. Antes de eso, adquiere validez sólo si está fundado en la racionalidad de sus exigencias y en la finalidad social (utilidad) que persigue como totalidad. Al constituir un mandato normativo *práctico*, exige entenderlo como norma de actuación en una situación determinada para sus destinatarios (todos). Sólo con estos presupuestos puede pretender el Derecho servir a una finalidad ulterior de fomento de los valores ético-sociales de acción entre sus destinatarios.

De esta manera, además, se puede plantear en el Derecho penal el problema del *conocimiento* de la validez de la norma infringida, «fundamental para la teoría de la culpabilidad, dado que un reproche de culpabilidad resulta impensable sin una norma 'válida' y sin capacidad de conocer esa 'validez'»⁴¹. De la doble vía de acceso al conocimiento del Derecho, elaborada por Karl Binding para el Derecho penal, conocimiento directo y actualizado de la norma objetiva o autodeducción, algunos autores han extraído, erróneamente, sus teorías acerca de la validez del derecho, que hacen descansar bien en la voluntad del legislador (heteronomía), bien en la de individuo (autonomía) (p. ej., Laun), irreductibles entre sí, cuando en realidad no se puede prescindir de ninguna de estas dos perspectivas para comprender cómo el Derecho puede actuar sobre la motivación humana. Como ha dicho Armin Kaufmann, «en lugar de la 'ciencia del legislador' y de la razón del individuo como fuentes de *conocimiento* se pone la voluntad del Estado y la voluntad individual como fuentes de la validez del Derecho. De esta manera, de las posibilidades objetivas de conocimiento, situadas unas al lado de las otras, se pasa a la oposición de heteronomía y autonomía como teorías de la validez, una oposición que no se resuelve mediante artificio alguno»⁴².

que exija prudencia del legislador para que sepa discernir lo que debe legislar»). Incluso por lo que se refiere al destinatario de la norma es la ley un acto de voluntad; pues la ley manda, prohíbe o castiga, y éstos son efectos de la ley que se refieren a la esfera de la voluntad (pp. 13, 16). Vid. NAVARRETE URIETA, J. M.ª: *Alfonso de Castro y la ley penal*, en *Revista de la Escuela de Estudios penitenciarios*, 1959, p. 1.408.

41. KAUFMANN, A.: *Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna* (trad. de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés), 1977, p. 223.

42. KAUFMANN: *Teoría de las normas*, pp. 225.

Es precisamente a través de la *segunda vía* de acceso al conocimiento del Derecho objetivo por donde penetra con toda claridad en el Derecho penal la necesidad de su *fundamento normativo*, en cuanto conciencia por parte del individuo de que la comunidad tiene que estar necesariamente reglamentada por una *voluntad común* de quienes la componen, lo que demuestra que la adquisición del conocimiento del Derecho no tiene que producirse coactivamente sino a través de un «conocimiento libre».

El Derecho es, ante todo, heteronomía, en tanto que obliga al individuo a salir de su «interioridad» y contemplar la necesidad de regulación jurídica de la vida comunitaria. Esta facultad, tan bien caracterizada en la Filosofía jurídica krausista, permite conciliar «autonomía» y «heteronomía», ya que el Derecho es sentido como necesidad interna del individuo, de sometimiento al Derecho objetivo.

En cambio, otra característica típica de la concepción del Derecho krausista, la de dar primacía a la autonomía sobre la heteronomía, puede pasar a un segundo plano, pues aunque aquella nunca puede anteponerse a ésta (p. ej. en un caso de conflicto entre la concepción subjetiva y la norma objetiva conocida), es lo cierto que, en Derecho penal, sin dicha representación subjetiva no existe responsabilidad; con lo que la tan temida contraposición, que sí representaría un grave problema, es evitada por *Giner de los Ríos*.

Cuestión distinta, y realmente necesitada de corrección en la Filosofía jurídica y Psicología krausistas, es la de que, al exigir una decisión de voluntad coloreada jurídicamente en la base de todo acto jurídicamente relevante, se cierra el paso a la posibilidad de considerar como existente una responsabilidad penal allí donde no hubo voluntad subjetiva de lesionar la norma jurídica, al tiempo que se crea el peligro de estimar la culpabilidad allí donde únicamente hubo una voluntad subjetiva de lesionar el Derecho que no se corresponde con lesión de norma objetiva alguna (*concepción subjetiva de la culpabilidad*)⁴³. Pero en ningún caso significa este «subjetivismo» una confusión entre el Derecho y la Moral.

c) *El Derecho y la Moral*

Con ello se puede pasar a un tema de la Filosofía del Derecho de *Giner de los Ríos* que permite discernir perfectamente el *orden jurídico* y el *orden moral* y evitar, así, la frecuente acusación de «eticismo» contra el krausismo⁴⁴.

Si bien la libertad del individuo es lugar común del Derecho y de la Moral —lo que obliga a hacer compatible el mandato jurídico, dirigido a la utilidad, y el destino moral del hombre— no es la Moralidad la fuente del Derecho, pues, según *Giner*, el Derecho es *independiente* de la voluntad. Antes bien, «lejos de ser un producto de la actividad humana, es una

43. *Vid. infra*.

44. *Vid. DÍAZ: Krausismo español*, pp. 94 ss. de una parte, y RIVACOBA Y RIVACOBA: *Krausismo y Derecho*, pp. 53 ss., de otra. Cfr. también, LÓPEZ CALERA, N. M.^a: *En torno al concepto de Derecho en K. Ch. Fr. KRAUSE*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1962 (n.º 2, fascículo 2), pp. 353 ss. 368 ss.

ley a que esta actividad debe acomodarse»⁴⁵. Pero, como quiera que dentro de la Moralidad (lo que el hombre debe hacer como mandato de autolegislación) entran también finalidades sociales en su favor particular y en el de los demás, existe una *Moralidad para el Derecho*, «en cuanto éste, como un bien que es en sí, debe ser también realizado por el hombre, sólo por el puro motivo de ser bien»⁴⁶. Ambas esferas, por tanto, están deslindadas, con independencia de que el Derecho tenga un sustrato ético, en el sentido de obligación moral de acatamiento interno del Derecho justo por parte del individuo⁴⁷.

IV. LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

a) *La Dogmática penal en el pensamiento de Luis Silvela*

La obra de Luis Silvela *El Derecho penal estudiado en Principios y en la Legislación vigente en España*, compuesta de dos volúmenes, publicados por primera vez en 1874 y 1878 respectivamente, es tenida por los autores españoles de forma prácticamente unánime — con independencia del valor intrínseco que se le atribuya — como el primer Tratado de Derecho penal español en sentido moderno⁴⁸.

Los caracteres que hacen de la obra de Silvela un Tratado de Derecho penal son, en primer lugar, que se ocupa a lo largo de todo el volumen primero, de definir el Derecho Penal como *ciencia*; y si bien repite prácticamente en el volumen segundo todo lo dicho en el primero acerca de la teoría del delito y de la pena, entiende los principios allí formulados y desarrollados como criterios de reflexión crítica sobre el Derecho Penal positivo. Eso le da a su obra carácter científico.

La *Ciencia del Derecho*, según Silvela, se elabora aplicando a su objeto de estudio, del que ya existe un saber «vulgar», la *Filosofía* y la *Historia*⁴⁹. El conocimiento filosófico, de un lado, aspira a lo absoluto; el histórico, en cambio, quiere captar lo concreto. El conocimiento absoluto a que aspira la Filosofía es inalcanzable directamente, y sólo cabe una aproximación al conocimiento del Derecho a través de sus diferentes manifestaciones históricas. Por eso, entre la *Filosofía del Derecho* y la *Ciencia histórica del Derecho* surge una nueva ciencia, que viene a sintetizar el ideal de la justicia y las condiciones históricas determinantes del Derecho positivo actual para perfeccionarlo⁵⁰, o *Ciencia de Derecho positivo*⁵¹.

45. GINER: *Derecho natural*, p. 30.

46. GINER: *Derecho natural*, p. 24.

47. Vid. DREIER, R.: *Recht-Moral-Ideologie*, 1981, pp. 97 s.

48. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A. Prólogo a: *Principios de Derecho penal español*, de Juan del Rosal, tomo I, 1945, p. 13.

49. SILVELA, L.: *El Derecho penal estudiado en Principios y en la Legislación vigente en España*. Primera parte, 2.ª ed., 1903 (la primer edición es de 1874), pp. 5 s.

50. SILVELA: *Principios*, I, p. 6.

51. SILVELA: *Principios*, I, p. 6.

Objeto de estudio de la *Ciencia del Derecho penal* son el delito, la pena, sus relaciones mutuas y el cumplimiento de la condena⁵². El concepto de delito, lo merecedor de punición, no lo determina el Derecho penal, sino que le viene dado de antemano; por eso se dice que la naturaleza del Derecho penal es «sancionadora»⁵³. Consustancial al concepto de delito es, también, la *intencionalidad*, al constituir el criterio con que se mide la infracción en que consiste el delito. En un doble aspecto: como intención que impulsa al sujeto a cometer el delito y como intención perseguida por el Derecho penal con la pena respecto al sujeto responsable y respecto a los demás⁵⁴.

La peculiar *naturaleza del saber jurídico*, como saber práctico, es también determinante del método para su estudio. Como Derecho *existente* es objeto de *análisis*, es decir, descomposición de los elementos que lo forman, relaciones entre ellos y conjunto que constituyen, tal como los concebimos en nuestra razón (como concepto) y como lo concibe el legislador («externamente») ⁵⁵. Mediante el método *sintético*, por su parte, se pueden deducir las consecuencias que, a través de un procedimiento lógico puro, deben derivarse de sus principios⁵⁶. El primer método (el analítico) nos proporciona nuevos conocimientos, pero ayuda a ordenar los ya existentes; por el segundo (sintético), en cambio, «llegamos a lo que nos es desconocido, sacando de los principios todas las consecuencias que son susceptibles de presentar y adquirimos, por tanto, las ideas discursivas»⁵⁷.

Los caracteres esenciales del Derecho penal como ciencia pueden resumirse en los siguientes términos:

1. El Derecho penal es una *ciencia normativa*. La Ciencia del Derecho penal es impensable sin el sujeto responsable, pues su libertad permite identificar al autor con el hecho, jurídicamente relevante, realizado. El acto aparece como meta a realizar por quien sabe hacer uso de su libertad en esa dirección. Esta apetencia de «desenvolvimiento» del bien es anterior a toda representación del premio o castigo que pueda seguir a su perpetración. El valor del acto, por tanto, no reside en el hecho externo, sino en el obrar recto; en el acto, no en sus resultados⁵⁸.

2. El Derecho penal es una *ciencia teleológica*. La voluntad que caracteriza al acto jurídicamente relevante es presupuesto u *objeto del Derecho*, en tanto que la finalidad social que se persigue con la normación de la voluntad constituye el *fin del Derecho*, trascendente al individuo actuante; por lo que la obligación de actuar u omitir no es una obligación subjetiva, sino que está al servicio de un fin social⁵⁹. El Derecho se ha cumplido

52. SILVELA: *Principios* I, p. 11.

53. SILVELA: *Principios* I, p. 19.

54. SILVELA: *Principios* I, p. 19.

55. SILVELA: *Principios* I, p. 29.

56. SILVELA: *Principios* I, p. 30.

57. SILVELA: *Principios* I, p. 30.

58. SILVELA: *Principios* I, p. 39.

59. SILVELA: *Principios* I, p. 43.

cuando: 1.º) se han dado las condiciones para que surja el deber de actuar; 2.º) el sujeto ha actuado para realizar tal fin⁶⁰.

3. El Derecho es una *ciencia valorativa*. El Derecho no se conforma con que el actuar humano se ajuste a sus mandatos, sino que penetra y valora los motivos que han llevado a la infracción cuando comprueba hechos que objetivamente (externamente), lo contravienen. El acto externo debe provenir de la libre voluntad, debiéndose fijar, a continuación, el grado en que el hecho externo se ajusta al interno (así, «el que evidentemente tuvo intención de causar lesiones leves, de las cuales, sin embargo, murió la víctima, tal vez por circunstancias casuales o por su descuido, no es homicida»⁶¹).

De otra parte, el orden jurídico, por su naturaleza, sólo puede repararse mediante la imposibilidad moral de que su infractor vuelva a atacarlo, no bastando con la privación material de su libertad. La imposibilidad moral requiere la colaboración del propio infractor, mediante la «mejora y enmienda de aquella voluntad opuesta a él (el ordenamiento jurídico), transformándola en sumisa y observante de sus leyes»⁶². El medio jurídico para ello es la pena adecuada a la esencia del Derecho, dependiente de la libre voluntad del condenado. La pena que puede servir a esta finalidad es la que coloca al culpable «en situación de que el dolor moral y el remordimiento nazcan, poniéndole en condiciones para que enmiende y reforme su conducta en lo sucesivo»⁶³. La pena, en *Silvela*, es doblemente funcional, pues sirve a una finalidad defensiva de la sociedad y a otra de resocialización del individuo; algo nunca evidenciado hasta entonces en los autores de la Escuela clásica, y de signo claramente correccionalista⁶⁴.

Tras las consideraciones hechas por Luis *Silvela* en torno a la Ciencia del Derecho penal, procede a definirlo en los siguientes términos: «Conjunto de aquellas condiciones libres, para que el Derecho que ha sido perturbado por los actos de una voluntad opuesta a él, sea restablecido y restaurado en todas las esferas y puntos a donde la violación llegó. Es el Derecho para el restablecimiento del Derecho; es la restauración del Derecho por el Derecho mismo; es una posición o situación del Derecho, o mejor el Derecho que nace y se constituye en consecuencia de una transgresión voluntaria»⁶⁵. El Estado, por su parte, es «el Derecho en estado de realización, de cumplimiento, el Derecho mismo como vivo», mediante actos voluntarios del hombre⁶⁶. El acto de decisión jurídica, y su acatamiento, se basan en la idea de justicia, y no en la voluntad arbitraria. Perturbado el orden así representado (bien de forma civil, o por error, bien conscientemente, o en forma criminal), debe ser restablecido por el perturbador mismo, la sociedad y el Estado (función judicial), anulando el

60. SILVELA: *Principios* I, p. 54.

61. SILVELA: *Principios* I, pp. 54 s.

62. SILVELA: *Principios* I, p. 58.

63. SILVELA: *Principios* I, p. 61.

64. *Vid. infra*; también: *Principios*, I, p. 63.

65. SILVELA: *Principios* I, p. 64.

66. SILVELA: *Principios* I, p. 66.

efecto negativo de la perturbación, y afirmando el Derecho en las relaciones en que ha sido desconocido⁶⁷.

b) *Valoración crítica*

Luis *Silvela* es un *positivista* que parte del Derecho actual para tratar de comprenderlo y desarrollarlo como *ciencia*. La principal labor del penalista, según *Silvela*, consiste en emplear un *método sintético* con el que deducir las consecuencias —a través de un procedimiento lógico puro— que deben derivarse de los principios del Derecho penal. Estos principios, como todo el Derecho penal, han sido establecidos por el legislador histórico, y al jurista sólo le corresponde constatarlos y ordenarlos mediante un *método analítico*. Constatado el principio, comienza la labor del penalista en orden a alcanzar *nuevos conocimientos* jurídicos.

La distinción que establece *Silvela* entre el método analítico y el método sintético es típicamente kantiana⁶⁸, y se la sugirió la lectura de los krausistas españoles. En cualquier caso, el eco que de esta metodología se hizo un jurista positivista, como *Silvela*, es su propio mérito y representa un paso importante en el estudio del Derecho penal como *ciencia*.

Para llegar hasta aquí ha sido necesaria la superación del Derecho natural y su sustitución por la Filosofía del Derecho (después Teoría del Derecho)⁶⁹, es decir, el abandono de toda consideración del Derecho desde un determinado sistema de valores incommovibles. Tal orden no existe, y de existir, no sería vinculante, como tal, para el Derecho⁷⁰. En su lugar se coloca la *Ciencia del Derecho positivo*, contrastándolo con una determinada idea de justicia —tan grata a la Filosofía krausista—, y que evoluciona con el transcurso del tiempo (*historicidad* del Derecho positivo) —no identificable con el concepto de historicidad de la Escuela histórica—⁷¹.

En cambio, la representación de que el Derecho penal tiene que partir del *sujeto responsable de sus actos* remite a un conjunto de circunstancias previas a la propia valoración jurídica, y vinculantes para el mismo legislador. La configuración del hecho delictivo como acto del hombre responsable, obliga a entender el Derecho penal como conjunto de normas encaminadas a motivar a sus destinatarios (*carácter de ciencia normativa*), en orden a un fin que trasciende el propio Derecho (*carácter de ciencia teleológica*) y que, como tal, es objeto de valoración (*carácter de ciencia valorativa*), en cuanto se comprueba si ha sido el sujeto quien, mediante su libre voluntad, ha infringido la norma.

67. SILVELA: *Principios* I, p. 69.

68. Vid. KAULBACH, F.: *Immanuel Kant*, 2.ª ed., 1983, pp. 119 ss.

69. Vid. WELZEL, H.: *Gedanken zur Begriffsgeschichte der Rechtsphilosophie*, en *Festschrift für Wilhelm Gallas* (ed. por Karl Lackner y otros), 1973, pp. 1 ss. Sobre la relación *Rechtsphilosophie-Rechtstheorie*, vid. las consideraciones críticas de KAUFMANN, A. en *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (ed. por Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer), 1977, pp. 9 ss. (con bibliografía).

70. WEISCHADEL, W.: *Wirklichkeit und Wirklichkeiten. Aufsätze und Vorträge*, 1960, pp. 230 ss.

71. Vid. GONZÁLEZ VICÉN, F.: *Deutsche und Spanische Rechtsphilosophie der Gegenwart*, 1937, pp. 19 s.

c) *Dogmática y Política criminal*

Al menos desde la publicación de la obra de Claus Roxin *Política criminal y Sistema de Derecho penal*⁷² se ha revelado la necesidad de llenar de contenido material unas categorías del Derecho penal, como las dogmáticas, que llegaron a convertirse en puras *formas* dentro de las cuales concebir el sistema de Derecho penal. Desde entonces la influencia de la Política criminal ha ido en aumento.

Ante esta situación es lógico que se cuestionen la medida en que la elaboración del sistema de Derecho penal necesita de un método dogmático y de un método político-criminal, los ámbitos abarcados por la Dogmática y la Política criminal y los distintos problemas que una y otra han de resolver en la *unidad* del sistema.

Del haz de temas que encierra tal programa es crucial responder a la pregunta sobre la necesidad de un planteamiento dogmático en la construcción del sistema penal actual; un planteamiento que se caracteriza por proporcionar los *límites* dentro de los cuales puede procederse a practicar las metas de Política criminal que se propongan (planteamiento político-criminal) en un Estado de Derecho, lo que explica su naturaleza *formal*. Pero basta pensar en las consecuencias que se derivarían de renunciar a tales límites, p. ej. el que exige respecto a la culpabilidad jurídico-penal que el sujeto cuya responsabilidad se cuestiona hubiese podido, al menos, actualizar la norma lesionada, para darse cuenta de que las categorías dogmáticas también cumplen una importante función de Política criminal, de la que constituyen *presupuestos mínimos*.

Históricamente, por otra parte, la elaboración del Derecho penal como *ciencia* arranca del estudio de esos «presupuestos mínimos» que deben respetarse a la hora de construir un sistema de Derecho penal. Luis *Silvela* va muy lejos cuando restringe el tratamiento del Derecho penal como ciencia a los principios *sintéticos* (hoy diríamos dogmáticos) que inspiran la legislación penal, pues, según él, sólo ellos permiten aumentar los conocimientos jurídicos; pero, al igual que posteriormente hará el Finalismo, acierta al distinguir los diferentes problemas y métodos a que deben someterse en Derecho penal el *ser* (del que se ocupa preferentemente la Dogmática) y la *valoración* (de la que se ocupa preferentemente la Política criminal).

La *Dogmática penal* pregunta, básicamente, por las estructuras del comportamiento sometido a responsabilidad penal. Respetadas dichas estructuras (del ser), el Derecho penal es muy libre de proceder a valorarlas conforme a las metas (de Política criminal) perseguidas en un momento dado. La *Política criminal* pregunta por las finalidades que, respetada la estructura básica del comportamiento a regular, quedan a la libertad del legislador. El legislador penal, por tanto, es soberano a la hora de seguir una u otra política criminal; pero no lo es, obviamente, a la hora de esta-

72. La primera edición alemana de la obra es de 1970 (2.ª ed., 1973). La traducción española de la primera edición alemana, a cargo de Francisco Muñoz Conde, es de 1972.

blecer que cualquier finalidad que quiera perseguir debe respetar la estructura del ser del hombre y su manera de motivarse a actuar.

A esta dualidad de problemas, los del *ser* y los de la *valoración*, subyace, a su vez, una *dualidad metódica*: Deben distinguirse aquellas preguntas que plantea la *estructura de la norma penal*, como la de qué comportamiento humano puede ser penalmente relevante (a esta pregunta es, precisamente, a la que responde la concepción finalista del delito afirmando que sólo lo será el teleológicamente dirigido, pues únicamente él puede ser objeto de normación), de la cuestión valorativa fundamental, en la que sólo es competente el legislador y, en su caso, los tribunales de justicia, acerca de si aquel comportamiento, susceptible de valoración jurídica, merece y debe ser valorado por el Derecho penal como delictivo.

De aceptarse estas premisas, la labor de la Ciencia penal será muy distinta según que se ocupe de temas relacionados con la estructura de la norma penal, o del problema de la valoración jurídica: En el primer caso, deberá dirigirse la investigación a sugerirle al legislador qué debe respetar, necesariamente, para que sus mandatos sean lógicamente coherentes. En el segundo caso, en cambio, no podrá proporcionarle criterios de estricta normación; y deberá limitarse a la tarea, más modesta si se quiere, de contrastar las decisiones *puramente* valorativas del legislador y de los tribunales de justicia con los principios del Derecho penal (fundamentalmente con la idea de los fines de la pena). Lo que, a su vez, podrá servir en el futuro al legislador y a los tribunales de justicia para orientar sus decisiones; pero nunca servirá como una regla fija que éstos deban seguir estrictamente, pues, si así fuese, la Ciencia penal se estaría arrogando competencias que no le corresponden, prejuzgando las decisiones del legislador democrático y de unos tribunales de justicia definidos constitucionalmente como independientes.

Fue, con toda seguridad, la mayor precisión del método dogmático la que llevó a *Silvela* a reservar para él la Ciencia del Derecho penal. Ello no quiere decir, sin embargo, que la Política criminal no sea una ciencia; si no lo fuese, quedaría sometida al puro decisionismo una importante parcela del sistema penal. La ciencia de la Política criminal presenta características coincidentes con lo que en otras ramas jurídicas constituye el método de aplicación del Derecho conforme a fines regulativos más complejos y abarcadores que la mera subsunción legal.

V. LA NOCIÓN DE DELITO

La obra de Francisco Giner de los Ríos «*Lecciones sumarias de Psicología*» (1874) tiene una importancia capital en la formación del concepto de «acción voluntaria» de nuestra doctrina tradicional sobre el delito. La estructura de la acción y de la conciencia moral de Giner de los Ríos va a influir en autores como Luis Silvela y Pedro Dorado Montero en unos términos tales que originarán consecuencias importantes en la Dogmática de la culpabilidad de las primeras concepciones doctrinales sobre la Teoría del delito de la Ciencia española del Derecho Penal. Silvela y Dorado Montero, con seguridad por influencia de la Psicología gineriana, a la que

citan, entienden la culpabilidad en unos términos que recuerdan mucho la concepción del Derecho penal teológico⁷³. Para ellos no hay más culpabilidad que la que tiene su origen en la violación intencional de la ley. Las consecuencias a deducir de estas premisas van a ser numerosas; la fundamental de las cuales será que Dorado Montero llegue a negar la posibilidad de incluir en un concepto de culpabilidad tan restringido la imprudencia.

Un krausista como Giner no podía comenzar el estudio de la *voluntariedad* sino desde la «conciencia moral». Mediante el acto voluntario, según Giner, el hombre «se propone el logro de un bien», guiado por la «conciencia moral», o estado del espíritu dado por el conocimiento de la ley y el poder de cumplirla⁷⁴. La conciencia moral no explica la motivación del acto concreto, ya que éste debe haber sido querido (y, por lo tanto, previamente conocido) por un motivo ajeno, externo a la conciencia, que ésta hace suyo. La conciencia lo que hace es dirigir el acto a esa meta extrínseca⁷⁵. La voluntad *racional* así formada, «obra en todo caso en vista del fin absoluto de la vida, si bien, y de todo el anterior sistema de exigencias particulares que en este fin se contienen para cada individual situación»⁷⁶. Según Giner de los Ríos⁷⁷, «el espíritu, cuando obra como propia causa de sus estados, puede hacerlo siempre en *armonía con las leyes de la actividad que emanan fundamentalmente del objeto*; consistiendo, por tanto, la plenitud de la libertad (libertad racional) en la estricta observancia de los principios objetivos de la vida».

La primera objeción que cabe hacer a Giner de los Ríos es que la representación subjetiva del «bien» varía de sujeto a sujeto y que, por tanto, sobre esa base no se puede construir un sistema jurídico (ni de ética)⁷⁸. Su teoría, en este punto, es una *subjetivista*, que obliga a seguir criterios también subjetivos acerca de lo justo y de lo injusto absolutamente inviables. Para Giner, p. ej., no cabría distinguir entre la tentativa inidónea de delito y el delito putativo en el ámbito de los delitos de omisión impropia. Para él, tan autor sería quien yerra sobre las circunstancias que le obligan a ejercer su posición de garante, correctamente apreciada por él, como quien, erróneamente también, ha creído que existía para él un deber de garante inexistente. Sin embargo, mientras que el primer caso contiene una tentativa idónea (punible), en el segundo la omisión es penalmente irrelevante pues, como dice Armin Kaufmann, «la errónea suposición de los presupuestos de que nace el deber no puede suplir la ausencia del fundamento objetivo de su nacimiento»⁷⁹. Un médico, según Giner,

73. Vid. CUELLO CONTRERAS, J.: *La influencia de la Teología en el Derecho penal de la culpabilidad*, en *Homenaje a Antonio Beristain*, 1989 (en prensa).

74. GINER, F.: *Lecciones sumarias de Psicología*, 1.ª ed., 1874, 2.ª ed., 1878, p. 211, citado según: *Obras completas*, vol. IV, 1920.

75. GINER: *Psicología*, p. 212.

76. GINER: *Psicología*, pp. 218 s.

77. GINER: *Psicología*, pp. 212 s.

78. Vid. D. BIRNBACHER en Dieter Birnbacher y Norbert Hoerster (eds.), *Texte zur Ethik*, 2.ª ed., 1978, p. 271.

79. KAUFMANN, A.: *Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad* (trad. de Joaquín Cuello Contreras), en ADP 1984, p. 14.

no actuará imprudentemente respecto a la muerte de su paciente si está convencido de que, en contra de lo que opinan los restantes médicos, su tratamiento es el mejor y salvará al paciente, pues, con Günter Jakobs, diría que él no pudo prever un fatal desenlace. De esta forma, su comportamiento sería *conforme a Derecho*, al convertirse tal previsibilidad subjetiva en criterio de conformidad o no a Derecho, de conformidad o no a cuidado. La norma, sin embargo, no depende, en su existencia, de que el destinatario compruebe en cada caso si su infracción producirá la lesión del bien jurídico; por eso, tal incapacidad por parte del sujeto no excluye la infracción de la norma⁸⁰.

Una segunda objeción se dirige contra la «idea de bien» en Giner, que éste interpreta como idea absoluta, objetiva. El bien no es concebible en estos términos, y, aunque lo fuera, no sería accesible al hombre⁸¹. Lo que, en definitiva, busca Giner de los Ríos es un criterio de bondad, algo que justifique por qué hacer A es mejor que hacer B, y cree que para ello existe en el hombre una posibilidad de estimar que A es bueno y mejor que B. Ahora bien, según este punto de vista, unido al subjetivismo ya denunciado y criticado, no cabe *comunicación humana*, principio fundamental del Derecho natural gineriano⁸²; pues si alguien llegase a un juicio moral o jurídico al que valorar como bueno en sí mismo, y no se preocupase de buscar razones compartidas por todos acerca de la bondad de su juicio (lo que ya supone el abandono del subjetivismo), sería imposible realizar el ideal de validez jurídica que aparecía en sus *Principios de Derecho natural*.

Si se entiende lo sustentado en las *Lecciones de Psicología* no en un sentido *fuerte* (según el cual es ilícito lo que el infractor tenga por tal), sino en un sentido *débil* (según el cual basta la representación subjetiva del ilícito, aunque los hechos no coincidan con tal valoración subjetiva, para que exista o no infracción), se salvará el ideal de validez del Derecho, pero seguiremos padeciendo los defectos del *subjetivismo* que hace un momento se denunciaba y ejemplificaba.

Lo que falta en la Psicología de Giner de los Ríos es un *presupuesto ontológico* que le impida incurrir en los excesos del subjetivismo: Es la totalidad de la persona la implicada en hechos relevantes ética y jurídicamente; pero se trata de proyectar la personalidad sobre una realidad heterónoma, externa y objetiva. El mandato jurídico, o de ética social, remite siempre a una norma objetiva de conducta ontológicamente arraigada, es decir, que obliga a omitir o actuar en orden a mantener o transformar la realidad exterior; que exige, por tanto, de sus destinatarios contemplar y actuar *sobre* la realidad. Que ello no excluya posibles responsabilidades en casos donde la representación subjetiva de los hechos no coincide plenamente con su discurrir objetivo, tal como lo demuestra, en Derecho

80. KAUFMANN, A.: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert* (ed. por Gerhard Dornseifer y otros), 1982, pp. 166 s.

81. KAUFMANN, A.: *Strafrechtsdogmatik*, p. 286.

82. *Vid. supra*.

penal, la punición de la llamada «tentativa imposible», no debe ser confundido, como hace en definitiva Giner de los Ríos, con la noción subjetiva de lo ilícito, impune porque no se da la más mínima representación de la norma (objetiva) que obliga a actuar de una determinada manera⁸³. Por eso, también la doctrina del *injusto personal* parte de un concepto objetivo de la *antijuricidad*.

Una posición extrema de la tesis psicologista de Giner de los Ríos es la de Dorado Montero (*La Psicología criminal en nuestro Derecho legislado*, 1910), para quien el concepto de *voluntariedad* del CP descansaría fundamentalmente sobre el elemento subjetivo; lo que le lleva a negar carácter delictivo de la *imprudencia*, pese a que acierta en la exigencia de un elemento objetivo, o «dañosidad social», pues, según él, si no ha concurrido una voluntad, también dañada, de lesión, lo que no ocurre en la *imprudencia*, no habrá delito⁸⁴. De esta forma se cierra la posibilidad de deducir una responsabilidad penal en aquellos casos donde el autor sí se representó la posibilidad del «daño» y, con ello, la posibilidad de lesionar (objetivamente) el Derecho (*antijuricidad*). Estas circunstancias, conocidas por el autor, no sólo son, en la concepción actualmente dominante sobre el delito, presupuesto ontológico de toda responsabilidad penal (dolosa o imprudente) sino, al mismo tiempo, en algunos casos, el posible fundamento de la *culpabilidad* de su autor, cuando éste se ha podido motivar, a través del conocimiento de tales circunstancias, para actualizar la norma que está infringiendo⁸⁵.

Las teorías del delito de Luis Silvela y de Pedro Dorado Montero fallan en el ya aludido presupuesto ontológico-objetivo. La una por defecto, al entender la *voluntariedad* del delito como puro concepto normativo que lleva al ya clásico «¡Puedes porque debes!», y da lugar a una especie de «falacia normativa» que pretende extraer un *ser* de un *deber ser*; lo que no permite explicar determinados aspectos del dogma de la culpabilidad jurídico-penal y desemboca en presunciones como, p. ej., la que se deriva de considerar que todo acto que infringe una norma jurídica que el autor conoce, permite estimar la culpabilidad también en lo que se refiere a la otra norma, también lesionada, desconocida por él, sin consideración ulterior acerca de si, efectivamente, tuvo la posibilidad de comprobar que infringía la segunda norma⁸⁶. La segunda, en cambio, por exceso, al exigir de la responsabilidad penal algo más que la realización del hecho delictivo por quien pudo motivarse a evitarlo, suponiendo, más bien, una voluntad éticamente coloreada (de influencia psicológica gineriana) *dirigida* a la lesión intencional del ordenamiento jurídico, lo que le impide estimar punible el comportamiento imprudente⁸⁷.

83. KAUFMANN, A.: *Strafrechtsdogmatik*, p. 161.

84. DORADO MONTERO: *Psicología criminal*, 2.ª ed., 1910, p. 46.

85. En contra, sin embargo, HORN, E.: *Verbotssirrtum und Vorwerfbarkeit*, 1969, p. 140, que, en este aspecto, coincide con quienes entendían que la culpabilidad requería una voluntad directa de lesionar el Derecho.

86. SILVELA, L.: *El Derecho penal estudiado en Principios y en la Legislación vigente en España*, vol. I, 2.ª ed., 1903, p. 129.

87. DORADO MONTERO: *Psicología criminal*, p. 251.

Si se contemplan estas posiciones doctrinales desde la evolución dogmática en que se insertan, se observará su lógica interna, una lógica que se caracteriza por partir de la premisa de que la lesión del Derecho exige *intención* de lesionarlo. De esta forma, toda posible responsabilidad penal deberá apoyarse en la lesión *voluntaria* de alguna norma, la que sea, como se ve obligado a concluir Silvela; pues, al cerrarse el paso a cualquier consideración sobre las circunstancias que pueden dar origen a la concreción de una norma jurídica de omitir o de actuar (*antijuricidad*), y su correspondiente actualización por parte del autor (*culpabilidad*), la llamada a la fidelidad al Derecho siempre deberá proceder del mismo Derecho, y no de la realidad; siempre será heteronomía, nunca autonomía. Por eso concluye Silvela que la única forma de atribuir al autor la lesión de una norma que desconoce se fundamentará en otra que sí conoció y entre cuyas consecuencias se encuentra la de evitar el resultado producido.

Esta doctrina sobre la culpabilidad de nuestra Ciencia penal es consecuencia de los planteamientos psicologistas de Giner de los Ríos, en cuya obra no está suficientemente considerado el hecho de que la *voluntad*, para ser relevante jurídicamente, debe ir referida a la realidad, para cuyo mantenimiento o modificación promulga el legislador sus mandatos. El infractor no es que deba querer (o no querer) infringir el Derecho, sino que debe querer modificar la realidad en el sentido en que el Derecho no lo desea (o, al revés, en el delito de omisión). Es dicha representación de los hechos, de donde surge el deber de omitir o actuar, la que deberá llevar al autor a la actualización de la norma que le prohíbe, o exige, actuar en tal situación. Cuando se da tal situación, cabrá la posibilidad de estimar la culpabilidad allí donde el autor no llegó a actualizar la norma infringida, pudiéndolo haber hecho. Entonces no hará falta acudir a la ficción de Silvela, de que se ha querido lesionar el Derecho, pues bastará con comprobar que hubo capacidad de actualizar la lesión, es decir, capacidad de motivación. Sólo posteriormente, con la moderna concepción del delito, y su construcción en tres escalones, iniciada por Ernst Beling y, en seguida, introducida en España por Luis Jiménez de Asúa (1931), se resolverían los problemas que ni Silvela ni Dorado Montero pudieron resolver; especialmente con el nuevo elemento de la *tipicidad*, donde se recoge el comportamiento que el Derecho no quiere que tenga lugar (*dirigido* a la lesión del bien jurídico: delito doloso, o *dirigido* a su puesta en peligro: delito imprudente), que si el Derecho no lo autoriza (excepcionalmente) resulta *antijurídico*, y, si el autor pudo evitarlo, *culpable*.

VI. LOS FINES DE LA PENA

En el libro cuarto del volumen I de *El Derecho penal estudiado en Principios y en la Legislación vigente en España* (1874), estudia Silvela la relación entre el delito y la pena, temática a la que este autor presta particular atención, en línea con el fuerte sentido correccionalista de los krauistas alemanes y españoles (Röder, Giner de los Ríos), quienes entendían que las escuelas anteriores disociaban, erróneamente, ambos elementos de

la Justicia penal⁸⁸. «No cabe, en efecto, aislar por entero cosas que tienen entre sí un enlace necesario, y menos cuando una de ellas encuentra en la otra su razón: por esto, para fijar, por ejemplo, lo que es el castigo, no se ha podido prescindir de traer a la memoria lo que es el delito»⁸⁹.

Delito y pena son conceptos necesariamente complementarios. La relación entre ambas categorías no es sólo *cuantitativa*, aunque debe serlo en el sentido de la «proporcionalidad» («tal como sea el delito, tal ha de ser la pena»), ni pura exigencia «retributiva» («quien dejó de cumplir o se opuso al cumplimiento de un precepto para él moralmente obligatorio, debe sufrir el castigo o las consecuencias de su falta»). «Esto no basta», concluye Silvela⁸⁹.

La pena deber ser, primero y ante todo, *reconciliación*, restablecimiento de la paz quebrantada entre el delincuente y la sociedad; concepto éste que abarca, a la vez, la idea de retribución moral y corrección. «La pena, como reacción contra la injusticia, no puede ser un procedimiento *puramente material*, sino ético, como es la falta, y consistiendo ésta en haberse determinado el agente contra el Derecho por actos de su libre voluntad, el castigo deberá proponerse necesariamente rectificar la intención viciada y corrompida, sin lo cual, no sería la restauración de la misma índole y carácter que fue el quebrantamiento»⁹⁰.

Las teorías puramente prevencionistas («impedir los daños futuros»), resocializadoras («obrar sólo por contemplación del Bien») y retributivas («pura retorsión») son teorías «materiales», según Silvela, porque no van a las raíces del delito, sino que se conforman con fines extrínsecos («materiales») al propio delincuente. En cambio, los auténticos fines de la pena son «la defensa y tutela que reclama el Estado y que conviene y aprovecha al mismo criminal», los cuales, como resulta evidente, no contienen en sí una formulación diferente de las anteriores teorías, a no ser en la forma en que los entiende y, sobre todo, en la medida en que ambos fines están entrelazados.

Así, «es lo primero ('defensa y tutela del Estado'), porque cuando existe entre la pena y el delito la relación que venimos señalando, reaparece, por de pronto, la tranquilidad en la sociedad entera, que sabe que no se infringen impunemente sus leyes, y que los actos de perturbación que lamenta no se repetirán, al menos por el mismo culpable, a quien faltan los medios para ello. El reo, sin embargo, es colocado en la situación y sometido al régimen jurídico que podía pretender y cuando por este procedimiento se alcanza la enmienda del pecador, se ha elevado enteramente

88. Los correccionalistas denuncian, ante todo, frente a las restantes teorías de la pena, que contemplan al infractor como si se tratara de dos personas distintas, como un ser escindido: Una primera como infractor, sin más; ya sea quien ha lesionado el Derecho o la Moralidad y debe reparar el daño causado de los retribucionistas, ya sea el futuro infractor que debe ser motivado mediante el escarmiento propio o ajeno de la prevención especial y general. Y una segunda, donde el infractor ya ha sido condenado y resulta abandonado por las doctrinas criticadas; de esta segunda perspectiva es de la que quiere ocuparse el Correccionalismo por encima de todo.

89. SILVELA: *Principios*, I, p. 304.

90. SILVELA: *Principios*, I, p. 305.

el fin del castigo, y entonces se completa la seguridad y confianza en el Estado»⁹¹. Ciertamente, alienta aquí un argumento defensorista, que sería injusto obviar; sin embargo, lo significativo es por qué camino pretende Silvela obtener este objetivo: Mediante la corrección del delincuente; pues sólo de esa forma puede garantizarse que se ha alcanzado la finalidad personalista de la pena, es decir, la reconciliación entre la sociedad agredida-punitiva y el delincuente agresor-necesitado de cauces de reconciliación. Rasgo, éste, el más significativo del Correccionalismo.

«Es lo segundo [‘tutela del propio criminal’], porque la privación de la libertad o franquicia de que no se supo usar se presenta, a no dudarlo, como uno de los más eficaces medios de conseguir que algún día llegue a emplearse rectamente cuando la conciencia diga, como no puede menos, que la pena ha sido merecida y justa. El bien que se gozaba, por propia culpa perdido, se apetece con el deseo de lo que ya se conoce y que se aprecia mejor que cuando se poseía. Y no de otra manera procede todo tutor o todo el que intenta educar: de manera que aquí como siempre resplandece la armonía de la justicia en los varios procesos y formas de su desenvolvimiento, porque se ve que la pena más correccional es al propio tiempo la más tranquilizadora»⁹². También aquí se parte de un presupuesto netamente culpabilista («el bien que se gozaba por propia culpa perdido»), que da entrada a una función retributiva de la pena («la pena ha sido merecida y justa»). Pero lo importante de la aportación correccionalista es que da un paso más, ya que, partiendo de ese presupuesto, exige que se dirija la pena a una auténtica reconstrucción reconciliadora del hecho delictivo, como cuestión de estricta justicia («resplandece la armonía de la justicia en los varios procesos y formas de su desenvolvimiento»); y añade un último párrafo muy significativo: «porque se ve que la pena más correccional es al propio tiempo la más tranquilizadora», que no sólo pretende conectar esta finalidad de la pena con la anterior («defensa y tutela del Estado»), sino que, además, obliga al Estado y a la sociedad a cuanto sea necesario de su parte para coadyuvar al ideal resocializador.

De esto último dan cuenta algunas consideraciones sueltas que hace Silvela sobre la determinación de la pena. Así, p. ej., que no sólo debe atenderse a la «naturaleza del delito» y a la «perversidad que resulta», sino también «a la forma en que se ha llevado a cabo» (lo que no debe confundirse con los medios delictivos, que se engloban en la «naturaleza del delito») «y por la causa o razón que reconoce como origen»⁹³; «la intensión de la perversidad que se ha mostrado y la capacidad del sujeto para sufrir la pena y experimentar sus efectos saludables»⁹⁴. Circunstancias, en fin, que medidas con posterioridad al juicio de atribución culpabilista, sirvan en una segunda fase del proceso de ejecución de la Justicia penal, de reconstrucción del proceso criminalizador; algo muy distinto, pues, a la idea resocializadora de adaptación social o meramente jurídica.

91. SILVELA: *Principios*, I, pp. 305 ss.

92. SILVELA: *Principios*, I, pp. 308.

93. SILVELA: *Principios*, I, p. 308.

94. SILVELA: *Principios*, I, p. 310 s.

Aquí de lo que se trata, con mucho mejor criterio, es de colaborar para reconstruir lo llevado a cabo por parte de individuos libres y autorresponsables; y no de despojar al infractor de dicha capacidad de autodeterminación, programándolo hacia el futuro⁹⁵.

Con un gran sentido de la realidad, y por una elemental medida de prudencia, se ve *Silvela* en la necesidad de defender la pena correccional frente a posibles argumentos defensistas. La pena correccional («la enmienda del delincuente», «necesaria para la restauración completa del Derecho destruido por el crimen, sin lo cual no puede renacer la tranquilidad y el sosiego perdido»)⁹⁶ es el mejor medio de prevención y defensa. De esta forma sale al paso de posibles objeciones frente al Correccionalismo (*Silvela* piensa que, si bien la pena correccional puede ser, en opinión de muchos, la más adecuada para el infractor, podría chocar con ideas prevencionistas y retribucionistas muy arraigadas en la sociedad).

Por eso, recuerda que la pena correccional implica «padecimiento»: «un estado pasivo en el cual se ve con razón menguarse las franquicias y libertades de que se gozaba antes y de las que ha demostrado que no sabe hacer un uso legítimo»; y que, además, obliga a imponer coactivamente la ejecución de ciertos actos que, si bien obligatorios para todo hombre, los practica siempre en la vida ordinaria de un modo espontáneo, tales como el trabajo, la instrucción y la educación⁹⁷.

En toda esta problemática está implicada la cuestión de cómo armonizar principios antagónicos como los de *terapia* (sólo pensable en libertad) y *dominio* (inseparable de la pena), que tanto dificulta la resocialización. Pero lo importante es destacar, con *Silvela*, que ni el defensismo ni el pesimismo deben enturbiar el ideal representado por la corrección.

Precisamente sobre las razones del supuesto «fracaso» del ideal resocializador ilustra el propio *Silvela*, en unos términos que incluso hoy pueden ser muy esclarecedores, pues, ¿no se exagera la nota del «dominio» para encubrir, en el fondo, que lo cuestionado es, más bien, la posibilidad de llevar hasta sus últimas consecuencias el ideal, porque se temen sus repercusiones sociales? Las siguientes palabras de *Silvela* reflejan muy bien este malestar⁹⁸:

«Cuando el castigo se presenta tan sólo como el medio de *cumplir ante todo su derecho al criminal*, se manifiesta una tendencia quizás no muy justa a que el estado en que la pena coloca a quien la sufre, sea muy preferible y bastante más grato que el que disfrutaban gran parte de los ciudadanos que jamás delinquieron. Parece entonces que se presenta al criminal como una

95. En el sentido expuesto hasta ahora debe entenderse el ideal correccionalista tal como lo resume el propio *Silvela* (*Principios*, I, p. 310): «Cuando, atentamente recogidos y con cuidado exquisito apreciados, se toman en cuenta, el castigo justo no resultaba una idealidad abstracta, sino una realidad concreta que responde a la del caso individual que el juez tiene a la vista, determinándose lo que hemos llamado responsabilidad objetiva y subjetiva *in concreto*. La pena entonces es también concreta, esto es *personal* o justa para un delincuente dado, injusta quizás, por desproporcionada, por otro, aunque autor, al parecer, de un crimen enteramente idéntico».

96. SILVELA: *Principios*, I, p. 319.

97. SILVELA: *Principios*, I, p. 319.

98. SILVELA: *Principios*, I, p. 320.

víctima de la injusticia de su siglo y de su época, que no le dio las condiciones necesarias y a que tenía derecho para no verse en la triste precisión de ser un malvado; y el castigo parece quedar reducido a educarle, pero sin el menor padecimiento y la menor molestia, y a corregirlo, pero no por la privación, sino prestándole los medios de que la sociedad le privó con injusticia, como dando tierras que cultivar, instrumentos de trabajo, riqueza al ladrón, un puesto en Poder al sedicioso, etc. Entendida de esta manera la pena, no sólo es un Bien, sino además un beneficio: no es ya un saludable sufrimiento, sino un agradable trato, pudiendo decirse con justicia que el mejor y más seguro medio de merecer los dones y las liberalidades del Estado es atacar el orden jurídico sobre que se apoya».

¿Con qué finalidad pronuncia Silvela estas palabras? Sin duda estas palabras acusan ya una influencia positivista que se comienza a notar, en su versión antropológica y sociológica, y que Silvela conoce muy bien. El condicionamiento social del delito, atribúyasele mayor o menor grado, es evidente, y Silvela así lo expone. Ahora bien, ¿en qué sentido?, ¿en un sentido crítico? Parece que no. En realidad, todo el texto es, mejor, una *crítica social*. Lo que Silvela dice, con una buena dosis de ironía, es que existen prejuicios sociales que pueden dificultar, hasta el límite de hacerla inviable, la pena correccional que él patrocina. Por eso repite una y otra vez que ni la misma pena correccional se sustrae a la privación de derechos y libertades del infractor; y ello en atención tanto a las víctimas del delito como a «los restantes miembros de la sociedad jurídica», «el mal ejemplo y la alarma» (pero siempre con sentido crítico: «tal vez exagerada» —la alarma—), «las saludables consecuencias que se dice podrán venir de imponer un castigo más duro y cruel que el que reclama la perversidad intrínseca del hecho», de que tanto hacen gala los «sistemas de defensa preventivos y utilitarios».

De esta forma se reafirma Silvela en el ideal tutelar, reforzándolo, y, además, destruyendo y reflejando la vileza que pueden llevar inherente esos otros sistemas que se oponen. «La prevención de ulteriores delitos por parte de quien todavía no ha faltado a la ley, por ventajosa que parezca, no puede ser el fin de la punición», es la respuesta de Silvela.

«El sosiego y la confianza que la sociedad siente cuando se ha cumplido el castigo impuesto debe resultar sin buscarse directamente —según hemos repetidamente sentado— sin que el hombre se convierta en simple medio, en objeto del Derecho y el delito en mero pretexto de intimidación y escarmiento. Precisamente lo que ha rectificado algún tanto el sentido del Derecho penal, lo que separa profundamente las legislaciones antiguas de las modernas, y lo que ha de llevar a ulteriores y preciosos adelantos, es el mirar la pena desde el punto de vista del que ha de sufrirla. Por eso se abolieron los castigos infamantes, los atroces y crueles, los que no eran personales, los que desmoralizaban al reo por su naturaleza o por el modo de cumplirse, y por este camino finalmente, ha de llegar a reconocerse el castigo justo como tutela; pero como tutela penal o punitiva».

Este hermoso texto correccionalista de Silvela⁹⁹ revoluciona el pensamiento de la *prevención especial*. En primer lugar, porque desplaza la con-

99. SILVELA: *Principios*, I, p. 321.

sideración de la sociedad punitiva (disfrazada de resocialización) al propio infractor: No es la sociedad quien debe resocializar, sino el propio delincuente quien ha de resocializarse desde su libertad; para ello es preciso que la sociedad punitiva restrinja cada vez más su intervención en nombre de la resocialización. En segundo lugar, también el significado de la pena como castigo justo se desplaza de la sociedad punitiva al propio infractor: El es quien, ante todo, debe entender, como una necesidad el hecho de su punición. En tercer lugar, la sociedad punitiva no debe autootorgarse la facultad de utilizar la pena como medio de prevención general: La justicia penal debe contemplar el hecho delictivo como lesión del orden jurídico, pero no «potenciarlo» para «reconvertirlo» en fin del Derecho penal. Todo lo cual explica que una sociedad «civilizada» no debe plantearse como objetivo inmediato del Derecho penal la «desaparición» del delito (prevención general), sino que, más bien, ésta debe ser consecuencia de un Derecho penal justo, es decir, orientado a la pena justa y a *posibilitar* la auto-resocialización del delincuente.

Luis *Silvela* es, así, precursor de concepciones penales muy modernas; hasta el punto de que puede afirmarse, sin exagerar, que si el Derecho penal de hoy descansa fundamentalmente sobre los principios de *prevención de la lesión de bienes jurídicos* por medio de la pena ajustada a la *culpabilidad por el hecho*, y resocializador, es nuestro autor el primer ensayista español que intenta su difícil armonización; habiendo obtenido resultados bastante positivos en esta línea (si se sabe depurar su pensamiento —tributario, como todo pensamiento, de las concepciones de su época— de algunas incorrecciones), y un estímulo para seguir profundizando en su esclarecimiento y aplicación.

Ilustración y legislación.

Los supuestos ideológicos, jurídicos y políticos

Por ERNESTO JAIME VIDAL GIL

Valencia

I. Junto a la conmemoración por parte de la comunidad jurídica universal del segundo centenario de la Revolución Francesa con su Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, los juristas españoles celebramos este año el centenario de la promulgación de nuestro Código Civil. Uno y otro acontecimientos nos van a permitir estas breves notas acerca del significado ideológico-político de la Ilustración y el fenómeno de la Codificación.

Sorprenden a primera vista dos cosas: la escasa bibliografía sobre el tema existente hasta la fecha en España y de otro la lectura en clave privatista que hasta el presente y salvo algunas excepciones se ha realizado de la codificación a la que se ha querido configurar como un fenómeno exclusivamente privado, técnico y apolítico, en el mejor de los casos, o, negativamente, como un modo de concebir el derecho en cierto modo extraño a nuestra concepción histórica y también en cierto modo opuesta a ella, en clara alusión a las ideas liberales afrancesadas y revolucionarias de las que era portadora la codificación.

Por lo que al primer punto se refiere, carecemos en España de un estudio sistemático sobre los supuestos filosóficos, políticos y jurídicos de la Codificación como es el que ha realizado Cattaneo¹; de un estudio histórico como el de Solari², o de la compleja y fundamental obra de Tarello³. Carecemos de un estudio como el de Arnaud⁴ en Francia, sobre

1. Cf. CATTANEO, M. A.: *Illuminismo e Legislazione*, Milano, ed. di Comunità, 1986.

2. Cfr. SOLARI, G.: *Filosofía del Derecho privado*, Tomo, I: *La idea individual* y Tomo II: *La idea social*, trad. de Oberdán Calletti con prólogo de R. Treves, Buenos Aires, Depalma, 1946.

3. TARELLO, G.: *Storia della cultura giuridica moderna*, Vol. I: *Assolutismo e Codificazione del Diritto*, Bologna, Il Mulino ed., 1976. Una muy apretada síntesis en *Ideologie settecentesche della Codificazione e struttura del codici moderni*, en CASTIGNONI, S.; GUASTINI, R. y TARELLO, G.: *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Génova, Ecig ed., 1982. No he podido consultar *Le ideologie della Codificazione nel secolo XVIII*, Génova, C.L.U., 1971.

4. Cfr. ARNAUD, A. J.: *Les origines doctrinales du Code Civil Français*, París, L.G.D.J., 1969.

los orígenes estructurales del *Code*, e incluso de una concepción histórica global como la de Wieacker⁵ en Alemania.

Quizá el único estudio que se planteará alguno de estos objetivos sea el inconcluso y a la vez excelente trabajo que nos dejó el malogrado profesor Gómez Arboleya⁶.

Por lo que al segundo punto se refiere, es manifiesta la apropiación que del tema han realizado los privatistas y más en concreto los civilistas. Lo que entre otras cosas indica el carácter ideológico que el tema ha tenido en nuestro país. Desgajado de su *ethos* revolucionario —en Francia la Codificación fue precedida de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano—, en España, por las vicisitudes propias de los siglos XIX y XX la Codificación se ha asimilado a una técnica aparentemente neutra de ordenación y legislación del derecho privado, desprovista de toda consecuencia política y pública. Surge de ese modo en nuestro país la identidad que señala Tarello entre proceso codificador y proceso de tecnificación y pérdida de responsabilidad pública y política del jurista. Junto a ello la equiparación en línea de continuidad entre derecho, derecho civil y derecho privado y la pérdida de sentido del derecho público que responde a un principio no jurídico, la política. Finalmente la reducción del proceso Codificador a la etapa, final, de la codificación: el formalismo, la escuela de la exégesis y la dogmática jurídica como paradigmas del jurista y de la Ciencia del Derecho⁷.

Afortunadamente parece que las cosas están cambiando en este punto, en donde cabe anotar el trabajo ya clásico de Pérez Serrano⁸ acerca de la conexión entre unos y otros, el esfuerzo ciertamente meritorio que desarrolla Peset Reig⁹, en la manifestación de los orígenes ideológicos y políticos del liberalismo como eje de la Codificación en nuestro país; en los tra-

5. Cfr. WIEACKER, F.: *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Trad. del F. Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957. Para una síntesis histórica *vid.* RODRIGUEZ PANIAGUA, J. M.: *Historia del Pensamiento Jurídico*. T. I, Madrid. Univ. Compl., 1988.

6. Cfr. GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *El Racionalismo Jurídico y los Códigos Europeos*, I, II y III, en *Estudios de teoría de la Sociedad y del Estado*, Madrid, I.E.P., 1962. En el mismo volumen *vid.* también *Supuestos cardinales de la ciencia jurídica europea*.

7. Sobre dichos temas cfr. BALLESTEROS, J. y DE LUCAS, F. J.: *Por una enseñanza del Derecho no reduccionista*, en R.F.D.U.C., n.º 5 monográfico, pp. 73 a 85. Sobre la escisión Derecho Público-Derecho Privado, cfr. en el mismo número, el trabajo de CAPELLA, J. R.: *Por un aprendizaje innovador en materias jurídicas*, pp. 55 a 73. Sobre la dogmática jurídica *vid.* CALSAMIGLIA, A.: *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1986, cap. III, IV y V. Una buena y completa visión de la ciencia jurídica en ATIENZA, M.: *Introducción al derecho*, Barcelona, Barcanova, 1985, cap. IV.

8. Cfr. PÉREZ SERRANO, N.: *Constitucionalismo y Codificación*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Segunda Epoca, T. XXV, Madrid, 1953, pp. 93 a 104.

9. Para el estudio de la Codificación en España, hay que remitirse a los trabajos del Prof. PESET REIG, M.: *La primera Codificación liberal en España (1802-1823)*, en *Revista crítica del Derecho Inmobiliario* (48) 1972, pp. 125 a 157; *Análisis concordancias del proyecto de Código Civil de 1821*, en *Anuario de Derecho Civil* (XXVIII), 1975, pp. 29 a 100; *Una interpretación de la Codificación Española*. Memoria del Segundo Congreso de Historia del Derecho Mexicano, 1980, pp. 665 a 686. Una buena síntesis de la Codificación en TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, Tecnos, 1981.

bajos de Casabó sobre la codificación penal¹⁰ a la que dedicó su excelente tesis doctoral; las aportaciones de los profs. Antón Oneca¹¹ y Tomás y Valiente¹², y las muy recientes investigaciones del prof. Prieto Sanchís¹³. En el ámbito de los civilistas cabe anotar el muy reciente trabajo del prof. Motilla¹⁴.

Finalmente, y en el ámbito de la Filosofía del Derecho, debo destacar los también recientes, relevantes y sugerentes trabajos del profesor Javier de Lucas, sobre el tema que nos ocupa¹⁵.

A lo largo de estas líneas pretendo mostrar en primer lugar que la Codificación no es un instrumento aparentemente neutro o técnico, sino por el contrario, y merced a su íntima conexión con el proceso de Constitucionalización, responde al modelo de sociedad liberal propio de la burguesía ilustrada.

El segundo lugar trataré de destacar las que para mí constituyen las ideas básicas de la Codificación: la conexión entre el Estado y el Derecho que dará lugar a la forma del Estado Liberal de Derecho, y la concepción del Derecho desde el ordenamiento jurídico conforme a los principios de jerarquía, unidad, coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico. Ello unido a la relevancia que asumirá el principio de publicidad de las leyes, constituyen desde mi punto de vista los triunfos de la Ilustración. Y, finalmente, quiero incidir en la conexión entre el pensamiento ilustrado español y el europeo en lo que a la Codificación se refiere, poniendo de manifiesto como nuestros ilustrados comparten los mismos ideales que sus homónimos europeos.

El interés del tema no se ciñe tan sólo a la conmemoración de dos eventos ya de por sí tan importantes como los que nos ocupan. Sino que también tiene en cuenta la crisis del concepto de Codificación que parece últimamente presidir buena parte de la reflexión sobre el tema. En efecto, si el tiempo del siglo XIX fue el de la Codificación y el de la construcción de dichos cuerpos legislativos, el nuestro se ha definido recientemente de

10. Cfr. CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Código Penal de 1822*. Tesis Doctoral. Inédita. Valencia, 1968. Debo agradecer la amabilidad del prof. Casabó que me ha permitido la consulta de su excelente Tesis Doctoral. Del mismo modo autor *vid.* *Los orígenes de la Codificación penal en España: el plan de código criminal de 1787*, en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales* (XXII), 1969, pp. 313 a 342.

11. Cfr. ANTÓN ONECA, J.: *El Derecho Penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 174, julio-sep., 1966, pp. 595 y ss. que contiene además el Discurso sobre las penas de D. Manuel de Lardizábal.

12. Cfr. TOMÁS y VALIENTE, F.: *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, Madrid, Tecnos, 1969.

13. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L.: *La Filosofía penal de la Ilustración*, en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 3, Madrid, 1985, pp. 288 a 356.

14. Cfr. MOTILLA, A.: *La Codificación como técnica de producción legislativa*, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1987, pp. 545 a 574.

15. Cfr. DE LUCAS MARTÍN, F. J.: *Anotaciones sobre el Principio Kantiano de Publicidad*. *Dianoia*, n.º 33, 1987, pp. 131-148. *La Institucionalización del Principio de Codicidad: Bentham y la Codificación Francesa*, de próxima publicación en *Rechtstheorie*, y *Sobre la Ley como instrumento de Certeza en la Revolución Francesa de 1789: El modelo del Code de Napoleón* que formará parte de este número del Anuario. La exquisita amabilidad y el talante universitario del prof. De Lucas, me han permitido consultar sus trabajos, aun antes de su publicación.

modo gráfico como «l'età della decodificazione»¹⁶. Parece que hoy asistimos a la fragmentación y a la ruptura de la unidad que los Códigos civiles, penales, mercantiles y procesales, construyeron durante más de un siglo. La Administración de la vida pública y también privada, el sometimiento de la economía no a las leyes del mercado sino a las de la política, el paso del Estado liberal burgués al Estado intervencionista¹⁷, la concepción del derecho desde la concepción liberal garantista de las sociedades liberales, que reduce el derecho al derecho penal, sino desde el modelo promocional del Estado social y democrático de derecho para el que el derecho cumple una función positiva de promoción y reforma de las estructuras socio-económicas¹⁸, ha supuesto una recuperación de la primacía del derecho público sobre el derecho privado y con ella, ha relegado a los códigos poco menos que a reliquias del pasado, en beneficio de las leyes marco, las leyes programa, leyes plan y similares. Ya anteriormente, me ocupé junto con el prof. De Lucas de la crisis de este carácter central de la ley, de modo que según apuntábamos se podía hablar del tránsito de «la Ley» a las leyes, significando la pérdida de la majestad de la Ley y también la pérdida del carácter general, universal, abstracto y también racional con que tradicionalmente se acompaña este concepto¹⁹. Hasta el punto de que recientemente se ha planteado clarísimamente si la Codificación no será una forma ya superada como técnica legislativa²⁰.

II. Como es bien sabido, la idea de Código experimenta a lo largo del tiempo una profunda transformación de su significado originario que poco o nada tiene que ver con el que actualmente tiene. De la primitiva idea de tablilla, libro manuscrito, o cosido al dorso que comprende un conjunto de leyes a la actual que expresa una (presunta) ordenación sistemática plena y coherente de normas recayentes a un mismo objeto media un buen trecho. Hasta el punto que como ha puesto de manifiesto entre otros Tomás y Valiente no se puede hablar de Código como una mera recopilación de leyes sino que por el contrario, a menudo, y como sucedió en nuestro país con ocasión de la Novísima Recopilación, Codificación y Recopilación son conceptos contradictorios, porque la Codificación entre otros fines se propone superar todo el anterior, desacreditado y caduco derecho anterior. La idea de Código implica como bien dice Tarello «un libro de regole giuridiche organizzate secondo un sistema (un ordine) e caratterizzate dall'unità di materia vigente per tutta l'estensione geogra-

16. Cfr. IRTI, N.: *L'età della Decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1982.

17. Sobre este punto *vid.* DÍEZ PICAZO, L. y MONTES PEÑADES, V. L.: *Derecho privado y sistema económico*. Departamento de Derecho Civil. Univ. Autónoma, Madrid, 1979.

18. Cfr. BOBBIO, N.: *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Milano, ed. di Comunità, 1977. Sobre las funciones del Derecho en general *vid.* TREVES, R.: *Sociología del Derecho*. Traducción de M.^a José Añón, J. M. Pérez Lledó y M. Atienza, con nota preliminar de M. Atienza, Barcelona, Ariel, 1988. Con carácter monográfico, FERRARI, V.: *Le Funzioni del Diritto*, Bari, Laterza, 1988 del que pronto saldrá una traducción castellana a cargo de M.^a José Añón. Sobre la evolución del Estado liberal al Estado social y democrático de derecho *vid.* por todos el ya clásico *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, de ELÍAS DÍAZ, Madrid, Taurus, 1981.

19. Cfr. DE LUCAS, F. J. y VIDAL, E.: *Lo que queda de la Ley* (de la Ley a las leyes).

20. Cfr. SACCO, R.: *Codificare: modo superato di legiferare?* en *Rivista di Diritto Civile*, 1983 (I).

grafica dell'area di unità politica statale, da questa autorità voluto e pubblicato. Abrogante tutto il diritto precedente sulla materia da esso disciplinata e perciò non integrabile con materiale giuridici previgenti, e destinato a durare a lungo»²¹.

Pero con todo, la exhaustividad que persigue Tarello quedaría incompleta si no tomáramos en consideración la advertencia de Wieacker, para quien los Códigos son ante todo «anteproyectos de un futuro mejor»²²: Son utopías (rationales) que anuncian un tiempo nuevo y conectan por ello con un punto clave de la Ilustración: el proyecto de reforma de la sociedad existente conforme a los postulados de la razón, lo que exige la superación de todo el derecho anterior en lo que a nuestro tema se refiere. De ahí que también compartamos la afirmación de Wieacker cuando a renglón seguido subraya la trascendencia no sólo jurídica sino también política de la tarea emprendida por la Codificación: «los códigos iusnaturalistas son, en oposición a las fijaciones escritas anteriores y posteriores, actos de transformación revolucionaria», de una revolución a través del derecho y de las instituciones que transformará radicalmente el panorama cultural, político, y económico europeo. En el mismo sentido Díez Picazo y Gullón Ballesteros muestran cómo la Codificación «se identifica inicialmente con un intento de insuflar en los ordenamientos jurídicos unos determinados ideales de carácter político, económico y social. El Código es un vehículo de transmisión y de vigorización de una ideología y unas directrices políticas», por más que luego no desarrollen lamentablemente esta línea de explicación de la Codificación que si bien desbordaría los límites del derecho civil, sería de gran provecho y utilidad para la superación del formalismo y la privatización a las que antes aludimos²³.

De cuanto llevamos dicho se desprende la conexión existente entre Constitucionalismo y Codificación ya que de otro modo es difícil comprender cómo se puede llevar a cabo la revolución que supuso la Codificación sin alterar las bases del orden constituido. Conexión que subraya Tarello cuando muestra cómo desde mediados del siglo XVIII, se inicia en el continente europeo un proceso merced al cual la Codificación se subordina a los fines de la reforma política. La Codificación no será tanto expresión de unas dadas exigencias técnicas, cuanto «manifestación de una particular política del derecho, o de particulares políticas del derecho que se realizan a través de la reforma del Derecho»²⁴. Entre nosotros, ya Pérez Serrano hace algunos años subrayó cuán intensa es la conexión existente entre Constitucionalismo y Codificación, ya que ambos responden a una misma exigencia en donde la Constitución no es sino «el Código

21. Cfr. TARELLO, G.: *Storia della Cultura Giuridica Moderna*, op. cit., pp. 15 y ss., también en *Introduzione teorica allo studio del Diritto*, op. cit., pp. 105 y ss. En el mismo sentido PIANO MORTARI, V.: voz *Codice* (Storia); vol. VIII, Milano, Giuffrè; DE CLAVERO, B.: *La idea de Código en la Ilustración Jurídica*, en *Historia, Instituciones, Documentos*, Sevilla, ed. de la Universidad, 1979 (6), pp. 49 a 88.6.

22. Cfr. WIEACKER, F.: *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, op. cit., pp. 204 y ss.

23. Cfr. Díez PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1981, pp. 49 y ss. Una perspectiva sugerente y en cierto modo «atípica» entre los civilistas es la de PUIG BRUTAU, J.: *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1981, pp. 90 y ss.

24. Cfr. TARELLO, G.: *Storia della Cultura Giuridica Moderna*, cit., pp. 223 y ss.

político, el Código fundamental de una nación»²⁵. También los esfuerzos del profesor Peset Reig van encaminados a tal fin. En efecto, parece que no hay duda en afirmar la conexión existente entre el largo y no exento de interrupciones y sobresaltos proceso constitucional español del siglo XIX y el desarrollo de la actividad codificadora. Constitucionalismo y Codificación comparten el mismo ritmo y también quizá los mismos enemigos. La Codificación se inicia como tendremos ocasión de ver con el impulso constitucional que recibe de las Cortes de Cádiz, para en adelante correr la misma suerte que el proceso constitucional español en el siglo XIX²⁶. En este punto es importante subrayar la aportación de Cattaneo cuando muestra que la Codificación, como manifestación del pensamiento Ilustrado, constituye una síntesis entre dos concepciones aparentemente opuestas, del derecho: el iusnaturalismo y el positivismo jurídicos. En efecto, de un lado, para Cattaneo la Ilustración se caracteriza por una actitud racionalista hacia el derecho natural y de otro lado por una actitud voluntarista hacia el derecho positivo²⁷. Lo que quiere decir que el pensamiento ilustrado que expresa la Codificación no es más que la positivización del iusnaturalismo racionalista, y de otro que ese iusnaturalismo codificado en forma de ley detenta el monopolio de la producción jurídica en adelante. Dicho de otro modo: los derechos naturales del hombre, que en forma de derechos subjetivos reconocen las declaraciones de derechos y desarrollan los Códigos constituyen los límites a la potestad del legislador. Por ello, la Codificación dista mucho de ser el elemento neutro técnico y aséptico con el que se nos ha querido ocultar su obvia conexión con los intereses de la burguesía y del liberalismo. Por donde surge otro punto de no menor interés que frecuentemente no es tenido demasiado en cuenta por los juristas y filósofos del Derecho. Se trata de la conexión que no contraposición existente entre el principio de certeza y seguridad del ordenamiento jurídico y el principio de justicia del ordenamiento jurídico. Cattaneo, subraya la íntima relación existente entre ambos principios, mostrando cómo surgen del mismo tronco común la reforma de la sociedad a través de criterios de racionalidad y justicia, a través de la legislación y del Derecho. En el ámbito jurídico la Ilustración implica el triunfo de la razón frente a la revelación como instancia de legitimación de los actos jurídicos y la recepción en los ordenamientos jurídicos del principio de neutralidad religiosa, que implica la tolerancia. El Derecho, natural al principio, positivizado después en las grandes Declaraciones, deberá ser válido para todo hombre en tanto todo hombre no en tanto cristiano sino en cuanto hombre, según el conocido pasaje de Grocio. De otro lado el pensamiento Ilustrado correrá parejo con la historia y evolucionará desde el Absolutismo al Libera-

25. Cfr. *Constitucionalismo y Codificación*, art. cit., p. 93. En el mismo sentido PUIG BRUTAU, J.: *Introducción al Derecho Civil*, op. cit., p. 91.

26. Cfr. *La primera Codificación Liberal en España (1808-1823)*, art. cit., pp. 127 y ss. Una buena síntesis diacrónica de la Codificación y del Constitucionalismo es la de TOMAS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., pp. 435 y ss.

27. Cfr. *Iluminismo e Legislazione*, op. cit., pp. 13 y ss. La complementariedad de los elementos de certeza y justicia del derecho ha sido puesta de manifiesto entre nosotros por RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: *Lecciones de Derecho Natural como introducción al derecho*, Madrid, Univ. Compl., 1983, pp. 11-22.

lismo, desde Hobbes a Locke, desde Bodin a Voltaire, Montesquieu a Rousseau, de Blackstone a Bentham, desde Puffendorf hasta Kant, poniendo sus esfuerzos al servicio de la revolución liberal y las grandes declaraciones de Derechos²⁸. De ahí el postulado fundamental común a todos los Ilustrados, el de que las leyes han de ser pocas, claras y sencillas. Difícilmente se podía decir más en menos palabras. La Ilustración en estas cuatro palabras está exigiendo en adelante la reforma de toda la legislación, la eliminación de las leyes contrarias a la nueva legislación, y clamando por una nueva forma de concebir el conjunto de las leyes que hoy conocemos como ordenamiento jurídico. Estado de Derecho y ordenamiento jurídico son en consecuencia desde mi punto de vista los puntos vitales de la aportación de este conjunto que forman el Constitucionalismo y la Codificación.

En primer lugar el principio de primacía de la Ley que exige la unificación jerarquía entre las fuentes del derecho. Y ello en base al carácter racional que de ahora en adelante tendrá la Ley frente al resto de las demás fuentes. La Ley no es sólo manifestación de la razón del hombre y del optimismo racionalista que caracteriza a los Ilustrados, sino que junto a ello la Ley es desde Rousseau, manifestación y expresión de la soberanía popular. El paso de la concepción aristocrática a la concepción popular de la Ley estriba en este punto, en ser manifestación y expresión de la voluntad popular. De ahí que la Ley sea soberana para todos sin excepción. La ilustración a través de la Revolución Francesa y de los tímidos intentos constitucionalistas del s. XIX en España, acabará al menos formalmente con el principio de no sujeción del soberano a las leyes. El viejo adagio *princeps legibus solutus* quedará como un residuo del pasado, y en adelante se afirmará la idea de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley. La Soberanía de la Ley junto con el principio de separación de poderes conforma la estructura del Estado de Derecho en donde el legislativo cobrará primacía por cuanto es manifestación directa de la soberanía del pueblo frente al ejecutivo y al judicial. Finalmente, la subordinación del juez a la Ley y no al rey será el tercer postulado del Estado de Derecho que conformará la Ilustración y realizará la Codificación²⁹.

La primacía de la Ley se afirmará en segundo lugar mediante la jerarquía de las fuentes del Derecho y en particular mediante la prioridad de la Ley sobre la Costumbre que será al menos en sus orígenes una de las víctimas del proceso codificador. Lo que es fácilmente comprensible si reparamos en que las costumbres representan los poderes y las formas jurídicas contra los que lucha la Ilustración. Los poderes feudales, los poderes de la Iglesia, y las normas dispersas, fragmentarias, inciertas, que la Ilustración trata de superar y ordenar respectivamente. En adelante la

28. Cfr. CATTANEO, M. A.: *Illuminismo e Legislazione, op. cit.*, pp. 15 y ss. En el mismo sentido, aunque sin compartir el punto de vista de Cattaneo en su totalidad, *vid.* COMANDUCCI, P., *L'Illuminismo Giuridico*, Bolonia, Il Mulino, pp. 7 a 24. Para una comprensión política de la Codificación desde la consolidación del Estado Moderno *vid.* PECES BARBA, G.: *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*, Madrid, Mezquita, 1982, pp. 176 y ss.

29. Cfr. DE LUCAS MARTÍN, F. J.: *La Institucionalización del principio de publicidad. Bentham y la Codificación Francesa*, texto inédito.

costumbre verá relegada su función a la de ser fuente secundaria, que precisa del reconocimiento y admisión previa por la Ley.

Finalmente la primacía de la Ley, permitirá sentar las bases de la concepción del derecho no desde la norma aislada, sino desde esa totalidad organizada de normas, relacionadas entre sí y que forman un sistema que conocemos como Ordenamiento jurídico. Curiosamente, la concepción del derecho desde el Ordenamiento jurídico es un fenómeno, como ha puesto de manifiesto Bobbio³⁰, relativamente reciente de principios del siglo XX. Pero sus cimientos están ya puestos con las Codificaciones y con el Constitucionalismo, pues no se puede comprender bien lo que hoy constituye el principio de unidad y jerarquía del ordenamiento jurídico, sin tener en cuenta el proceso de racionalización del proceso legislativo llevada a cabo por la Codificación. En donde se manifiesta, la estrecha relación existente entre el proceso de juridificación del Estado y estatalización del Derecho que dan lugar al Estado de Derecho. La afirmación del principio de primacía de la Ley y la unidad del ordenamiento jurídico en torno a la norma jurídica fundamental, y últimamente en torno al hecho jurídico básico, permiten mostrar cómo la exigencia de unidad legislativa que impulsa la codificación dista mucho de ser un recurso técnico para conformarse como un principio básico del Estado moderno. Porque la Codificación implica la plenitud de la forma de organización política que conocemos como Estado, y que surge como sabemos en la Modernidad, y se afirma plenamente al final precisamente de la Modernidad y comienzo de la era contemporánea que se cifra como sabemos en 1789. La unidad que se postula ya no será la unidad material sino tan sólo la unidad formal según corresponde a los sistemas jurídicos, dinámicos según Kelsen, en oposición a los sistemas morales y al iusnaturalismo que lo sería estático. La validez de la norma jurídica que otrora se predicaba en torno al contenido o a la forma será en adelante una validez formal también exclusivamente que se verificará mediante un criterio nuevo, el de la pertenencia al ordenamiento jurídico³¹. El jurista y el ciudadano deben estar en condiciones de conocer en cada momento las leyes que forman parte del ordenamiento jurídico. Las leyes han de ser también públicas, y publicadas para general conocimiento. La ignorancia de la Ley no excusa el cumplimiento, porque precisamente la presunción de racionalidad, implica el deber general de conocimiento y comprensión de la Ley por parte de todos los ciudadanos. En una sugerente investigación, que partiendo de Kant llega hasta Habermas, el profesor De Lucas, demuestra cómo el principio de publicidad y la libertad de crítica, constituyen el núcleo de la Ilustración porque en definitiva serán quienes posibiliten el uso público de la razón. Así, superando, las versiones contradictorias existentes hasta el presente entre principio de

30. Cfr. BOBBIO, N.: *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960. Entre nosotros, vid. PECES BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 1983, pp. y RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.ª: *Métodos para el conocimiento del Derecho*, Madrid, Univ. Complutense, 1987.

31. Cfr. PECES BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 1983. Para una consideración no sólo formal sino también material del principio de Unidad del Ordenamiento Jurídico remito al cap. V, p. 265 y ss. del mismo libro y al también suyo *Los Valores Superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 88 y ss.

publicidad, derecho de resistencia y libertad de expresión, afirma «por principio de publicidad no puede entenderse tan sólo una u otra formulaciones de las enunciadas en la paz perpetua sino también y sobre todo la exigencia jurídica de mantener una comunicación libre y racional, de institucionalizar la libertad de expresión y comunicación, de asegurarla y erradicar por tanto el secreto y el engaño en el orden jurídico político, exigencia perfectamente coherente con el sistema kantiano³². Finalmente las leyes deben quedar exentas de contradicciones, han de ser formuladas claramente y no deben dar lugar a equívocos. Surgen pues las raíces del principio de coherencia del ordenamiento jurídico, como exigencia de certeza y seguridad jurídica, como postulado fundamental de una nueva clase que conquista el poder y necesita de la previsión del futuro como elemento clave para su desarrollo y consolidación punto éste en el que son claves las aportaciones que en su día y entre nosotros hiciera Gómez Arboleya³³, y sobre cuyo carácter ideológico ha llamado la atención también entre nosotros González Vicén³⁴, para quien la formalización de las exigencias de certeza y seguridad que, como antes he puesto de manifiesto con Cattaneo, no responden sino a una mínima exigencia de racionalización del Derecho, constituyen la fachada y justificación de una de las sociedades más injustas e inversiones que ha conocido la historia. En este punto hemos de traer a colación las sugerentes y atinadas observaciones de Ballesteros sobre el estatismo como formalización y pérdida del contenido ético que el Derecho contiene en la Modernidad. No se trata pues de oponer el «verum» y el «certum» cuanto de realizarlos al unísono³⁵.

III. La Codificación exige asimismo la superación de todo derecho anterior. Anteriormente hemos puesto de manifiesto dos características importantes de los Códigos: su planteamiento como anteproyectos de un futuro mejor y su carácter derogatorio de toda la legislación anterior. Este es pues uno de los rasgos comunes a todo el pensamiento Ilustrado. La pretensión de ordenación de la actividad legislativa y jurisprudencial se realiza como alternativa al caos, al descrédito y a la confusión reinantes en la etapa anterior. Por ello los Códigos Ilustrados serán al menos en cuanto a su intención derogatorios de la legislación anterior. Que logren o no del todo su propósito no será responsabilidad de los juristas cuanto de las circunstancias políticas que los rodean en cada caso concreto. Pero de lo que no puede haber duda alguna es que ya *ab initio* el pensamiento ilustrado, comparte la necesidad de la ruptura con la legislación anterior, oscura, confusa, incoherente, falta de unidad, contradictoria. De donde proviene su necesaria superación por una nueva legislación, lo cual sólo será posible en algunos países, como Francia. No así en España en donde la Novísima

32. Cfr. DE LUCAS MARTÍN, F. J.: *Anotaciones sobre el principio kantiano de Publicidad*, art. cit., (p. 22 del original mecanografiado).

33. Sobre cuyo proceso llamó la atención entre otros, GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *El racionalismo jurídico y los Códigos europeos*, (II), art. cit., pp. 466 y ss.

34. Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F.: *La Obediencia al Derecho*, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, 1979, pp. 365 y ss.

35. Cfr. BALLESTEROS, J.: *Sobre el Sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 30 a 63 y 90 a 102, *vid.* también *Postmodernidad: Decadencia o Resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 69 a 85.

Recopilación, que no lo olvidemos data del 1804, precisamente el año de la promulgación del *Code* francés, frustró los afanes del pensamiento ilustrado español, pero no ahogó las ansias de reforma que surgen con renovado vigor en las Cortes de cuya Constitución el art. 258 postulaba la unidad legislativa y la unificación de todos los Códigos.

Como bien ha subrayado Casabó, la Ilustración española comparte las preocupaciones racionalizadoras y de reforma política, social, cultural y moral de sus homónimos europeos. Así ya en 1722 con motivo del Informe Macanaz podemos constatar cuán intensos son por parte de nuestros Ilustrados dichos deseos de reforma. Entre los que cabe destacar la exigencia y necesidad de que las leyes sean escasas, claras y sencillas; «debe persuadirse el Monarca, que el principalísimo auxilio, para el equitativo y justo régimen de sus reinos han y deben ser las leyes con que se gobiernan; pocas y sólidas, y sin la tenaz admisión de controversias que antes confunden que determinan». «Por cada Ley hay veinte autores, interpretándolas cada uno de diferente manera; cuya contradicción que arrojan vicia los trámites de la Justicia; pues ofuscando los entendimientos de los jueces, tal vez entre la infinidad de dictámenes que encuentran eligen el menos adaptable a la razón; y de este modo se impone una sentencia inarreglada a los merecimientos de una justicia conocida»³⁶.

Textos como éste o similares se podrían citar en cantidad considerable para tratar de argumentar la sintonía de la Ilustración española con la europea. No lo voy a hacer por cuanto lo considero innecesario. Sí por el contrario creo que es de utilidad reparar en las peculiaridades del manifiesto del 26 de octubre de la Junta Central que para el autor citado implica el comienzo de la Codificación. Nótese cómo a tan sólo cuatro años también de la promulgación del *Code* civil en Francia, cuán intensos son los deseos legisladores de nuestros ilustrados, en una situación política, comienzo de la guerra de la Independencia, en donde lo más fácil hubiera sido trasladar el problema de la Codificación a una cuestión de afirmación o no de la identidad nacional como entre otros sucediera en Alemania con ocasión de la polémica entre Thibaut y Savigny. No sucedió así sino que por el contrario el deseo de nuestros ilustrados prevaleció siquiera parcialmente y por medio de la Junta General procedieron a la reforma de nuestra legislación. En donde hay que anotar, ciertamente, la gran influencia que en nuestros textos legales supone el *Code* y el movimiento Ilustrador francés, pero no es menos cierto que ésta no se agota en lo que viene de Francia, sino que por el contrario, es notable la influencia que ejerció Bentham en España, como un reciente estudio de Pérez Luño³⁷ ha puesto de manifiesto. Prieto Sanchís y el propio Casabó, atestiguan el

36. Cfr. CASABÓ RUIZ, J. R.: *Los orígenes de la Codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787*, art. cit., pp. 313 y 314.

37. En su tesis doctoral, *El Código Penal de 1822*, cit., Casabó subraya la influencia que Bentham ejercía ya entonces en España. Sobre todo ello vid. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Jeremy Bentham y la Educación Jurídica en la Universidad de Salamanca durante el primer tercio del siglo XIX*, en *L'Educazione Giuridica*, vol. I, *Modelli di Università e progetti di Riforma*, Perugia, Lib. Univ., 1975, especialmente pp. 173 y ss.

conocimiento que de la obra de Beccaria tienen nuestros ilustrados³⁸. Lo que aumenta si cabe su mérito, si pensamos, como ha revelado Peset, que la Universidad española permanece anclada y que sus enseñanzas se reducen en su mayor parte al Derecho Romano³⁹. Por si fuera poco la introducción de las Cátedras de Derecho Natural es muy tardía respecto del continente europeo, puesto que la introducción data de 1770 y las dificultades de su enseñanza no debieron ser pocas si tenemos en cuenta el testimonio de Sempere y Gaurinos que en 1789 decía: «tenemos en España suma escasez de libros de Derecho Natural y de Gentes. Los principales autores extranjeros, que han escrito sobre esta ciencia, Grocio, Puffendorf, Barbeyrac, etc., están prohibidos; nuestros españoles de lo que menos han cuidado ha sido de ella. El Derecho romano, bárbaro, afeado mucho más con las pesadísimas y ridículas notas y exposiciones de los comentaristas, es el que se enseña en nuestras Universidades»⁴⁰.

Pues bien, la iniciativa de reforma de la legislación de la Junta Central, presenta desde mi punto de vista una innovación en el quehacer legislativo que es digno de tomarse en consideración por cuanto realiza no pocas aspiraciones de los Ilustrados españoles.

En primer lugar en una consulta que se dirige a todos los ciudadanos con independencia de su profesión. El optimismo racionalista típico de la Ilustración se conjuga en este punto con lo que para Wieacker constituye un rasgo valioso de las leyes ilustradas: «la participación de la opinión pública y de cada uno de los ciudadanos en la determinación del derecho justo»⁴¹. El uso público de la razón que constituye el centro de la Ilustración, aparece unido a la llamada a la participación política, y legisladora, recuperando el viejo principio de Hesíodo por el que el ciudadano debe luchar por la ley como por sus murallas. A la vez el ciudadano recupera progresivamente su *status* y ejerce sus libertades. El idiota en la Ilustración como en Grecia es el que carece de opinión, el que en términos rousseauianos se niega a ejercer la libertad⁴². Pues bien, la convocatoria de la Junta no da lugar a duda alguna al respecto, «podrán en el espacio de dos meses contados desde la publicación, todos los que hubiesen meditado y se creyesen con luces en la materia, dirigir proyectos a la Secretaría de la Junta»⁴³.

38. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L.: *La filosofía penal de la Ilustración*, art. cit., p. 322 y ss., que aporta la fecha de la primera traducción castellana de Beccaria, a cargo de Juan Antonio de las Casas, en 1774.

39. Cfr. PESET REIG, M. y J. L.: *La Universidad Española en los siglos XVIII y XIX. Despotismo Ilustrado y Revolución Liberal*, Madrid, Taurus, 1974.

40. Sobre el tema *vid.* PECES BARBA, G.: *La enseñanza de la Filosofía del Derecho*, en RFDUC, n.º 5, cit., pp. 99 y ss. y PÉREZ LUÑO, A. E.: *La filosofía del Derecho y la formación de los juristas*, en *Sistema*, 49/82 pp. 89 a 108.

41. Cfr. WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, op. cit., p. 245. Sobre todo ello me permito remitir al ya citado *Anotaciones sobre el principio kantiano de publicidad* de Javier de Lucas.

42. Sobre la discusión pública de los asuntos públicos como superación de la libertad de los antiguos en la libertad de los modernos, en Jefferson, ha insistido recientemente entre nosotros BALLESTEROS, J.: *Postmodernidad, Decadencia o Resistencia*, op. cit., p. 70 y ss.

43. Cfr. CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Código Penal de 1822*, op. cit., pp. 37 y 39.

En segundo lugar las personas que debieren formar parte de las Comisiones serán selectas no en razón de su cargo, profesión, honores o riqueza, sino precisamente en razón de sus méritos. Esta es una tendencia democratizadora que según apunta Casabó, es relevante y que de un lado conecta con el racionalismo, pero de otro, revela según el propio autor «la escasa importancia que la Junta reconoce al derecho histórico» en el que creemos cabe incluir el derecho canónico, el derecho romano, los fueros y los usos y costumbres de cada lugar. La Junta además invita a todos los participantes a comunicar sus ideas con toda libertad y según crean que conviene mejor al bien de la Patria.

Por último, algo acerca de la finalidad de la reforma y los límites que la Junta se impone a sí misma. En donde cabe anotar una declaración de gran interés acerca de la finalidad de la Ley por cuanto implica la filosofía de la Ilustración en su totalidad: la reforma legislativa «será única y exclusivamente dirigida a procurar el mayor alivio y la mejor ilustración del pueblo español».

Otro momento importante dentro del proceso de Codificación en España, en el que se puede apreciar la influencia de los Ilustrados, es el que se refiere a la Consulta del país que trae su causa del decreto de 22 de mayo de 1809, por el que según las observaciones de Valdés y Jovellanos, se atempera el rigor de la propuesta de Calvo de Rozas en la medida a que la consulta ya no se dirigirá a todos los ciudadanos, sino que «para reunir las luces necesarias a tan importantes discusiones la Junta consultará a los Consejos, Juntas superiores de las provincias, Tribunales, Ayuntamientos, Cabildos, Obispos y Universidades, y oirá a los sabios y personas ilustradas». En donde pueden verse las restricciones que en el *iter* legislativo sufre la iniciativa de la Junta a propuesta de Calvo de Rozas. Sin embargo, cabe observar siguiendo a Casabó cómo este último inciso confirma la filosofía liberal e ilustrada del Proyecto en cuanto admite la posibilidad de «oír» a «los sabios y personas ilustradas». Los resultados de la consulta son significativos porque muestran las tendencias de quienes optan por la vía intermedia de recuperar parte del derecho antiguo innovando tan sólo en la medida estrictamente necesaria y las tendencias renovadoras. Pero ya no es posible en este punto situar el pensamiento de la Ilustración española en el lado de quienes apuestan por la renovación sino que adopta, llevados de la influencia entre otros de Jovellanos, la vía intermedia, pues según la tesis de la Comisión de Legislación, el objetivo de la misma debe ser el de mejorar la legislación ya existente mediante las oportunas reformas: «pero tendrá presente (la Junta) que cuando se formare un Código legal de España, no tanto se tratará en dar a la nación nuevas leyes, cuanto de escoger, ordenar, declarar y mejorar las ya establecidas»⁴⁴.

Otro momento fuerte en donde podemos examinar la influencia de las ideas ilustradas acerca de la Codificación es el que tiene lugar en las Cortes de Cádiz y en la Constitución de 1812. Para estudiosos de gran autoridad sobre el tema como Peset, «el auténtico origen de la Codificación debe

44. *Ibid.*, pp. 55.

establecerse en las Cortes de Cádiz»⁴⁵. En efecto es en ellas en donde se establece la conexión entre Constitucionalismo y Codificación y en donde se plasma el tránsito de la concepción autoritaria de la Ilustración a la concepción democrática de la misma. Así, el 24 de septiembre de 1810, en la reunión de las Cortes que tuvo lugar en la Isla de San León, «los diputados que componen el Congreso y representan a la Nación española se declaran legítimamente constituidos en Cortes Generales y extraordinarias en las que reside la soberanía nacional». El art. 3 de la Constitución de 1812 proclamará la soberanía nacional a la que pertenece exclusivamente el derecho de establecer sus Leyes Fundamentales. Soberanía de la ley como elemento rector de la sociedad, gobierno de leyes y no gobierno de los hombres, y legitimación de la soberanía de la ley a través de la soberanía nacional, son los elementos capitales como hemos visto de la concepción del racionalismo ilustrado demócrata de Rousseau. En otros artículos, recogerá el principio de independencia de los Tribunales (247), la potestad de juzgar exclusiva de los Tribunales (242), las garantías procesales (286, 287 y ss, 302 y s.) etc... En definitiva los principios propios del Estado liberal de Derecho, de modo similar a lo que en aquel tiempo ocurría en el resto de Europa. Y en el texto de la Constitución de Cádiz había un artículo, el 258, referido exclusivamente a la formulación del mandato codificador. «El código civil, y criminal y el de comercio sean unos mismos para la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias puedan hacer las Cortes». Por más que luego por diversos avatares políticos y administrativos, esta tarea codificadora no pudo llevarse a cabo⁴⁶.

Tras el sexenio absolutista de Fernando VII, se reanudan los trabajos de la Codificación durante el llamado trienio liberal, que verá el trabajo de un excelente proyecto de Código Civil, el de 1821, obra de un jurista valenciano ilustrado, D. Nicolás María Garelly, injustamente perseguido por la Inquisición y por los partidarios del poder absoluto del rey⁴⁷. Es éste un proyecto moderado, que no obstante su convencimiento en la bondad de las ideas ilustradas, concede relevancia a algunos aspectos del derecho histórico, y asume influencias de Bentham en también no pocos puntos. En su art. 1 más propio de una Constitución que de un Código Civil, afirma el principio de una soberanía de la Ley, voluntad de todos los españoles de ambos hemisferios, y el principio de la legitimidad popular de la misma «expresada por medio de sus legítimos representantes y corroborada por la sanción del Rey con arreglo a la Constitución». En los arts. 20 y siguientes sienta el principio de promulgación, publicación y entrada en vigor de la ley, homenaje al principio de publicidad de las leyes de los Ilustrados y en los arts. 34 y siguientes establece una tabla de derechos individuales, que hay que remitir, según el más calificado de sus estudiosos

45. Cfr. *La primera Codificación Liberal*, art. cit., pp. 130 y ss.

46. Para una consulta de los textos constitucionales, cfr. PECES BARBA, G. y otros: *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1982.

47. Cfr. PESET REIG, M.: *Análisis y Concordancias del Proyecto de Código Civil de 1821*, art. cit., pp. 37 y ss. en donde se traza una completa semblanza de D. Nicolás María Garelly.

a quien sigo en este punto, a las Constituciones francesas de 24 de junio de 1793 y 22 de agosto de 1795, que si bien acentúan los dos aspectos insisten más en el aspecto de la igualdad, en contraposición al primer período que pone el énfasis en la libertad, manteniendo ello no obstante una unidad teórica y de significado. Sea como fuere, lo cierto es que la intención de Morelly se dirige más hacia las Constituciones de este período⁴⁸.

Paralelamente a este proceso de Codificación civil, que comprende no sólo el derecho privado sino también declaración de derechos y libertades más propia de textos constitucionales, se realizan los primeros intentos de Codificación del derecho penal conforme a los principios y directrices de la Ilustración. Como en el resto de Europa también en España merced a los Ilustrados y al pensamiento liberal, se producirá, con mayor intensidad si cabe que en el ámbito del derecho privado, la Codificación penal, que girará en torno al principio general de humanización del derecho penal, y se apoyará fundamentalmente en las ideas al respecto de Bentham y Beccaria. De los documentos que aporta Casabó en su estudio sobre la Codificación penal, podemos constatar cómo las preocupaciones de nuestros ilustrados corre pareja con la de sus homónimos europeos. Los principios de adecuación y proporcionalidad de la pena al delito, la inutilidad personal y social de la pena de muerte, la prohibición del tormento, y la necesidad de la formación de un Código criminal, algunos de los cuales figuran en la Constitución de Cádiz, marcan la preocupación de nuestros ilustrados a lo largo de los siglos XVII y XVIII. La reforma de la legislación penal acentúa la radicalidad que expresa la Codificación en lo que a la superación del derecho anterior se refiere. Ya vimos cómo una de las preocupaciones fundamentales de los ilustrados europeos consistía en la subordinación del juez a la ley, en la instauración del principio de legalidad y publicidad de la ley, y en la eliminación del secretismo y arbitrariedad en los procesos penales mediante el recurso a las tristemente célebres «lettres de cachet». Pues bien, qué otra cosa si no, significa el duro juicio que constituye el Título Preliminar del proyecto de Código Penal de aquel tiempo, para el que las leyes criminales son «leyes oscurísimas, expresadas por medio de nomenclaturas incomprensibles y extendidas en estilo sumamente prolijo y complicado y en lenguaje a las veces semibárbaro; leyes en que se echa de menos la clasificación de los crímenes, la justa medida y graduación de los delitos y penas y las relaciones y debida proporción de éstas con aquéllos; las leyes parciales, contradictorias, cuya aplicación es muchas veces un problema muy difícil de resolver y manantial de dudas y opiniones encontradas; leyes severas, crueles, sanguinarias que autorizan atroces y horrorosos suplicios, mutilaciones injuriosas a la dignidad del hombre, bárbaros tormentos, de cuyo horrendo espectáculo se estremece aun el menos sensible y compasivo; leyes que desacreditan las costumbres y la

48. Cfr. DE LUCAS MARTÍN, F. J.: *Sobre la Ley como instrumento de certeza en la Revolución Francesa de 1789*, art. cit. (texto mecanografiado, inédito). Entre nosotros, una muy reciente lectura de la Revolución Francesa es la de RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.^a, *Las Ideas (Derecho Constitucional y Derechos Humanos)*, en *Historia del Pensamiento Jurídico (I)*, Madrid, Univ. Complutense, 1988, pp. 275 a 298.

moral privada de los españoles y representan a su carácter generoso y al estado de su cultura, en que tanto ha progresado»⁴⁹.

En 1851, hay otro proyecto de Código Civil encargado a una comisión a cuyo frente está García Goyena que fracasa como es sabido por liberal, laico y afrancesado. Gráficamente no se puede describir mejor las ideas antiilustradas. A partir de ese momento la idea codificadora pierde la fuerza y se verá reemplazada por la elaboración de leyes especiales sobre las materias de que se trate. La Constitución de 1869 supondrá el triunfo efímero de los ideales ilustrados del liberalismo progresista. Por primera vez en nuestra historia constitucional se recogerá el principio de sufragio universal y libertad de cultos junto a un extenso y generoso catálogo de derechos y libertades, que supone la constitucionalización «de un modelo de organización progresista de nuestras libertades»⁵⁰. Pero de la diversidad de intenciones e intereses entre el legislador y los llamados poderes fácticos, son una muestra las vicisitudes que en sólo 5 años experimentó la ley de matrimonio civil promulgada conforme al principio de libertad de cultos y que en consecuencia reconocía únicamente la obligatoriedad de dicha forma de matrimonio.

Por una de las muchas paradojas del destino la Codificación en España se consolida cuando los ideales ilustrados ya quedan del todo apagados y cuando en Europa también la burguesía ha asumido y superado el ímpetu ético filosófico de la Revolución. De ahí que también paradójicamente, la Codificación en España, lejos de consolidar las reformas ilustradas, consolide el triunfo de una burguesía conservadora que ha abdicado de sus responsabilidades cívicas y políticas. El modelo de Codificación española en lo que constituyen sus resultados, se aproxima más al modelo formalista y exegetico posterior a la Codificación en Francia que no al modelo revolucionario. La involución es clara y los resultados hay que examinarlos a la luz de dicho proceso. La privatización del derecho, el formalismo jurídico, la neutralidad del jurista y la conciencia de separación del jurista respecto del conjunto de la sociedad, su concepción como un técnico irresponsable en cuestiones políticas, son todas ellas propuestas «ideológicas» que no proceden de la Codificación sino precisamente de la desideologización, formalización y privatización de la Codificación, que desprovista de sus fines éticos y de su impulso de reforma social, queda como un instrumento desprovisto de sentido al servicio de cualesquiera regímenes políticos en la defensa del *status quo* y del modelo económico-político vigente. No era ésta como hemos visto la finalidad que nuestros ilustrados se propusieron.

49. Cfr. PESET REIG, M.: *La primera Codificación liberal*, art. cit., p. 154. Para una síntesis de la Codificación Penal, cfr. TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho*, op. cit., pp. 492 y ss.

50. Cfr. PECES BARBA, G. y otros: *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, op. cit., pp. 135 y ss. Para TOMÁS VILLARROYA, J.: *Breve historia del constitucionalismo español*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, caps. I y V.

La revolución en Cataluña. Ideas jurídicas de Ramón Martí de Eixalá

Por MONTSERRAT FIGUERAS PAMIES

Lérida

Cuando hace ya un tiempo empezamos las investigaciones sobre la escuela jurídica catalana en la segunda mitad del siglo XIX¹, se nos planteó la cuestión de cuál fue el papel de Ramón Martí de Eixalá (1808-1857) en el ambiente intelectual catalán de la primera mitad de siglo². Martí tiene una enorme importancia en la intelectualidad catalana de su tiempo, pero no forma parte propiamente de la escuela jurídica catalana. Su ideología se aparta del historicismo matizado de un derecho natural tomista, que formó el núcleo ideológico de dicha escuela y que en base a ello, defendió el derecho civil catalán frente a la codificación española en la segunda mitad del XIX.

En cambio, en la época de Martí, el intento de codificación sólo estaba en sus inicios y en el ánimo de los juristas españoles pero no fue en realidad un hecho candente hasta mitad de siglo.

En el entorno socio-político de Martí se produce, a finales del XVIII y principios del XIX, el impacto de la Revolución Francesa de 1789, con importantes consecuencias en todos los campos. Y es precisamente este

1. Cfr. FIGUERAS, M.: *La escuela jurídica catalana frente a la codificación española*, ed. Bosch (Barcelona 1987).

2. Ramón Martí de Eixalá, nace en Cardona (prov. de Barcelona), el 1 de enero de 1808, de familia acomodada. Sus primeros estudios los realizó en el colegio de los PP. Escolapios de Solsona y más adelante fue alumno de la Universidad de Cervera en donde estudió Leyes. Después del traslado de la Universidad de Cervera a Barcelona en 1842, fue destacado jurista y catedrático de derecho mercantil en esta última Universidad, además de destacado político liberal-conservador y gran filósofo del sensismo escocés. Fue también considerado el gran maestro de la llamada «generación de 1847», de la que saldrían las principales figuras intelectuales filosóficas y jurídicas de la segunda mitad del XIX catalán. Entre sus discípulos más destacados se encuentran: Fco. Javier Llorens Barba, principal representante de la escuela filosófica de Barcelona del ochocientos, Manuel Durán y Bas, primera figura de la escuela jurídica catalana. José Permyer y Tuyet, Estanislao Reynals y Rabassa, Pedro Nolasco Vives y Cebriá, Milá y Fontanals, Coll y Vehí..., etc. Pero desgraciadamente su vida fue relativamente corta, ya que murió en Madrid en 1857, cuando fue a formar parte de la Comisión de reforma del código mercantil).

hecho el que hoy nos interesa estudiar en breves apuntes. Es decir, cuál fue el eco ideológico revolucionario en el mundo occidental y concretamente en Cataluña y en el pensamiento de Ramón Martín de Eixalá. Vamos a verlo enseguida.

1. EL HECHO REVOLUCIONARIO FRANCÉS DE 1789

Hemos dicho que Martí recibió, pues, la influencia revolucionaria francesa. Hay que decir que desde 1789 a 1815, aparecen en Francia pocas obras de doctrina política. De todas formas, los símbolos, las palabras y las ideas políticas con las que vivimos hoy, no se formaron entre 1815 y 1830, sino entre 1789 y 1830.

Los más recientes trabajos reaccionan en contra de una explicación exclusivamente francesa de la revolución de 1789. Debe irse con cuidado en la comparación de situaciones que no son comparables, pero es evidente que la revolución americana y la revolución francesa tienen causas comunes, especialmente el crecimiento de la burguesía. De la misma manera, es preciso relacionar la revolución francesa con todos los movimientos revolucionarios que existen en Europa a finales del s. XVIII. La revolución francesa no es, pues, un hecho puramente francés³.

Ahora bien ¿en qué medida las doctrinas del s. XVIII determinaron a la revolución francesa? Esta antigua cuestión aún no ha sido resuelta definitivamente.

Parece que la investigación debe dirigirse a diversos puntos:

1.º) Es importante ver qué ejemplares de Rousseau o de Voltaire circulaban en Francia antes de 1789. También es útil recordar que el precio de la Enciclopedia era muy alto y por tanto su lectura quedaba reducida a las clases altas.

2.º) Pero también habría que averiguar en qué círculos —excluidas las clases populares— se encontraban más difundidas las obras de los filósofos: nobleza de espada, de toga, burguesía del comercio y financiera. El estudio sistemático de las correspondencias y de las memorias permitiría ver algunas conclusiones: Sin duda no sería la nueva burguesía, la que ocuparía la primera fila entre los consumidores de las obras «nuevas».

3.º) También sería preciso valorar el llamado «volterianismo difuso», simplista y deformado, de los que no leyeron a Voltaire, pero mucho más poderoso que el de, los relativamente pocos, que habían asimilado la obra de los filósofos. Sería necesario ver periódicos y almanaques desde 1789 a 1792.

4.º) De esta manera sería posible determinar una especie de jerarquía de las influencias que se nos escapa casi totalmente en el momento actual. J. Godechot dice que la influencia de los fisiócratas es la dominante a fina-

3. Cfr. GODECHOT, J.: *La grande nation*, ed. Aubier (París, 1957), 2 vols. Una excelente obra, dedicada a la expansión revolucionaria de Francia en el mundo, entre 1789-1799, en la que se encuentran muchas referencias sobre el movimiento de las ideas fuera de Francia y sobre los órganos de penetración francesa.

les del XVIII y que esta influencia es aún mayor que la de Rousseau, al que se colocó en segundo lugar, antes de Voltaire, de los enciclopedistas y de Montesquieu. Aún hay que probar estas afirmaciones. Godechot parece que se inclina a minimizar la influencia de Montesquieu, al que juzga de retrógrado y reaccionario, y a exagerar la de los fisiócratas, que expresaban el sentimiento de las clases en expansión. En realidad, las ideas de Montesquieu fueron parcialmente adoptadas por una burguesía a la que no aceptaba y que le había leído poco, mientras que las obras de los fisiócratas (el éxito de los cuales debía haber sido importante) pocas veces fueron adoptadas, en cambio, por los que se presentan como sus aliados naturales⁴.

2. INFLUENCIAS ILUSTRADAS EN CATALUÑA Y EN ESPAÑA

Pero la más ligera precaución histórica aconseja esperar la solución de los mismos hechos y ver también, cómo reacciona Cataluña referente a las distintas influencias que le llegan desde fuera, ya en forma de emigrados contrarrevolucionarios ya como agentes de la revuelta. Tampoco hay que olvidar el carácter atribuido en aquellos tiempos (finales del XVIII) a la cultura catalana, utilitaria y técnica y poco o nada filosófica.

A pesar de que hubo artistas que viajaron, médicos, químicos, y matemáticos que tuvieron correspondencia científica con los principales corifeos de la Enciclopedia y nobles que pagaron el tributo a la moda de «correr-cortes», no había en Cataluña, o al menos no se tiene noticia, de una tradición de volterianismo y filosofismo, si bien esto no quiere decir que los libros de Montesquieu, Raynal, Diderot y del mismo Rousseau, fueran desconocidos por los intelectuales del Principado, ni que en las poblaciones y comarcas de la frontera, no se encontrara la comunicación del espíritu catalán con el transpirenaico, mucho más intensa aún que en la capital y en las regiones del centro y del sur⁵.

En cambio, en el resto de la España de los Borbones, ya en la segunda mitad del XVIII, se ha dicho que quedó, en conjunto, alejada de la corriente liberal que circulaba por Europa, reducida al papel de algunos individuos, especialmente de Gaspar Melchor de Jovellanos, discípulo de Turgot en materia económica, y que expresa ideas liberales en su *Informe sobre el libre ejercicio de las artes*⁶, donde afirma que «los derechos de la libertad son imprescindibles, y entre ellos el más sagrado que tiene el hombre, es el de trabajar para vivir».

Ahora bien la Ilustración, que instintivamente evoca transparencia y racionalidad, se ha convertido en un cúmulo de tópicos. Se da por hecho

4. *Ibidem*.

5. Cfr. OLIVER, M.: *Catalunya en temps de la revolució francesa*, primera sèrie, Vol. XXXIII. Societat catalana d'estudis. Tallers tip. Ramón Torrella C/ Carme n.º 18 (Barcelona 1917), pp. 61 y ss.

6. JOVELLANOS, G. M.: *Informe sobre el libre ejercicio de las artes*. Biblioteca de autores españoles. Obras publicadas e inéditas de Gaspar Melchor de Jovellanos. Colección de D. Cándido Nocedal. Tomo II de sus obras, ed. Atlas (Madrid 1952), pp. 33-44. Para una ampliación de su pensamiento ver los cinco volúmenes de la misma colección.

que en España no hubo Ilustración, que ésta se asocia al racionalismo, a la crítica de la tradición, del sentimiento, de todo aquello que es empírico. Pues bien, sólo hay que juntar a hispanistas alemanes e investigadores españoles⁷, para constatar cómo se tambalea tanta verdad antes recibida. Cabe preguntarnos de nuevo, si hubo o no Ilustración en la España del XVIII. Actualmente, investigadores alemanes de Bochum, Duisburg o Marburgo, responden afirmativamente con decisión, intentando cortar así con una tradición inventada por los franceses que declararon a España país de convención ilustradora y fruto también de un romanticismo conservador enamorado de un país de bandoleros justicieros.

Dicen estas investigaciones que los estudios literarios tienen en España las mismas variantes secularizantes y críticas que en el resto de Europa, como lo demuestran las obras de Moratín y de Remis.

Desde un punto de vista político, es preciso hacer constar el desánimo de los intelectuales franceses hacia 1770, incapaces de conseguir una monarquía como la española de aire ilustrado. Hay obras como el *Viaje a España* de un cura llamado Ponz⁸, que nos enseñan el sentido práctico de los ilustrados españoles, que en lucha contra el campesinado y la aristocracia, relacionan Ilustración con Reformismo e integrismo con desarborización. El mismo punto de vista tiene el asturiano José Manuel Caso, quien analizando «El censor», mostraba el aspecto de espiritualidad que animaba el círculo de la condesa de Montijo.

Hubo pues una Ilustración española que se hizo sin ruptura con la tradición, aun cuando no cuajara en una revolución como la francesa de 1789 ni en una explosión cultural como la alemana. Pero las traducciones del siglo XVIII a la lengua alemana de las obras de Gracián⁹, del P. Isla¹⁰ o de Olavide¹¹, y también los estudios en las universidades extranjeras, mientras que en España sufrían procesos y censuras, demuestran la madurez de una y otra sociedad.

Parece pues otra vez, y a pesar de lo dicho por los alemanes, que en vez de una Ilustración española habría que hablar quizá de «ilustrados». Se ha analizado el comportamiento del pueblo y de la sociedad española frente a la Ilustración. Para el español de siempre, el «castizo» (pueblo, aristocracia e Iglesia), la Ilustración era aquello otro, «hereje», «extranjero», que sólo buscaba hundir la esencia castiza¹².

7. Como aconteció en la reunión hispano-alemana, celebrada en Cáceres en abril de 1988.

8. Cfr. PONZ: *Viaje a España en que se da noticia de las cosas más apreciables y dignas de saberse que hay en ella* (ed. Ibarra) (Madrid 1787-1794). Vols. I-XVIII.

9. Cfr. GRACIÁN, B.: *Obras Completas*. Biblioteca de autores españoles, ed. Atlas (Madrid 1969). *El Héroe. El Político. El Discreto. Oráculo Manual*. Tomo 229. Vol. I de sus obras.

10. Cfr. ISLA, J. F.: *Historia del famoso predicador Fray Gerundio de Campazas*.

11. Cfr. OLAVIDE: *El evangelio en triunfo o historia de un filósofo desengañado*, 4 vols. (Valencia 1797-98). Tradujo también versiones de las obras de Belley, Lemerre, Sedaine y Voltaire.

12. Es preciso repetir aquí, como ya hemos dicho en otros puntos de nuestra obra sobre la escuela jurídica catalana (o.c.), que en España, desde el Renacimiento, toda idea filosófica nueva era rechazada si no era compatible con la metafísica aristotélico-tomista, adoptada como la filosofía de la Iglesia católica. Hecho que dificultó sobremanera la evolución del pensamiento español en todos los ámbitos.

Hay que decir, como anécdota, que hubo un obispo santanderino llamado Menéndez de Luarca, que en 1790, amenazó con la pena de excomunión a los curas que se atrevieran a aceptar obleas para consagrar, con trigo importado de Francia, para prevenir del virus herético que, según él, llevaban los granos de trigo del norte.

Estos planteamientos, que pensamos que no serían únicos, rebajan bastante las tesis de los hispanistas alemanes. Los «ilustrados españoles» parece que fueron una minoría bastante breve.

La diferencia entre España y Alemania, por ejemplo, queda demostrada tras el riguroso estudio del profesor Raabe, director de la colosal biblioteca de Wolfenbütel, con un fondo importante de literatura española.

Desde el punto de vista sociológico, hablar de Ilustración se refiere al libro, a los librerías y a los editores. Es decir, gracias a la industria del libro, Leipzig, Berlín, Hamburgo y Frankfurt, se convirtieron en los puntos neurálgicos de la Ilustración europea. No es por casualidad que los pensadores pasaran a llamarse «escritores», que si en 1772 se habían registrado 3.000, pasaron a 11.000 seis años después.

A la vez que el estudio de Kreimendahl de las fuentes utilizadas por Kant, ponía en evidencia la importancia en el pensamiento kantiano del empirismo de Hume, rompiendo así con el tópico del racionalismo ilustrado (ahora ya no sólo en orden a las ideas ilustradas de España, sino en general de toda Europa). Barner y Andreu hicieron lo mismo con Lessing, descubriendo la importancia del sentimiento y de la tradición en la crítica ilustrada.

Tenían razón, pues, los que, como Hegel, insistían en que no habría Ilustración realizada, sino integrada al concepto moderno de racionalidad, a la tradición, incluida la religión.

Agapito Mestre señalaba hace poco, que hasta los criterios ilustrados (romanticismo y restauración) se movían en el campo de la Ilustración, de una manera muy distinta a los llamados hoy en día «postmodernos» los que, sin ninguna cortina de fondo ilustrada, sólo anuncian el caos¹³.

3. LOS PRINCIPIOS REVOLUCIONARIOS

Nos toca ahora, frente al tema que estudiamos, hacer un inciso ideológico.

Los principios de 1789, llamados «principios inmortales», se expresaron en algunos textos célebres:

- El fascículo de Sieyès, *Que est ce que le tiers Etat?*¹⁴.
- La Declaración de derechos del hombre y del ciudadano (agosto 1789).
- El Título Preliminar y el Título Primero de la Constitución de 1791.

13. Ver el periódico «El País» de Barcelona del lunes día 18 de abril de 1988, p. 30.

14. SIEYÈS: *Que est ce que le tiers Etat?* (Paris 1789).

El «credo revolucionario» parece, pues, ser aceptado por toda la nación.

Veamos cuáles son concretamente los principios:

1.º) Soberanía de la nación: la nación existe antes que nada y es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. *Antes y por encima de ella sólo existe el derecho natural.*

Sieyès plantea así el «principio de soberanía nacional»: el Rey, en otros tiempos se identificaba con el Estado, que forma parte de la Nación. Pero la nación es soberana, proclamándose los Estados Generales, Asamblea Nacional constituyente. Tiene una concepción *racionalista, utilitarista, individualista y básicamente jurídica*. —Racionalismo—. El pensamiento de Sieyès no deja lugar a la historia. La historia empieza en 1789. No son importantes las causas de la situación actual, que es irracional, y en consecuencia inaceptable. —Utilitarismo—. Para Sieyès, el argumento de utilidad es el más necesario para que una nación exista y prospere. Es el lenguaje de Voltaire en las *Cartas filosóficas*¹⁵. Es el lenguaje de Bentham y lo que será más adelante el lenguaje de Saint Simon en sus *Memorias*¹⁶. —Individualismo—. La voluntad nacional es el resultado de las voluntades individuales, al igual que la nación es el conjunto de sus individuos. Es decir, la fuerza viene del número. —Juridicismo—. Una nación es un cuerpo de asociados que viven bajo la ley común y están representados en la misma legislatura. Sieyès da fuerza con esta frase a la importancia de la ley. Su punto de vista es puramente jurídico. No encontramos, ni análisis económico, ni la más pequeña referencia a distinciones sociales. El Tercer Estado está representado por un bloque indisociado de veinticinco millones de individuos idénticos. La única distinción es la que opone los privilegiados a los que no lo son.

2.º) Los Derechos del Hombre: La Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano¹⁷, que recoge los principios afirmados en la Declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia (junio 1776), en la Declaración de Independencia o en las Constituciones de los Estados Americanos. Pero la Declaración de 1789 tiene una proyección más amplia. En la Declaración de Independencia sólo se dedican algunas líneas a los derechos del hombre, presentándose el texto como una inquieta y prudente justificación de una situación ya dada. En cambio la Declaración de 1789, se dirige solemnemente a todos los hombres. Es una brillante manifestación de universalismo y del *triunfo del derecho natural*, expone los «derechos naturales e imprescriptibles» del hombre: *la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.*

15. VOLTAIRE: *Cartas filosóficas*, edición preparada por Fernando Savater. Editora nacional (Madrid 1983). Sobre todo pp. 55 a 63. También ver *El tractat sobre la tolerància i altres escrits*. Ed. 62. Diputació de Barcelona (Barcelona, 1988).

16. Cfr. SAINT-SIMON: *Memòries* (Selecció), trad. i notes de Joan Casas. Ed. 62 (Barcelona, 1984).

17. Promulgado por la Asamblea Nacional francesa, texto incorporado como Preámbulo de la Constitución de 1791. En 1793 y 1795 se promulgaron dos Constituciones precedidas cada una de ellas de la correspondiente Declaración e incluso produjeron otro proyecto en el primero de estos años. El ejemplo político de Francia, como venimos estudiando, tuvo una influencia decisiva en el desarrollo constitucional del continente y aún más grande fue la influencia producida por sus Declaraciones de Derechos. Cfr. ARTOLA, M.: *Los derechos del hombre*, ed. Alianza (Madrid, 1986).

El «principio de igualdad» está incluido en el artículo primero: Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. En el art. cuarto, se da una definición esencialmente negativa de la libertad: «la libertad consiste en poder hacer todo aquello que no haga daño a los demás». Se define pues, por sus límites. De todas formas se nos presenta como un poder, no como una cosa, al estilo de la teoría de Locke. También se presenta muy vinculada a la propiedad, a la que está dedicado el artículo diecisiete: «Al ser la propiedad un derecho inalienable, inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de él, a no ser que la necesidad pública, legalmente constituida, lo exija con toda evidencia y bajo la condición de una justa y previa indemnización».

Hoy día somos sensibles a la prudencia de este texto, cuando los doctrinarios del absolutismo aseguraban que el monarca era propietario del reino, la Declaración de 1789 indica, refiriéndose a estas doctrinas, una ruptura que ya no se discutirá jamás. Afirma no sólo la soberanía de la nación, sino la ilegitimidad de una política basada en los llamados «cuerpos intermedios». «El principio de soberanía», dice el texto, reside esencialmente en la nación: «Ningún cuerpo ni ningún individuo» puede ejercer una autoridad que no surja de ella de una manera expresa.

De la «soberanía de la nación» deriva la «soberanía de la ley». Montesquieu habla de *las leyes*¹⁸, en cambio Robespierre habla de la *ley*. Esta majestad de la ley, queda reforzada por el carácter religioso de una declaración hecha en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo. Los derechos del Hombre, además de naturales e inalienables, son sagrados (art. 10).

La Declaración de Derechos, racionalista y deísta, es la suma de la «Filosofía de las Luces». Algunos pasajes vuelven a hacer pensar en Montesquieu¹⁹, como la referencia a la separación de poderes en el art. 16; otras en Rousseau²⁰, como la referencia a la voluntad general en el art. sexto.

La Declaración también ha sido calificada de incompleta y tendenciosa. Es, evidentemente, la obra de una Asamblea burguesa en lucha contra los privilegios y poco preocupada para conceder a todas las clases sociales el beneficio de los principios de igualdad y libertad que solemnemente había afirmado, y en cambio, no reconoce la libertad civil, ni a los mulatos, ni a los esclavos, y además la Constitución de 1791 distingue entre ciudadanos «activos» y «pasivos». La Ley Chapellier de 1791 es una manifestación de egoísmo burgués: Hay que permitir a todos los ciudadanos de «ciertas profesiones» de unirse bajo la pretensión de «intereses comunes».

18. Cfr. MONTESQUIEU: *De l'esperit de les Lleis*. Classics del pensament modern. Ed. 62. Diputació de Barcelona (Barcelona 1983). Trad. de Josep Negre i Rigol, 2 vols.

19. *Ibidem*.

20. Cfr. ROUSSEAU, J. J.: *El contrato social*. Prólogo de M. Tuñón de Lara. 3.ª edición. Ed. Espasa-Calpe (Madrid 1981) y *El Emili o de l'educació*, ed. Evmo. Diputació de Barcelona. Trad. de Montserrat Gispert (Vic, 1985).

Como consecuencia, los principios de 1789 fueron y no podían ser tampoco otra cosa, principios de inspiración burguesa, pero su proyección sobrepasa en gran manera las intenciones de los que los sostuvieron. Están, sin duda, situados en fechas concretas, pero desde hace dos siglos, hombres que no fueron precisamente burgueses, han vivido o han muerto para defenderlos²¹.

Pero llega ya el momento de preguntarnos qué pasa con todas estas ideas en el resto de Europa y más concretamente en España y en Cataluña en donde se mueve Ramón Martí de Eixalá en la primera mitad del s. XIX. Veamos:

4. LIBERALISMO, NACIONALISMO, SOCIALISMO Y TRADICIONALISMO EN EUROPA, ESPAÑA Y CATALUÑA

Liberalismo, nacionalismo y socialismo son las palabras clave del s. XIX, en gran parte como consecuencia de las ideas revolucionarias francesas.

El liberalismo es la ideología de la clase burguesa, la más beneficiada de la revolución francesa de 1789. Pero en Alemania, Italia y en la Europa oriental y central gobierna, a principios del XIX la aristocracia. La unidad nacional aún no es un hecho en dichos países. Los liberales están en la oposición, y el movimiento liberal se confunde, durante la primera mitad del s. XIX, con el movimiento nacional. De esta manera, durante mucho tiempo coexisten dos estilos muy diferentes de liberalismo: el confortable, del que es expresión la doctrina de Manchester y el liberalismo militante que inspira, tanto en Alemania como en Italia, los eternos derrotados de todos los movimientos revolucionarios.

Ni la unidad alemana, ni la italiana, se realizan por medio de los liberales, ya que incluso, en cierta manera, se realizan en contra de ellos.

El nacionalismo cambia de signo. De liberal pasa a ser conservador y a veces abiertamente reaccionario. Aparecen los nuevos Estados en Europa y en América Latina. Los más poderosos luchan por la hegemonía del mundo. El nacionalismo se convierte en imperialismo. Europa extiende su influencia sobre el conjunto mundial. Los imperios coloniales se hacen y se deshacen. El Extremo Oriente se abre al comercio europeo y a las ideas occidentales.

La revolución industrial transforma las sociedades. Existe un abismo entre las naciones que se lanzan al progreso y las que, como España, se refugian en el recuerdo; concentra en un mismo lugar y en una misma tarea a los propietarios antes dispersos, y les hace ver su fuerza y solidaridad. El socialismo deja de ser un sueño o un «divertimento» literario, para convertirse en una doctrina científica y en la esperanza de una clase.

21. Para una ampliación del tema ver TOUCHARD, J.: *Historia de las ideas políticas*. Ed. Tecnos (Madrid, 1983), 5.ª edición, pp. 358-361.

Y en la mitad del XIX, las revoluciones de 1848 producen también una quiebra profunda. De 1861 a 1865, la Guerra de Secesión destroza los EE.UU.

Y en la mitad del XIX, las revoluciones de 1848 producen también una quiebra profunda. De 1861 a 1865, la Guerra de Secesión destroza los EE.UU.

Ni el tradicionalismo (que pasa de la contrarrevolución al positivismo, ni el nacionalismo, que de liberal se convierte en conservador), ni el socialismo, que, como dirán los marxistas, pasa del estado utópico al estado científico, ofrecen las mismas características en la primera mitad de siglo que en la segunda. El liberalismo es el único entre todos los grandes movimientos de ideas, que evoluciona poco a poco, pero mientras sigue anacrónicamente fiel a formas orleanistas o manchesterianas, el mundo evoluciona a su entorno. Y aunque se pueda estudiar, de una sola tirada, al liberalismo, después al tradicionalismo y después al socialismo en el período entre 1815 y 1914, nos ha parecido mejor pararnos antes en 1848 y distinguir dos épocas: la del romanticismo y la del positivismo.

Esta distinción exige algunos matices. Podemos pensar que las revoluciones de 1848 constituyen el término e indican el fracaso del romanticismo político, pero es evidente que el romanticismo no desaparece bruscamente a finales de 1848. Es evidente, también, que el positivismo se manifiesta mucho antes de esta fecha, aunque sólo sea el saint-simoniano, sin el cual el comtismo es incomprendible. De todas las maneras el positivismo saint-simoniano está marcado por el romanticismo y difiere profundamente de las doctrinas científicas que se desenvuelven hacia 1880.

Es preciso recalcar que cada época tiene un clima particular. En el s. XIX, nos parecen más significativas las correspondencias entre obras de una misma época, pero de inspiración diferente, que entre obras que invocan una misma doctrina, pero que no corresponden a una misma generación.

Referente a Francia la expresión «romanticismo político» es ambigua.

Los escritores generalmente calificados de románticos, adoptaron, según los países, las posiciones políticas más distintas. En Italia, la mayor parte de los románticos son liberales, mientras que en Alemania el romanticismo es generalmente, hasta mitad de siglo, sinónimo de conservadurismo político y el romanticismo francés es sociológicamente indiferente. Los escritores románticos son de origen muy distinto: pequeña y gran nobleza, burguesía, desclasados, artesanado próximo al proletariado. Referente a la difusión del romanticismo, también es muy diversa: romanticismo de salones, de cafés, popular. La única clase que durante mucho tiempo continúa indiferente —salvo raras excepciones— es la burguesía.

Los románticos de 1830 centran precisamente sus críticas en la burguesía y el burgués tiembla frente a las audacias románticas. Pero poco a poco el romanticismo también se aburguesa y el liberalismo se cubre de un idealismo que la burguesía confunde con el romanticismo. De una manera general, el romanticismo fue el centro. Existe un tradicionalismo, un socialismo y un nacionalismo románticos. Pero, por ejemplo en Francia, el liberalismo se presenta durante mucho tiempo y quizás aún hoy, impermeable al romanticismo.

He aquí algunos rasgos del romanticismo político francés: a) el sentido del drama, del heroísmo, del sacrificio, y así el romanticismo político se

alimenta de los recuerdos de la revolución francesa y del imperio. b) Una concepción elocuente de la política, que se convierte en una llamada de lo ideal, recurre al poder de la palabra y se transforma en un género literario. c) La atracción por los problemas sociales, por la llamada «cuestión social».

En definitiva, el romanticismo es una «visión global del universo» que no trata tanto de resolver los problemas como del planteamiento de los mismos con toda su amplitud, de extenderse a las dimensiones del universo y de la historia.

Pero, aparte de Francia, también en el resto de Europa la historia de las leyes políticas del siglo XIX, está dominada por el progreso del liberalismo en el conjunto del universo.

Así el liberalismo triunfa en la Europa occidental, se extiende a Alemania e Italia, donde el movimiento liberal está estrechamente ligado al movimiento nacional, llega a la Europa oriental (luchas entre eslavófilos y occidentales), penetra, bajo la forma europea, en los países del lejano Oriente que (como ya hemos anotado antes) se abren al comercio occidental, y también en las repúblicas latino-americanas se dan Constituciones liberales inspiradas en la Constitución de los EE.UU.

El siglo XIX, es pues, ante todo, el siglo del liberalismo. Si bien nos preguntamos qué clase de liberalismo.

Para la respuesta a dicha cuestión se hacen necesarias algunas distinciones: 1) Liberalismo y progreso técnico. El liberalismo es inicialmente una filosofía del progreso indivisible e irreversible; progreso técnico, progreso del bienestar individual y moral. Pero el tema del progreso poco a poco queda vacío de contenido. Hacia finales del XIX son numerosos los liberales que sueñan con una era estacionaria, un universo parado, particularmente evidente entre los progresistas de 1890.

De esta manera es necesario distinguir entre un liberalismo dinámico, que acepta la máquina y favorece a la industria y un liberalismo conservador y proteccionista. La primera forma de liberalismo dominó Inglaterra. La segunda Francia.

Ya hemos dicho que el liberalismo es uno de los elementos originarios de la filosofía de la burguesía. Pero durante el s. XIX, las fronteras del liberalismo no coinciden ya, en forma alguna, con las fronteras de la burguesía.

Referente a los conceptos de liberalismo y libertad, ya en el s. XVIII se hablaba indistintamente de libertad y de «libertades» y el liberalismo aparecía como una garantía de la libertad con la doctrina de las libertades²².

Pero de la misma manera que el liberalismo aparece como la filosofía de la clase burguesa, no asegura más que la libertad de la burguesía.

22. La confusión de las tres palabras: Liberalismo, libertad y libertades se hizo patente en Francia, en la monarquía de julio.

En consecuencia existen dos clases de liberales: los que piensan que el liberalismo es uno, porque la libertad humana es una y los que no creen en la unidad de la libertad humana y piensan que la libertad de unos puede enajenar la libertad de otros.

En lo que se refiere a liberalismo y «liberalismos», durante mucho tiempo el liberalismo aparece como un bloque. Para Benjamin Constant²³, liberalismo político, económico, intelectual, constituyen sólo aspectos de una misma doctrina²⁴.

Esta concepción es la del s. XVIII, en la que la unidad del liberalismo era un dogma indiscutible. Pero en el XIX se produce un hecho capital: la fragmentación del liberalismo en varias ideologías distintas, si bien no siempre bien distinguidas:

— El liberalismo económico, que descansa en dos principios: riqueza y propiedad; se opone al dirigismo, colaborando con los favores del Estado. Es el fundamento doctrinal del capitalismo.

— Liberalismo político, que se opone al despotismo y es el fundamento doctrinal del gobierno representativo y de la democracia parlamentaria.

— Liberalismo intelectual, se caracteriza por el espíritu de tolerancia y de conciliación. Este espíritu liberal no es exclusivo de los liberales, algunos de los cuales también se presentan muy intolerantes. De esta manera, la unidad del liberalismo, al igual que la unidad del progreso, se nos presenta como un mito.

El liberalismo ofrece aspectos muy distintos, según las épocas y países y según las tendencias de una misma época y de un mismo país.

Pero frente al liberalismo, cabe tener en cuenta el tradicionalismo y las tradiciones.

Veamos otra vez en primer lugar a Francia. Los temas del tradicionalismo francés son: 1) Temas psicológicos (afición de Balzac y sus contemporáneos por la palabra «psicología»), recurso de la «naturaleza» y de la «experiencia». La palabra naturaleza tiene, en los tradicionalistas, una significación completamente diferente que en los liberales. Está ligada a la noción del orden natural, que es un orden económico, una consecuencia del juego armonioso de algunos mecanismos de adaptación; prescinde de la historia, se refiere a un mundo en donde domina la industria y el comercio, utiliza de buen grado las metáforas orgánicas (imagen del cuerpo). En cambio para los partidarios de la tradición, la «naturaleza» está ligada a la historia. La política natural no se basa en la naturaleza del hombre sino en el desenvolvimiento de la historia, en las lecciones de la experiencia: poder de los hechos, desconfianza referente a las abstracciones, positivismo y relativismo. 2) De aquí se derivan los temas de la «tierra» (en todos los sentidos de la palabra: tierra natal y agricultura), de los medios, de la continuidad de la herencia, los antepasados, la abundancia de metáforas

23. CONSTANT, B.: *Cours de politique constitutionnelle*. Société belge de Librairie (Bruxelles 1837) y los comentarios al libro de FILANGIERI, C.: *Ciencia de la Legislación*, 3.ª ed., Lib. Americana y Lib. Española. Ed. Lecointe (París 1836) 10 vols.

24. *Ibidem*; *Cours politique...*

vegetales²⁵. 3) Temas de asociación, que se oponen al individualismo liberal y que adoptan formas distintas: asociación natural, la familia. Asociación local: descentralización, regionalismo, gusto por el folclore. Asociación profesional: importancia del corporativismo en la escuela de la «Action Française», origen de esta tradición. 4) Temas morales: al igual que los liberales, los defensores de la tradición invocan de buen grado a la moral, siendo algunos componentes de este ideal moral, el honor, la energía, la responsabilidad, el trabajo bien hecho, el patriotismo, etc.

Es así que en aquello que hace referencia a los doctrinarios de la contrarrevolución francesa, es preciso señalar al vizconde de Bonald y a Joseph de Maistre, por cierto bastante citados por Martí de Eixalá (aunque no se identifique con sus teorías), sobre todo en su *Manual*²⁶.

Joseph de Maistre (n. en 1751), tiene una inclinación por el misterio y por el sentido de la fórmula²⁷. El vizconde de Bonald y gentilhomme de Rouergue (1754-1840)²⁸ es un razonador, a veces pesado, pero que en cambio, tiene un sentido más agudo de los problemas sociales que De Maistre. Su *Legislation primitive*²⁹, denuncia el maquinismo y la escuela material y materialista de Adam Smith³⁰.

Pero aunque el pensamiento de Bonald sea diferente del de De Maistre, ambos tienen importantes semejanzas: A) La experiencia contra la razón. Al igual que Burke, De Maistre y Bonald se mofan de las pretensiones racionalistas del s. XVIII. Es preciso oponer, a los sueños universalistas y al racionalismo, las lecciones de la experiencia y de la sabiduría providencial. La política natural está basada en la historia. Los tradicionalistas, al igual que los liberales de la misma época, recurren a la historia como principio de explicación y de justificación política. De esta manera Del Vecchio³¹, habla del «historicismo político» de la escuela tradicionalista. Pero De Maistre presenta a la historia bajo los designios de la divina providencia. B) La sociedad contra el individuo. Tanto para uno como para otro, no son los individuos los que constituyen la sociedad, sino al revés. Esta religión de la sociedad acaba con la religión del Estado. El gobierno se establece sobre bases teocráticas, y la obediencia está siempre justificada. C) El orden contra el progreso. La sociología de De Maistre es una sociología de orden y su obra expresa la nostalgia de la unidad.

25. Así por ej. la metáfora del árbol es esencialmente tradicionalista. El árbol es la imagen de la espontaneidad, de la continuidad y de la asimilación de la disciplina.

26. Cfr. MARTÍ DE EIXALÁ, R.: *Manual de Filosofía Experimental de M. Amice*, con notas y aumentado con un apéndice de la filosofía española, con la parte bibliográfica (Barcelona 1842).

27. Cfr. DE MAISTRE, J.: *Del Papa, de la Iglesia galicana en sus relaciones con la Santa Sede*. Lib. Religiosa (Barcelona 1856). Vols. I-II. Y también *Essai sur le principe Générateur des Constitutions Politiques et de autres institutions humaines*. Ed. J. B. Pelagaud et Cie. (Lyon 1844) entre otras obras.

28. BONALD: *Oeuvres Complètes*. Ed. Migne, J. P. (París 1864), Vols. I-II-III.

29. *Ibidem*, *Legislation Primitive*.

30. Cfr. SMITH, A.: *Théorie des sentiments moraux*, ed. Barrois (Paris 1830). Vols. I-II. Y también *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Fa. Guillaumin (Paris 1859). Vols. I-II.

31. Cfr. DEL VECCHIO, G.: *Derecho Natural y contrato social*. Versión de Eustaquio Galán, ed. Reus (Madrid 1949). Y ver también *Hechos y doctrinas* (escritos filosóficos, jurídicos y literarios), trad. y escrito preliminar de E. Galán. Prólogo de M. Puigdollers, ed. Reus (Madrid, sin año).

El orden tradicionalista es eminentemente jerárquico. El gobierno más natural es la monarquía y la soberanía es única, inviolable y absoluta. De Maistre subordina el poder temporal al espiritual y atribuye al Papa una especie de magistratura universal. Experiencia, sociedad, orden, unidad, providencia. Estos temas constituyen el fondo común del tradicionalismo universal³².

Por otra parte, siguiendo el curso del ochocientos es preciso fijarnos con lo que pasa con el «espíritu» de la ya citada revolución de 1848 tanto en Francia como en Europa.

Es cierto. Se habla a menudo del «espíritu de 1848», mientras que se busca, sin éxito, la huella de un «espíritu de 1830» o de 1870. Espíritu común (si bien con algunas variantes), a todos los movimientos revolucionarios simultáneos europeos que se muestra en todas las categorías sociales comprometidas en estos movimientos.

No hablamos de unanimidad. Sin duda subsisten las divergencias y son fundamentales en la burguesía liberal y en el proletariado. Pero durante un breve período, las divergencias quedan relegadas a un segundo plano y la fraternidad figura en el orden del día. Ilusión lírica a la que seguirán sangrientos despertares.

El «espíritu de 1848» está formado por elementos diferentes:

- a) Romanticismo.
- b) Recuerdos de la revolución francesa de 1789.
- c) La mística del progreso y el culto a la ciencia.
- d) Un culto al pueblo.
- e) Una concepción idealista, muchas veces espiritualizada de la política.

La revolución de 1848, no tuvo sólo causas políticas, sino también económicas y ciertas adhesiones a la misma fueron interesadas. La burguesía liberal, en conjunto, quiso restablecer lo más pronto posible el orden burgués, perturbado por un momento. Pero no puede ello atribuirse sistemáticamente a todos los burgueses o católicos, que, desde un principio se adhirieron a la revolución de 1848. A la vez que es necesario también citar un hecho importante: el proletariado de 1848 no tenía ideología proletaria y las tesis marxistas no penetraron en él³³.

5. CATALUÑA

Todas estas ideas y hechos reseñados hasta ahora, y que tuvieron la mayoría, su origen en Francia, influyeron notablemente pues, como ya se ha visto en Europa, pero también en Cataluña.

En el Principado, y hablando ya del mundo intelectual, la Revolución Francesa se produjo cuando aún la Universidad de Cervera, fundada por

32. Cfr. TOUCHARD, J.: *Historia de las ideas políticas, o. c.*, pp. 397-419.

33. *Ibidem*, pp. 444-446.

Felipe V en 1716, era el único centro oficial de enseñanza en Cataluña. Recordemos que Cervera³⁴, siempre dominada por los eclesiásticos, se muestra en principio, bastante reacia a las nuevas ideas políticas y filosóficas.

En cambio, otra cosa distinta sucede en Barcelona a principios del XIX, y también a partir de 1842, una vez ya recuperada su Universidad³⁵.

El espíritu catalán, barcelonés, siempre fue empero positivista, si bien la burguesía se recatoliza³⁶ hacia mitad de siglo retrasando así la completa recepción del espíritu de las revoluciones de 1789 y 1848.

Ahora bien, en orden a la de 1789, sí que existen unos hechos asimilados por los intelectuales catalanes, entre ellos Martí de Eixalá: el racionalismo de las ideas revolucionarias, la fobia del Antiguo Régimen, el triunfo del liberalismo y la inquietud por la codificación, a favor de ésta, parece ser, hasta la primera mitad del XIX y en contra a partir de ahí, debido al intento de codificación española en base a las leyes de Castilla sin respetar el derecho civil catalán³⁷.

La revolución francesa produjo, pues, su impacto en Cataluña. Consecuencia del enciclopedismo y de la Ilustración tenía que hacer surgir diversas respuestas.

La burguesía, como ya sabemos la clase más fuerte en la Cataluña del XIX, fue adquiriendo una mentalidad romántica e irracionalista en los primeros tiempos, pero sin menospreciar otros factores, debidos a la revolución de la técnica y la expansión del capitalismo.

Una de las causas de esta actitud se encuentra en la relación que Cataluña tenía con Francia. Hemos dicho antes, también, que la cultura catalana del setecientos se alimenta de libros franceses, introduciéndolos abierta o clandestinamente y además, los hombres de ciencia tenían como principales enlaces la revista «Journal des savants» y las «Mémoires de Trévoux»³⁸.

Es preciso recordar también la inmigración francesa en Cataluña con motivo de la revolución francesa, pero aun con todo, es mucho más decisiva la influencia francesa desde la presión que ejercieron los invasores³⁹.

El impacto de la influencia francesa en Cataluña después de la Revolución, se hace también patente en los grupos religiosos que aparecen en el Principado, de ideología jansenista o filojansenista. El más conocido en aquellos momentos es el grupo formado por Francesc Armanyà, Félix Amat y Martí Franqués. Las características religiosas se reducen a agustinismo, tomismo, filojansenismo y antijesuitismo.

34. Para ampliar el tema sobre el estudio de la Universidad de Cervera en Cataluña ver FIGUERAS, M.: «Alguns trets ideològics de la universitat catalana: segles XVIII i XIX», en *Miscel·lània Cerverina* II. Publicacions de L'Ajuntament de Cervera (Generalitat de Catalunya) 1983.

35. *Ibidem*.

36. Porque le interesaba para sus pactos económicos con la oligarquía dominante española, de talante católico-conservador.

37. El subrayado es nuestro.

38. Cfr. SOLDEVILA, F.: *Història de Catalunya*, Tomo III, ed. Alpha (Barcelona 1962), pp. 1.238-40.

39. Cfr. BATLLORI, M.: *Catalunya en l'època moderna. Les relacions hispano-franceses al segle XVIII*. Recerques de història cultural i religiosa. Ed. 62. Y ver también VILAR, P.: *Catalunya dins l'Espanya moderna*. Vol. IV, Ed. 62 (Barcelona 1968).

Pero tampoco se podían considerar verdaderos jansenistas aquellos «curas ilustrados», que defendían una reforma de la Iglesia y de la cultura eclesiástica con la ayuda del poder real y que se oponían a la excesiva intromisión de Roma en los asuntos de la Iglesia española, que eran firmes adversarios de los jesuitas, también en parte, porque no admitían las ideas molinistas, probabilistas y romanistas.

Lo que a nosotros más nos interesa de todo ello, es que las ideas jansenistas entraron en los círculos más cultos del clero español, no tanto por contactos personales, como por, otra vez, los libros y diarios que llegaban de Francia. De una manera clandestina, en un principio y después con la protección real, que permitió que los libros parajansenistas fueran los libros de texto oficiales de las universidades españolas⁴⁰.

La conclusión después de estos datos, es asegurar la influencia de las ideas francesas en Cataluña y en todos los órdenes.

Ahora bien y hablando ahora de toda España y refiriéndonos concretamente a la política universitaria de la época, la muerte del rey Carlos III y el hecho de la Revolución Francesa, influyeron de manera decisiva, ya que a partir de este último acontecimiento, se impuso un eclecticismo filosófico, es decir, en España se formó un cierto ambiente liberal y de apertura ya que la literatura enciclopedista se conoció más ampliamente. Si bien hay que tener en cuenta, que más tarde, bajo el gobierno de Carlos IV, se trató de impedir tal difusión, pero sin demasiado éxito.

Al centrarnos de nuevo en Cataluña, es necesario señalar otro hecho que facilitó la influencia de los ideales revolucionarios. Fue el estudio por parte de los catalanes en universidades francesas (muchas veces como reacción al inmovilismo ceriverino) sobre todo las de Montpellier y Tolouse.

Y tocando el tema del estudio universitario, en Cataluña como en el resto de España, se implanta en el año 1786, el estudio de la asignatura Derecho Natural, si bien sólo dura ocho años, ya que en 1794 se prohíbe otra vez su estudio, debido al miedo de los gobiernos españoles frente a la fuerza de la ideología revolucionaria en toda Europa. No olvidemos el papel que el iusnaturalismo racionalista representó como factor ideológico en la Revolución Francesa⁴¹.

CONCLUSIONES SOBRE CATALUÑA

Y ya como última conclusión del peso de la Revolución Francesa en Cataluña, podemos decir que en la ideología produce nuevas formas de pensamiento para derrotar al Antiguo Régimen. Dentro de la Universidad, el inmovilismo de este Antiguo Régimen era representado por la Universidad de Cervera, y al triunfar las nuevas ideas a mediados del ochocientos,

40. Cfr. BATLLORI, M.: *Catalunya a l'època moderna, o. c.*, pp. 407-408.

41. Cfr. SALUD TERRÉ i VAQUER, A.: *La universitat de Cervera i l'explussió dels jesuites*. Trabajo inédito del Seminario dado a los alumnos de quinto curso de la licenciatura de Derecho por FIGUERAS, M. y titulado «La filosofía jurídica en la Universidad de Cervera». Curso 1987-88. Asignatura Filosofía del Derecho. Departamento de Derecho Público y Disciplinas Sociales. Biblioteca del Estudio General de Lérida (VI División de la Universidad de Barcelona).

la restaurada Universidad de Barcelona representa el nuevo pensamiento dominante, también reflejado en Martí de Eixalá, si bien en la vertiente ideológica, política y social, el autor no va más allá del saint-simonismo (positivismo marcado de romanticismo)⁴² y de un liberalismo conservador, por otra parte ostentado por la burguesía de su tiempo a la vez que, si bien el racionalismo revolucionario y la influencia en su obra jurídica de Domat y de Pothier le hace defender como jurista el espíritu codificador, en filosofía aceptará la experiencia del sensismo escocés y el valor de la conciencia y de los sentimientos⁴³.

42. Cfr. SAINT-SIMON: *Memòries*, ed. 62 i «La Caixa». Traducción y notas de Joan Casas (Barcelona 1984). Y ver también MARTÍ DE EIXALÀ, R.: *Manual de Filosofia Experimental, o. c.* y también sus *Manuscritos inéditos* que forman parte de la biblioteca particular de Joan Parpal Bruna en la calle Negrebernis, n.º 24 de Barcelona.

43. Para una ampliación del tema sobre el pensamiento filosófico jurídico de Martí de Eixalá tenemos en preparación un libro titulado «*Els arrels ideològics de l'escola jurídica catalana: Ramon Martí de Eixalà en la primera meitat del s. XIX*», fruto de nuestra línea investigadora sobre la escuela jurídica catalana desde el punto de vista filosófico-jurídico.

3. LA UTOPIA IRREALIZADA

La inconsistencia del modelo democrático liberal

Por JOSE RUBIO CARRACEDO

Málaga

Resulta obvio que el modelo democrático liberal es el enfoque político hegemónico en Occidente, desde hace dos siglos, tanto en la teoría como en la práctica. Gestado básicamente en Gran Bretaña, a partir de la lucha burgués-puritana contra el absolutismo real de los siglos XVII y XVIII, fue el gran triunfador entre los modelos políticos alternativos al Antiguo Régimen que se barajaron tanto en la Revolución Americana como en las sesiones constituyentes que siguieron a la Revolución Francesa. En los siglos XIX y XX el modelo demoliberal no ha hecho más que afianzar y extender su hegemonía por doquier.

No obstante, el modelo liberal se ha sustentado mucho más sobre una praxis política históricamente situada que sobre un diseño teórico consistente. En efecto, estudios como los de A. Levine y B. Barber han puesto de relieve que, en su misma génesis, el modelo político liberal incluye tres tendencias difícilmente compatibles entre sí: la «disposición anarquista», de la que deriva su disgusto ante la participación política y el intervencionismo del Estado; la «disposición realista», responsable de su inveterado enfoque individualista y el énfasis sobre la política como compatibilización o compromiso entre los intereses privados; y la «disposición minimalista» del papel del Estado en una sociedad civil floreciente de asociaciones particulares. De ahí su concepción del Estado-sereno y la consiguiente concepción estrecha (*thin*) de la democracia. La cosmovisión newtoniana, la epistemología cartesiana y la psicología del hombre apolítico serían los pilares últimos sobre los que se sostiene el modelo demoliberal (Barber, 1984, 3-114).

En efecto, desde sus orígenes, sus teóricos más destacados (Locke, Hume, Burke, Constant, Mill, etc.) han pugnado arduamente por articular sus dos componentes esenciales, imposibles de cohonestar, el liberal (énfasis sobre la libertad individual, primacía de lo privado) y el democrático (decisión colectiva, exigencia de utilidad pública). La teoría de la representación política, primero, y el concepto de utilidad pública, después, han sido los principales instrumentos de aquella articulación. Como ha quedado expuesto, Rousseau fue uno de los críticos más enérgicos del sistema representativo y el primero en elaborar, en la modernidad, un modelo de-

mocrático «duro», que será modulado posteriormente por el eje Kant-Fichte-Hegel en diferentes direcciones, promoviendo un modelo político en el que la deliberación y decisión pública de las cuestiones es mucho más acusada, y que los liberales suelen tildar de «idealista».

Lo cierto es que, pese a las sucesivas remodelaciones conceptuales propuestas (utilitarismo, tendencia liberal-social, teoría de la Elección Pública, etc.), el liberalismo está empezando a perder su hegemonía teórica, mientras se ve abocado en la praxis política a hacer concesiones crecientes a la intervención popular directa, aunque todavía con signo excepcional (elección directa de los presidentes, convocatoria de referéndum —aunque aún muy restrictivamente— en algunas Constituciones, etc.). Su vertiente teórica, en cambio, ha entrado definitivamente en crisis tras los trabajos de Macpherson (1962; 1966; 1973; 1977), de Wolff (1968), de Pateman (1970; 1979) y de otros. Un estudio reciente de A. Levine (1981) muestra con nitidez la inconsistencia del modelo liberal, luego que los trabajos de Arrow (1963; 1967) y Sen (1970) demostraron hace tiempo el conflicto irresoluble entre democracia liberal e interés paretiano; los todavía más recientes de Barber (1984) y de Ph. Green (1985) proponen ya una alternativa democrática «fuerte».

Como antes he apuntado, los problemas teóricos del modelo liberal surgen de la incompatibilidad real de los dos conceptos que constituyen el núcleo de la teoría: el componente liberal y el componente democrático. Ambos conceptos, sin embargo, nacieron combinados, tanto a nivel teórico como práctico, en la lucha puritano-burguesa contra el absolutismo real: se trataba de luchar contra la tiranía, pero sobre todo contra la arbitrariedad del monarca y sus ministros en sus continuas interferencias en los negocios privados y la vida social. Esta particularidad histórica sesgará definitivamente su concepto de libertad en cuanto ausencia de interferencias en la iniciativa privada (libertad negativa).

Pero no sólo el Estado interfería: también interferían los demás. El liberalismo no podía aceptar, sin embargo, la solución hobbesiana de un poder absoluto que funcionase como árbitro neutral e inapelable entre los particulares. Había que pensar en un modelo democrático para la decisión pública que evitase la interferencia arbitraria del Estado absoluto; pero como también había que evitar la interferencia de los demás ciudadanos, se hacía preciso contar con la institución jurídico-estatal; eso sí, sustrayéndose en lo posible a «la tiranía de la mayoría», de modo que la iniciativa privada y la propiedad acumulativa quedasen garantizadas en todo caso. El sistema representativo fue la solución estratégica que permitía armonizar el principio básico de libertad individual con la obligada decisión pública y colectiva sobre los asuntos que a todos concernían. Como observa Levine, tanto en los escritos de J. Locke como en los debates en torno a las Constituciones americana y francesa, es claramente perceptible esta tensión entre liberalismo y democracia (Levine, 1981, 3).

Curiosamente, Aristóteles describió de antemano la opción liberal y declaró su déficit como modelo político: «Es claro, pues, que la ciudad no es una comunidad de lugar y cuyo fin sea evitar la injusticia mutua y facilitar el intercambio». Porque el designio estatal mira a constituir «una

comunidad de casas y de familias con el fin de vivir bien, de conseguir una vida perfecta y suficiente» (*Política*, 1280b-1281a; 1983, 85).

Por lo demás, los teóricos del modelo liberal, pese a estar mucho más atentos a la legislación racional de la praxis política que a la consistencia lógica del modelo, no han dejado de intentar nuevas reformulaciones conceptuales de uno o de ambos componentes en pos de una articulación más convincente. La reformulación del liberalismo en términos utilitarios iniciada por J. S. Mill ha sido uno de los intentos más serios y prolongados. Más recientemente se propuso su trasposición en términos del modelo económico de mercado (Schumpeter, Downs, Buchanan, etc.); por último, la década de los setenta estuvo marcada por la polémica de ambos modelos, utilitario y económico, contra las nuevas remodelaciones propuestas por J. Rawls (en la línea liberal-social) y por R. Nozick (en la línea neoliberal ya avanzada por F. A. von Hayek, entre otros). La remodelación rawlsiana no sólo abre al liberalismo a consideraciones distributivas, sino que sitúa el concepto de libertad en interdependencia con el de igualdad en los dos principios de justicia que han de regular una «sociedad bien ordenada»; pero es notoria la resistencia que ha suscitado de cara a su homologación en la ortodoxia liberal. La segunda, en cambio, replantea el primado de la libertad y de los derechos individuales sobre bases ético-jurídicas poco convincentes, debido a su tratamiento sesgado de los derechos civiles¹.

Como es obvio, no se trata de regatear los méritos y las indudables conquistas en todos los terrenos que se deben al modelo democrático liberal. Lo que se cuestiona es su coherencia doctrinal y, por extensión, la de la práctica política que propicia. Aunque en este caso es la práctica política la que condiciona fuertemente la teoría liberal, como ha demostrado cumplidamente Macpherson: es la práctica del «individualismo posesivo» la que ha hipotecado la doctrina liberal.

Pero incluso al nivel del análisis conceptual es posible detectar la inconsistencia teórica del modelo político del liberalismo. Tal es el objetivo primordial de la investigación realizada por A. Levine, quien descubre en la teoría democrática liberal una disyunción inconciliable, al parecer, entre su designio político y los procedimientos democráticos, disyunción que ha conducido, desde su misma constitución, a subordinar la democracia al privatismo individual; la decisión colectiva va a diluirse, mediante la teoría de la representación y el sistema de partidos, en una democracia «light»

1. Sobre ambas propuestas me he ocupado con cierta detención en mi libro *La utopía del Estado justo: de Platón a Rawls* (Valencia, R. Esteban, 1982; 2.ª ed. 1985; nueva ed. refundida con el título *Paradigmas de la política*, en Barcelona, Anthropos, en prensa). Mi opinión es que la reformulación propuesta por J. Rawls, aun partiendo de los presupuestos liberales originarios, se sitúa claramente en una posición liberal-social, sobre todo a partir de 1980, como él mismo reconoce (Rawls, 1980, 519), siguiendo el eje Rousseau-Kant, diferenciado de la tradición lockeana. Por lo demás, Rawls permanece inmerso en la representación política. Nozick, en cambio, ha intentado una nueva legitimación del liberalismo radical mediante su teoría de la «Justicia como Titulación», que hay que entender como una respuesta a la concepción rawlsiana de «Justice as Fairness». Nozick pretende recuperar, además, el componente ácrata del liberalismo para presentarlo en clave utópica, en busca del calor popular que siempre le ha faltado a la teoría liberal. Pero su constructo logra escasa credibilidad.

que ofrece connotaciones fraudulentas. A mi juicio, la disyunción se debe, ante todo, a una concepción estrecha y sesgada de la libertad individual, propiciada ciertamente por su vinculación con el capitalismo, como ha demostrado Macpherson.

Tal concepción estrecha y sesgada de la libertad individual es susceptible de corrección; y, de hecho, en esta línea se sitúa la remodelación del liberalismo propuesta por Rawls, así como la «recuperación» del mismo propugnada por Macpherson a través del concepto de «developmental Liberty», al que correspondería una «non-market theory of democracy» (Macpherson, 1973). Una recuperación del liberalismo de este tipo es ciertamente positiva, pero resulta insuficiente, a mi entender, para resolver su conflicto teórico con una democracia auténtica. Y ello es así porque el concepto de democracia implica necesariamente la idea de unos agentes racionales libres e iguales; pero el concepto de igualdad personal (y no sólo la mera igualdad en el derecho de libertad, e incluso la igualdad formal ante la ley) choca frontalmente con la ideología liberal. De ahí que un modelo democrático avanzado sólo es compatible con el enfoque liberal-igualitario defendido por Rousseau, u otros similares. El liberalismo, incluso en su versión más positiva, propiciará siempre una democracia débil, que salvaguarde a los particulares de los compromisos comunitarios; sólo un concepto «idealista» de libertad como autonomía (Rousseau, Kant) es compatible con un modelo democrático «duro».

En el estudio antes mencionado, Andrew Levine se sirve de la metodología kantiana del «análisis regresivo» —en una versión similar a la metodología constructivista— para efectuar una reconstrucción del núcleo conceptual y de los fundamentos de la teoría liberal; es decir, Levine se propuso diseñar sus «posiciones distintivas» para «sacar a la luz sus presupuestos» (Levine 1981, 11ss.). No obstante, Levine insiste en considerar a J. S. Mill como el genuino formulador de la teoría liberal (*On Liberty, Considerations on Representative Government*), cuando es patente que Mill presenta ya una reformulación del liberalismo desde el enfoque utilitarista. La opinión mayoritaria reconoce, en cambio, a John Locke (*Second Treatise of Government*) como el principal artífice de la política liberal, completada por las sucesivas aportaciones de Montesquieu, Hume, Burke, Constant, Tocqueville, etc.

Por lo demás, Levine no deja de apuntar que la obra teórica de Locke no sólo representa una superación de la solución hobbesiana al problema del orden social en el ámbito de la filosofía política, sino que refleja las profundas transformaciones socioeconómicas impulsadas por la revolución comercial, que la revolución industrial iba a profundizar y consolidar seguidamente. El gran problema político no era ya el orden social —a cuya solución dirigió Hobbes su legitimación del absolutismo— sino justamente el de los límites de un poder estatal que interfería demasiado —y en modo hartamente arbitrario— las iniciativas de los ciudadanos. El absolutismo del Estado era, en realidad, una supervivencia del sistema feudal, que había saltado en pedazos ante el empuje de la burguesía comercial; la revolución religiosa había contribuido también poderosamente a la crisis de las nociones tradicionales de obligación civil y de autoridad estatal. Para Rousseau el gran problema político será el de la legitimación del poder estatal y su

solución no es otra que la propuesta de un modelo democrático «duro», sin concesiones al realismo político. Para Locke, en cambio, la legitimación del poder estatal pasa por unas instituciones liberal-democráticas que salvaguardan la propiedad y la iniciativa privada contra toda interferencia estatal o de los particulares: es el primado del individuo y de sus derechos como tal.

Como todos los comentaristas ponen de relieve, el liberalismo responde a una corriente histórica de disgusto, desconfianza y hasta hostilidad frente a todo poder estatal. En términos hegelianos, el liberalismo marca el punto culminante de la tensión entre la sociedad civil y la sociedad política; ante una sociedad civil pujante y creadora, el Estado y sus instituciones jurídico-políticas aparecen casi como un mal necesario; lejos de ser las promotoras del bienestar y de la justicia social, siguiendo los dictados de la voluntad general o del bien común, como propugna la corriente «idealista», han de limitarse a señalar coercitivamente las reglas del juego competitivo de los intereses privados. Las instituciones jurídico-políticas restringen la libertad de iniciativa, pero el «Estado-sereno» es el precio a pagar por unas garantías mínimas contra toda interferencia no prevista. Pero queda claro que toda interferencia es negativa si no puede ser legitimada; los derechos individuales, provenientes del «estado de naturaleza», son inviolables y no admiten más concesiones que las justificadas por la salvaguarda de la libertad misma.

No deja de ser llamativa la insistencia con que los teóricos liberales plantean el concepto de libertad desde una óptica casi enteramente negativa. Baste citar como muestra el conocido e influyente trabajo de I. Berlin titulado «Two Concepts of Liberty» (sobre cuya refutación levanta Macpherson su intento recuperador en base a la «libertad evolutiva»), en el que discrimina netamente el concepto de «libertad negativa», característico del enfoque liberal, del concepto de «libertad positiva» o autonomía, típico del enfoque idealista, que incluye siempre connotaciones totalitarias (Berlin, 1969). En efecto, para Berlin, como para la tradición liberal, la libertad consiste simplemente en la ausencia de relaciones coercitivas deliberadas. La libertad no tolera más impedimentos que los naturales; y si tolera la coerción estatal lo hace en cuanto que procede del pacto o negociación en el seno de las instituciones políticas liberales. Queda claro, en todo caso, que los impedimentos estatales son meras «condiciones» externas para el ejercicio de la libertad, pero jamás su vehículo, como apunta certeramente Young (1986, 7-31).

Como señala Levine (1981, 184), este concepto negativo de la libertad no solamente refleja la ideología del «individualismo posesivo», como argumenta Macpherson, sino también una concepción «atómica» del individuo. Por mi parte añado que tal vez el concepto leibniziano de «mónada», cerrada y autosuficiente, sea el más aproximado. En todo caso, resulta indudable que el concepto liberal de libertad presupone un concepción del individuo como «centro independiente» con deseos y actividad propia. Consecuentemente, la sociedad se constituye por tales individuos aislados y autocentrados, que compiten entre sí por los escasos recursos económicos y sociales (riqueza, prestigio, poder) según las reglas del mercado capitalista. Esta «inhumanidad» del enfoque liberal es la que hace urgente,

según Macpherson, la recuperación de un concepto positivo de libertad como desarrollo de los «poderes humanos», libre de toda implicación totalitaria, que si se produce será sólo por razones extrínsecas a la misma libertad (Macpherson, 1973, 41-2).

Esta concepción de los individuos como átomos o mónadas sociales va a lastrar pesadamente las instituciones democráticas liberales. En efecto, las instituciones políticas sólo pueden concebirse instrumentalmente, como las asociaciones (agregaciones) sociales; esto es, están «lógicamente subordinadas al individuo y a sus propósitos» (Levine, 1981, 46). Lo primordial es que el individuo pueda realizar sus fines sin impedimentos ni interferencias deliberadas. El objetivo primario de las instituciones políticas es la negación o regateo de los intereses privados; esto es, los que surgen de los deseos individuales. Tal negociación ha de hacerse según las directrices del egoísmo ilustrado y de la racionalidad instrumental, que constituyen el marco de referencia obligado para todos. Los fines están determinados por los deseos. El cometido de la razón es el de encontrar y seleccionar los medios que conducen más eficazmente a tales fines.

El egoísmo ilustrado marca el ámbito extendido de los cálculos y de las deliberaciones: a corto, medio y largo plazo. Esta estrategia egoísta racional señala el juego y los límites de la democracia liberal: es la arena donde se defienden las libertades cívicas y se compite racionalmente con los demás por la satisfacción de los propios deseos. Nadie puede saltar sobre su sombra más que con las ilusiones idealistas. Las instituciones democráticas liberales marcan, pues, el ámbito y las reglas del juego competitivo. Como dice Levine, son la respuesta a la necesidad de «un procedimiento de decisión colectiva para combinar las expresiones de los intereses individuales y producir elecciones sociales acordes con tales intereses» (Levine, 1981, 27). El «soberano» hobbesiano es reemplazado por este procedimiento colectivo de decisión que garantiza no sólo la libertad individual sino también la prosperidad. En este sentido rechaza la solución hobbesiana y apela a la soberanía popular.

Esta apelación a la soberanía popular resulta, sin embargo, equívoca. En efecto, los liberales no sólo utilizan el término pueblo en sentido muy restrictivo, tanto en la extensión (los propietarios y profesionales), como en la comprensión (agregación de voluntades individuales o de intereses privados), sino que excluyen cualquier connotación comunitaria (voluntad común) del mismo. Justamente, contra tal restricción del concepto de soberanía popular reacciona Rousseau y, con él, la tradición idealista, quizá también con exceso. Así cuando Rousseau invoca los conceptos de «voluntad general» o de «interés público» lo hace para contraponerlos a los de «voluntad particular» e «intereses privados», aun en el caso de que se acumulasen agregativamente en la «voluntad de todos». Ambas tradiciones suscriben la regla del voto mayoritario (Rousseau sólo exige unanimidad para la constitución del contrato social mismo), pero con muy diferente sentido: para Rousseau la mayoría implica (tras la deliberación en asamblea pública) la presunción de que expresa la voluntad general, mientras que para los liberales se trata de una concesión en aras de la eficacia ya que, de por sí, la lógica de mercado en que se inspira exige la unanimidad de los negociadores.

En efecto, en términos rigurosos el modelo liberal no puede justificar su preferencia por la opción mayoritaria ya que, al tener la asamblea un sentido agregativo, cada uno de los miembros de la misma tiene igual derecho que los demás; por tanto, la minoría tiene el mismo derecho que la mayoría. Esto explicaría, a mi entender, su paradójica apelación a la teoría de la representación política, que sólo puede tener una justificación idealista (los diputados como representantes de la nación), mientras que Rousseau muestra su fuerte componente de individualismo liberal cuando exige el ejercicio individual e inalienable de la soberanía popular. Pese a ser tan llamativa esta paradoja ningún comentarista ha hecho referencia a la misma que yo sepa. En el próximo capítulo insistiré sobre ella.

John S. Mill se propuso seriamente subsanar la inexistencia del concepto de «interés público» en la tradición liberal y acometió una reformulación global del modelo mediante su trasposición utilitarista. Al igual que Bentham, Mill considera que el concepto de «derechos individuales», sobre todo cuando se desliga del contexto iusnaturalista en que lo formuló Locke, resultaba demasiado abstracto y se propone reemplazarlo por el de «utilidad». Y la razón es que el principio de utilidad, que se «fundamenta sobre los intereses permanentes del hombre en cuanto ser progresivo», se presenta como criterio último y decisivo «para todas las cuestiones éticas». Por lo mismo le parece inconcebible hablar de «un derecho abstracto como algo independiente de utilidad» (*On Liberty*).

Ahora bien, el principio de utilidad, al permitir una concreción de los «deseos» en cuanto «intereses», posibilita una diferenciación neta de dos «áreas», la del interés «privado» y la del interés «público». Sin embargo, Mill no consiguió formular un principio objetivo para diferenciar ambas esferas, limitándose a remitir al sentido común y a dictaminar sobre algunos casos dudosos como el de las creencias y prácticas religiosas que son asignadas a la esfera privada. Obviamente, lo privado queda a cubierto de toda interferencia estatal; pero ésta tampoco alcanza a la esfera pública más que conforme al «*harm principle*»: la coerción estatal (y social) sólo es legítima cuando se aplica para «prevenir un daño a los otros». Se ha pensado que este mismo principio sirve para diferenciar claramente las esferas de lo privado y de lo público: corresponden a la primera aquellas actividades que «en principio» no perjudican a los demás, mientras que las prácticas y actividades que pueden dañar a otros, al menos en principio, constituyen la esfera pública.

Sin embargo, como apunta Levine (1981, 110 ss.), no resulta fácil combinar este principio de prevención del perjuicio a los demás con su principio utilitarista general que regula el ámbito político en la dirección de maximizar el bienestar del agregado social. Consiguientemente se podía esperar que Mill justificase la interferencia estatal cuando promueve el bienestar social; no obstante, se aferra a su formulación negativa (prevención del perjuicio a los demás) que enlaza lógicamente con el enfoque tradicional de los derechos individuales en la teoría liberal, enfoque que el propio Mill descartaba como «abstracto». De ahí que, en último término, su teoría política adopte un enfoque de «paternalismo estatal», al excluir la prevención del daño a uno mismo. Tanto más cuanto que el concepto de *harm* nunca es definido en términos precisos, aunque coherentemente

haya de ser interpretado en sentido de «daño a los intereses», dejando a salvo toda connotación idealista.

Ahora bien, pese a las deficiencias de formulación apuntadas, resulta claro que el designio de Mill es doble: ofrecer un criterio neto para diferenciar las esferas de lo público y de lo privado, pero al mismo tiempo abrir la esfera pública a un procedimiento democrático de elección colectiva mediante una combinación racional de intereses en sentido agregativo. Se trata de maximizar el bienestar social y las reglas de elección democrática son el mejor medio para tal fin².

Ha sido tarea de los neoutilitaristas contemporáneos la de explorar la teoría y formular en términos precisos tales reglas de la elección colectiva para combinar los intereses de todos. Se ha convenido con K. Arrow en que tal elección sería democrática si cumplía cuatro condiciones conjuntas: 1.^a, *racionalidad colectiva* (la regla de la elección colectiva es general y admite como tal todo ordenamiento consistente); 2.^a, *principio de Pareto* (se da preferencia social a la alternativa elegida como superior por todos los individuos); 3.^a, *independencia de alternativas irrelevantes* (la jerarquía social se determina estrictamente por las preferencias actuales en competencia); 4.^a, *no-dictadura* (ningún individuo puede imponer socialmente su elección a los demás) (Levine, 1976, 83 ss.; 1981, 51 ss.). Pues bien, Arrow ha demostrado que tales condiciones son mutuamente inconsistentes (en especial, la cuarta con la primera y la segunda); por ende, resulta imposible un procedimiento de elección democrática que las satisfaga simultáneamente (Arrow, 1963; 1967). De donde parece deducirse una incompatibilidad entre racionalidad y democracia, al menos en el sentido liberal de agregación de preferencias individuales.

Es más, un trabajo posterior de A. K. Sen (1970) demuestra «la imposibilidad de un liberal paretiano»; esto es, confirma la existencia de un insospechado conflicto entre el enfoque liberal y el concepto de interés público que posibilitaba el componente democrático. En efecto, se convenía generalmente en que la elección democrática era la que mejor aseguraba la maximización de los intereses de todos. En esta línea, Sen comienza por reconstruir el liberalismo como «una regla de elección colectiva» que «deriva las opciones sociales de las opciones individuales con vistas a resultados alternativos posibles». Ciertamente se trata de una reconstrucción sumaria, en la que no se tienen en cuenta las relaciones consensuales, pero que resulta todavía suficientemente fiable (Levine, 1981, 94 ss.).

En definitiva, según Sen, el liberalismo democrático consiste en que «las opciones colectivas se hacen mediante agregación de los intereses individuales según procedimientos democráticos de elección tales como la regla de la mayoría de votos». Ahora bien, Arrow había demostrado ya que el procedimiento democrático de decisión era imposible, dado que no podía satisfacer conjuntamente las cuatro condiciones mínimas. Obviamente, el componente democrático se contenía en las condiciones 2 y 4.

2. Para situar a Mill en el contexto de las influencias liberales y socialistas remito al conocido estudio de D. Negro Pavón (1975).

En virtud de las mismas se produce la llamada «paradoja del voto»: toda alternativa es siempre preferible a toda alternativa; por tanto es imposible ninguna jerarquía. De ahí que Sen proponga reformular el principio liberal en cuanto «*liberalismo mínimo*»: para evitar violar la regla de «no-dictadura» serían dos, al menos, los individuos cuyas opciones personales quedasen reflejadas en la elección social. Pero comprobó entonces que tal liberalismo mínimo era inconsistente con la regla de «racionalidad colectiva» y con el «principio paretiano», puesto que daba lugar a «mayorías cíclicas» (contraviniendo la regla 1). Una posible solución sería el imponer restricciones a las preferencias individuales, pero se contravenía entonces la regla 2; y prescindir de esta regla equivale a abandonar el procedimiento democrático de elección. Por tanto, en ningún caso es posible «un liberal paretiano»³.

En su libro de 1976, Levine piensa erróneamente que la incoherencia de la regla de la mayoría, demostrada por Arrow, afecta por igual al planteamiento liberal como al rusioniano (Levine, 80). Y, sin embargo, el ginebrino parece haber formulado su distinción entre la «voluntad de todos» y la «voluntad general» para evitar tal inconsistencia. En efecto, tanto la prueba de Arrow como la de Sen se dirigen exclusivamente contra el concepto liberal de construir el interés público mediante el ordenamiento jerárquico y compatibilizador de las preferencias individuales. Pero el concepto rusioniano rompe precisamente el enfoque atomista, de modo que supone un consenso (rubricado mediante el contrato social) sobre los fines a perseguir colectivamente, de tal modo que las preferencias individuales se subordinan de antemano a la obtención del interés público, que es el que da sentido al pacto social. Es el mismo contrato social el que hace posible «una percepción común» de los criterios, que a su vez hace posible el consenso democrático en la deliberación pública (al menos mayoritario). El mismo Levine termina por reconocer que debe considerarse indecisa la cuestión de si la prueba de Arrow desmiente la posibilidad de la regla democrática de mayoría en el sentido rusioniano (Levine, 1976, 95).

La prueba de Arrow y Sen contra la decisión democrática liberal arroja nueva luz sobre el persistente apego del liberalismo a las reglas formales de los procedimientos de representación política; cabe decir que, hasta cierto punto al menos, el liberalismo ha sido consciente siempre de su difícil compaginación como una auténtica democracia. Los procedimientos representativos, en cambio, precisamente a causa —y nunca a pesar de— sus perfiles oligárquicos, se avienen mucho mejor con una toma colectiva de decisiones mucho más aparente que real. Como denuncia Levine (1981), sus teóricos han puesto siempre mucho más énfasis en asegurarse una educación de los ciudadanos en los valores liberales, ensalzados como superiores e indiscutibles, que en ofrecer una reformulación del liberalismo claramente reconciliada con un sistema democrático estricto (el propio Mill se propuso reconciliar la democracia formal —sufragio general— con

3. Para un tratamiento, a la vez detallado y accesible, de esta cuestión remito al lector a los estudios recientes de A. Casahuga (1985) y de J. F. Corona y A. Menduina (1987).

el elitismo —voto cualitativo y ponderado—). ¿Por qué? Sin duda, porque prefieren el paradigma liberal a la democracia estricta.

Aquí radica, a mi entender, el nudo de la cuestión. La filosofía política liberal no cree posible la reconciliación de la autoridad con la autonomía y opta por la primera; el anarquismo, su primo-hermano, tampoco, pero opta, en cambio, por la autonomía (R. P. Wolff, 1970). Sólo las formulaciones legitimistas (como la rusioniana) la resuelven en sus constructos normativos. Consecuentemente, el liberalismo se aferra a su paradigma histórico y se niega a considerar toda posibilidad de una reformulación positiva del principio de libertad individual, la única capaz de reconciliarlo con el principio democrático. Los trabajos de Macpherson han puesto de manifiesto —pese a ciertas interpretaciones sesgadas— la indudable conexión socioeconómica del liberalismo con el sistema capitalista de producción. Tales conexiones condicionaban indudablemente su vinculación estrecha de los conceptos de libertad y de propiedad acumulativa, carente de toda función o limitación social, así como el enfoque negativo de la intervención estatal y de la decisión democrática («tiranía de la mayoría»). Pero resulta obvio que tales condicionantes históricos han perdido hoy buena parte de su vigencia. Parece factible, pues, en principio, una remodelación actualizada del sistema liberal, aun siendo conscientes de que la vinculación de la ideología y el capitalismo sigue —y seguirá siendo— muy estrecha. Por eso, en el mejor de los casos, el liberalismo permanecerá siempre extraño a los conceptos de igualdad, solidaridad y cooperación no competitiva (Rawls se sitúa ya expresamente sobre el eje Rousseau/Kant). Por lo mismo, su reconciliación con un sistema democrático no devaluado resulta imposible. Se perpetuará, por ende, la disyunción de sus dos componentes, el liberal y el democrático, permaneciendo el segundo subordinado al primero; por lo mismo, será siempre una democracia degradada, instrumentalizada.

A primera vista, sin embargo, el modelo competitivo de mercado en que se inspira la política liberal parece exigir un sistema democrático «duro». En efecto, el mercado es un sistema de intercambio voluntario y bilateral de bienes y servicios en condiciones libremente pactadas, aunque la ley y las costumbres impongan ciertas reglas mínimas. Por tanto, el modelo competitivo parece presuponer la libertad y la igualdad básicas de los contratantes. Es obvio, sin embargo, que éste es sólo un modelo abstracto de mercado; el modelo sociológico o real mantiene el carácter voluntario de las transacciones, pero éstas se realizan desde posiciones muy asimétricas de necesidad, por lo que las supuestas condiciones de libertad e igualdad dejan siempre un gran boquete para la explotación. Puede asegurarse que ésta es inevitable siempre que se den relaciones sociales de poder desigual. Un campesino y un tratante de ganado se sitúan generalmente sobre una relación social de poder desigual: el segundo se encuentra en posición ventajosa respecto de la experiencia, la habilidad, el potencial económico, el tiempo disponible, etc. El campesino ha de efectuar el regateo desde unas posibilidades mucho más restringidas y el tratante es perfectamente consciente de la situación.

Los teóricos liberales se aferran, no obstante, al modelo abstracto e insisten en que la explotación es sólo ocasional y se produce siempre sobre

una desviación del modelo; sería, a lo sumo, un «efecto perverso» (no deseado) de la dinámica competitiva del mercado; pero esta misma dinámica competitiva elimina por sí sola a medio y largo plazo las desviaciones abusivas: un tratante ventajista termina pronto sin clientela. Pero es obvio que esta dinámica autocorrectora de los abusos no elimina la explotación, sino que se limita a circunscribirla en los cauces del egoísmo ilustrado: el tratante se ve impelido a moderar y racionalizar la explotación para perpetuarla, no para eliminarla.

El liberalismo político asume igualmente sin más las argumentaciones tipo «mano invisible», según las cuales bastaría atenerse al lema: «que cada cual se ocupe de sus propios intereses», porque de este modo, al ayudarse a sí mismo, ayuda también inadvertidamente, y sin proponérselo, a los demás. El lema procede de la economía de mercado; pero en la esfera política se agravan los problemas causados por las relaciones desiguales de poder. Esta argumentación presupone una distribución inicial igualitaria, que no es precisamente realista ni en economía ni en política. En todo caso, esta traducción directa de los lemas económicos al dominio de la política resulta sintomática de las graves deficiencias del enfoque demoliberal, que ignora cuestiones esenciales de la filosofía política por el simple procedimiento de considerarlas «idealistas».

En efecto, el liberalismo se limita a trasponer a la esfera pública el modelo que rige en los intercambios del mercado capitalista. Por lo mismo, la negociación «democrática» de los intereses que afectan a todos no es simplemente competitiva, sino que se efectúa necesariamente sobre una relación desigual de poder que vicia de raíz la imparcialidad (*fairness*) de la negociación política. La teoría liberal apela tradicionalmente a la legitimación de los resultados por el consenso y la voluntariedad en la negociación. Pero la voluntariedad no excluye un cierto grado de coerción: el campesino acepta voluntariamente el precio abusivo; ello es así porque no le queda otra opción real, pero su aceptación no legitima el abuso de que es objeto, precisamente porque su posición de libertad y de igualdad está fuertemente descompensada; en definitiva, porque la negociación no es leal. Tampoco es enteramente coercitiva; pero es obvio que, aunque los liberales se resistan a reconocerlo, entre la coerción y la libertad se da toda una gradación de restricciones.

¿Por qué se da esta brecha entre la teoría y la práctica liberal? ¿Por qué aferrarse a un modelo abstracto que la sociología económica y política desmienten? Tal vez porque la teoría es sólo una racionalización de la práctica. Macpherson ha mantenido con insistencia que el «individualismo posesivo» marca por igual la teoría económica capitalista y la teoría política liberal (Macpherson 1963; 1966; 1977). Levine (1981, 157-176) subraya en buena medida la estrecha vinculación existente entre liberalismo y capitalismo. A mi juicio esta vinculación es tan fuerte que difícilmente podrá el liberalismo arrojar aquel lastre en el futuro. La tibieza con que ha acogido, no ya la teoría rawlsiana de la justicia, sino la propuesta «recuperadora», mucho más moderada, de Macpherson antes aludida, resulta reveladora: el primer reproche que se le hace es su ruptura con la tradición liberal. Y eso que sólo se trata de cambiar el enfoque negativo de la libertad y de los derechos civiles por otro positivo y creador («maximización

de las potencialidades humanas»). Esto les suena a libertad positiva, es decir, «idealista», con su peligroso potencial «totalitario» (Berlin 1969, 118-172).

¿Cómo suturar entonces, al menos en apariencia, aquella ostensible brecha entre la teoría y la práctica política? La teoría de la representación política, pese a su indudable tufo idealista, fue el gran hallazgo para mantener la fachada democrática al edificio oligárquico, ya que permitía cumplir, aunque desactivada, la exigencia de la soberanía popular; exigencia ciertamente peligrosa, pero imprescindible a los efectos de legitimación política. Merece examinarse, pues, con alguna detención ya que, por otra parte, fue enérgicamente denunciada por Rousseau como el vehículo de la nueva opresión oligárquica, mientras que Kant, al igual que Hegel, la aceptará complacido, no sólo en aras del realismo político, sino porque encajaba mucho mejor que la democracia participativa en su enfoque idealista del Estado. Se trata, pues, de una paradoja que ha pasado, además, casi inadvertida entre los comentaristas.

BIBLIOGRAFIA

- ARROW, K.: *Social Choice and Individual Values*, New York, Wiley, 2.^a, 1963.
 — «Public and Private Values», in S Hook, ed., *Human Values and Economic Policy*, New York, Univ. P., 1967.
- BARBER, B.: *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, Univ. of California P., 1984.
- BERLIN, I.: *Four Essays on Liberty*, Oxford, Univ. P., 1969.
- CASAHUGA, A.: *Fundamentos normativos de la acción y organización social*, Barcelona, Ariel, 1985.
- CORONA, J. F. y MENDUIÑA, A.: *Una introducción a la teoría de la decisión pública*, Inst. Nac. de Adm. Púb., Alcalá de Henares, 1987.
- GREEN, P.: *Retrieving Democracy. In Search of Civic Equality*, Londres, Methuen, 1985.
- LEVINE, A.: *The Politics of Autonomy: A Kantian Reading of Rousseau's Social Contract*, Amherst, Univ. of Massachusetts, P., 1976.
 — *Liberal Democracy. A Critique of Its Theory*, New York, Columbia Univ. P., 1981.
- MACPHERSON, C. B.: *La teoría política del individualismo posesivo*, Barcelona, Fontanella, 1970 (original: 1962).
 — *The Real World of Democracy*, Oxford Univ. P., 1966.
 — *Democratic Theory. Essays in Retrieval*, Oxford, Clarendon, 1973, 2.^a, 1979.
 — *The Life and Times of Liberal Democracy*, Oxford Univ. P., 1977; Vers. cast. *La democracia liberal y su época*, Madrid, Alianza, 1981.
- NEGRO PAVÓN, D.: *Liberalismo y socialismo: la encrucijada intelectual de J. S. Mill*, Madrid, C.E.C., 1975.
- PATEMAN, C.: *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, Univ. P., 1970.
 — *The problem of political obligation: a critical analysis of liberal theory*, Polity P., 1979; 2.^a, 1985.

- RAWLS, J.: «Kantian Constructivism in Moral Theory». *The Journ. of Philosophy*, 77, sept. 1980, 515-572.
- SEN, A. K.: «The impossibility of a Paretian Liberal». *Journ. of Political Economy*, 77, 1970, 152-7; recop. en ID., *Collective Choice and Social Welfare*, San Francisco, Holden Day, 1970, cap. 6 (vers. cast. Madrid, Alianza, 1976).
- WOLFF, R. P.: *The Poverty of Liberalism*, Boston, Beacon, P., 1968.
- *In Defense of Anarchism*, New York, 1970.

Libertad e igualdad

Las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia*

Por AGUSTIN SQUELLA

Valparaíso

I. «Sostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho de reformarla o abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio sea la más adecuada para alcanzar la seguridad y la felicidad».

Estas hermosas palabras forman parte, como es bien sabido, de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, que tuvo lugar el 4 de julio de 1776.

Pues bien: si hemos querido recordar esas palabras en el inicio de esta ponencia, ello se debe a que el texto recién citado, en mejor forma que otros similares de su misma época, como también de una manera literariamente muy lograda y sugestiva, vincula los valores de la libertad y de la igualdad —por una parte— con la democracia como forma de gobierno, por otra.

Por una parte, dicho texto certifica los valores de la libertad y de la igualdad, considerando a esta última como una «verdad evidente» y a la libertad como uno de los «derechos inalienables» de que los hombres se encontrarían dotados. Por otra parte, y como una manera de garantizar estos mismos valores, el texto opta por la democracia como sistema político, o sea, por gobiernos que «derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados».

* Ponencia presentada al XIV Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, Edimburgo, Escocia, 17 al 23 de agosto de 1989.

Referencias similares pueden ser encontradas en los primeros artículos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, en la que los representantes del pueblo francés convinieron también en que «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos» y, además, en que «el origen de toda soberanía reside esencialmente en la nación», de modo que «ningún órgano ni ningún individuo pueden ejercer autoridad que no emane expresamente de ella».

De esta manera, y desde los primeros y más importantes textos jurídicos nacionales en materia de derechos humanos, los valores de la libertad y de la igualdad han aparecido juntos y, a la vez, junto a la democracia como forma de gobierno.

Por otro lado, textos constitucionales más recientes, de nuestro siglo, concretamente la actual Constitución italiana y la Constitución española de 1978, discurren por una línea semejante. Así, la Constitución española, en su artículo 1.1 dispone 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», en tanto que en su artículo 9.2 puede leerse, complementariamente, que «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». Por su parte, el ordenamiento constitucional italiano, en su artículo 3.2, declara que es «tarea de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando en el hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país».

A su turno, y en el plano internacional, textos y declaraciones de derechos del hombre reiteran conceptos más o menos semejantes. Así, por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, vuelve sobre la fórmula de que «todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos», en tanto que la Declaración Universal de Derechos Humanos, de ese mismo año, repite textualmente la fórmula antes señalada, y añade, todavía, que «la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público» y que «esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas, que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto...».

Por su lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y de una manera muy explícita por lo que se refiere a la relación entre libertad, igualdad y democracia, reconoce que «no puede realizarse el ideal de ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales», todo lo cual es ciertamente reiterado, en forma literal, por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también de 1966, y que, junto con el pacto anterior, han buscado conseguir una dimensión propiamente jurídica, que supere la obligatoriedad sólo moral de la Declaración de 1948 de la Organización de las Naciones Unidas.

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de abril de 1970, articulando nuevamente de manera muy explícita la democracia con los valores de la libertad y de la igualdad, reafirma en su *Preámbulo* el «propósito de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre».

Pues bien: en la presente ponencia queremos por nuestra parte volver sobre el tema de los vínculos y posibles fricciones entre los valores de la libertad y de la igualdad, así como sobre el tema de la ubicación que ambos valores tienen en la forma democrática de gobierno. Por lo tanto, especificaremos a continuación qué sentido atribuimos a la palabra «democracia», como también a qué pretendemos aludir cuando hablamos aquí de libertad y de igualdad, para concluir con algunas reflexiones sobre cómo la democracia al parecer ha cumplido la mayor parte de las veces satisfactoriamente sus promesas de una mayor libertad, aunque no pueda afirmarse lo mismo, ciertamente, por lo que respecta a la igualdad, sobre todo si esta última es entendida no en su sentido jurídico-formal —que es el que está presente en la mayoría de los textos jurídicos nacionales sobre derechos humanos del siglo XVIII—, sino en su dimensión real o material, que es aquella que aparece con nitidez en los antes mencionados pactos internacionales sobre derechos civiles y políticos, y sobre derechos económicos, sociales y culturales, de 1966, como asimismo en los también citados textos constitucionales que Italia y España poseen en la actualidad.

II. Por lo que se refiere a la democracia, la teoría jurídica contemporánea, por intermedio de algunos de sus más caracterizados representantes —tales como Kelsen, Ross y Norberto Bobbio—, nos ha provisto de suficientes aportaciones como para que nos podamos sentir en situación de delimitar algo así como una idea o definición de democracia que se encuentre en concordancia con los usos lingüísticos más comúnmente aceptados del término, y que, a la vez, pueda ser útil para captar las regularidades más evidentes que pueden ser percibidas en los regímenes calificados de democráticos.

Obviamente, nos vamos a referir aquí a la democracia como forma de gobierno, esto es, a la democracia política, poniendo de lado otros posibles sentidos que tiene también la palabra democracia, algunos de los cuales son tal vez más restringidos que el de democracia política —como el concepto de «democracia económica», por ejemplo— y otros, en cambio, más latos o amplios, como acontece, por ejemplo, con el sentido que adquiere la palabra democracia cuando se la entiende como una determinada forma o estilo de vida en la que concurren y se combinan determinados rasgos humanos y características psicológicas, que no es del caso examinar en esta ocasión.

Norberto Bobbio, en una emocionante conferencia que ofreció en Valparaíso (Chile), en el mes de abril de 1986, intentó caracterizar lo que él llamó entonces una definición «mínima» o «procedimental» de democracia. En esta conferencia, Bobbio partió, expresamente, de ciertas evidentes coincidencias que pueden ser apreciadas en el modo como Hans Kelsen y Alf Ross tratan el tema de la democracia, coincidencias que —por nuestra

parte— tuvimos ocasión de poner de manifiesto en un trabajo titulado, precisamente, «¿Por qué la democracia? Una coincidencia entre Ross y Kelsen», publicado en 1985.

Una definición «mínima», hemos dicho, no porque la propuesta por Bobbio en esa oportunidad pueda constituir algo así como una «reducción» de la idea de democracia, sino porque la definición ensayada por Bobbio tiene la pretensión de hallarse —según se dijo antes— en consonancia con los usos lingüísticos corrientes o más habituales, de modo que pueda ella en el hecho ser compartida por todos —o a lo menos por la gran parte— de quienes invocan y prefieren la democracia como forma de gobierno, todo lo cual posibilita, ciertamente, que podamos entendernos cada vez que hablamos de la democracia como algo que se contrapone a las formas autocráticas de gobierno.

Y una definición «procedimental», hemos señalado también, porque Bobbio, lo mismo que Kelsen y Ross, consideran que la democracia es, a fin de cuentas, un método para la adopción de las decisiones colectivas o de gobierno. Este método, en consecuencia, puede conducir, en los hechos, a la adopción de distintos órdenes sociales y económicos, porque la democracia, en cuanto método, no se identifica necesariamente con el contenido de un determinado orden social y económico que pudiera ser considerado de antemano como el mejor, el verdadero o el más justo.

En toda sociedad extensa y compleja, como son en verdad las que nos toca vivir, existe la necesidad de adoptar decisiones colectivas, esto es, medidas que, junto con interesar a todos los miembros de la comunidad, resultan además vinculantes para éstos. «Todo grupo social —dice Bobbio— tiene necesidad de tomar decisiones vinculantes para todos los miembros del grupo, a objeto de proveer a la propia supervivencia, ya en el interior, ya en el exterior».

Ahora bien, como tales decisiones, por su misma condición de ser «colectivas» o de «gobierno», no pueden ser adoptadas por los individuos en forma aislada, es preciso que alguien las adopte dentro de la sociedad, o sea, es menester, como también inevitable, plantear la pregunta acerca de *quién* y *cómo* podrá tomar esas decisiones, esto es, acerca de *quién* y *cómo* deberá gobernar.

Toda forma de gobierno, en verdad, responde a esa doble pregunta. Las modalidades autocráticas de gobierno contestan diciendo que las decisiones colectivas deben ser tomadas por una persona determinada, o bien por un grupo circunscrito y limitado de personas, a quienes se suele identificar como los llamados «naturalmente» a la tarea de gobierno: los más sabios, los moralmente mejor calificados, los que reconocen determinada filiación, cierta clase social, una casta religiosa, militar o profesional cualquiera, etc. En cambio, la democracia, al responder a esa misma doble pregunta, lo hace sin saber ni determinar de antemano quién debe gobernar y cómo debe hacerlo; mejor aún, responde sobre la base de admitir que no hay un criterio cierto ni compartido acerca de quién deba gobernar ni tampoco acerca de cómo deba procederse desde el gobierno, de donde se sigue que lo más recomendable es que el gobierno quede en manos, por breves lapsos determinados, en manos de cualquiera que la mayoría

de las personas, debidamente consultadas, elija para esta misma función, quedando, por otra parte, sujeta esta mayoría, en cuanto a cómo debe gobernar, a ciertas reglas fijadas de antemano.

En uno de sus últimos trabajos —*Liberalismo e Democrazia*, de 1985—, Bobbio pudo escribir, en consecuencia, que democracia es aquella forma de gobierno «en que el poder se encuentra no en las manos de una sola persona, o de pocas, sino de todas, o, mejor, de la mayor parte, y que, en cuanto tal, se contrapone con las formas autocráticas de gobierno, tales como la monarquía y la oligarquía». Por lo mismo —escribe ahora en otro de sus ensayos— «democrático es un sistema de poderes en el que las decisiones que interesan a toda la colectividad son tomadas por todos los miembros que la componen».

Entonces, lo que caracteriza a la democracia como método «es el repudio a la violencia para resolver los conflictos políticos», porque «siempre es mejor contar las cabezas que cortarlas». En otras palabras —siempre de Bobbio—, la democracia «es la contraposición del método de la discusión y la persuasión, por un lado, y el de la violencia, por otro. Es democrático aquel que trata de resolver una controversia no suprimiendo al adversario, sino convenciéndole, y si no logra convencerle, estableciendo un acuerdo basado en un compromiso. Cuando además los contendientes son muchos y el compromiso es difícil, vale la regla de la mayoría». Una regla puramente cuantitativa —concluye el autor—, pero —repetimos por nuestra parte— «siempre es mejor contar las cabezas que cortarlas».

De este modo, si la democracia responde a la cuestión de quién y cómo debe gobernar, lo hace de una manera puramente procedimental, esto es, no determinando de antemano, ni de una vez para siempre, quién es el llamado a tomar las decisiones colectivas, ni tampoco cuál deba ser el contenido específico de estas mismas decisiones, sino tan sólo preconfigurando un conjunto de reglas —las reglas del juego— que permiten a los propios subordinados al gobierno decidir periódicamente acerca de las personas que tendrán derecho a adoptar las decisiones de interés común, así como sobre los programas que orientarán el contenido de estas mismas decisiones.

En suma: la regla básica de la democracia sería la de que en la adopción de las decisiones colectivas debe participar el mayor número de personas (toda la población adulta, por ejemplo); y establecido que el grupo, como tal, no puede instituir directamente, una a una, tales decisiones, esa misma regla estipula que quienes adopten en el hecho estas decisiones deben ser representantes del pueblo, lo cual sólo es posible, en el hecho, si el grupo designa a sus representantes por medio de elecciones.

En una democracia, entonces, el poder no es ejercido directamente por el pueblo, aunque sí puede decirse que en una democracia el poder proviene o deriva del pueblo, en el sentido de que es éste al que corresponde, por medio de determinaciones de mayoría, designar a quienes tendrán a su cargo la tarea de tomar decisiones colectivas. A su vez, los elegidos para esta función, especialmente en el caso del órgano o poder legislativo, y una vez agotados los mecanismos de discusión y transacción que puedan conducir a la unanimidad o a consensos amplios, resolverán

finalmente sobre el contenido de sus propias decisiones aplicando también la regla de la mayoría. Así, sólo en una democracia directa puede afirmarse que el pueblo decide o gobierna; en cambio, en nuestras democracias representativas —cuando la hay— lo único que puede decirse es que el pueblo elige a quién decide o gobierna.

Por lo mismo, la democracia es sólo el gobierno de la mayoría y no —como se dice a veces por los enemigos de la democracia— la «tiranía de la mayoría», puesto que, en un Estado democrático, las minorías cuentan con reconocimiento y protección jurídicas; a veces, incluso, cuentan con una representación proporcional en los órganos de poder que establecen las decisiones colectivas; y, en todo caso, tienen siempre la posibilidad de llegar algún día a convertirse en mayoría.

En toda democracia, por cierto, puede decirse que la mayoría tiene derecho a realizar su programa de gobierno, pero este derecho encuentra un límite en los derechos constitucionales de los ciudadanos, incluidos por cierto los derechos de las minorías. Tiene razón, pues, Leonard W. Levy cuando afirma que «creemos en la autodeterminación regida por el gobierno de la mayoría y creemos también en las limitaciones al gobierno de la mayoría. Esta paradoja se aclara —dice enseguida el autor— si nos fijamos en que la finalidad que persiguen tanto la autodeterminación como las limitaciones al gobierno de la mayoría es la misma: garantizar la libertad».

Así, no se puede dar la democracia, «si este juego —dice ahora Bobbio— que nosotros hemos llamado de la decisión democrática, no presupone confirmar, garantizar, proteger y asegurar algunos derechos fundamentales que preexisten, a las mismas reglas del juego y que son los derechos de libertad». De este modo, «la democracia no puede funcionar si no se presupone toda la tradición del liberalismo, es decir, toda la tradición de las declaraciones de los derechos de libertad, que son el presupuesto de la acción democrática». En consecuencia, «no es por casualidad que en las Constituciones modernas, a las reglas que establecen quién debe tomar decisiones y cómo deben ser tomadas, se preestablezca una larga lista de derechos de libertad que están fuera de toda posible decisión y sobre los cuales la mayoría no puede intervenir». Estos derechos, por otra parte, «tienen un valor perenne, y no sólo histórico o de clase», aunque el mismo Bobbio, en un artículo de 1954, pudo escribir, a nuestro entender con mayor precisión, lo siguiente: «cuando yo hablo de libertad no hablo de la libertad metafísica, ni de la libertad como esencia del espíritu humano. Hablo, como estudioso del derecho, de ciertas instituciones jurídicas que caracterizan al Estado liberal y fuera de las cuales no hay lugar más que para Estados absolutos y totalitarios».

Ahora bien, cabe preguntarse ahora acerca de cuáles son esas libertades que, a la vez que presupuestos necesarios para la operatividad efectiva de la democracia, resultan también mejor protegidas por esta misma forma de gobierno.

Está, desde luego, la libertad de asociación, esto es, el derecho de asociarse a los afines en ideas, propósitos o intereses, a fin de influir más eficazmente en la adopción y en el contenido de las decisiones de gobier-

no, libertad de asociación que, por su parte, y para su más efectiva concreción, presupone, por cierto, la libertad de reunión de las personas. A su turno, ambas libertades, la de asociación y la de reunión, no resultarían tampoco operativas sin la libertad de expresión, o sea, sin el derecho de expresar libremente, sin censura previa, las opiniones que se pueda tener sobre el mejor modo de organizar la sociedad o sobre cualquier otro punto. Por su parte, esta libertad de expresión supone la libertad intelectual o de pensamiento, o sea, el derecho de todo hombre para formarse las ideas que considere mejores o más convenientes en el terreno político como también en cualquier otro campo de la vida.

Se produce así una verdadera trama de libertades, partiendo por la libertad de pensamiento que demanda por su parte la libertad de expresión, de la que, a su turno, surge la necesidad de la libertad de reunión y de asociación, como medios efectivos de realizar, a la vez que de socializar, tanto la libertad de pensamiento como la de expresión.

III. La relación entre democracia y libertad, y, más concretamente, la relación entre democracia y libertades, resulta, pues, evidente. La democracia es una forma de gobierno que presupone un régimen de libertades como el que fue descrito precedentemente, y, a la vez, constituye un sistema político que toma el compromiso de garantizar lealmente la supervivencia de esas mismas libertades. En otras palabras: las libertades antes indicadas hacen posible la democracia, en el sentido de que no hay democracia posible sin la previa existencia de un régimen de libertades que permita a los ciudadanos pensar, expresarse, reunirse y asociarse libremente; pero, por otra parte, la democracia revierte sobre ese mismo régimen de libertades en cuanto asume el compromiso de reconocerlas y de protegerlas, mostrándose además, en el hecho, como la forma de gobierno que, según demuestra la experiencia histórica, garantiza mejor la permanencia de estas mismas libertades.

Por lo tanto, quien dé un valor positivo a tales libertades, quien vea en éstas algo bueno e indispensable para la vida humana y su mejor desarrollo y proyección, tiene algo así como buenas razones para preferir la democracia como forma de gobierno.

Pero, ¿qué decir en cambio del otro valor que nos preocupa en esta ponencia, o sea, qué decir de la igualdad?

Por cierto que en la idea de democracia antes enunciada se encuentran asimismo presentes ciertos contenidos que podríamos considerar igualitarios, a saber, primero, el de que todos los individuos, sin distinción, son personas, esto es, sujetos de derechos y deberes jurídicos; segundo, que las personas son iguales ante la ley, o sea, que si bien es a veces necesario y justificado que la ley introduzca diferencias entre las personas, no lo es, en cambio, que discrimine entre éstas; tercero, que todas las personas, o a lo menos una parte muy importante de éstas —por ejemplo, toda la población adulta—, tenga igual derecho a participar en la vida política, esto es, igual derecho a intervenir en la adopción de las decisiones colectivas, ya sea para manifestar cada cual directamente su propia opinión, o bien para elegir a quienes la expresen por él; y cuarto, el voto por medio del cual se expresan las opiniones o se elige a los representantes deben tener siempre el mismo peso, esto es, cada voto debe contar por uno.

Con todo, tales nos parecen dimensiones o modalidades del principio de igualdad en su proyección meramente jurídica o formal, especialmente en lo que atañe al principio de igualdad ante la ley —mencionado en el número segundo del párrafo anterior—, puesto que las modalidades que fueron señaladas en los otros tres números del mismo párrafo, parecen, en verdad, aplicaciones particularizadas de ese mismo principio. Esto último quiere decir que si somos iguales ante la ley, esto es, que la ley sólo puede establecer diferencias (razonables) y no discriminaciones (arbitrarias) entre las personas, todas éstas, en consecuencia, deben ser reconocidas como sujetos de derecho, y todas también, o la mayor parte, deben ser reconocidas como ciudadanos provistos de un voto igual.

Lo que nos interesa, sin embargo, a efectos de la presente ponencia —según, por lo demás, fue anunciado desde un comienzo—, es la dimensión o modalidad material o real del principio o valor de la igualdad, entendiendo por tal la corrección de las desigualdades sociales y económicas que se perciben en cualquier tipo de sociedad. Y ello porque, en palabras de Elías Díaz al comentar el socialismo humanista de Fernando de los Ríos, aun estando conscientes del indudable progreso que ha significado la «igualdad jurídico-política del Estado democrático liberal», ella «no es suficiente y no trae necesariamente consigo la igualdad real y, por consiguiente, la plena liberación humana».

¿Qué decir, pues, acerca de la relación entre democracia e igualdad en el sentido recién indicado que atribuimos a esta última palabra? ¿Asume la democracia con la igualdad un compromiso similar al que, según vimos antes, reconoce con la libertad, en el sentido de que toda democracia, junto con preservar el régimen de libertades que ella presupone, debería avanzar también, seria y sostenidamente, hacia la eliminación de las desigualdades materiales existentes entre la gente? ¿Espera la gente de la democracia tanto libertad como igualdad? ¿Puede la democracia realizar avances importantes en favor de la igualdad sin poner en peligro su compromiso con la libertad?

Ciertamente, no se trata de preguntas que puedan ser asumidas cabalmente, eso es, en todas sus variadas y complejas implicancias, y menos todavía en una breve ponencia como la presente. Sin embargo, se trata también de interrogantes que no pueden ser soslayadas en un trabajo —por modesto que sea— que se ha propuesto explorar, precisamente, en las relaciones entre democracia, libertad e igualdad. Por lo mismo, permítanme ustedes avanzar sobre el particular las siguientes proposiciones:

1. Existe la idea, bastante difundida, de que la libertad e igualdad consistirían en dos principios o valores no sólo distintos, sino contrapuestos y que, por lo mismo, se repelen, esto es, que no es posible conciliarlos entre sí, de donde se seguiría que las sociedades, y dentro de éstas los ciudadanos, estarían siempre colocados fatalmente ante la opción de escoger la libertad, con sacrificio en tal caso de la igualdad, o bien de preferir la igualdad, teniendo que inmolar en tal caso las libertades que mencionamos antes en este trabajo.

Quizá si la experiencia histórica de las sociedades capitalistas —como reflexiona Bobbio— haya favorecido la idea de que la libertad se conserva

al precio de provocar o de mantener las desigualdades materiales existentes entre los hombres, como por su parte las sociedades socialistas que conocemos hayan tal vez estimulado la convicción de que niveles aceptables de igualdad sólo pueden ser conseguidos al precio de tener que sacrificar la libertad. Esto último es lo que explica que en la política contemporánea los partidos de derecha se hayan apropiado de la libertad y los de izquierda de la igualdad, y que, «empujados hasta su extremos» —como dice Lipson— estos dos valores se presentan como contradictorios y excluyentes.

2. Por otra parte, no faltan quienes proponen una integración de los valores de la libertad y de la igualdad, de modo que aquélla no podría ser completamente entendida ni conseguida sin ésta, ni tampoco ésta sin aquélla. Esta misma idea se expresa a veces diciendo que la igualdad contiene a la libertad, lo cual quiere decir que sólo en una sociedad perfectamente igualitaria los hombres pueden ser completamente libres.

3. Por nuestra parte, entendemos que la libertad y la igualdad son valores distintos, aunque no necesaria ni fatalmente refractarios uno o otro, lo cual se muestra, por ejemplo, en el hecho de que todo incremento de la igualdad, aunque pueda disminuir ciertos márgenes de libertad para algunas personas, aumenta a su vez la libertad de que pueda disfrutar a su turno el mayor número de éstas.

Se trata, pues, de valores distintos, aunque interrelacionados, en el sentido de que el incremento de uno —la igualdad— favorece la expansión del otro —la libertad—, lo cual, sin embargo, no parece suficiente para identificar a ambos valores como uno solo, ni tampoco como para entender que uno de ellos pueda constituir algo así como una fase previa del otro, ni, por último, para admitir que la realización de uno de ellos exija necesariamente la realización pareja del otro. Porque pueden existir en una sociedad márgenes importantes de libertad —en el sentido de las libertades antes individualizadas en esta ponencia— y subsistir, sin embargo, condiciones de desigualdad material; por otro lado, una situación de aceptable igualdad en la satisfacción, por ejemplo, de las necesidades básicas, es conseguida y mantenida a veces, en determinadas sociedades, con evidente perjuicio, si no supresión, de la libertad.

Como explica Bobbio, «la mayor causa de falta de libertad depende de la desigualdad de poder, o sea, del hecho de que hay algunos que tienen más poder (económico, político, social) que otros. Por lo tanto, la igualdad de poder es una de las condiciones principales para el incremento de la libertad». Y concluye el maestro de Torino: «mientras que no tendría ningún sentido decir que sin libertad no hay igualdad, es perfectamente legítimo afirmar que sin igualdad (respecto del poder recíproco) no hay libertad». Todo lo cual, sin embargo, no conduce necesariamente a ese «sueño generoso» —también aludido por Bobbio— de que «la igualdad contenga la libertad».

Por lo mismo, cabe preguntarse si la relación libertad-igualdad, que algunos consideran como valores inseparables (de modo que no habría propiamente libertad sin igualdad), en tanto otros los estiman como valores que se repelen (de manera que no habría que optar fatalmente entre

tener libertad o tener igualdad), no debería ser planteada, sobre todo de cara a la acción política y a los programas que se trazan para ella, con clara conciencia de que se trata en efecto de valores distintos que pueden, por tanto, colisionar entre sí, y, además, con similar y clara voluntad de entender que es posible caminar desde la democracia, deliberada y gradualmente, hacia la obtención de modalidades más igualitarias de convivencia social y económica, aunque sin vulnerar el régimen de libertades —soporte de la democracia— de una manera que comprometa verdaderamente su existencia y real funcionamiento.

Por lo mismo, y a pesar de su indesmentible resonancia utópica, quizá no esté del todo desacertado el viejo lema revolucionario: libertad, igualdad, fraternidad. Tal vez la fraternidad, esto es, la unión y la buena correspondencia entre los que son a lo menos se tratan como hermanos, pueda constituir el puente que se necesita tender entre los valores de la libertad y de la igualdad, a fin de que, reconociéndose distintos, no se repelan, y propendan, en cambio, junto con preservar sus respectivas autonomías, a ceder cada cual de sí en la proporción justa que permita la realización simultánea del otro.

4. Siendo, pues, valores distintos y pudiendo, como se dijo, colisionar entre sí en un cierto punto, nos parece que el desafío político de una democracia consiste en conciliar, dentro de los límites de lo posible, esos valores de la libertad y de la igualdad, lo mismo que hace la democracia entre orden y libertad.

¿Se repelen orden y libertad?

En cierto modo, sí; pero creo que nadie aceptaría sensatamente hoy la idea de que para tener orden sea preciso sacrificar la libertad, como tampoco parece aceptable la idea de que todo orden deba ser rechazado en nombre de la libertad.

Precisamente, el desafío a este respecto consiste en armonizar orden con libertad, y en advertir que hay una buena dosis de irresponsabilidad política, y hasta de inexcusable simpleza, tanto en la doctrina de quienes desearían sacrificar cándidamente el orden a la libertad, cuanto en la de quienes, presas fáciles del terror a la desintegración social y a la falta de autoridad y de dirección, propugnan el sacrificio inverso, esto es, sofocar al máximo las libertades para conseguir así un mínimo de orden.

Nos preguntamos entonces si acaso la relación libertad-igualdad no debería ser planteada de la misma manera, sobre todo si por igualdad se entiende no la supresión de toda diferencia, sino, al modo de Bobbio, tan sólo la aproximación gradual, pero sostenida, a una «sociedad más igualitaria de las que hemos conocido y conseguido realizar hasta ahora». Por lo tanto, a lo que nos adherimos, según veremos más adelante, no es a la ideología de lo que podríamos llamar el «igualitarismo», o sea, la igualdad de todos en todo, sino, menos que eso, a la ideología de la igualdad, esto es, a la igualdad de todos en algo... De este modo, se trata de obtener una mayor igualdad y no una igualdad absoluta, en el sentido de propender, con medidas deliberadas y eficaces, pero que a la vez no mutilen el régimen de libertades, a una atenuación de «las diferencias de poder que existen entre los hombres».

«El liberalismo —escribe el propio Bobbio— se inspiró sobre todo en el ideal de libertad. Pero es inútil ocultarnos que la libertad de iniciativa económica ha creado enormes desigualdades no sólo entre hombre y hombre, sino también entre Estado y Estado». En consecuencia, puede y debe hoy levantarse un ideal que nazca de la exigencia de que los hombres, además de libres, sean iguales, aunque no, claro, en el sentido absoluto, irreal e incluso no deseable del término.

5. Una manera efectiva de avanzar hacia una sociedad más igualitaria se encuentra, sin lugar a dudas, en la posibilidad de potenciar al máximo los llamados derechos económicos y sociales, extrayendo de ellos, tanto en las decisiones de gobierno como en las legislativas y judiciales, todas las posibilidades que esos mismos derechos ofrecen.

Lo anterior quiere decir que sin perjuicio de potenciar también textos jurídicos de jerarquía constitucional como las disposiciones antes citadas de la Constitución española y de la Constitución italiana que no son frecuentes de encontrar en otras Constituciones y que declaran expresamente que la igualdad material constituye un valor superior del respectivo ordenamiento jurídico, es preciso dinamizar la presencia, más común o habitual en los textos constitucionales, de los así llamados derechos económicos y sociales, de modo que se entienda a estos últimos no como meras expresiones de generosos deseos o de metas más o menos lejanas por alcanzar, sino como disposiciones vinculantes para el legislador, aunque también para las autoridades del gobierno, de la administración y de los órganos jurisdiccionales.

En otras palabras: disposiciones como las del Artículo 9.2 de la Constitución Política de España demandan «una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley», como ha declarado el propio Tribunal Constitucional español, sino que exigen que dicha política provea de manera eficaz a la morigeración de las desigualdades materiales que existan al interior de un determinado cuerpo social. A su turno, la presencia en todo ordenamiento jurídico constitucional de los derechos económicos y sociales demanda también algo similar de los órganos legislativos, aunque también, según se dijo antes, de los órganos de la administración y de los propios tribunales de justicia. Como escribe Peces-Barba respecto del Capítulo III de la Constitución española, titulado «De los principios rectores de la política social y económica», dicho capítulo «no supone propiamente derechos y libertades, sino normas-programa para la acción normativa de los poderes públicos».

Queda entonces dicho que la gradualidad en la satisfacción de los derechos económicos y sociales, hasta alcanzar en la práctica la más plena y posible realización de los mismos, no constituye propiamente una opción entre otras, sino una exigencia que deriva del mismo carácter de estos derechos. Así, por ejemplo, la Carta Social Europea, de 1961, constituye un documento que recoge con bastante realismo la idea que venimos expresando, puesto que en relación con los derechos sociales que reconoce, fija un punto de partida y un punto de llegada, entre los cuales cada Estado parte puede progresar al ritmo que sus condiciones y circunstancias le permitan. Acorde con esto, cada Estado parte de la Carta se consi-

dera obligado sólo a un cierto número de disposiciones de la misma, como también a aquellas que cada Estado elija y a las que, en el futuro, vaya aceptando adicionalmente como cláusulas igualmente obligatorias. Por su parte, la misma idea se encuentra presente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, puesto que los Estados partes en ese Pacto deben presentar al Secretario General de las Naciones Unidas informes periódicos «sobre las medidas que hayan adoptado y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo», pudiendo indicarse en estos informes «las circunstancias y dificultades que afecten el grado de cumplimiento de las obligaciones previstas en el Pacto».

Todo lo anteriormente expresado confirma la idea de que la igualdad material, a cuya realización apuntan los derechos económicos y sociales, «no es una conquista consolidada por el transcurso del tiempo, como la igualdad ante la ley, que forma parte inseparable de la organización jurídica de los sistemas parlamentarios representativos», sino que se trata —como dice Peces-Barba— de «un objetivo a alcanzar progresivamente».

6. En los países latinoamericanos, el problema que hemos planteado en este trabajo adquiere rasgos verdaderamente dramáticos, puesto que a la falta de estabilidad de sus democracias, y, por ello, de las libertades de que disfrutaban las personas, se suman, en grado variable según los distintos países, profundas desigualdades en el orden económico y social, de donde resulta que todo avance serio y sostenido para atenuar estas desigualdades se transforma en un obstáculo potencial para la pervivencia o consolidación de la democracia como forma de gobierno imperante. Por otro lado, la prontitud de la respuesta con que generalmente atienden los gobiernos democráticos del continente las demandas económicas y sociales de los más necesitados —porque «los pobres no pueden esperar»—, provoca también fuertes y hasta crónicos déficits fiscales que elevan hasta el descontrol el fenómeno inflacionario, con el consiguiente perjuicio de los sectores más modestos de la población.

Este desafío que enfrentan los gobiernos democráticos de América Latina, a saber, afianzar la democracia y, a la vez, efectuar las reformas económicas y sociales que provean una mayor igualdad material a sus respectivas poblaciones, a lo menos en cuanto a la satisfacción de las así denominadas «necesidades básicas», obliga ciertamente a un poderoso esfuerzo de imaginación en la búsqueda e implementación de las medidas que mantengan esta tensión bajo un cierto control. Tal como ha dicho el escritor mexicano Carlos Fuentes al recibir el Premio Cervantes de Literatura correspondiente a 1987, ya es tiempo de que «nuestra imaginación política, moral y económica se ponga a la altura de nuestra imaginación verbal».

Ciertamente, un avance simultáneo en el terreno de las reformas económicas y sociales y en el cuidado de la estabilidad de la democracia, demanda en nuestros países tener presente que el desarrollo de los planes de gobierno en punto a la eliminación de las desigualdades, debe ser sostenido, pero a la vez gradual; y ello, ante todo, por la misma naturaleza de los derechos económicos y sociales —que no se satisfacen sólo a partir de decisiones políticas, sino también sobre la base del logro de algunas condi-

ciones reales de la economía —, como asimismo por el deber ético y político de no desestabilizar la democracia y arriesgar su posible pérdida.

En consecuencia, puede admitirse como perfectamente válida la pregunta que hace un par de años dirigió un presidente latinoamericano al primer mandatario de Francia —«¿cuánta pobreza puede tolerar la libertad?»—, a condición de que se convenga en que también resulta pertinente esta otra pregunta: «¿hasta dónde puede afectarse la libertad en nombre de la pobreza sin que ello signifique arriesgar la pérdida de la democracia?».

Quien otorgue importancia y posiblemente prioridad a la eliminación de las desigualdades más manifiestas, insistirá sin duda en la primera de tales preguntas y se mostrará dispuesto a utilizar el método democrático en esa misma dirección, esto es, para instaurar un orden social y económico más justo; pero quien así piense podrá también dar a la democracia un valor en sí misma, y no el de un mero instrumento que puede ser tomado o desechado según sirva o no para instaurar ese orden económico y social más justo, sobre todo si advierte lo que la historia de nuestros países latinoamericanos enseña a todas luces: que la desestabilización o el sacrificio de la democracia, provocados en el noble fin de acelerar el advenimiento de una sociedad más justa e igualitaria, no sólo se ha mostrado como un camino que no conduce siempre a esta última meta, sino como un hecho que puede marcar incluso un evidente retroceso en los logros parciales que pudieron ser conseguidos antes —en uso de la democracia— en relación con ese mismo fin.

Nos parece, pues, que es preciso reflexionar en lo que Juan Linz advierte hacia la parte final de su Introducción a un libro sobre «La quiebra de las democracias», a saber, que si bien es comprensible que frente a la pobreza, la desigualdad y la dependencia nacional de potencias extranjeras, aceptadas o no corregidas con suficiente rapidez por un régimen democrático de gobierno, haya quienes «estén dispuestos a modificar la democracia y las libertades civiles que ésta presupone o a amenazar con actos revolucionarios». Sin embargo —añade el autor—, los que «así piensan deberían estar muy seguros de que en una lucha no electoral las bazas están a su favor; deberían recordar que por cada revolución que tiene éxito ha habido más contrarrevoluciones victoriosas que han supuesto no sólo el mantenimiento del *statu quo*, sino frecuentemente una pérdida de lo que se había ido ganando y unos costes tremendos para los que estaban a favor de aquellos cambios radicales».

Lo anterior quiere decir también lo siguiente: en la teoría política, al menos en la parte de ella que se dedica a la elaboración de políticas y de programas de gobierno, podemos ser todo lo impacientes que queramos, aunque en la práctica política, o sea, en el gobierno mismo, se imponen al parecer tanto el consejo como la recomendación de Bobbio, a saber, no creer en los atajos, dar un paso a la vez y contar con que la aceptación del método democrático «permite sólo avances parciales y no excluye retiradas momentáneas». Y esto último, como dice el propio Bobbio, porque «el paso de la teoría a la práctica... es mucho más peligroso que el de la utopía a la ciencia».

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- BOBBIO, N.: «El futuro de la democracia», Plaza Janés, Barcelona, 1985, traducción de Juan Moreno.
- «Fundamento y futuro de la democracia», Edeval, Valparaíso, 1986, traducción de Gabriel del Favero.
- «Liberalismo e democrazia», Franco Angeli, Milano, 1985.
- «Las ideologías y el poder en crisis», Ariel, Barcelona, 1988, traducción de Juan Bignozzi.
- DÍAZ, E.: «Derecho social y ética política en el socialismo humanista de Fernando de los Ríos», en E. DÍAZ: «Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático», Civitas, Madrid, 1978.
- GARZÓN VALDÉS, E.: «El concepto de estabilidad de los sistemas políticos», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- GARRORENA, A.: «El Estado español como Estado social y democrático de derecho», Tecnos, Madrid, 1987.
- KELSEN, H.: «Esencia y valor de la democracia», Guadarrama, Madrid, 1977, traducción de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra.
- LEVY, L.: «¿Por qué tenemos declaración de derechos?», en Boletín del Servicio de Cultura y Prensa de la Embajada de los Estados Unidos, en el Bicentenario de la Constitución de los Estados Unidos, Santiago, 1985.
- LINZ, J.: «La quiebra de las democracias», Alianza editorial, Madrid, 1987, versión española de Rocío Terán.
- LIPSON, L.: «La filosofía de la democracia», en Facetas n.º 72, 2, 1986.
- PECES-BARBA, G.: «Los valores superiores», Tecnos, Madrid, 1984.
- «Derecho positivo de los derechos humanos» (editor, en colaboración con Liborio Hierro, Santiago Iñiguez de Onzoño y Angel Llamas), Debate, Madrid, 1987.
- ROSS, A.: «Why democracy?», Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1952, traducción (no publicada) de Roberto J. Vernengo.
- Además, y sobre el tema de esta ponencia, pueden verse los siguientes trabajos del autor de la misma: «Neutralidad valorativa e idea de la democracia en Kelsen», en «Apreciación crítica de la teoría pura del derecho», Edeval, Valparaíso, 1982; «¿Por qué la democracia? Una coincidencia entre Ross y Kelsen», en Revista de Ciencias Sociales n.º 25, Edeval, Valparaíso, 1984; «El pensamiento jurídico y político de Alf Ross», en «Palabras sobre Alf Ross», Edeval, Valparaíso, 1985; «Democracia, libertad e igualdad», en «3 estudios políticos», Edeval, Valparaíso, 1987; «Democracia, libertad e igualdad: relaciones y diferencias necesarias», en Anales de la Cátedra Francisco Suárez n.ºs 26/27, Granada, 1986-87; y «Democracia e igualdad en América Latina» (en prensa).

Estado e individuo

Delito y prevención

Por PEDRO FRAILE

Barcelona

Al final del siglo XVIII, el derecho divino de los reyes cedió su lugar a la libertad natural y al contrato, y el derecho divino de la Iglesia al principio de la tolerancia (...). El contrato supone derechos en el individuo; la nueva ética, no siendo más que un estudio científico de las consecuencias del egoísmo racional, colocó al individuo en el centro.

JOHN MAYNARD KEYNES: *El fin del laissez-faire*

Hablar de la magnitud y profundidad de las transformaciones acaecidas, en el mundo occidental, a finales del siglo XVIII, resulta ya un tópico. Son de todos conocidas las implicaciones de eventos tan importantes como la Revolución Francesa o la Revolución Industrial que, si bien son fenómenos claramente diferenciados, en algunos aspectos discurrieron parejos, ya que ambas eran el resultado de cambios singulares en el modo de producción y en las relaciones sociales resultantes de tal situación.

De todos modos, probablemente, en el análisis de este período histórico se ha caído, con cierta frecuencia, en una serie de preconcepciones, sobre las que quizás conviniese meditar más detenidamente. Se admite, de modo bastante general, que en ese momento se está gestando el derecho penal moderno, del que se sientan las bases y, al tiempo, se suele convenir en ciertas ideas sobre las que querría reflexionar en estas páginas.

Por un lado, estaría el reconocimiento de la especificidad del discurso penitenciario que se ocupa, de una manera cada vez más precisa y particular, del castigo legal y cuyas relaciones se limitan, casi exclusivamente, a la filosofía y a la historia. Partiendo del concepto de un Estado poco intervencionista —imperante en el momento— parece entenderse que el propio aparato penal apenas tiene repercusiones sobre la vida cotidiana de los individuos, en la medida en que no contravengan el orden establecido. Tal juicio, forjado entonces, podría rastrearse hasta nuestros días y, probablemente, cabría discutirlo, incluso, desde sus orígenes. Su difusión, en

gran medida, está desempeñando la tarea de velar parte de las labores encomendadas al cuerpo jurídico de nuevo cuño que, entonces, se está constituyendo.

En segundo lugar, parece bastante generalizada la idea de que la legalidad naciente pretende, y logra con bastante eficacia, una coherencia interna importante, de manera que las prácticas jurídicas, procesales y penales discurren relativamente al unísono, intentando minimizar las discrepancias que entre ellas puedan surgir.

Ambas cuestiones son, desde mi punto de vista, dignas de ser consideradas con un cierto detenimiento ya que, quizás, no resulten tan evidentes como inicialmente se acepta. También es posible que esa propagación esté sirviendo para monopolizar el punto de mira desde el que se contemplan los sistemas legales existentes, ocultando con frecuencia algunas de sus facetas como elementos de configuración social.

Si, tal como afirma Keynes, el hombre —o el individuo— se sitúa en el centro del discurso penal, parece inexcusable ocuparse de la relación de éste con el Estado, especialmente si tenemos en cuenta que, en tal momento, sus tareas, así como los límites de su intervención, son pieza clave en el pensamiento que intenta articular el funcionamiento de la sociedad. Es precisamente este punto de la reflexión el que puede arrojar algunas luces sobre la gestión —y utilidad— misma del sistema legal, lo que colaborará en el esclarecimiento de las cuestiones planteadas con anterioridad.

La intención de las líneas siguientes es avanzar en esta dirección, tratando de salir del razonamiento exclusivamente jurídico para integrarlo en el funcionamiento de la colectividad, considerando que su importancia no estriba, exclusivamente, en su labor de garante de los derechos individuales —al prohibir a cada uno la transgresión de los de los demás—. Se debe estudiar como un componente que actúa en positivo, induciendo actitudes en las personas, además de prevenir potenciales contravenciones de la norma.

Castigo y Estado

Es amplia la bibliografía dedicada a la relación entre el tipo de Estado y la justificación del derecho a castigar¹ o, quizás mejor, entre ésta y la propia definición de la soberanía. De todos modos, convendría hacer un somero repaso de la cuestión.

En el Antiguo Régimen la autoridad del monarca viene explicada por su origen divino y es esta condición la que legitima la pena. En tal ambiente hay una profunda conexión entre los conceptos de delito y pecado. Sigamos las palabras de Tomás y Valiente:

«La cercanía entre las ideas de delito y pecado existente en las mentes y las obras de teólogos, juristas y legisladores hacía ver en el delincuente — como

1. Para una aproximación bibliográfica al respecto se puede consultar: TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 1980 (2.ª ed.). FRAILE, P.: *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria (S. XVIII-XIX)*, Barcelona, Eds. del Serbal, 1987.

ya apunté— un pecador; la violación de la ley penal justa ofende a Dios en todo caso, según enseñaban los teólogos castellanos del s. XVI. Dados estos supuestos, la pena era principalmente el castigo merecido por el delincuente, y su imposición tenía muchos visos de una 'justa venganza'; se aplicaba —como decían los documentos procesales de la época— para aplacar la 'vindicta pública'»².

La transgresión de la norma es ante todo una desobediencia y, en consecuencia, un ultraje a la dignidad del soberano. El castigo, en parte, responde a esta ofensa. Desde esta óptica, lógicamente, tiene bastante poco sentido hablar de proporcionalidad entre falta y pena. Además, la necesidad de disuadir, precisamente en un ambiente en el que la impunidad era frecuente, hará de la ejecución un espectáculo público destinado a horrorizar a quienes lo presencian. La consciencia de lo pasajero de ese momento hará necesario organizar fórmulas que le den una mayor duración. El reo es conducido por la ciudad hacia el patíbulo, deteniéndose en determinados enclaves, donde se explican las razones que han llevado al desgraciado a tal situación. El espacio, que los hombres utilizarán después en su vida cotidiana, queda articulado por una historia que renacerá en su memoria al contacto con aquellos lugares. La relación entre organización espacial y aplicación del castigo creo que ha tenido una singular importancia en nuestra historia reciente, pero no es éste el lugar para ocuparse de tales cuestiones.

La confesión aquí es fundamental, ya que purifica al reo y hace lícita la pena. Por su mediación los tormentos se convierten en un anticipo del purgatorio y el pecador está empezando a resarcir parte de la deuda que tenía contraída.

Es de todos sabido cómo se removieron estos criterios a partir de los planteamientos de la Ilustración. Autores —entre los que sin duda hay sustanciales diferencias— como Montesquieu, Rousseau o Beccaria, sentaron las bases de un discurso nuevo y, lógicamente, tuvieron que comenzar justificando de un modo radicalmente distinto el derecho a castigar.

Sería largo, y probablemente ocioso, intentar penetrar en los matices que separan a tales filósofos. Más bien, por el contrario, deberíamos ocuparnos de los elementos comunes que servirán para elevar el pensamiento penal posterior. Es evidente que el Estado construido por la burguesía ha de arrinconar al monarca y ha de legitimarse desde una óptica distinta. Es significativo que un hombre como Keynes reflexionase al respecto y expresase sus conclusiones con tanta lucidez:

«La finalidad de ensalzar al individuo fue deponer al monarca y a la Iglesia; el efecto —a través de la nueva significación ética atribuida al contrato— fue afianzar la propiedad y la norma»³.

2. TOMÁS Y VALIENTE, F.: *La tortura en España*, Barcelona, Ariel, 1973, p. 186.

3. Esta cita corresponde a un artículo, publicado en 1926, titulado *El fin del laissez-faire*. Lo podemos encontrar en la siguiente reedición moderna de algunos de sus trabajos: KEYNES, J. M.: *Ensayos de persuasión*, Barcelona, Crítica, 1988, p. 276.

A grandes rasgos, podríamos afirmar que la colectividad se sustenta sobre una relación contractual. Cada uno pierde una parte de su libertad para hacer posible la convivencia con los otros, necesaria, además, para la propia supervivencia. Son notables las diferencias sobre este particular entre Montesquieu o Rousseau, pero ello no nos interesa en este momento.

El derecho a castigar se fundamenta, por tanto, en ese mismo contrato, ya que es un instrumento imprescindible para su mantenimiento, y se justifica, precisamente, por la parte de libertad que cada uno ha cedido. Montesquieu es muy claro a este respecto:

«Lo que hace lícita la muerte de un criminal es que la ley que lo castiga se ha hecho en favor suyo. Un asesino, por ejemplo, ha disfrutado de la ley que ahora le condena, pues le ha conservado la vida a cada instante, y por eso no puede reclamar contra ella»⁴.

El reo no sólo debe doblegarse humildemente, sino estar agradecido a la mano que le ejecuta. La pena es condición indispensable para poder organizar la asociación de individuos, que a su vez configurarán el Estado. La dialéctica entre hombre y comunidad se está colocando en el centro del discurso penitenciario. Volveremos sobre ello más adelante.

Lógicamente, en este marco de cambios profundos, el castigo debe modificar sus concreciones y asumir nuevas tareas. Intentaré resumir algunos de sus rasgos más significativos.

Ahora es posible comenzar a hablar de proporcionalidad entre delito y pena, planteada de manera que disuada de las faltas más graves. Podrá tacharse de inhumana o abusiva aquella que vulnere este principio. El espíritu de moderación debe presidir, según Montesquieu, toda la actividad del legislador. Pero no basta con esto, estamos ante la constitución de una sociedad que hará de la eficacia uno de sus más estimados valores. La suavidad será útil siempre que vaya acompañada de otra propiedad: la inexorabilidad. Veamos cómo lo presenta Beccaria:

«Uno de los mayores frenos de los delitos no es la crueldad, de las penas, sino su infalibilidad (...). La certeza de un castigo, aunque sea moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, pero unido a la esperanza de la impunidad»⁵

La impersonalización del derecho a castigar es otra de las características inexcusables para lograr un aparato funcional. Sigamos las palabras de Montesquieu:

«El poder judicial no debe darse a un Senado permanente, sino que lo deben ejercer personas del pueblo, nombradas en ciertas épocas del año de la manera prescrita por la ley, para formar un tribunal que sólo dura el tiempo que la necesidad lo requiera. De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo al no estar ligado a

4. MONTESQUIEU: *De l'esprit des lois*, 1748. Usamos la siguiente traducción moderna: MONTESQUIEU: *Del espíritu de las leyes* (1748), Madrid, Tecnos, 1980, p. 210.

5. BECCARIA, C.: *Dei delitti e delle pene*, 1764. Usamos la siguiente traducción moderna: BECCARIA, C.: *De los delitos y las penas*, Madrid, Aguilar, 1979, pp. 131-132.

determinado estado o profesión. Como los jueces no están permanentemente a la vista, se teme a la magistratura, pero no a los magistrados»⁶.

Así concebido ese poder parece disolverse, casi se torna invisible. Pero, precisamente por ello, es más eficaz. Cada individuo se erige en juez potencial y vigilante de los actos de sus iguales. Sin duda, la incorporación de estos criterios a la organización del espacio carcelario fue decisiva. El panóptico será, quizás, su manifestación más elocuente.

Por último, habría que señalar la incorporación del tiempo al discurso penitenciario. Beccaria explicó con claridad su importancia:

«No es la intensidad de la pena la que hace mayor efecto sobre el ánimo humano, sino su duración (...). No es el terrible pero pasajero espectáculo de la muerte de un criminal, sino el largo y penoso ejemplo de un hombre privado de libertad, que convertido en bestia de servicio recompensa con sus fatigas a la sociedad que ha ofendido, lo que constituye el freno más fuerte contra los delitos»⁷.

Lógicamente, la confesión casi queda desterrada de la práctica procesal, para ser sustituida por la prueba. Se está construyendo un instrumento eficaz y por tanto se pretende que esté dotado de un alto grado de coherencia interna entre sus componentes. Pero, como tendremos ocasión de comprobar, esta coherencia será un proyecto inicial, continuamente reconsiderado y reformulado en función de las circunstancias. Serán las propias relaciones sociales las que irán modificando lo que por ellas se entiende, y diseñando los proyectos capaces de responder a una realidad que cambia muy rápidamente.

Estas propiedades, repasadas tan escuetamente, obedecen a una concepción de la pena radicalmente distinta de la que le precedía, y que justifica su propia existencia en base a argumentos diferentes. El castigo de nuevo cuño que se está configurando sirve para mantener unida a la colectividad, es la coerción genéricamente aceptada para que exista la comunidad, condición indispensable para la supervivencia de cada uno.

Desde esta óptica, la dialéctica entre individuo y sociedad se convierte en el punto central, en la pieza que da sentido a todo el discurso penitenciario, que sería innecesario en una humanidad formada por personas aisladas, no relacionadas entre sí.

Esta unión, más o menos voluntaria según los autores, es la que legitima al mismo tiempo el derecho a castigar y la constitución de un instrumento superestructural que podemos denominar Estado. Pero a finales del siglo XVIII y principios del XIX todavía se está debatiendo cuáles son las características de este aparato, así como las funciones que debe desempeñar. En otras palabras, hay que precisar sus atribuciones y los límites de su acción. Hasta dónde puede llegar y dónde debe detenerse.

Obviamente, ésta reflexión —que con frecuencia se ha estudiado como estrictamente política y deslindada de sus implicaciones en otros sectores

6. MONTESQUIEU: *Del espíritu...*, p.^o 152.

7. BECCARIA, C.: *De los delitos...*, pp. 116-117.

de la actividad humana— será decisiva en el momento de acotar el ámbito del derecho. De qué debe ocuparse y de qué debe inhibirse.

Tales planteamientos, en gran parte, dan forma al pensamiento penal y, quizás con mayor claridad, a las prácticas penales en particular y jurídicas en general. Será, por tanto, imprescindible avanzar en esta dirección para poder comprender la relación entre todas ellas, así como las labores encomendadas a la legislación en la organización y articulación de la colectividad.

Las tareas del Estado

La propia naturaleza de semejante debate resultaba confusa a finales del setecientos, discurrendo con frecuencia por derroteros que no le llevaban al auténtico *quid* de la cuestión. De todos modos, algunos autores intentaron ya entonces precisar cuáles eran los problemas centrales. Uno de ellos fue Wilhelm von Humboldt, que lo presentaba en los siguientes términos:

«Casi todos los que han intervenido en las reformas de los Estados o han propuesto reformas políticas se han ocupado exclusivamente de la distinta intervención que a la nación o a algunas de sus partes corresponde en el gobierno, del modo cómo deben dividirse las diversas ramas de la administración del Estado y de las providencias necesarias para evitar que una parte invada los derechos de la otra. Y, sin embargo, a la vista de todo Estado nuevo a mí me parece que debieran tenerse presentes siempre dos puntos, ninguno de los cuales puede pasarse por alto, a mi juicio, sin grave quebranto: uno es el de determinar la parte de la nación llamada a mandar y la llamada a obedecer, así como todo lo que forma parte de la verdadera organización del gobierno; otro, el determinar los objetivos a que el gobierno, una vez instituido, debe extender, y al mismo tiempo circunscribir, sus actividades»⁸.

En un momento tan decisivo como las postrimerías del siglo XVIII para el diseño del Estado que la burguesía necesitaba confeccionar, aparecen diversas líneas de pensamiento que, a su vez, repercutirán en enfoques distintos de lo penal. A continuación intentaré esquematizarlas, a sabiendas de estar simplificando, puesto que la cuestión es compleja y plena de matices que no podré reflejar en estas páginas, en las que me limitaré a señalar los caminos más generales de la reflexión.

Si bien es cierto que en el principio de la pasada centuria se había difundido por Europa la idea de un Estado poco intervencionista, y la fórmula de *laissez faire-laissez passer* era la bandera de amplias capas de la burguesía, también habría que reconocer sustanciales divergencias dentro de este marco tan amplio.

En Francia, a través de la Ilustración, se pensaba en un Estado que debía ocuparse del bienestar de sus ciudadanos. Quizás el período napoleónico, y las medidas de centralización y organización arbitradas, podrían

8. HUMBOLDT, W. VON: *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu begrenzen*, 1979. Empleamos la siguiente traducción: HUMBOLDT, W. VON: *Los límites de la acción del Estado*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 4.

ser su más claro exponente. Desde esta óptica era posible recoger toda la «ciencia de policía» generada hasta el momento e izarla hasta sus más altas cotas, cabía desplegar una política de intervención y prevención de delitos y divergencias. Además, no es trivial que esto sucediese ahí y entonces. Pensemos que estamos en la patria de la máxima del *laissez faire* —aunque quizás no de su aplicación— y en la de un código civil que se convertirá en modélico para todo el continente.

Esta manera de concebir la acción del Estado la podemos rastrear desde los tiempos del despotismo ilustrado, pero también es asumida por los reformadores. Pensemos que Beccaria, en la presentación de su libro, se dirige a los «directores de la pública felicidad». En nuestro país, bastaría con leer detenidamente el *Discurso sobre las penas* de D. Manuel de Lardizábal para percatarse de la orientación de tales planteamientos.

A la par, se está consolidando un pensamiento que hace hincapié en la contención y en la no intervención. Intentando ejemplificarlo podríamos referirnos a Inglaterra y a Adam Smith. De todos modos, esta concepción puede elevarse sobre pilares diferentes, lo que matizará considerablemente su contenido. Arriesgándonos a simplificar en aras de la claridad, podríamos hablar de dos principios distintos: el de utilidad y el de necesidad. Smith explica muy claramente el primero de ellos:

«Ninguna cualidad espiritual (...) es aprobada como virtuosa sino aquellas que son útiles o placenteras, ya sea para la persona misma, ya para los otros, y ninguna cualidad da lugar a ser reprobada por viciosa, sino aquellas de contraria tendencia. Y, en verdad, al parecer la Naturaleza ha ajustado tan felizmente nuestros sentimientos de aprobación y reprobación a la conveniencia tanto del individuo como de la sociedad, que, previo el más riguroso examen, se descubrirá, creo yo, que se trata de una regla universal»⁹.

Pero probablemente el máximo exponente de la concepción utilitarista es Jeremy Bentham, de especial interés para nosotros dada su repercusión en el discurso penal de su tiempo. Veamos cómo fórmula este principio básico:

«La naturaleza ha puesto al hombre bajo el imperio del placer y del dolor; a ellos debemos todas nuestras ideas; de ellos nos vienen todos nuestros juicios y todas las determinaciones de nuestra vida (...). El principio de utilidad lo subordina todo a estos dos móviles.

Lo conforme a la utilidad o al interés de un individuo es lo que es propio para aumentar la suma total de su bienestar, lo conforme a la utilidad o al interés de una colectividad, es propio para aumentar la suma total del bienestar de los individuos que la componen»¹⁰.

Veremos más adelante las consecuencias de tales planteamientos.

9. SMITH, A.: *The Theory of moral sentiments*, 1759. Utilizamos la siguiente selección: SMITH, A.: *Teoría de los sentimientos morales* (1759), México, F.C.E., 1979, p. 125.

10. Es sabido que Bentham entregaba sus manuscritos a personas que se encargaban de organizarlos y sistematizarlos. En España la difusión de su pensamiento se debió, en gran parte, al trabajo del ginebrino Esteban Dumont. A él pertenece esta cita. DUMONT, E.: *Tratados de legislación civil y penal. Obra extractada de los manuscritos del señor J. Bentham*, Madrid, Imp. de F. Villalpando, 1822, t. I, p. 22.

Por otra parte, podríamos ejemplificar el principio de necesidad en Wilhelm von Humboldt. Para él lo fundamental es el desarrollo de la fuerza y capacidades del individuo, lo que sólo es posible en un ambiente de la máxima libertad. Toda ingerencia del Estado intentando propiciar bienestar no tendrá, a la larga, más que repercusiones negativas, y un nefasto crecimiento de la homogeneidad. Su acción debe limitarse a lograr la seguridad de los ciudadanos, condición indispensable para ese desarrollo armónico, y objetivo inalcanzable para los sujetos particulares. Sigamos su reflexión:

«El fin del Estado puede, en efecto, ser doble: puede proponerse fomentar la felicidad o simplemente evitar el mal, el cual puede ser, a su vez, el mal de la naturaleza o el de los hombres. Si se limita al segundo fin, busca solamente la seguridad, y permítaseme oponer este fin a todos los demás fines posibles que se agrupan bajo el nombre de bienestar positivo»¹¹.

Y continúa más adelante:

«Y esto es, precisamente, lo que los Estados se proponen. Quieren el bienestar y la tranquilidad. Y consiguen ambos en la medida en que los hombres luchan menos entre sí. Pero a lo que el hombre aspira, y tiene necesariamente que aspirar, es a algo muy distinto: es a la variedad y a la actividad. Sólo éstas dan personalidades amplias y enérgicas; y seguro que ningún hombre ha caído tan bajo como para preferir para sí mismo la felicidad a la grandeza»¹².

Resulta casi paradójico este optimismo respecto a la condición humana, unido a afirmaciones tan próximas al romanticismo que se avecinaba. Antes de continuar convendría hacer dos consideraciones. Sin duda, de planteamientos de este tipo dimanarán conclusiones, netamente diferenciadas del resto, respecto a cuestiones tan importantes como el control social, las medidas de policía, o la prevención de delito. Por otra parte, una restricción tan drástica de la acción del Estado dejaría al individuo relativamente inerte, a no ser que venga complementada con una defensa del asociacionismo. Aquí empiezan a divergir claramente los discursos de Humboldt o Adam Smith. Mientras para el primero la agrupación voluntaria es indispensable, para el segundo es una mediación que coarta la libertad individual. Es evidente que la experiencia de cada uno está condicionando su reflexión. Mientras uno entrevé los riesgos del corporativismo del proletariado el otro apenas vislumbra tal problema.

A pesar del parentesco de las formulaciones finales, nos encontramos frente a dos concepciones diferenciadas de la sociedad, y Humboldt es consciente de ello:

«El Estado debe ajustar siempre su actividad al imperativo de la necesidad. En efecto, la teoría sólo le permite velar por la seguridad porque la consecución de este fin escapa a las posibilidades del hombre individual, es decir, porque sólo ahí es necesaria su atención (...). Todas las ideas expuestas a lo largo del presente estudio van, pues, encaminadas al *principio de necesidad*

11. HUMBOLDT, W. VON: *Los límites...*, p. 21.

12. *Ibid.*, p. 24.

(...). El principio de la utilidad que podría contraponérsele, no permite un enjuiciamiento puro y exacto (...). Velar por lo útil, finalmente, conduce, la mayor parte de las veces, a medidas positivas, mientras que velar por lo necesario conduce en la mayoría de los casos a medidas negativas (...). Finalmente, el único medio inequívoco para infundir poder y prestigio a las leyes es el hacerlas descansar exclusivamente sobre este principio»¹³.

Parece innegable que las divergencias de planteamientos, que responden a realidades y experiencias distintas, son importantes y, como veremos, tendrán sus plasmaciones. Al mismo tiempo, es preciso reconocer que todos ellos, desde los que defendían la necesidad de la intervención, hasta aquellos que la rechazaban desde diversas posiciones, tendrán durante un tiempo un denominador común: la creencia en una armonía de intereses particulares, como ley que dirige al conjunto hacia el mayor bien posible.

En algunos casos se presentará como una especie de concordancia natural e inherente al ser humano. En otros como «mano invisible» que ajusta en los puntos óptimos. Pero la idea que entonces subyacía era la de que la nueva sociedad era la mejor entre las factibles y que, obedeciendo leyes que cabía estudiar y describir de modo científico, tendía inexorablemente hacia el equilibrio, lo que no era incompatible con la miseria de una parte importante de los ciudadanos.

Todo esto, lógicamente, estaba íntimamente unido con la reflexión que se ocupa del castigo legal, así como con la transferencia de determinadas condiciones al conjunto del cuerpo social.

La práctica penal

Ya había manifestado, páginas atrás, la convicción de que existía una profunda conexión entre el discurso general, dedicado a la soberanía y su ejercicio, y aquel más particular centrado en el castigo legal.

Vimos cómo la legitimación del poder había influido en la propia justificación de la pena, que debía proporcionarse al delito y ser lo más suave posible sin perder eficacia. Sin duda, ello representaba un avance respecto a la crueldad del sistema precedente, pero, al mismo tiempo, estamos frente a un importante cambio de estrategia. Foucault lo explica con claridad:

«La atenuación de la severidad penal en el transcurso de los últimos siglos es un fenómeno muy conocido de los historiadores del derecho. Pero durante mucho tiempo se ha tomado de una manera global como un fenómeno cuantitativo: menos crueldad, menos sufrimiento, más benignidad, más respeto, más 'humanidad'. De hecho estas modificaciones van acompañadas de un desplazamiento en el objeto mismo de la operación punitiva. ¿Disminución de la intensidad? Quizás. Cambio de objetivo indudablemente»¹⁴.

Las tareas del castigo, en relación con la colectividad, están cambiando. Ya no basta con el espectáculo que aterroriza, es preciso saber usar el tiempo, poder mostrar al reo y, en la medida de lo posible, devolverlo a la

13. *Ibid.*, pp. 198-199.

14. FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar*, Madrid, Siglo XXI, 1978 (3.ª ed.), pp. 23-24.

sociedad transformado en un individuo distinto, sumiso y disciplinado: ejemplo vivo de la eficacia del sistema.

Ahora es el penado, su cuerpo, así como todas sus capacidades, quien está en el centro del sistema punitivo. Para actuar con corrección es necesario estudiar al sujeto sobre el que se ha de intervenir, conocerlo, erigir, en fin, un saber que se ocupe de todo ello. Foucault ha descrito reiteradamente la génesis de esta preocupación ya desde finales del setecientos.

Para poder asumir tales objetivos es preciso crear determinadas condiciones penales que lo hagan posible. Es de todos sabido cómo el encierro se convertirá en el castigo por excelencia, partiendo — como afirma Foucault¹⁵ — de prácticas bastante poco relacionadas inicialmente con las estrictamente jurídicas.

En ese lugar cabrá la posibilidad de empezar a desarrollar semejante conocimiento, y la vigilancia será pieza clave en su construcción. Vigilancia, por otra parte, que se caracterizará a partir de los principios que se habían ido esbozando en la definición del nuevo poder que se estaba gestando. Inexorabilidad, impersonalización, omnipresencia o invisibilidad son atributos ideales de esa minuciosa supervisión y, al tiempo, son condiciones inexcusables para un ejercicio eficaz del poder, y como tales habían sido cuidadosamente registradas por los pensadores de la Ilustración.

Para lograr estos requisitos será preciso ir creando espacios cada vez más especializados que lo hagan posible y que, además, en la medida en que se van adecuando a las funciones que deben realizar se vuelven cada vez más elocuentes¹⁶. El panóptico de Bentham será una de sus expresiones más depurada.

En España esta tendencia resulta bastante evidente — a lo largo de todo el ochocientos — tras un somero estudio de las leyes y ordenanzas que intentan organizar los establecimientos penitenciarios. Desde la originaria *Real Ordenanza para el gobierno de presidios y arsenales de la Marina*, de 20 de marzo de 1804, hasta el *Programa para la construcción de cárceles de partido* de 1877, pasando por la *Ordenanza General de Presidios del Reino* de 1834, o el *Programa para la construcción de cárceles de provincia* de 1860. En todas ellas se advierte una preocupación por ordenar y hacer posible el control, recurriendo, al principio, a la clasificación y a la multiplicación de vigilantes. Posteriormente se avanzará mejorando los sistemas de agrupación, para aproximarse al máximo a los modelos de individualización, en los que, además, es posible restringir el número de guardianes, mejorando su calidad.

A idénticas conclusiones llegaríamos si estudiásemos los edificios que se emplean como prisiones: muchos antiguos conventos y cuarteles apenas reconvertidos, y unos pocos concebidos originariamente como encierros. En ellos se puede apreciar una progresión del mismo carácter que la señalada en las ordenanzas y proyectos referidos.

15. FOUCAULT, M.: *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1980.

16. FRAILE, P.: *El castigo y el poder. Espacio y lenguaje de la cárcel*. «Geo-Crítica», 57, 1985.

Ahora bien, una vez que el individuo ha sido instalado en el centro de la reflexión, este saber crecerá sin parar a lo largo de todo el siglo. Pero, a la par, la sociedad se está transformando profundamente. El capitalismo no es ese sistema que necesariamente tiende a la armonía y se ajusta en el punto óptimo. Por el contrario, está expoliando de forma violenta una parte importante del mundo, al tiempo que genera pobreza y marginación en sus suburbios. El proletariado, cada vez más potente, se está convirtiendo en un enemigo peligroso. La relación de los indigentes con la riqueza está cambiando sustancialmente. Sigamos las palabras de Foucault en torno al tema:

«La riqueza de los siglos XVI y XVII se componía esencialmente de fortuna o tierras (...). En el siglo XVIII aparece una forma de riqueza que se invierte en un nuevo tipo de materialidad que no es ya monetaria: mercancías, *stocks*, máquinas, oficinas, materias primas, mercancías en tránsito y expedición (...). Ahora bien, estas fortunas compuestas de *stocks*, materias primas, objetos importados, máquinas, oficinas, están directamente expuestas a la depredación. Los sectores pobres de la población, gentes sin trabajo, tienen ahora una especie de contacto directo, físico, con la riqueza (...). Esta es la primera razón, mucho más fuerte en Inglaterra que en Francia, de la aparición de una necesidad absoluta de ese control»¹⁷.

El saber que se está construyendo en lo penal será rápidamente demandado para intervenir en la sociedad, para prevenir y organizar un control lo más eficaz posible. A ello nos dedicaremos en el próximo epígrafe.

Pero retomemos el hilo de nuestra argumentación. La redefinición del discurso penal ha llevado a un tratamiento cada vez más individualizado del reo, tendente a modificar sus actitudes y su voluntad. La vigilancia, así como el espacio que la hace posible, y al tiempo la caracteriza, será uno de los instrumentos inexcusables para lograrlo.

La necesidad, tanto punitiva como social, obliga a discurrir por este camino, pero en la medida en que se hace se va profundizando la contradicción con aquellos principios sobre los que inicialmente se había asentado esta práctica. A tal respecto nos dice Foucault:

«La vigilancia tiende cada vez más a individualizar al autor del acto, dejando de lado la naturaleza jurídica o la calificación penal del acto en sí mismo. Por consiguiente el panoptismo se opone a la teoría legalista que se había formado en los años precedentes»¹⁸.

En otro lugar afirma:

«Toda la penalidad del siglo XIX pasa a ser un control, no tanto sobre si lo que hacen los individuos está de acuerdo o no con la ley sino más bien al nivel de lo que pueden hacer, son capaces de hacer, están dispuestos a hacer o están a punto de hacer.

Así, la gran noción de la criminalidad y la penalidad de finales del siglo XIX fue el escandaloso concepto, en términos de teoría penal, de peligrosidad»¹⁹.

17. FOUCAULT, M.: *La verdad...*, pp. 112-113.

18. *Ibid.*, p. 118.

19. *Ibid.*, p. 97.

La evolución de la penalidad contradice parte de los principios sobre los que se elevó. Al tiempo, tales criterios se dirigen cada vez menos hacia aquellos que han contravenido la norma, para ir traspasando todo el tejido social.

Las necesidades, generadas por la transformación de la colectividad, están imponiendo soluciones capaces de mantener el orden establecido al precio de crear un sistema cargado de paradojas. Ahora bien, funcional.

De lo penal a lo social

Parece evidente que al adentrarnos en este terreno no podemos perder de vista las distintas formulaciones, que ya conocemos, de la relación entre Estado e individuo. Para activar esa dinámica, que desplaza sistemas y métodos de lo penal a lo colectivo, es imprescindible el agente estatal, o algún tipo de superestructura, más o menos cohesionada, que dirija el proceso.

Partiendo de cada una de las ópticas que en su momento enumeramos, llegaríamos a un nivel distinto de penetración en este proceso. Aunque, de todos modos, lo que la realidad irá imponiendo es la supremacía de determinadas concepciones y el arrinconamiento —aunque quizás momentáneo— de otras.

De todos modos, existen elementos que, casi desde cualquier perspectiva, se convirtieron en características indeliberables de la nueva sociedad. Aquellas ideas de impersonalización, transparencia, panoptismo, omnipresencia, etc., serán, a lo largo del ochocientos, los atributos de la modernización. Y al decir todo esto no nos referimos a categorías, más o menos consolidadas en el discurso del ejercicio del poder, sino a propiedades, casi físicas, que dirigirán la organización real de la colectividad.

El crecimiento de determinadas medidas de policía será imparable. El control material de la población, sus rasgos, su localización, sus características, avanzará inexorablemente, colocando a cada individuo en el punto preciso para poder saber lo que de él se necesita, así como para hacer posible la intervención pertinente.

La misma organización del espacio, sobre el que se desenvuelve la vida de los ciudadanos, será un reflejo de este proyecto estratégico. Las ampliaciones de las ciudades, sus remodelaciones, algunos de los edificios que entonces se erigen, tratan de lograr un medio transparente, en el que pueda ejercerse ese control de nuevo cuño, que no actúa exclusivamente de manera negativa, previniendo acciones e impidiéndolas, sino que funciona de modo positivo: modificando actitudes, logrando adhesiones e induciendo placer y seguridad.

Como ya se ha insinuado, la prevención será el eje, o quizás mejor la bisagra, que posibilitará la articulación de estos dos mundos teóricamente diferenciados: el penal y el social. Pero, para hacerlo posible, es necesario desmontar parte del aparato conceptual construido con anterioridad, y que ahora es un andamiaje más molesto que útil. Tal tarea se realizará a lo largo del siglo XIX, pero alcanzará su expresión más nítida en la escuela positivista. Sigamos la explicación de los hermanos Peset al respecto:

«Garofalo arremete contra la proporción diciendo: ¿cómo se medirán y graduarán las respectivas gravedades? ¿Cuál será el criterio a elegir: el daño material, el inmaterial, la inmoralidad intrínseca, el peligro, la alarma...? Lo importante, decide volviendo al punto de partida, es el delincuente, las anomalías que éstos presentan, su vida, sus caracteres. De otro lado, en este progresivo fortalecimiento de los medios de represión apoya la necesidad de castigar la tentativa de delito, cuando éste no se llega a completar, o el delito frustrado, incluso en algunos casos los actos preparativos»²⁰.

Desde aquí no es difícil trasladar este control vigilante y activo al conjunto de la sociedad. Ya habíamos visto cómo la propia dinámica económica y el contacto entre pobreza y riqueza exigían, de una forma cada vez más imperiosa, la extensión de medidas de este tipo. Cada vez más los individuos quedan «a merced de los poderes públicos».

Ya no se trata de castigar la contravención y, a través de este acto, dirigirse a quienes lo contemplan —sea en el cadalso de una plaza pública o en la misa de un panóptico—, sino de adelantarse al hecho, de prevenirlo aunque sea al precio de conculcar el principio de que no hay pena sin delito. Ahora lo importante es el individuo y, en consecuencia, sus potencialidades, que convendrá atajar antes de la acción si cabe la posibilidad de que no se adapten a la norma.

La adecuación a ésta se convertirá en el centro de un amplio discurso que se ocupará, con criterios próximamente emparentados, de locos, pobres, marginados o delincuentes.

De todos modos, parece innegable que el desarrollo de esta línea de reflexión está profundamente marcado por la evolución de la sociedad del ochocientos, y se asienta sobre aquellas concepciones más proclives a aceptar la intervención estatal. Condición indispensable para su desarrollo fue arrinconar las oposiciones frontales a tal actividad. Humboldt, en quien encarnábamos estas ideas antiintervencionistas, se adelantaba a su tiempo con algunas consideraciones, al mostrarse contrario a la mayoría de las medidas de policía. Refiriéndose a la prevención decía a finales del XVIII:

«Para la sociedad es siempre mejor una transgresión de la ley, que altere el orden, pero cuya sanción sirve de lección y de advertencia, que la conservación por esa vez del orden sin que aumente ni se favorezca el respeto al derecho ajeno, que es la base de la paz y la seguridad de los ciudadanos»²¹.

De hecho, nuestro autor está poniendo el acento sobre otro de los pilares básicos formulados en el setecientos: la inexorabilidad. Su planteamiento es radicalmente burgués, pero, probablemente, poco funcional en el ambiente de contradicciones y marginación que el capital estaba generando. En otro lugar, al negarle al Estado la capacidad para adoptar medidas preventivas, dice:

20. PESET, M.; PESET, J. L.: *Lombroso y la escuela positivista italiana*, Madrid, Ins. Arnau de Vilanova, C.S.I.C., 1975, p. 69.

21. HUMBOLDT, W. VON: *Los límites...*, p. 164.

«Tanta mayor diligencia, empero, habrá de poner en que no se quede sin descubrir ningún delito, en que el delito descubierto sea castigado y en que el castigo no sea más suave de lo que la ley exige. Yo soy de la opinión de que la convicción de los ciudadanos, confirmada ininterrumpidamente por la experiencia, de que no les es posible violar el derecho ajeno sin sufrir un menoscabo proporcional en el suyo propio constituye la única protección para la seguridad de los ciudadanos y el único medio, a su vez, para cimentar un respeto inviolable del derecho ajeno. Esta es la única forma de influir, al mismo tiempo, en el carácter del hombre»²².

En consecuencia rechazará toda mitigación de la pena o cualquier medida de gracia. Ya habíamos afirmado líneas atrás que Humboldt, incluso en la afirmación de su principio de necesidad, era menos consciente que otros autores de la realidad social y de los peligros que se estaban gestando para la burguesía. Sus aseveraciones, obviamente, avanzaban por un camino distinto del que entonces era necesario, precisamente por ello se fue quedando en los linderos.

Conclusión

Al principio de estas páginas planteábamos dos cuestiones como centros fundamentales de interés. En primer lugar, se trataba de responder a la pregunta de si el aparato punitivo — así como los poderes y saberes que genera — se dirigen exclusivamente hacia el potencial infractor de la norma. En segundo, insinuábamos la sospecha de que las prácticas procesales, jurídicas, penales, etc., no eran tan coherentes como con frecuencia se pretendía. Para responder a tales temas hemos avanzado en una doble dirección.

Por un lado, hemos analizado las relaciones entre la soberanía y el castigo. Hemos visto que la propia justificación del poder delimitará con bastante precisión la legitimación del derecho a castigar, así como su materialidad. Los profundos cambios de finales del XVIII colocaron al individuo en el centro de este discurso, y la relación contractual, en gran medida, fue la fórmula empleada. El nuevo modelo de dominación se configura en base a una serie de atributos — panoptismo, inexorabilidad, impersonalización, etc. — con la vigilancia y el control como puntos claves. Tales criterios se trasladarán hacia lo penal. Al tiempo, había que reconocer que el desarrollo del encierro — que casi monopolizará las posibilidades punitivas — así como la instauración de las prácticas de control, provenían más de las necesidades que estaba imponiendo el medio social, que del desarrollo de la lógica interna de los principios inicialmente diseñados.

Por otro lado, hemos analizado, aunque de modo somero, las diversas posiciones en relación con la acción del Estado. La rápida transformación de la economía del ochocientos irá consolidando un determinado tipo de intervencionismo. Precisamente en esta dinámica se consolidará una política de prevención que externalizará los métodos y saberes construidos en el discurso penitenciario.

22. *Ibid.*, p. 168.

El poder establecido e institucionalizado está cada vez más legitimado para inmiscuirse en la vida cotidiana de los ciudadanos, y tal actitud está respaldada por todo un proceso de reflexión y actuación que se produce a lo largo del XIX y que, aparentemente, parte de la afirmación y defensa de la individualidad. La idea de que el sistema penal se dirige hacia el potencial contraventor parece difícil de sostener tras este análisis.

Reconocer, por último, que las posturas, incluso radicalmente burguesas, que no resultaban funcionales en este proyecto, impuesto por la cambiante realidad, fueron hábilmente arrinconadas.

II

ESTUDIOS

El problema de las lagunas en el derecho

Por MANUEL SEGURA ORTEGA

Santiago de Compostela

1. *La noción de lagunas*

El tema de las llamadas lagunas tiene una importancia crucial en la teoría del Derecho entre otras razones porque la posición que se adopte respecto de este problema incide decisivamente en la propia concepción del fenómeno jurídico: ¿qué función tiene? ¿cuáles son sus límites? ¿qué labor deben desarrollar los sujetos que aplican el Derecho? ¿cuándo hay creación del Derecho?, etc., etc. A pesar de los múltiples interrogantes que plantean las lagunas lo cierto es que sólo desde hace relativamente poco se iniciaron estudios en profundidad. Zitelmann —al que puede considerarse pionero en este tema— se quejaba a principios de siglo de esta carencia; decía este autor: «sabemos con cuánta frecuencia ocurre el que al lado de una región de un territorio visitado por toda clase de viajeros, existe otro igualmente atractivo, pero que permanece, sin embargo, en el olvido. Y así ocurre con la naturaleza de las lagunas jurídicas: casi todos las pasan por alto. Sólo algunos han pisado este territorio desconocido»¹.

Afortunadamente, en el momento presente la situación ha cambiado de un modo sustancial y los estudios y monografías sobre las lagunas son bastante numerosos, al menos fuera de nuestras fronteras². Por lo que se refiere a España no puede decirse que este tema haya preocupado de un modo especial a nuestros juristas y filósofos a juzgar por los escasos estudios existentes³. Esta circunstancia me ha impulsado a hacer algunas reflexiones sobre la cuestión y sólo espero que al final de mi exposición queden aclarados algunos de los equívocos que sobre este tema siguen existiendo.

1. ZITELMANN, E.: *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903. Hay traducción castellana de C. G. POSADA: «Las lagunas del Derecho» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1922, por la que se cita, p. 542. Hay otra traducción en el volumen titulado *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, 1949, Losada, pp. 289-325.

2. Hay que destacar de un modo especial el volumen publicado por PERELMAN: *Le problème des lacunes en droit*, Bruselas, 1968, Etablissements Emile Bruylant. En el mismo se recogen trabajos de distintos autores en los que se analiza el problema de las lagunas desde puntos de vista muy diferentes.

3. Vid. DE DIEGO, C.: «En torno a las lagunas de la ley», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1944. Del mismo autor, *De las lagunas de la ley*, Madrid, 1945, discurso a la Real

Afirmaba hace un momento que el problema de las lagunas había recibido un escaso tratamiento al menos hasta finales del siglo XIX y principios del XX pero esta situación obedece a unas razones muy concretas. Como ha señalado Perelman «el problema de las lagunas tal como lo conocemos hoy, nace con la limitación del poder judicial, seguido de la admisión de la doctrina de la separación de poderes, principal garantía contra el absolutismo real y los abusos del *Ancien Régime*...; después de la revolución francesa queda consagrada la preponderancia de la ley y del poder legislativo, emanación de la nación. Se reduce el papel del juez al de un simple instrumento de aplicación de la ley»⁴. Durante el período de la codificación el Estado trata de monopolizar toda la producción jurídica y, por ello, el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico parece ser admitido por todos los juristas. No es posible que las lagunas existan ya que en los códigos puede encontrarse la respuesta a cualquier conflicto que se plantee. El juez debe pronunciarse siempre de acuerdo con las normas establecidas y no puede acudir a ninguna otra instancia que no sea la ley. Por todo esto no es extraño que la mayoría de los juristas del siglo pasado prescindieran del problema de las lagunas porque se consideraba que los ordenamientos jurídicos fruto de la codificación eran perfectos. Pero cuando estas ideas comienzan a desvanecerse o, por lo menos, a ponerse en tela de juicio —y esto sucede en las últimas décadas del XIX— surgen una serie de corrientes que, admitiendo la existencia de las lagunas como algo inevitable, tratan de ofrecer medios adecuados para colmarlas. Esto ocurre —por citar sólo un par de ejemplos— con la jurisprudencia de intereses y con el movimiento del Derecho libre. Esta última doctrina considera que el Derecho está repleto de lagunas y critica abiertamente el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico. Kantorowicz afirmaba en este sentido que «en ninguna ciencia teórica o práctica subsiste la opinión de que todos los problemas puedan solucionarse... El biólogo, el filólogo, el historiador, el astrónomo, etc., niegan poder responder a todas las preguntas...; sólo la ciencia jurídica pretende, en base a su supuesta y sistemática plenitud, dar solución a todos los problemas imaginables»⁵. Por consiguiente, a partir de este momento la cuestión de las lagunas del Derecho comienza a ser ampliamente debatida y, de un modo particular, por el positivismo jurídico para el que —en palabras de Sauer— «el problema de las lagunas se convierte en un tema propio y querido»⁶, aun cuando su finalidad sea demostrar la inexistencia de las mismas.

Academia de Jurisprudencia y Legislación. RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: «Las lagunas del ordenamiento jurídico estatal», en *Métodos para el conocimiento del Derecho*, Madrid, 1987 (antes en *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley*, Madrid, 1976, Tecnos). Recientemente ha aparecido un interesante artículo de ITURRALDE SESMA, V.: «Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1988, t. V.

4. PERELMAN, CH.: «Le problème des lacunes en droit, essai de synthèse», en *Le problème des lacunes en droit, cit.*, p. 542.

5. KANTOROWICZ, H.: «Der Kampf um die Rechtswissenschaft», en *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Karlsruhe, 1962, C. F. Müller, p. 20.

6. SAUER, W.: *Juristische Methodenlehre*, Aalen, 1970, Scientia (reimp.), p. 281.

Hecha esta breve introducción vamos a tratar de determinar en qué consisten las lagunas. En relación con la noción de laguna puede decirse que existe un acuerdo bastante amplio entre los distintos autores que se han ocupado de este tema. Primariamente el término laguna se utiliza para hacer referencia a una falta o carencia en relación con un todo. Nuestro diccionario define la laguna del siguiente modo: «en lo manuscrito o impreso, hueco en que se dejó de poner algo» y también «defecto o vacío en un conjunto o serie»⁷. Por tanto, la primera idea que surge al hablar de lagunas del Derecho es la de la ausencia de normas que regulen una determinada situación. En este sentido se expresa Engisch cuando dice que «las lagunas son insuficiencias del Derecho positivo (del Derecho legal o consuetudinario) que percibimos como ausencia de regulación para determinadas situaciones objetivas en que cabría esperarla y cuya eliminación exige y permite una decisión judicial que complemente el Derecho. Las lagunas aparecen allí donde ni la ley ni el Derecho consuetudinario proporcionan una respuesta inmediata a una cuestión jurídica»⁸. En términos parecidos se expresa Canaris: «existe una laguna cuando en el Derecho positivo falta una regulación a pesar de que el orden jurídico (considerado) en su totalidad la exige»⁹. Por consiguiente, la utilización del término laguna suele llevar aparejada la idea de un fallo por parte del legislador. Este ha omitido una regulación que se presenta como necesaria para un determinado caso, es decir, el juez no cuenta con una regla precisa y expresa para resolver una determinada controversia. Lo primero que hay que preguntarse es si es posible que el legislador pueda prever todos los casos que las relaciones sociales puedan plantear y parece que la respuesta debe ser negativa. Por tanto —y en ello se ha insistido hasta la saciedad— las lagunas serían algo inevitable como consecuencia de la incapacidad humana para reproducir en abstracto todos los posibles casos reales. Incluso en aquellas épocas en las que se ha reconocido al legislador una capacidad desmesurada de previsión estaba latente la idea que necesariamente debían producirse omisiones y fallos. Baste recordar las palabras pronunciadas por Portalis en el Discurso preliminar del proyecto del código civil francés: «*Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux mêmes auxquels un code paraît toujours trop volumineux, qui osent prescrire impérieusement au législateur la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge?... Les besoins de la société sont si variées, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus? qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout*»¹⁰.

7. Diccionario de la Real Academia Española, Madrid, 1984.

8. ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, 1967, Guadarrama, trad. E. Garzón Valdés, p. 174.

9. CANARIS, C. W.: *Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, Berlín, 1964, Dunker-Humboldt, p. 55. No obstante, añade Canaris: «*diese Definition ist nun aber noch zu weit und zu unbestimmt, um im Einzelfall als brauchbares Kriterium für die Lückenfeststellung zu dienen*», *ibidem*.

10. Tomado de FORIERS, P.: «Les lacunes du droit», en *Le problème des lacunes en droit*, *cit.*, p. 16.

Las lagunas o «situaciones no reguladas» como prefiere denominarlas algún autor como Makkonen¹¹ pueden existir con mayor frecuencia de lo que a primera vista pudiera parecer. Como dice Larenz «siempre se ha reconocido que, incluso una ley muy cuidadosamente pensada, no puede contener una solución para cada caso necesitado de regulación que sea atribuible al ámbito de regulación de la ley; con otras palabras, que toda ley, inevitablemente, tiene lagunas»¹². Pero no por ello hay que llegar a la conclusión de que la presencia y constatación de una laguna sea sin más algo negativo. Desde mi perspectiva, las lagunas no sólo son inevitables sino que, además —al menos en un tipo concreto de lagunas— pueden llegar a ser beneficiosas. Por utilizar la metafórica expresión de Terré la laguna vendría a ser «un oasis de frescura en medio de las arenas del Derecho»¹³. Ya he dicho que la laguna supone una ausencia de regulación pero es necesario precisar con más detalle los límites dentro de los cuales puede hablarse en sentido estricto de laguna. Y para ello hay que señalar aquellos casos que no entran en el concepto. Fundamentalmente, hay que referirse a los denominados conceptos jurídicos indeterminados¹⁴; aquí no hay ausencia de regulación sino que simplemente se concede un amplio margen de libertad al sujeto encargado de llevar a cabo la actividad hermenéutica; lo que pide el legislador es que el juez que va a aplicar una norma o un conjunto de normas jurídicas especifique para un caso concreto las determinaciones generales contenidas en una regla. Las normas se expresan siempre de un modo general y, por eso, como dice Hart puede hablarse de una «textura abierta del Derecho»¹⁵, pero es obvio que aquí no nos encontramos ante ninguna laguna porque la norma sí ofrece una respuesta aunque a primera vista pueda parecer poco clara. En consecuencia, sólo hablaremos de laguna allí donde no sea posible encontrar una norma que resulte aplicable para un caso concreto. Se puede afirmar con Bobbio que «existe una laguna del Derecho (o, también en el Derecho) cuando en un determinado ordenamiento jurídico falta una regla a la cual el juez pueda referirse para resolver una determinada controversia»¹⁶. También es cierto que el propio Bobbio ha sostenido —aunque bien es verdad que para referirse a la constatación de las lagunas y no a su concepto— que «la laguna se verifica no por la falta de una norma expresa para la reglamentación de un determinado caso, sino por la falta de un criterio para la elec-

11. MAKKONEN, K.: *Zur Problematik der juristischen Entscheidung*, Turku, 1965, Turun Yliopisto, trad. del finés al alemán de B. Assmuth; dice este autor: «Deshalb gebrauchen wir lieber den Fachausdruck 'ungeregelte Situation' als den Terminus 'Lücke', der sprachlich die Assoziation eines leeren Raumes erweckt», p. 130.

12. LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1980, Ariel, trad. de M. Rodríguez Molinero, p. 359.

13. TERRÉ, F.: «Les lacunes du droit», en *Le problème des lacunes en droit*, cit., p. 145.

14. Una exposición más detallada de tales conceptos en ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., pp. 137 y ss.

15. HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, México, 1980, Editora Nacional, trad. de G. Carrió, vid., pp. 155 y ss.

16. BOBBIO, N.: «Lacune del diritto», en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1963, Utet, vol. IX, p. 418.

ción de cuál de las dos reglas generales, la exclusiva o la inclusiva, debe ser aplicada»¹⁷. De cualquier modo, creo que debe afirmarse que la laguna es antes que nada la ausencia de regulación de una determinada situación que exige una respuesta por parte del Derecho. Poco importa a estos efectos que la carencia se encuentre en la ley o en cualquier otra fuente del Derecho (por ejemplo, el Derecho consuetudinario o el llamado Derecho judicial); lo decisivo es que respecto de un caso determinado hay un vacío jurídico. Pero esto no supone —y ello debe ser advertido desde ahora— que tal caso no pueda ser solucionado. A mi juicio se trata de dos problemas diferentes que pueden ser analizados con independencia: una cosa es la existencia de lagunas y otra muy distinta la necesidad de que tales lagunas sean eliminadas. Creo que éste es uno de los equívocos que todavía hoy sigue subsistiendo en torno al problema de las lagunas y me parece que la falta de claridad se debe a un incorrecto enfoque del tema y sobre todo a la confusión de dos planos de análisis que son diferentes.

Las consideraciones anteriores nos permiten llegar a la formulación de un concepto de las lagunas jurídicas. La definición que propongo es la siguiente: una laguna es la ausencia de regulación por parte del Derecho (podría decirse mejor del ordenamiento jurídico para evitar mayores complicaciones) de una situación o caso determinado que requiere imperiosamente una respuesta concreta que no se halla especificada o explicitada en dicho ordenamiento jurídico y que es necesario buscar en el proceso de aplicación a través de la actividad integradora del juez.

La definición propuesta es, no obstante, muy general. Voy a tratar de analizar sus distintos elementos al objeto de alcanzar la mayor claridad posible. En primer lugar, la ausencia de regulación. Al utilizar esta expresión no me estoy refiriendo exclusivamente a la ley o al Derecho legislativo, sino en general a todas las fuentes que en un determinado sistema jurídico se hallan reconocidas como tales. Por consiguiente, se quiere decir que el ordenamiento jurídico en su conjunto no ha previsto un determinado caso. En segundo lugar, se trata de una situación que es «jurídicamente relevante» y que está necesitada de una respuesta concreta que no proporciona el ordenamiento jurídico (obsérvese que no empleo el término *solución* que es el que ha dado lugar a numerosos equívocos). Naturalmente, la apreciación de que una situación es «jurídicamente relevante» entraña inevitablemente un juicio de valor por lo que la presencia de una laguna es algo que hay que determinar caso por caso. Canaris se ha referido con acierto a este problema al afirmar que «en cada caso la constatación de la laguna resulta de un *juicio de apreciación*; se trata, pues, de un proceso teleológico y no de lógica formal»¹⁸. Pero de esto no debe inferirse que cuando se afirma la existencia de una laguna se esté adoptando una posi-

17. *Idem*, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turín, 1960, Giappichelli, p. 155.

18. CANARIS, C. W.: «De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand», en *Le problème des lacunes en droit*, cit., p. 174. En el mismo sentido se manifiesta SAUER al afirmar que «Das Problem der Lücke setzt daher ein Werturteil über die positiven Rechtsnormen voraus», *Juristische Methodenlehre*, cit., p. 281.

ción crítica frente al Derecho vigente¹⁹, esto es, que la constatación de la laguna presuponga un juicio negativo sobre el Derecho establecido y, por tanto, que se postule su transformación. Por último, la situación que no encuentra respuesta en el ordenamiento jurídico debe ser solucionada por el sujeto encargado de aplicar el Derecho, es decir, la laguna debe ser eliminada. En la definición que acabo de proponer aparecen apuntados algunos de los problemas y dificultades que han surgido en relación con el tema de las lagunas. Procuraré dar cumplida respuesta a todos ellos pero antes de proseguir es necesario justificar mi propia posición respecto a la existencia de lagunas porque, como es sabido, esta afirmación no es ni mucho menos aceptada. En efecto, aquí se parte de la presencia de lagunas como algo evidente e inevitable pero han sido muchos los autores que las han negado con profunda convicción.

2. La negación de las lagunas

Fundamentalmente, puede hablarse de dos doctrinas que han negado la existencia de lagunas y aunque ambas manejan argumentos bastante similares es necesario, no obstante, distinguirlas. Me refiero a la teoría del espacio jurídico vacío y la teoría de la norma general exclusiva²⁰. Comencemos por la primera de ellas. La doctrina del espacio jurídico vacío, o no sometido a regulación jurídica o espacio jurídico libre²¹, tiene en Karl Bergbohm a su más clásico representante. Según esta doctrina²², habría dos campos perfectamente delimitados: por una parte, el que se encuentra dominado por el Derecho, es decir, aquel sobre el cual el Derecho proyecta sus pretensiones totalizadoras de regulación y, por otra, el campo que es indiferente al Derecho, esto es, aquel del que deliberadamente no se ocupa porque queda fuera de su ámbito. Bergbohm afirmaba que «un Derecho es siempre una totalidad existente sin lagunas... No necesita nunca ser llenado desde afuera, pues siempre está lleno, porque su entera fecundidad, su fuerza de expansión lógica dentro de su propio campo, cubre en todo momento la necesidad de los juicios jurídicos»²³. En consecuencia, —y sigo citando las ideas de Bergbohm—, «o la cuestión está decidida en el Derecho positivo... o, en caso contrario, entraría en el ámbito del espacio jurídico vacío»²⁴. Esto significa que no hay lagunas, que no puede haber en ningún caso lagunas porque el Derecho es completo; fuera

19. Vid. más adelante el epígrafe dedicado a las clases de lagunas.

20. ITURRALDE SESMA, V. en su artículo «Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas» ya citado, habla de otras dos teorías que niegan la existencia de lagunas, *vid.* pp. 359 y ss.

21. Sobre el concepto de espacio jurídico libre, *vid.* COMES, H.: *Der rechtsfreie Raum. Zur Frage der normativen Grenzen des Rechts*, Berlín, 1976, Dunker-Humblot, y ENGISCH, K.: *El ámbito de lo no jurídico*, Córdoba (Argentina), 1960, Universidad Nacional de Córdoba, trad. de E. Garzón Valdés.

22. En lo que sigue he tenido en cuenta los argumentos ofrecidos por BOBBIO: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, *cit.*, pp. 143 y ss. Del mismo autor «Lacune del diritto», *cit.*, pp. 421 y ss.

23. En su obra *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, citado por ENGISCH: *El ámbito de lo no jurídico*, *cit.*, p. 42.

24. Citado por ENGISCH: «Der Begriff der Rechtslücke. Eine analytische Studie zu Wilhelm Sauers Methodenlehre», en *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag*, Berlín, 1949, Grauyter, p. 99. Dice BERGBOHM: «Entweder di Sache ist im positiven Recht entschieden... oder sie liegt in dem rechtsleeren Raum», *ibidem*.

de su círculo sólo hay actividades indiferentes al Derecho. Bobbio resume con acierto la visión que tienen los defensores de esta teoría: «según esta versión, la esfera de actividad de todo hombre puede considerarse dividida, desde el punto de vista del Derecho, en dos compartimentos: el limitado por normas jurídicas y el que éstas dejan libre, o sea, el espacio jurídico lleno y el espacio jurídico vacío. Con esta consecuencia: que un comportamiento, o pertenece al primer espacio y es entonces jurídicamente relevante, o pertenece al segundo, y entonces es jurídicamente irrelevante. *Tertium non datur*. En esta división de esferas no se ve dónde pueden situarse las lagunas, entendidas como falta o insuficiencia de regulación jurídica: hasta donde ésta llega no hay lagunas, y fuera de ella sólo existe la actividad indiferente al Derecho, que no puede llamarse 'laguna' del Derecho, del mismo modo que la orilla de un río no puede llamarse 'laguna' del río»²⁵.

Engisch interpreta esta doctrina en un sentido muy parecido al afirmar que «estas teorías —se refiere a aquellas que han convertido en dogma la plenitud hermética del orden jurídico— podrían aún ser reforzadas mediante un concepto filosófico-jurídico muy interesante: el concepto de espacio no sometido a regulación jurídica. Este concepto —que por otra parte es en sí muy equívoco— posibilita la siguiente argumentación: el todo jurídico se extiende sobre determinados campos, y en este sentido es hermético. Junto a los campos que están jurídicamente regulados hay otros a los que el Derecho no llega, como, por ejemplo, el campo del puro pensar o de la fe o de las relaciones de vida social. Estos campos se encuentran en el 'espacio no sometido a regulación jurídica'; sin embargo, aquí no tenemos lagunas, sino algo que se encuentra completamente fuera del Derecho»²⁶. Como se ve sólo se distinguen dos esferas: la jurídica que es completa puesto que da respuesta a todas las cuestiones (jurídicas) y la no jurídica que tiene una existencia propia e independiente. Expresándolo gráficamente podría decirse que hay dos círculos cerrados que jamás mantienen contacto.

Sin embargo, creo que esta concepción no responde a la realidad por varias razones. En primer lugar, porque no es posible hacer una separación tan tajante entre lo *jurídicamente relevante* y lo *indiferente al Derecho*. Por supuesto que hay casos en los que tal separación es posible pero no es menos cierto que en muchas ocasiones se producen incursiones de un campo a otro y, por ello, no parece posible realizar una división de esferas *a priori*. En segundo lugar, la propia evolución del Derecho motivada por las necesidades del grupo social y de los cambios que en él se producen implica la necesidad de una transformación constante de las instituciones jurídicas y, por eso, las nuevas regulaciones nunca pueden ser completas. El Derecho no tiene, como dice Bergbohm, una fuerza de expansión lógica

25. BOBBIO, N.: «Lacune del diritto», *cit.*, p. 421.

26. ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, *cit.*, pp. 173-74.

—*logische Expansionskraft*²⁷—; lo más que se da en él es una pretensión en este sentido pero nunca puede ir por delante de la propia realidad social.

Existe, por último, un tercer argumento que puede ser utilizado para combatir esta posición y que parte de la aceptación de las dos esferas: lo jurídicamente relevante y el espacio jurídico vacío. Aun admitiendo en hipótesis la existencia de estos dos campos no puede decirse que el ámbito de lo jurídicamente relevante sea completo. Y no lo es porque dentro de él hay aspectos sobre los que no se encuentra ninguna respuesta. A mi juicio, esta doctrina ha sobrevalorado la noción de espacio jurídico vacío o libre sin darse cuenta de que la discusión se encuentra precisamente en el otro campo, esto es, en aquel pretendidamente completo. En realidad esta teoría no pretende resolver el problema de las lagunas aunque sea a través de su negación, sino que simplemente lo elimina y para ello acentúa el papel de aquellas actividades que *prima facie* quedarían fuera del ámbito jurídico. Por otra parte, como ha señalado Comes «Derecho y espacio jurídico libre serían conceptos complementarios» y por eso, «el espacio jurídico libre tampoco es simple negación, o la *pura Nada*»²⁸. Creo que las argumentaciones precedentes son suficientes para demostrar la inviabilidad de esta posición. Incluso si nos atenemos a los hechos, esto es, a cómo se desarrolla en la práctica la aplicación del Derecho puede llegarse a la conclusión de que, en algunas ocasiones, determinados comportamientos no regulados (situación potencial de laguna), lejos de ser jurídicamente indiferentes aparecen calificados por el sujeto que aplica las reglas jurídicas. Bobbio ha dicho que «esta teoría presupone para ser válida una norma de este tipo: 'todo lo que no está expresamente regulado es jurídicamente irrelevante'... Como norma general de este tipo puede ser considerada, según las diversas interpretaciones, el principio *nullum crimen sine lege*, propio de las legislaciones penales modernas. Pero tal principio no está implícito en todo ordenamiento jurídico». Y se encuentra tan poco implícito que si no se declara expresamente «se presupone un principio bien diverso, según el cual todo lo que no está expresamente regulado antes de ser considerado como jurídicamente irrelevante (o permitido) puede hacerse entrar, mediante la interpretación analógica o el recurso a los principios generales no expresos, en el sistema normativo de que se trate (dado)»²⁹. En efecto, presuponer que la norma *todo lo que no está expresamente regulado es jurídicamente irrelevante* es válida para todo sistema jurídico es recurrir a una ficción, ficción que, por otra parte, no es siempre operativa. El error de esta doctrina consiste, pues, en crear una norma ficticia que no forma parte —o, al menos, no siempre— de todo

27. MEIER-HAYOZ, A. dice terminantemente que «*Jener Glaube an die logische Expansionskraft des positiven Rechts ist als Aberglaube entlarft worden*», *Der Richter als Gesetzgeber*, Zurich, 1951, Iuris, p. 216. Del mismo autor, *vid.* «*Lücken intra legem*», en *Festschrift für Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag*, Berna, 1969, Stämpfli.

28. COMES, H.: *Der rechtsfreie Raum...*, *cit.*, p. 23. Dice este autor que «*der rechtsfreie Raum ist eben nicht blosse Negation, kein reines Nichts... Aber er ist deshalb durchaus ein Etwas, positiv vorhanden und als solches zu behandeln, nicht als Lückenbüßer, als schlichte Negation des Rechts*», *ibidem*.

29. BOBBIO, N.: «*Lacune del diritto*», *cit.*, p. 421.

ordenamiento jurídico y ello implica caer en una contradicción insalvable. Si para esta doctrina no pueden existir lagunas porque allí donde la ley calla nos encontramos en el espacio jurídico vacío, y si fuera de la ley no hay ningún Derecho³⁰, no puede entenderse muy bien la apelación a una norma que no se integra en el sistema. En realidad, se está vulnerando el propio punto de partida puesto que si todo el Derecho está contenido en la ley y en el conjunto de leyes no existe ninguna disposición que asigne al campo de lo jurídicamente irrelevante todo lo que no se halla explícitamente regulado, entonces lo que ha sucedido es que se han traspasado los límites de lo jurídico que es precisamente lo que se quería evitar.

De cualquier modo lo cierto es que puede encontrarse una justificación histórica para la defensa de esta tesis. La plenitud del ordenamiento jurídico se había convertido en un auténtico dogma cuya pretensión fundamental consistía en evitar la utilización de fuentes que no tuviesen su origen en el poder estatal. Y para ello se llega al convencimiento de que el Derecho, todo el Derecho se encuentra exclusivamente en los códigos. Y por eso «el Derecho estatal debía regular todos los casos posibles: si hubiese habido lagunas, ¿qué debía hacer el juez sino recurrir a fuentes jurídicas extraestatales, como la costumbre, la naturaleza de las cosas o la equidad? Admitir que el ordenamiento jurídico estatal no era completo, significaba introducir un Derecho concurrente, romper el monopolio de la producción jurídica estatal»³¹. Por consiguiente, el Estado es el encargado de producir el Derecho y fuera de tal Derecho sólo queda la nada, el espacio jurídico vacío. Ahora bien, que el espíritu codificador tuviese la pretensión de regular todos los casos posibles que la vida pueda plantear no significa que efectivamente lo consiguiera y, de hecho, la propia experiencia ha demostrado lo ilusorio de tal pretensión.

La segunda doctrina que sostiene la inexistencia de las lagunas fue defendida por Zitelmann, Donati y más recientemente por Kelsen y es conocida con el nombre de teoría de la norma general exclusiva. Según esta doctrina todas las normas jurídicas particulares que regulan determinadas conductas van acompañadas de una norma general —que normalmente sólo se halla implícita— cuya misión consiste en excluir todos aquellos comportamientos que no aparecen mencionados por la norma particular. En palabras de Bobbio «las normas nacen y nunca se mueven solas, sino en pareja: la norma particular inclusiva va acompañada de la norma general exclusiva, como si fuera su propia sombra. Si es así, juntas una y otra, ocupan todo el espacio ocupable y, por tanto, no dejan sitio a ninguna laguna»³². Se parte, pues, de la existencia de una norma que está presente en todo sistema jurídico y cuyo tenor sería el siguiente: *todo lo que no está expresamente prohibido, ordenado o sancionado, está jurídicamente permitido*. Como se ve en esta teoría el espacio jurídico es completo. El Derecho lo regula todo aunque sea de un modo negativo y, consecuente-

30. Para ENGISCH, ésta es la postura típica del positivismo, *vid.* «Der Begriff der Rechtslücke...», *cit.*, p. 86.

31. BOBBIO, N.: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, *cit.*, p. 132.

32. *Idem*, «Lacune del diritto», *cit.*, p. 421.

mente, no hay posibilidad de lagunas. Si hace un momento utilizaba la imagen de dos círculos para representar la teoría del espacio jurídico vacío, en este caso podría hablarse de un círculo único dentro del cual entraría todo comportamiento posible. Por eso, no estoy de acuerdo con Bobbio cuando dice que «las dos versiones tienen en común la característica de dividir la esfera de la actividad jurídicamente regulable en dos partes»³³, porque parece que según esta segunda concepción, no habría dos esferas sino solamente una y en toda ella podría mostrarse con claridad la presencia del Derecho ya sea a través de una regulación positiva o por medio de una regulación negativa. En efecto, para la primera teoría no hay lagunas porque existe un espacio jurídicamente irrelevante, mientras que para la segunda no hay lagunas porque todo está jurídicamente regulado bien de un modo expreso o bien a través de la norma general exclusiva.

Veamos a continuación, cuáles son los argumentos que utilizan los que defienden la existencia de esta norma general exclusiva comenzando por la doctrina de Zitelmann. Para este autor, siempre que se pretende la producción de efectos jurídicos se necesita la existencia de una regla jurídica que los determine, pero, por el contrario, para impedir tales efectos no hace falta regla alguna. «Aunque no se diga, pues, que existe en el sentido propio de la palabra un precepto jurídico concreto en el que se establezca, por ejemplo, que 'son lícitas todas las acciones mientras no se haya dispuesto lo contrario', sin embargo, ello está implícito en el orden jurídico, y con arreglo a esta explicación no hay que temer una mala interpretación si se afirma que en el fondo de todas las reglas de Derecho especiales que sancionan un acto con la pena o con un deber de indemnización o con cualquiera otra consecuencia jurídica, encontramos siempre la regla general negativa que por sí misma se sobreentiende, sin necesidad de expresarla, y según la cual, con excepción de los casos especiales aludidos, todos los actos están libres de castigo e indemnización, viniendo por ello la regla positiva que ordena el uno o establece la otra a ser, en este sentido, una excepción de la regla general fundamental negativa a que se acaba de aludir»³⁴. Para defender su tesis Zitelmann cita una serie de ejemplos prácticos en los que, a su juicio, la doctrina tradicional hablaría de lagunas sin que en realidad existan. La exposición que hace Zitelmann es muy brillante pero, desgraciadamente, no puedo detenerme a analizar tales ejemplos³⁵. La conclusión a la que llega Zitelmann es, por tanto, bien sencilla: en la mayoría de los casos no nos encontramos ante lagunas. Lo único que ocurre es que al sujeto encargado de aplicar el Derecho no le parece justa o conveniente una determinada regla y lo que hace es dejar de aplicarla y crear una nueva excepción, esto es, una norma particular. Por eso, en tales casos encontramos «en lugar de las pretendidas lagunas,

33. *Ibidem*.

34. ZITELMANN, E.: «Las lagunas del Derecho», *cit.*, pp. 554-55.

35. *Ibidem*, pp. 547 y ss. Un análisis crítico de la doctrina de Zitelmann es el realizado por BETTI, E.: «Metodica e Didattica del Diritto secondo Ernst Zitelmann», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1925, fasc. I, pp. 49-85.

reglas de Derecho, incluso formuladas de una manera expresa, sean ellas de contenido afirmativo o negativo, las cuales el juez podría aplicar de una manera expresa y con las que podría decidir completamente el caso concreto, o bien se trata de reglas de Derecho que tiene por impropias e inadecuadas y por lo tanto no quiere aplicarlas; no suple ninguna laguna sino que corrige el Derecho existente en cuanto para determinados casos hace una excepción de aquella regla»³⁶.

Los argumentos que ofrece Donati son muy similares. También él cree en la existencia de una norma general exclusiva que regula todas aquellas situaciones para las que no es posible hallar una norma particular. Teniendo en cuenta el conjunto de las disposiciones que previendo determinados casos establecen la existencia de obligaciones, del conjunto de las disposiciones mismas derivan «una serie de normas particulares inclusivas y una norma general exclusiva: una serie de normas particulares que establecen para los casos particularmente considerados determinadas limitaciones, y una norma general que excluye cualquier limitación para todos los otros casos, no considerados particularmente»³⁷. Concluiré con algunas de las ideas formuladas por Kelsen para finalizar con la exposición de la doctrina de la norma general exclusiva. Según este autor no existe ninguna imposibilidad lógica para aplicar un orden jurídico válido a cualquier caso que pueda presentarse. Puede suceder, en efecto, que una norma jurídica aislada no sea aplicable a un caso concreto pero sí es factible la aplicación del orden jurídico considerado como un todo. Por eso, «el orden jurídico siempre es aplicado por un tribunal en un caso concreto, aun en el caso de que el orden jurídico, en opinión del tribunal, no contenga ninguna norma general que regule positivamente la conducta del demandado o acusado, es decir, en cuanto le imponga la obligación de una conducta que, según afirman el demandante privado o el acusador público, no habrían cumplido. Ya que en ese caso su conducta se encuentra negativamente regulada por el orden jurídico, es decir, regulada en cuanto esa conducta no le está jurídicamente prohibida y, en ese sentido, le está permitida. Este caso, con todo, es interpretado por la jurisprudencia tradicional —en determinadas circunstancias— como una laguna en el orden jurídico»³⁸.

Para Kelsen, decir que un orden jurídico determinado no puede aplicarse a una situación concreta es recurrir a una ficción. Esto es lo que sucedería, por ejemplo, con el famoso artículo primero del código civil suizo el cual parte —siempre según la opinión de Kelsen— de una auténtica ficción. Recordemos lo que dispone este artículo: «La ley rige todas las materias a las que se refieren la letra o el espíritu de una de sus disposiciones. A falta de una disposición legal aplicable, el juez resuelve según el Derecho consuetudinario y, a falta de costumbre, según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador. Se inspirará en las solu-

36. ZITELMANN, E.: «Las lagunas del Derecho», *cit.*, pp. 555-56.

37. DONATI, D.: *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milán, 1910, pp. 36-37.

38. KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, México, 1981, UNAM, trad. de la segunda edición alemana de R. J. Vernengo, p. 254.

ciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia»³⁹. La ficción se encuentra en el modo de formulación del precepto y sólo podría obviarse si se utilizase una forma de expresión correcta que sirviera para sacar a la luz lo que realmente se quiere decir. Según Kelsen, si el legislador deja de utilizar una ficción tendría que disponer que «cuando la aplicación del orden jurídico válido existente sea insatisfactoria para la concepción intuitiva moral-política del tribunal en el caso que se le somete, podrá resolver el caso según su propia apreciación»⁴⁰. Vemos, pues, que al igual que ocurría con Zitelmann también en Kelsen las pretendidas lagunas no tienen una existencia objetiva, sino que tan sólo son el reflejo de la adopción de una posición crítica respecto al Derecho vigente por parte del sujeto que va a aplicar una norma concreta. Hay que decir que esta visión también es compartida por otros autores como, por ejemplo, Moor⁴¹ o Cossío⁴².

No obstante, debo insistir en lo que ya se dijo anteriormente: una cosa es que la constatación de una laguna exija la formulación de un juicio de valor y otra muy distinta que tal juicio de valor recaiga sobre el contenido de una norma determinada.

La principal crítica que se puede hacer a esta teoría se refiere al propio carácter de la llamada norma general exclusiva. No puede negarse que la presencia de tal norma puede resultar en muchos casos operativa y, en la práctica, cuando se aplica el Derecho se sigue el criterio de que cuando un comportamiento no está expresamente prohibido u ordenado es jurídicamente lícito. Pero no es menos cierto que tal criterio no puede tener —no tiene de hecho— un carácter absoluto. En consecuencia, el fallo más importante de esta doctrina se encuentra en el hecho de haber convertido en absoluta la norma general exclusiva como si fuese la única existente en todo ordenamiento jurídico, cuando la realidad demuestra que al lado de esta norma exclusiva hay también otra inclusiva cuya función es exactamente la contraria. De ahí que pueda decirse que «en la mayor parte de los sistemas jurídicos, junto a la norma general limitativa o exclusiva, hay otra igualmente general, pero extensiva o inclusiva, según la cual todo lo que no está expresamente regulado, antes de ser calificado como jurídicamente permitido, puede hacerse entrar en las reglas expresas con los medios hermenéuticos tradicionalmente admitidos o explícitamente recomendados. La situación indicada de la teoría de la norma general limitativa o exclusiva es una situación excepcional que, en cuanto tal, no se presume, sino que debe ser explícitamente declarada. Normalmente se presume la situación contraria»⁴³. Por otra parte, no se puede olvidar que es el propio

39. Sobre el artículo 1 del código civil suizo puede verse la obra de MEIER-HAYOZ, A.: *Der Richter als Gesetzgeber*, ya citada.

40. KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 256.

41. MOOR, G.: «Sulla questione delle lacune nel diritto», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, fasc. VI, p. 323.

42. COSSÍO, C.: *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*, Buenos Aires, 1939, Losada, p. 24.

43. BOBBIO, N.: «Lacune del diritto», cit., p. 421.

legislador y los jueces los que una y otra vez reconocen la existencia de lagunas y tal actitud no supone — como dice Kelsen — recurrir a una ficción; más bien sucede lo contrario ya que afirmar que en todo ordenamiento jurídico existe una norma general exclusiva o una regla implícita de libertad es precisamente apelar a una ficción pues tal regla no se encuentra, en modo alguno, presente y, por ello, lo que viene a afirmar esta doctrina es que hay que actuar *como si* tal norma existiera. En definitiva, lo que se dice es que cuando se aplica el Derecho debe partirse del supuesto de que no hay vacíos en el orden jurídico y, consiguientemente, actuar *como si* no hubiese lagunas. Pero, precisamente por eso, no queda suficientemente demostrada la tesis central, esto es, que no hay lagunas.

Tanto la doctrina de la norma general exclusiva como la del espacio jurídico vacío han recibido numerosas críticas y, en general, puede decirse que en el momento actual casi todos los autores las rechazan⁴⁴. Sin embargo, ello no significa que la idea de la inexistencia de las lagunas haya desaparecido. Por el contrario, sigue siendo formulada con gran insistencia aunque recurriendo a otro tipo de argumentaciones que, a mi juicio, tampoco son plenamente satisfactorias.

3. *Lagunas de la ley y lagunas del Derecho: la plenitud del orden jurídico*

La distinción entre lagunas de la ley y lagunas del Derecho pretende demostrar que sólo existe un tipo de lagunas, es decir, que éstas pueden constatarse dentro de un sistema jurídico cuando la ley o el Derecho legislativo o estatal⁴⁵ no ha previsto un determinado caso. Probablemente ninguna de estas dos denominaciones es correcta porque ambas pueden producir confusiones. Como ha dicho García Máynez «aun cuando comunemente se habla de *lagunas de la ley* (debiera decirse *de la legislación*), ambos términos resultan demasiado estrechos, ya que el problema debe plantearse no sólo en lo que a los preceptos legales concierne, sino en general relativamente a todos los que emanan de las mencionadas fuentes. Cuando la cuestión se enfoca de esta manera, el aserto de que en ese conjunto existe un *vacío* simplemente significa que el caso no reproduce la hipótesis de ninguno de ellos o, en diferentes palabras, que los que proceden de las fuentes formales no pueden aplicarse a la situación que el intérprete tiene a la vista»⁴⁶. La expresión lagunas del Derecho también se presta a equívocos porque el término Derecho tiene varios significados y, en algunas ocasiones, puede suceder que no se sepa exactamente a qué tipo de realidad se está apelando cuando se utiliza el vocablo Derecho. Por eso, algunos autores prefieren hablar de lagunas del ordenamiento jurídico para evitar confusiones⁴⁷. De cualquier modo, la distinción

44. Ver, por ejemplo, los argumentos expuestos por Bobbio en las obras citadas anteriormente. En el mismo sentido, FORIERS, P.: «Les lacunes de droit», *cit.*, p. 29.

45. Esta es la expresión que prefiere utilizar ASCARELLI: «Il problema delle lacune e l'art. 3. dispo. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato», en *Studi di diritto comparato*, Milán, 1952, Giuffrè. Este autor habla del ordenamiento legislativo como algo distinto del ordenamiento jurídico, pp. 210-11.

46. GARCÍA MÁYNEZ, E.: *Lógica del raciocinio jurídico*, México, 1964, Fondo de Cultura Económica, p. 36.

47. Por ejemplo, FORIERS siguiendo a Bobbio: «Les lacunes du droit», *cit.*, p. 13.

entre lagunas de la ley y lagunas del Derecho no es unánimemente aceptada; por ejemplo, Cossío no admite tal distinción ya que considera que ni tan siquiera hay lagunas. Según este autor si se afirma que hay una laguna, en realidad entra en juego un criterio axiológico; por eso, «la expresión la laguna de la ley es una metáfora para señalar una injusticia»⁴⁸.

Pero veamos qué es lo que subyace en esta distinción entre lagunas de la ley y del Derecho. En mi opinión supone el reconocimiento de las lagunas sin más adjetivos. Naturalmente, los autores que utilizan esta terminología sólo reconocen una clase de lagunas, es decir, aquellas que están en la ley, la costumbre o el Derecho judicial; sin embargo, se niega la existencia de vacíos en el orden jurídico considerando que éste es hermético y completo puesto que siempre ofrece *solución* a todos los casos imaginables. En definitiva, se afirma y defiende la plenitud del ordenamiento jurídico que no significa otra cosa que la posibilidad de ofrecer solución para cualquier situación, pero sobre todo significa ausencia de lagunas. Este dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico tiene su origen en el siglo pasado y como ha señalado Bobbio aparece cuando se produce «la monopolización del Derecho por parte del Estado. Para mantener dicho monopolio, el Derecho del Estado debe servir a todo uso» y, por eso, «el juez debe juzgar permaneciendo siempre dentro del sistema ya dado»⁴⁹. No obstante, resulta contradictorio afirmar la existencia de lagunas en la ley y negarlas en el ordenamiento jurídico porque ello supone utilizar dos criterios o, mejor dicho, dos nociones diferentes de lagunas. Esto se comprueba en las argumentaciones que utilizan los autores que realizan esta distinción. A modo de ejemplo, y para centrar el problema veamos qué tipo de ideas manejan. Recasens ha dicho que «si bien el sistema del orden jurídico vigente ha de considerarse necesariamente como completo, como plenario, como hermético, sin poros, es decir, sin lagunas, en cambio, es evidente que de hecho éstas existen en el conjunto de materiales del Derecho positivo. Es un hecho que en el conjunto de leyes, reglamentos, costumbres, precedentes jurisprudenciales, etc., que integran el Derecho formulado de un orden jurídico, hay vacíos. Pero esos vacíos efectivos deben ser efectivamente rellenados por quien ejerce la función jurisdiccional (juez o funcionario administrativo). De suerte que se puede decir que el Derecho formulado, el explicitado en leyes y costumbres, presenta muchos vacíos o lagunas; pero que el orden jurídico vigente, que por esencia debe ser total —herméticamente pleno— contiene en principio respuesta a toda controversia práctica; porque si hay alguna laguna, ésta deberá ser necesi-

48. COSSÍO, C.: *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*, cit., p. 24. Una visión crítica sobre esta obra puede verse en la recensión de BOBBIO: «Completezza dell'ordinamento giuridico e interpretazione», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1940, fasc. IV-V y también LEGAZ, L.: «La plenitud del orden jurídico», en *Horizontes del pensamiento jurídico*, Barcelona, 1947, Bosch.

49. BOBBIO, N.: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 133.

riamente llenada por el juez»⁵⁰. En un sentido muy parecido se expresan Foriers⁵¹, Sauer⁵², Brunetti⁵³, Ascarelli⁵⁴ y Reichel⁵⁵, entre otros.

Decía hace un momento que estos autores manejan dos nociones de lagunas: en primer lugar, la laguna —y éste es el verdadero sentido del término— como ausencia o falta de regulación y, en segundo lugar, la laguna como la imposibilidad de encontrar una solución para un determinado caso. Pero parece claro que cuando se emplea el término laguna no se está haciendo referencia a la imposibilidad de hallar una solución, lo mismo que cuando se constata la presencia de una enfermedad no significa que ésta no pueda ser curada a través de los medios técnicos con que cuentan los médicos. Por consiguiente, negar las lagunas aduciendo para ello que pueden ser colmadas en el proceso de aplicación del Derecho, sería lo mismo que negar la existencia de una enfermedad por el hecho de que haya un tratamiento adecuado para conseguir el restablecimiento de la salud. Nos encontramos con dos problemas diferentes que deben ser tratados con independencia. Si se sigue este camino no es posible seguir hablando de lagunas de la ley y lagunas del Derecho; sería suficientemente expresiva la utilización del término laguna sin más calificativos. Poco importa que la laguna provenga de la ley o de cualquier otra fuente del Derecho; lo decisivo es que para un determinado caso no existe una regulación. Por otra parte, es el propio legislador —y posteriormente, y en mayor medida los jueces— el que reconoce sus propias limitaciones y parte del presupuesto de que necesariamente tienen que producirse vacíos. Si esto es así, es difícil de comprender la insistencia en negar las lagunas ya sea por una vía directa (como ocurre con las doctrinas examinadas en el epígrafe anterior) o bien de una manera indirecta que es lo que suele suceder si se admite la distinción entre lagunas de la ley y del Derecho aunque en este caso —también hay que decirlo— la negación de las lagunas tiene lugar inconscientemente, esto es, a primera vista parece que se admiten las lagunas pero luego son negadas en base a la pretendida plenitud del ordenamiento jurídico.

No parece que la distinción entre lagunas, por un lado, y su posible eliminación, por otro, plantee mayores problemas. Sin embargo, hay que preguntarse por qué se ha producido —y todavía hoy se sigue produciendo—

50. RECASENS, L.: *Tratado general de filosofía del Derecho*, México, 1975, Porrúa (5. ed.), p. 325.

51. FORIERS, P.: «Nous arrivons à la conclusion qu'il peut en tout cas exister des lacunes de la loi écrite, mais qu'il n'est pas certain qu'il existe des lacunes du droit», «Les lacunes du droit», *cit.*, p. 13.

52. SAUER, W.: «Lücken gibt es aber nicht im Recht überhaupt. Denn das Recht muss selbstverständlich eine als notwendig erkannte Regelung für konkrete Fälle bieten. Der Begriff der Rechtslücke ist abzulehnen», *Juristische Methodenlehre*, *cit.*, p. 280.

53. BRUNETTI, E.: «Completezza e incompletezza dell'ordinamento giuridico», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1925, fasc. IV, donde responde a las críticas formuladas por V. MICELLI en la misma revista (fasc. I), «La completezza dell'ordinamento giuridico».

54. ASCARELLI, T.: «Parlare di fatti, di lacune dell'ordinamento giuridico, non è, data appunto l'osservazione del Brunetti, possibile; possibile parlare, invece, di lacune dell'ordinamento legislativo, come distinto dell'ordinamento giuridico», «Il problema delle lacune e l'art. 3. disp. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato», *cit.*, pp. 210-11.

55. REICHEL, H.: «La ley presenta lagunas; el Derecho no las tiene. El espectro de un espacio sin Derecho no existe», *La ley y la sentencia*, Madrid, 1921, Reus, trad. de E. Miñana Villagrasa, p. 104.

do— tanta confusión en este tema. Creo que el motivo fundamental hay que buscarlo en los ideales que sirvieron de base al proceso codificador. Desde un primer momento la plenitud del orden jurídico⁵⁶ fue aceptada como un auténtico dogma y siempre vino a significar la ausencia de lagunas. Un ordenamiento jurídico —se decía— es pleno o completo si, y sólo si, en él no hay lagunas. Puesto que los jueces están obligados a pronunciarse siempre y de hecho cualquier demanda tiene que ser atendida, se llegaba a la conclusión de que no es posible la existencia de lagunas. En este sentido puede recordarse el artículo 4 del código civil francés que establecía la obligación de los jueces de emitir un fallo: *le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*. Esta fórmula es la que se introdujo en la mayoría de los códigos (art. 357 de nuestro código penal y 1.7 de nuestro código civil). La existencia de la obligación que tienen los jueces de resolver todo litigio es indiscutible y todos los sistemas jurídicos contienen una norma en este sentido. Pero inferir de tal obligación la inexistencia de lagunas no sólo es discutible, sino que, además, no se corresponde con la realidad. Los autores que hacen la distinción entre lagunas de la ley y lagunas del Derecho suelen afirmar que el Derecho como un todo no tiene lagunas porque el sistema jurídico siempre contiene una regla que permite la resolución del conflicto. Pero, aunque esto sea verdad, lo cierto es que se trata de un momento posterior a la propia existencia de la laguna. Larenz ha señalado con acierto que «contra esta concepción hay que objetar que desconoce el momento creador propio de todo desarrollo del Derecho, en especial de la integración de lagunas»; de ahí que «una norma jurídica, que primero ha de ser creada, no existe todavía»⁵⁷. En consecuencia, para Larenz es posible afirmar que no sólo la ley sino también el orden jurídico en su conjunto contiene lagunas⁵⁸. Y esto sucede en todos los casos; pensemos, por ejemplo, en el artículo 1 del código civil suizo al que se hizo referencia anteriormente: aun cuando se otorgue un mandato al juez para actuar como si fuera legislador, en realidad, lo que se está reconociendo es la existencia de lagunas⁵⁹ y tal reconocimiento tiene lugar siempre en todos los ordenamientos jurídicos.

En base a todo lo expuesto hasta ahora puede llegarse a la conclusión de que existen las llamadas lagunas del Derecho⁶⁰. Para evitar confusiones y equívocos yo propondría que se suprimiese toda distinción entre lagunas de la ley y del Derecho y que se utilizase únicamente el término lagunas que es suficientemente expresivo y que, por otra parte, permite separar el problema de la existencia de las lagunas del problema de su solución.

56. Sobre el concepto y origen histórico del principio de la plenitud del orden jurídico *vid.* BOBBIO, N.: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 125 y ss.

57. LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 398.

58. *Ibidem*.

59. En este sentido se expresa NAWIASKY, H.: *Teoría general del Derecho*, Madrid, 1962, Rialp, trad. de J. Zafra Valverde, p. 201.

60. ENGISCH lo dice expresamente: «So glauben wir, selbst echte Rechtslücken und damit Grenzen des Prinzips der Geschlossenheit der Rechtsordnung nicht gänzlich leugnen zu dürfen», *Der Begriff der Rechtslücke...*, cit., p. 102.

Pero si se opta por una concepción como la que aquí se sostiene, resulta evidente que el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico debe ser formulado de una manera distinta. Creo que no puede seguir sosteniéndose que la plenitud del ordenamiento jurídico signifique inexistencia de lagunas; más bien significa lo contrario, es decir, que como inevitablemente las lagunas existen el ordenamiento jurídico debe habilitar los medios necesarios para su eliminación. No se puede olvidar que el dogma de la plenitud del orden jurídico va unido irremediabilmente a la pretensión de hacer de la ley la única fuente jurídica y parece que en la actualidad el también dogma de la omnipotencia de la ley está desfasado⁶¹. En consecuencia, plenitud del ordenamiento jurídico quiere decir posibilidad de eliminación de las lagunas. De cualquier modo, hay que decir que esta idea no es nueva; por ejemplo, Carnelutti afirmaba hace años que esta propiedad del ordenamiento jurídico (la plenitud) «no debe entenderse en el sentido de la inexistencia de lagunas, sino en el sentido de la exigencia de su eliminación»⁶².

Probablemente, todas las discusiones que se han originado en torno a este tema se deben a la incorrecta utilización de determinados términos y ello es lo que ha provocado tantas confusiones. Es necesario referirse a un artículo de Conte⁶³ publicado no hace muchos años en el que se hace una distinción importantísima y en el que se resuelve el problema de un modo satisfactorio. Este autor habla de lagunas críticas y diacríticas. Entiende que puede afirmarse la posibilidad de la existencia de las lagunas críticas, es decir, la posibilidad de que un orden normativo no sea completo. Por el contrario, se niegan las llamadas lagunas diacríticas, esto es, la posibilidad de que un orden normativo no sea cerrado. En consecuencia, un ordenamiento jurídico puede no ser completo (*completezza, complétude, Vollständigkeit*) y de hecho ningún sistema lo es, pero sí tiene que ser necesariamente cerrado (*chiusura, clôture, Geschlossenheit*). Esto significa que en cualquier ordenamiento jurídico no se encuentran solucionados todos los casos en el sentido de la existencia de una norma o conjunto de normas que hayan previsto una situación concreta. Sin embargo, sí se puede afirmar que todos los casos tienen una solución que debe encontrarse dentro del sistema jurídico y, por ello, toda solución que no tenga su origen en el propio sistema debe ser rechazada. En definitiva, lo que sostiene este autor es similar a lo que se ha venido afirmando hasta ahora, es decir, que una cosa es la existencia de las lagunas y otra la posibilidad de solucionarlas. Sólo si no se confunden ambas cuestiones es posible captar el problema en toda su integridad.

Sustancialmente estoy de acuerdo con la distinción realizada por Conte y creo que en la misma se encuentra «la clave de la teoría de las lagunas»⁶⁴.

61. MEIER-HAYOZ se ha referido con acierto a esta cuestión: «Das Dogma von der Gesetzesallmacht ist heute wissenschaftlich überwunden und die Ergänzungsbedürftigkeit wird von der 'communis opinio doctorum' bejaht. Das Gesetz — so wird heute gelehrt — trägt wie alles Menschliche den Stempel des Unvollkommenen», *Der Richter als Gesetzgeber, cit.*, p. 216.

62. CARNELUTTI, F.: *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, soc. ed. del Foro italiano (3. ed.), p. 86.

63. CONTE, A.: «Décision, Complétude, Clôture», en *Le problème des lacunes en droit, cit.*, pp. 67-84.

64. *Ibidem*, p. 71.

No obstante, me gustaría matizar mi propia posición en un punto que me parece importante y en el que se produce una discrepancia decisiva. No cabe duda que el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico — como ha señalado Huberlant— «contiene una gran parte de verdad, pero su carácter absoluto lo convierte en inexacto»⁶⁵. Y lo hace en un doble sentido: en primer lugar, porque no es cierto que su significación primaria sea la de ausencia de lagunas y esto creo que ya ha quedado suficientemente demostrado. Y en segundo lugar, porque la posibilidad de eliminar las lagunas no significa que necesariamente se haya de permanecer dentro del sistema y aquí es donde se produce mi desacuerdo con la postura de Conte. Para este autor el que un ordenamiento jurídico sea cerrado significa que todos los hipotéticos casos para los que no existe una regulación normativa pueden y deben ser solucionados siempre de acuerdo con el sistema jurídico, es decir, sin que se puedan rebasar las fronteras establecidas por éste. No cabe duda que esta afirmación no es del todo incorrecta y posiblemente sea válida en la mayoría de las ocasiones en que se constata una laguna, pero, al mismo tiempo no se le puede asignar un valor absoluto porque también es cierto que en algunos casos se sobrepasan los límites impuestos por el propio ordenamiento jurídico. Y aunque el origen del principio de solución se halle en el orden jurídico el resultado final puede quedar fuera en el sentido de crear una norma nueva individual que, en principio, no era previsible que se integrara en el mismo. Es necesario realizar algunas aclaraciones para precisar mejor lo que se quiere decir.

Habitualmente, cuando el juez se encuentra ante una laguna trata de solucionarla permaneciendo fiel al sistema de fuentes establecido. El primer paso que debe dar consiste en obtener una regla nueva que hasta entonces no se encontraba explicitada y para ello debe tener en cuenta todos los materiales jurídicos de que dispone el ordenamiento. Pero no sería correcto afirmar que tales materiales sean siempre suficientes. Incluso cuando no hay laguna parece que la actividad del juez no está completamente predeterminada por la norma. Si esto sucede en los casos «normales» con mucha más razón tendrá lugar cuando nos encontramos ante una laguna porque en tal caso el margen de maniobra que tiene el juez es mucho más amplio. Además, lo que determina la actividad del juez no es la estricta observancia del conjunto de reglas jurídicas que forman parte de un sistema, sino el deseo de obtener una resolución que se presente como justa o razonable y para ello tiene que prescindir, en ocasiones, del propio sistema. Naturalmente, la regla que elimina la laguna y resuelve el conflicto acaba integrándose en el ordenamiento jurídico pero tal integración sólo tiene lugar en un momento posterior. Esto se ve claramente en las llamadas lagunas sobrevenidas, esto es, en aquellos casos en los que el vacío se produce porque hay un cambio de circunstancias. Pensemos, por ejemplo, en las situaciones que están planteando los vertiginosos avances de la técnica... En tales casos parece que los posibles conflictos no pueden

65. HUBERLANT, CH.: «Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi», en *Le problème des lacunes en droit*, cit., p. 34.

resolverse dentro de un sistema que no previó —que no pudo prever— la aparición de tales situaciones.

Por consiguiente, puede llegarse a la conclusión de que los ordenamientos jurídicos son siempre cerrados en el sentido de que posibilitan la eliminación de las lagunas pero la solución no tiene que hallarse de un modo necesario dentro del sistema. Por eso, no puede decirse que en todo sistema jurídico una solución que venga de fuera del mismo deba ser rechazada. Creo que ya ha quedado suficientemente claro cuál es el sentido que, a mi juicio, debe tener la plenitud del orden jurídico y por qué rechazo la distinción entre lagunas de la ley y lagunas del Derecho.

4. Clases de lagunas

Como puede suponerse existen muchas clasificaciones de los distintos tipos de lagunas y, desde luego, no hay una terminología uniforme ya que los distintos autores suelen emplear denominaciones diversas⁶⁶. Sin embargo, en realidad no hay muchas diferencias y se trata más bien de discrepancias terminológicas que no afectan para nada al fondo de la cuestión. Para proceder ordenadamente lo primero que hay que hacer es señalar aquellos casos en los cuales no hay lagunas a pesar de que se emplee este término y para realizar esta labor es de gran utilidad la noción de laguna que formulé al principio.

En primer lugar, no se debe hablar de lagunas en todos aquellos casos en los que sí existe una norma o un conjunto de normas que regulan una determinada situación pero que se formulan otorgando una amplia capacidad discrecional al juez. En segundo lugar, tampoco son auténticas las llamadas lagunas de colisión. Se dice que hay una laguna de colisión cuando una determinada situación se encuentra regulada por dos normas que forman parte del sistema y que son contradictorias entre sí, de modo que la aplicación de una excluye la aplicación de la otra. Aquí no nos encontramos con una ausencia de regulación, sino que se produce exactamente lo contrario, esto es, un exceso de regulación. Pero es claro que nos hallamos ante una simple contradicción, una antinomia⁶⁷ que puede ser resuelta aplicando determinadas reglas y no se trata, por tanto, de una laguna. A pesar de ello algún autor⁶⁸ sostiene que se trata de auténticas lagunas. También Engisch afirma la posibilidad de su existencia aunque con un carácter excepcional. Según Engisch «el caso de una contradicción normativa insoluble puede ser realmente poco frecuente, pero no del todo impo-

66. Sobre las clases de lagunas *vid.* entre otros, CANARIS: *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, *cit.*, pp. 129 y ss.; CASTRO DE CABANILLAS, R. A.: «Controversias en torno al problema de las lagunas en el Derecho», en *Cuadernos de los Institutos*, 1982, núm. 143 (Universidad Nacional de Córdoba), pp. 86 y ss.; CONTE: «Décision, Complétude, Clôture», *cit.*, pp. 67 y ss.; ITURRALDE, V.: «Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas», *cit.*, pp. 368 y ss.; KLUG, U.: «Observations sur les problèmes des lacunes en droit», en *Le problème des lacunes en droit*, *cit.*, pp. 85 y ss.

67. Sobre la identificación de las antinomias *vid.* ITURRALDE, V.: «Una aproximación al tema de las antinomias: problemas relativos a la identificación de las mismas», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, t. IV, pp. 331 y ss.

68. Por ejemplo, HECK, PH. en su *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Berlín-Zurich, 1968, Gehlen. Bad Homburg vor der Höhe, distingue tres tipos de lagunas: primarias, secundarias y de colisión, pp. 105-107.

sible. Si no se logra demostrar cuál de entre varias normas contradictorias entre sí es la más 'fuerte', la única y decisiva, según la concepción dominante —y que también es en general la correcta—, las normas contradictorias se anulan mutuamente y se produce la llamada 'laguna de colisión', que debe ser llenada de acuerdo con los principios generales destinados a llenar las lagunas»⁶⁹. De todos modos, me parece bastante improbable que pueda producirse una situación como la que describe Engisch. Ciertamente, los criterios para resolver los conflictos entre normas (la ley especial prevalece sobre la general, la superior sobre la inferior y la posterior sobre la anterior) no tienen un carácter absoluto y en ocasiones se utilizan unos u otros dependiendo de la situación, pero no cabe duda que son suficientes para solucionar los conflictos normativos. En la práctica cuando dos normas son incompatibles entre sí una debe ceder ante la otra pero lo que no sucede es que ambas se anulen mutuamente. Además, debo insistir en lo que ya se dijo anteriormente: las llamadas lagunas de colisión no pueden entrar dentro del concepto de laguna porque no se trata de un caso de ausencia de regulación y para que exista una laguna es necesario (esencial) que tal ausencia se produzca.

Existe, por último, otro caso en el que no se puede hablar con propiedad de laguna. Me refiero a las llamadas lagunas axiológicas, críticas o ideológicas. Algún autor como Zippelius⁷⁰ considera que se trata de auténticas lagunas pero, en general, la mayoría de la doctrina suele negarlas. Ahora bien, esto no significa —como dice Moor— que «la laguna jurídica sea fundamentalmente la crítica del Derecho vigente y que, por eso, no exprese verdaderamente la falta de regulación jurídica»⁷¹. El concepto habitual de laguna —sigue diciendo este autor— «significa no la falta de una regla jurídica, sino la inidoneidad o la iniquidad del Derecho vigente, tanto que se suele hablar de lagunas jurídicas no sólo cuando el Derecho no regula una determina cuestión que habría debido regular según un recto criterio de política jurídica, sino incluso cuando, si bien regula la cuestión, no la regula como habría debido regularla»⁷². Es cierto que algunas veces los juristas utilizan el término laguna no en el sentido de ausencia de regulación, de falta de una norma, sino asignándole la significación de falta de una norma «adecuada», «justa» o «conveniente» pero, también es verdad que esto no sucede siempre y, en cualquier caso, si se procede de este modo resulta claro que se trata de una incorrecta utilización del término laguna. Las llamadas lagunas axiológicas no son, por tanto, auténticas lagunas, suponen, en efecto, la crítica del Derecho vigente o, al menos, la crítica de una determinada norma. Lo que se propugna, en definitiva, es la sustitución del Derecho establecido por otro que se considera más justo. Como dice Engisch se puede hablar de «una laguna desde el punto de vista de un futuro Derecho mejor (*de lege ferenda*), pero no de una laguna verdadera (*de lege lata*). Una laguna *de lege ferenda*, puede dar pie para

69. ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., p. 200-201.

70. ZIPPELIUS, R., *Einführung in die juristische Methodenlehre*, Munich, 1971, C. H. Beck (2. ed.); este autor habla de dos clases de lagunas: *Formulierungslücken* y *Wertungslücken*, p. 64.

71. MOOR, G.: «Sulla questione delle lacune nel diritto», cit., p. 321.

72. *Ibidem*, p. 323.

una reforma del Derecho por parte del legislador, pero no para que el juez la llene. El llenar una laguna por vía judicial presupone siempre una laguna *de lege lata*⁷³. En consecuencia, aunque en el lenguaje jurídico se emplee el término laguna⁷⁴ para designar la injusticia de una determinada regulación debe señalarse que tal uso es impropio. Pero ello no debe llevarnos a la conclusión de que cuando se afirma que hay una laguna se esté criticando el Derecho vigente. Ya se ha dicho que las lagunas tienen una existencia objetiva; lo único que pretendemos es precisar, en la medida de lo posible, sus justos límites. Al igual que ocurría con las lagunas de colisión en el caso de las lagunas axiológicas tampoco se puede hablar en el sentido estricto de lagunas porque no se produce, en modo alguno, una ausencia de regulación, antes al contrario, hay una norma expresa que regula la situación planteada; lo único que sucede es que tal regulación es tenida por insatisfactoria por el sujeto que va a aplicar el Derecho.

Acabo de hacer una descripción de los distintos casos en los que no cabe hablar de lagunas. Ahora debo referirme a las lagunas auténticas o verdaderas, esto es, a aquellas situaciones en las que el ordenamiento jurídico no ofrece una respuesta concreta. La clasificación que propongo no tiene la pretensión de ser exhaustiva; se trata simplemente de ofrecer los tipos de lagunas que suelen aparecer con más frecuencia en los distintos ordenamientos jurídicos. Advierto desde ahora que no concedo demasiada importancia a la cuestión terminológica ya que cada autor suele utilizar denominaciones diferentes pero, en general, todas ellas pueden reconducirse a una significación precisa⁷⁵.

En primer lugar, hay que hablar de lagunas primarias y secundarias. Las primarias son aquellas que existen desde el momento en que aparece una regulación normativa, es decir, en la previsión hecha por el legislador respecto de un determinado asunto se ha producido un olvido que luego se constata en el proceso de aplicación del Derecho. Por tanto, se puede afirmar que en las lagunas primarias la regulación efectuada por el legislador es defectuosa o insuficiente desde el principio porque ha omitido referirse a un caso o a una circunstancia que tiene relevancia jurídica. Las lagunas secundarias son, por el contrario, aquellas que se originan con posterioridad al nacimiento de la regulación de que se trate como consecuencia de una alteración de las circunstancias. Habitualmente tales lagunas aparecen cuando se producen progresos técnicos y que éstos posibilitan la creación de nuevas situaciones o nuevas figuras que no pudieron ser previstas. Como dice Engisch «esto es aplicable, tanto al cambio de valoraciones como al cambio de circunstancias de hecho con respecto al objeto de la regulación; no pocas veces se producen lagunas en la regulación jurídica *a posteriori* cuando debido a fenómenos económicos (inflación) o progresos técnicos (avión, cine, discos, radiotelefonía, televisión, cirugía de cerebro, fecundación artificial) se plantean problemas jurídicos para

73. ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., p. 180.

74. Vid. BOBBIO: «Lacune del diritto», cit., p. 422 y *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 157 y ss.

75. Sobre los distintos nombres que se dan a las lagunas vid. especialmente CANARIS, C. W.: *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, cit., p. 129 y ss.

los que la regulación existente hasta ese momento no proporciona ninguna solución satisfactoria»⁷⁶. Dentro de las lagunas secundarias se podría hacer una subdivisión entre aquellas que «nacen de una modificación de las relaciones de hecho y en particular de progresos técnicos y las que resultan de modificaciones de valor»⁷⁷, es decir, cuando se produce un cambio de valoraciones sociales. Las lagunas secundarias o sobrevenidas suelen producirse en aquellos períodos en los que tienen lugar grandes transformaciones. Por ejemplo, en el momento actual no cabe duda que tales lagunas son relativamente frecuentes. Pensemos en los avances de la medicina, las comunicaciones o la informática y podremos hacernos una idea de los nuevos y múltiples problemas jurídicos que tales avances plantean. Para clasificar las lagunas en primarias y secundarias se utiliza un criterio temporal, pero podrá observarse que ambas entran dentro del concepto de laguna que se ofreció al principio, porque en los dos casos nos encontramos ante una ausencia de regulación.

También se puede hablar de lagunas voluntarias e involuntarias aunque en el primer caso en un sentido impropio. Este tipo de lagunas dependería de la voluntad del legislador. Las lagunas involuntarias no plantean ningún tipo de problemas: se trata simplemente de un fallo o un olvido por parte del legislador ya que omite una regulación para un caso determinado o un grupo de casos. Por ejemplo, las lagunas secundarias son siempre involuntarias porque sólo aparecen después de haberse establecido una determinada legislación. Las lagunas voluntarias, por el contrario, no son auténticas lagunas —al menos en determinadas ocasiones— porque lo que sucede en este caso es que el legislador ante la imposibilidad de establecer reglas particulares y minuciosas formula una norma dejando un amplio margen de libertad al juez para que éste determine caso por caso las previsiones genéricas del legislador. Engisch también es partidario de esta posición al afirmar que no se puede hablar de lagunas «cuando el legislador, mediante conceptos normativos indeterminados o cláusulas generales (o cláusulas de interpretación libre), concede un amplio margen a la decisión. Pues aquí tenemos sólo un ‘relajamiento’ que pretende obtener un ajuste de la decisión a las circunstancias especiales del caso concreto y a las cambiantes concepciones de la comunidad jurídica»⁷⁸. Digo que en tales casos no hay lagunas porque el juez lo que hace es desarrollar una actividad interpretativa pero no de integración. Distinguir teóricamente la interpretación y la integración no plantea especiales problemas, pero, en la práctica, sí puede decirse que hay muchas situaciones en las que es difícil establecer los límites entre la actividad interpretativa y la actividad integradora. De cualquier modo, y a los efectos de conseguir claridad, sólo hablaremos de lagunas allí donde la interpretación no sea suficiente para la resolución de los problemas jurídicos.

Por último, se puede distinguir entre lagunas *praeter legem* e *intra legem* (o lagunas técnicas). En realidad se trata de las dos caras de una

76. ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., p. 180.

77. KLUG, U.: «Observations sur le problème des lacunes en droit», cit., p. 98.

78. ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., p. 175.

misma moneda. Las lagunas *praeter legem* aparecen cuando nos encontramos ante normas particulares que, precisamente, por eso, no pueden comprender todos los casos posibles. Hay, por tanto, situaciones que quedan fuera de la norma particular. Las lagunas *intra legem* o lagunas técnicas tienen lugar cuando la norma está formulada de un modo más general y aunque regule la situación no lo hace de una forma completa, es decir, existe una norma que se refiere a una situación determinada y que pretende la consecución de un determinado fin pero en dicha norma no se establecen los medios necesarios para llegar a tal fin. Podría decirse que la norma es incompleta porque no establece el camino para alcanzar las consecuencias queridas. En este caso se trata de completar una norma ya existente mientras que en las lagunas *praeter legem* es necesario crear una norma nueva distinta de la que aparece expresada. Como ha dicho Meier-Hayoz «la diferencia entre ambos tipos de laguna está en que en las lagunas *praeter legem* el juez que tiene que hallar la decisión se encuentra solo, desde el principio, mientras que en las lagunas *intra legem* el legislador guía al juez al menos durante una parte del camino»⁷⁹. En estos dos tipos de lagunas también nos encontramos ante una ausencia de regulación con la única diferencia de que en un caso tal ausencia es total, mientras que en el otro es tan sólo parcial. Creo que las otras clases de lagunas de las que se habla, por ejemplo, formales y materiales⁸⁰, subjetivas y objetivas⁸¹, manifiestas y ocultas⁸², normativas y de regulación⁸³, etc., pueden ser incluidas en la clasificación que he realizado, bien como subtipos de las clases aludidas o bien como variaciones terminológicas que se refieren a una misma realidad.

5. La constatación de las lagunas: métodos para su eliminación

Ya hemos visto en qué consisten las lagunas y cuáles son las distintas modalidades en que se pueden presentar. A continuación, vamos a analizar el camino que se sigue para descubrir una laguna y, caso de que ésta aparezca, a través de qué medios es posible su eliminación. Antes de proseguir, hay que hacer una advertencia importante que tiene relación con el objeto de nuestra investigación. Cuando se habla de la constatación de lagunas siempre se está pensando en el proceso de aplicación del Derecho, pero es evidente que la existencia de una laguna puede ser advertida antes de que entren en juego los mecanismos de aplicación del Derecho. Los juristas que no aplican normas jurídicas pueden detectar vacíos o insuficiencias en una determinada regulación y proponer soluciones para resolver el problema. Ahora bien, es en el proceso de aplicación donde la presencia de las lagunas adquiere una singular relevancia porque su eliminación es competencia exclusiva de los órganos encargados de tomar la decisión jurídica. Por esta razón, todo lo que se diga a continuación se

79. MEIER-HAYOZ, A.: «Lücken intra legem», *cit.*, p. 158.

80. *Idem*, *Der Richter als Gesetzgeber*, *cit.*, pp. 60 y ss.

81. BOBBIO, N.: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, *cit.*, p. 163.

82. LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, *cit.*, p. 360.

83. *Ibidem*, pp. 365 y ss.

hará pensando en la actividad que desarrollan los sujetos que aplican el Derecho.

La primera pregunta que hay que formularse es la de ¿cómo se constata una laguna? Creo que hay que partir de una consideración elemental y es la siguiente: la laguna suele aparecer como un defecto o un fallo del legislador y, por eso, debe considerarse una situación excepcional o, cuando menos, poco frecuente. En efecto, lo normal es que las situaciones que se plantean en la práctica puedan ser resueltas acudiendo a las reglas expresas que forman parte del sistema. Tales reglas, a pesar de su generalidad, suelen reproducir un elenco variado de hipótesis que se corresponden más o menos con los casos reales y aunque siempre es necesaria la actividad interpretativa por parte del juez, éste puede llegar a la decisión sin que se presenten dificultades especiales. No sucede lo mismo cuando aparece una laguna porque en este caso las operaciones que debe realizar el sujeto que busca la decisión jurídica son más complejas. Y lo son porque es necesario un examen más profundo del propio sistema jurídico en el que se insertará la decisión. Voy a tratar de hacer una descripción de los pasos que debe dar el juez para verificar la existencia de una laguna. No obstante, quisiera advertir que tal descripción no tiene la pretensión de indicar cómo se desarrolla en el tiempo —paso a paso— el proceso mental que realiza el juez, entre otras razones porque una empresa de este tipo estaría destinada al fracaso más absoluto. Hecha esta aclaración, por lo demás necesaria, examinemos el camino que sigue el juez.

Ante un caso concreto lo primero que debe hacer el juez es comprobar si dentro del ordenamiento jurídico hay una norma que se refiera al caso en cuestión. Si llega a la conclusión de que no hay ninguna norma es indiscutible que tiene que realizar un juicio de valor que se proyecta tanto sobre las normas como sobre los hechos. Ya lo dijimos en otro lugar: la afirmación de que la situación planteada no reproduce ninguna de las hipótesis previstas en las normas requiere inevitablemente la formulación de un juicio de valor. La apreciación que realiza el juez se refiere tanto a las normas como a las circunstancias de hecho. En primer lugar, debe demostrar que ninguna de las normas del sistema jurídico proporciona una respuesta; naturalmente, no se quiere decir que el juez deba examinar una a una todas las reglas del ordenamiento, sino que su visión debe proyectarse sobre el orden jurídico considerado como un todo⁸⁴. En segundo lugar, también debe demostrar o, mejor dicho, debe estar convencido de que los hechos que se le presentan no pueden encajar en ninguna hipótesis normativa debido a su singularidad, o bien por tratarse de un supuesto fáctico completamente nuevo. No cabe duda que para realizar estas operaciones el juez tiene que efectuar valoraciones; sin embargo, tales valoraciones no se refieren nunca al contenido de la norma en el sentido de calificarla como justa o injusta. Me parece que la constatación

84. En parecidos términos se expresa CANARIS: «*Es ist also die Rechtsordnung als Ganzes, die dem Richter als Bewertungsmaßstab für die Feststellung einer Lücke dient*», *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, cit., p. 38.

de una laguna no implica la crítica negativa respecto de una norma o un conjunto de normas; solamente pone de manifiesto una carencia o un defecto del ordenamiento jurídico.

Para constatar una laguna en un caso concreto el juez puede disponer de una serie de criterios que le orienten en su actividad. Es cierto que, en algunas ocasiones, su tarea no es especialmente complicada; esto sucede, por ejemplo, en el caso de las lagunas secundarias o sobrevenidas. Aquí la constatación de la laguna no es muy difícil porque su origen se debe al nacimiento de nuevos hechos que no pueden estar contemplados en el sistema normativo. Pero en la mayoría de los casos es necesario un examen detallado de todas las circunstancias y reglas jurídicas para determinar la existencia de la laguna. Por otra parte, no se puede olvidar que los límites entre la actividad interpretativa y la actividad integradora son muy imprecisos en algunos momentos. Sobre este punto no puede decirse que exista acuerdo en la doctrina y de hecho hay casos en los que unos consideran que únicamente se interpretan normas mientras otros afirman que se colman lagunas. A mi juicio, es necesario analizar caso por caso para manifestarse en uno u otro sentido y aun así es difícil —por no decir imposible— realizar afirmaciones absolutas. Por otra parte, hay que tener en cuenta que son los propios tribunales los que determinan con exactitud si están colmando una laguna o si, por el contrario, se mueven en un ámbito puramente interpretativo⁸⁵. He hablado hasta ahora de la constatación y eliminación de las lagunas como si se tratase de dos momentos sucesivos que están distanciados en el tiempo de manera que la primera operación que debe realizarse es constatar la laguna y luego eliminarla a través de un determinado procedimiento. Teóricamente esta división temporal no plantea mayores problemas pero en la práctica no sucede lo mismo ya que, en ocasiones, la constatación y eliminación de una laguna se produce al mismo tiempo. Canaris se ha referido a esta posibilidad ofreciendo una serie de ejemplos en los que puede suceder que una laguna sea constatada y al mismo tiempo colmada⁸⁶. Por ejemplo, en determinados casos la analogía no sólo es un medio para colmar lagunas sino que también sirve para su constatación. Parece claro que si tal coincidencia se produce no es posible hablar de dos momentos diferentes. Sea como fuere, lo decisivo es que la laguna desaparezca cuanto antes del orden jurídico. Y la pregunta surge inmediatamente: ¿cómo puede ser ello posible? ¿cuáles son las alternativas que existen y qué métodos se pueden utilizar?

Hoy no se discute que la aplicación del Derecho implica siempre y en todo caso una actividad creadora. Si esto sucede normalmente cuando se interpretan las normas con mucha más razón se producirá en el caso de las

85. Sobre la constatación de lagunas y su eliminación en el caso de nuestro Tribunal Constitucional, *vid.* EZQUIAGA GANUZAS, F. J.: *La argumentación en la justicia constitucional española*, Bilbao, 1987, Instituto vasco de administración pública, especialmente, pp. 35-90. En este libro se recogen y analizan gran cantidad de ejemplos. Sobre el mismo tema, CANARIS, C. W.: «De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand», *cit.*, pp. 167 y ss. Del mismo autor, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, *cit.*, pp. 144 y ss.

86. CANARIS, C. W.: *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, *cit.*, pp. 148 y ss., donde se citan ejemplos extraídos del código civil alemán y se señalan distintos criterios para la constatación de lagunas.

lagunas ya que aquí es necesaria la creación de una norma jurídica nueva e individual que desde ese momento pasa a formar parte del sistema. ¿Cómo se produce o cómo debe producirse el nacimiento de esta nueva norma? Heck, a principios de siglo, reducía a tres las posibles alternativas: «es perfectamente imaginable la complementación de las lagunas de la ley mediante la *libre estimación* del juez, mediante la creación plenamente libre de la norma jurídica... La segunda alternativa consistiría en que el juez negara toda pretensión no soportada por un precepto legal determinado. En esta solución *se ignora el problema de las lagunas de la ley*. La tercera forma, la de la *complementación coherente de la norma*, no limita al juez a la realización de la norma reconocida, sino que le permite complementar o suplir las normas insuficientes y dar a las imprecisas la determinación de que carecen. No obstante, al hacerlo no debe proceder según sus propias valoraciones, sino que tiene que estar vinculado por las intenciones del legislador, por la valoración de los ideales e intereses vitales que están en el fondo de la norma legal. Por este camino puede posibilitarse un tratamiento adecuado de los casos de lagunas sin poner en peligro la seguridad jurídica. El efecto de las valoraciones legales en la complementación de lagunas asegura hasta cierto punto la uniformidad del tratamiento. Por lo demás, es imposible conseguir una eliminación plena del factor individual de la valoración personal del juez»⁸⁷. Hasta aquí las palabras de Heck. Como se ve este autor opta por la tercera alternativa, esto es, la de la complementación coherente de la norma que soluciona el problema de las lagunas y evita los peligros de la libre estimación del juez⁸⁸. Ciertamente es difícil realizar una elección pero, desde mi punto de vista, cuando el juez colma una laguna goza de un amplísimo margen de libertad. Es verdad que los ordenamientos jurídicos suelen establecer directrices para llevar a cabo las tareas de interpretación e integración pero, en última instancia, es al juez al que le corresponde la creación de una norma nueva que solucione el problema y no cabe duda que las orientaciones que le proporciona el legislador son totalmente insuficientes como consecuencia de la indeterminación del lenguaje jurídico⁸⁹. Esto es algo que se puede comprobar analizando las fórmulas de integración que utilizan los distintos sistemas jurídicos. En todos ellos está presente la idea de que todas las previsiones genéricas que se contienen en los mismos no pueden abarcar la rica y compleja realidad y, por esta razón, habilitan al juez para que éste complete allí donde sea necesario.

Pasemos a examinar los distintos métodos que existen para colmar las lagunas. Siguiendo la clásica distinción de Carnelutti⁹⁰ se puede hablar de dos modos de solucionar las lagunas: la autointegración y la heterointegración. La diferencia entre ambos radica en que en el primer caso se suple

87. HECK, PH.: *El problema de la creación del Derecho*, Barcelona, 1961, Ariel, trad. de M. Entenza, pp. 40-42.

88. Heck critica abiertamente la doctrina de Ehrlich por considerarla peligrosa y de imposible realización práctica, *ibidem*, pp. 64 y ss.

89. Sobre la noción de las nociones confusas *vid.* PERELMAN, CH.: «L'usage et l'abus des notions confuses», en *Logique et Analyse*, núm. 81, publicación del *Centre National des Recherches de Logique*.

90. CARNELUTTI, F.: *Teoria generale del diritto*, *cit.*, pp. 86 y ss.

la laguna permaneciendo siempre dentro del propio ordenamiento jurídico mientras que en el segundo se recurre a otros ordenamientos o a otros criterios que son extraños al mismo⁹¹. Por consiguiente, la diferencia fundamental entre ambos métodos está en el origen de la solución: en la autointegración la solución viene de dentro del sistema mientras que en la heterointegración su procedencia es externa. Las consecuencias de la utilización de uno u otro métodos son aparentemente contradictorias pero en la práctica no hay tantas diferencias. Carnelutti lo señalaba acertadamente: «Así colocados sobre el terreno de la lógica, la autointegración y la heterointegración son los dos extremos de una antítesis: la primera es una solución rígida; la segunda una solución flexible; la primera favorece la conservación, la segunda la evolución del Derecho; la primera coloca a las partes frente al legislador, la segunda frente al juez; la primera somete la justicia a la certeza, la segunda hace prevalecer la justicia sobre la certeza; la primera se resuelve mediante la formación de preceptos abstractos, la segunda mediante la formación de preceptos concretos. Sin embargo, en la realidad, también esta distinción se acorta bastante»⁹². Naturalmente, recurrir a uno u otro método es algo que no se puede determinar *a priori* siendo necesario hallarse frente al caso concreto para decidir qué camino se elige. Dentro del método de la autointegración se suele hacer referencia a la analogía y a los principios generales del Derecho. Por otra parte, los medios típicos de la heterointegración son el recurso al Derecho natural y a la equidad⁹³.

No es mi intención analizar pormenorizadamente cada uno de estos procedimientos porque ello excedería con mucho los límites del presente trabajo. Además, la literatura respecto de este tema es tan abundante que nada o casi nada podría aportar lo que aquí se dijese. En consecuencia me limitaré a exponer algunas ideas de carácter muy general. Puede decirse que la autointegración, esto es, el recurso a la analogía y a los principios generales del Derecho es mucho más frecuente que la heterointegración, entre otras razones, porque en todos los ordenamientos subsiste la pretensión de dar respuesta a todos los problemas jurídicos sin necesidad de acudir a instancias que se encuentren fuera del mismo. La idea de seguridad y el control de aquellos sujetos que aplican el Derecho sigue teniendo una fuerza de atracción considerable, lo cual no es extraño si se piensa en cuáles son los ideales que presiden toda regulación normativa. Aunque la autointegración suponga el reconocimiento de que hay situaciones que escapan a la previsión del legislador (esto es, que hay lagunas), queda por lo menos el consuelo de comprobar que la solución del caso viene proporcionada, en última instancia, por una norma del sistema. Pensemos, por ejemplo, en la analogía; es cierto que el juez debe valorar y tiene que apreciar la «identidad de razón» existente entre el supuesto regulado por

91. BOBBIO, N.: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 166.

92. CARNELUTTI, F.: *Teoria generale del diritto*, cit., p. 91.

93. Aquí sólo se hablará de heterointegración cuando la solución tenga su origen fuera del ordenamiento. Por consiguiente, la costumbre no sería un medio de heterointegración. En sentido contrario, Bobbio y Carnelutti en las obras citadas anteriormente.

la norma y el supuesto que la norma no contempla pero, una vez establecida tal identidad, se aplica una norma que forma parte del ordenamiento jurídico. Lo mismo podría decirse respecto de los principios generales del Derecho.

Por el contrario, si se recurre a la heterointegración la respuesta ya no viene dada por el ordenamiento con lo cual el control de la decisión se hace mucho más difícil. Uno de los procedimientos característicos de la heterointegración ha sido el recurso al Derecho natural. Dice Bobbio que «el tradicional método de heterointegración mediante el recurso a otros ordenamientos consistía en la obligación hecha al juez, de recurrir en caso de laguna del Derecho positivo, al Derecho natural. Una de las funciones constantes del Derecho natural fue la de colmar las lagunas del Derecho positivo. El Derecho natural aparecía como un sistema jurídico perfecto, sobre el cual reposaba el ordenamiento positivo que era por su naturaleza imperfecto»⁹⁴. En la actualidad ningún ordenamiento reconoce esta posibilidad de acudir al Derecho natural y hay muchas razones para ello. «El último residuo de esta doctrina es el artículo 7 del código civil austriaco de 1812 en el cual el juez debe recurrir a los principios del Derecho natural (*natürliche Rechtsgrundsätze*)»⁹⁵. De cualquier modo, aunque no se apele al Derecho natural —por lo impreciso y equívoco del término— sí se recurre en ocasiones a otro tipo de expresiones igualmente vagas como «naturaleza de las cosas» o «lo razonable». Por ejemplo, lo ha hecho nuestro Tribunal Constitucional⁹⁶. El otro medio típico de heterointegración es el recurso a la equidad. En los sistemas anglosajones se reconoce abiertamente el poder creador del juez; sin embargo en los sistemas de Derecho continental tal posibilidad no está reconocida con la única excepción de los llamados juicios de equidad que tienen un carácter excepcional y, que, por tanto, es un recurso extraordinario que sólo puede utilizarse en contadas ocasiones.

94. BOBBIO, N.: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 167.

95. *Ibidem*.

96. EZQUIAGA GANUZAS, F. J.: *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit., p. 44.

En torno a la lógica deóntica del último Kelsen

Por CARLOS ALARCON CABRERA

Sevilla

Ya a principios de la década de los cuarenta, y por tanto con anterioridad al nacimiento de la expresión «lógica deóntica», una serie de filósofos discutieron un problema que iba a ser fundamental para delimitar el campo de aplicación y el objeto de estudio de la nueva rama científica. Sus conclusiones servirían de base para determinar si la lógica deóntica debía ocuparse de las relaciones lógicas entre las normas o de las relaciones lógicas entre las proposiciones que describen normas.

Quizá quien con mayor intensidad intuyó, en 1941, la importancia de la cuestión fue Alf Ross, al exponer el siguiente razonamiento supuestamente contradictorio, conocido como «dilema de Jorgensen»¹:

Por una parte, se considera tradicionalmente que la lógica se rige por los valores de verdad y falsedad. Inferir lógicamente una proposición de otra significa que si una de ellas es verdadera, la otra también lo es; y así, una secuencia de proposiciones forma un raciocinio lógico si todas ellas son verdaderas o falsas. Esta condición no se cumple en las normas, que no pueden asumir el valor lógico de verdad, ya que una norma no es ni verdadera ni falsa. Por consiguiente, no cabe una lógica cuyas inferencias contengan premisas que sean normas.

Por otra parte, parece evidente la existencia de inferencias lógicas que se componen parcial o totalmente de normas, como la siguiente:

- 1) ¡Deben pagar sus impuestos!
- 2) El I.V.A. es uno de sus impuestos
- 3) ¡Deben pagar el I.V.A.!

O como esta otra, cuya evidencia, aun aceptando la posibilidad de inferencias lógicas normativas, dista bastante de ser real:

1. ROSS, A.: *Imperatives and Logic*, en *Theoria*, VII, 1941, pp. 53 a 71, reimpresso en *Philosophy of Science*, XI, 1944, pp. 30 a 46. Utilizo la versión italiana: *Imperativi e logica*, trad. de G. Ferrari y R. Guastini, en el vol. *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, edición a cargo de A. Febbrajo y R. Guastini, Il Mulino, Bolonia, 1982, pp. 73 a 96.

4) ¡Debéis dedicar a las matemáticas al menos tantas horas como a la filosofía!

5) ¡Debéis dedicar a la filosofía cuatro horas!

6) ¡Debéis dedicar a las matemáticas al menos cuatro horas²!

Si se sigue el primer argumento se comete el error de marginar auténticas inferencias lógicas. Si se sigue el segundo, olvidamos que los funtores y conectivas lógicas operan con proposiciones verdaderas o falsas, condición que no se cumple en las normas. Así, recapitulando, tenemos que:

A) Las inferencias lógicas requieren que todas sus premisas sean verdaderas o falsas.

B) Las normas no son verdaderas o falsas.

C) Por consiguiente, las normas no pueden ser premisas de inferencias lógicas.

Y por otra parte:

D) Existen inferencias lógicas con normas como premisas.

De acuerdo con el principio lógico de no contradicción, o C) es falso, o D) es falso; y como si C) es falso es porque A) es falso o porque B) es falso, entonces tenemos que o A) es falso, o B) es falso, o D) es falso.

La tesis que Kelsen mantiene en «Allgemeine Theorie der Normen»³ y en «Recht und Logik»⁴, la cual va a ser analizada en este trabajo, se puede resumir así: A) es verdadero y B) es verdadero; por consiguiente, C) es verdadero; y, por consiguiente, D) es falso: no existen inferencias lógicas con normas como premisas, por lo que la única lógica deóntica posible es la lógica de las proposiciones normativas, la lógica de las proposiciones sobre normas.

I. VERDAD, VALIDEZ Y OTROS VALORES LÓGICOS

La misión de la lógica consiste en formular el valor de verdad de expresiones moleculares a partir del valor de verdad de las expresiones atómicas constituyentes. Esa producción de conclusiones verdaderas debe sistematizarse y ajustarse a ciertos tipos de métodos, para lo cual son necesarios los principios lógicos que regulan los cálculos inferenciales. Además, como subraya R. Vernengo, la propiedad característica «Verdad», que se predica de expresiones lingüísticas plasmadas en proposiciones, no posee un significado meramente formal, sino que interesan los criterios de ver-

2. ROSS, A.: *cit.*, p. 76. En este caso se confunde la existencia del imperativo 5) con su cumplimiento o incumplimiento. Sólo si el imperativo 5) es satisfecho podría ser válida la inferencia. Y entonces 5) sería «Dedicáis a la filosofía cuatro horas», y no «¡Debes dedicar a la filosofía cuatro horas!».

3. KELSEN, H.: *Allgemeine Theorie der Normen*, Hans Kelsen Institut, recopilación de K. Ringhofer y R. Walter, Viena, 1979. Utilizo la trad. italiana de M. Torre *Teoria generale delle norme*, edición de M. Losano, Giulio Einaudi, Turín, 1985.

4. KELSEN, H.: *Recht und Logik*, en *Neues Forum*, 1965, pp. 421 a 425 y 495 a 500. Utilizo la traducción italiana de C. Mancusi *Diritto e logica*, incluida en el vol. *Problemi di teoria del diritto*, edición a cargo de R. Guastini, Il Mulino, Bolonia, 1980, pp. 173 a 196.

dad material⁵. Ahora bien, ¿es la verdad el único valor lógico? En el caso de proposiciones no descriptivas, ¿no son posibles otros valores lógicos?

En opinión de Kalinowski y de todos los que le han seguido, incluso sin apartarnos de la lógica bivalente no es preciso aferrarnos a los valores de verdad y falsedad como los únicos posibles. El error que ha motivado la creencia en una única pareja de valores lógicos ha sido la incierta distinción entre proposiciones en sentido gramatical y proposiciones en sentido lógico. Conforme a esta equivocada distinción las proposiciones gramaticales englobarían todas las expresiones con estructura sintáctica proposicional: preguntas, deseos, órdenes, consejos... Las proposiciones lógicas sólo serían un tipo de proposiciones gramaticales, las significativas de juicios verdaderos o falsos. Y esta distinción es, para Kalinowski, equivocada porque toda proposición gramatical es, en potencia, lógica. La diferencia entre unas y otras no reside en su estructura sintáctica, «sino en el hecho de que, presentando aspectos diversos, las expresiones dotadas de estructura proposicional constituyen el objeto de la lingüística (gramática) y de la lógica»⁶.

Toda proposición gramatical puede, por tanto, al margen de su estructura sintáctica, ser una proposición lógica, aunque no sea susceptible de verificación. Verdad y falsedad serían entonces valores lógicos relativos a los enunciados proposicionales modales, pero no agotarían el terreno de actuación de la lógica. Así, siguiendo a U. Klug, el problema de la aplicación de los principios lógicos a las normas sería un simple problema semántico que puede resolver la metalógica investigando los fundamentos de la lógica. No sería forzoso que los principios lógicos se aplicaran sólo a enunciados apofánticos⁷.

De hecho, esta puerta abierta a nuevos valores lógicos es la que pretendió cerrar Kelsen al insistir en que ninguna propiedad de las normas posee la suficiente analogía con la verdad como para justificar la existencia de relaciones lógicas. Centrémonos en algunas de esas propiedades.

La lógica de la satisfacción

Kelsen plantea la hipótesis de que el cumplimiento de las normas fuera a efectos lógicos análogo a la verdad de las proposiciones del siguiente modo: si transformamos una norma convirtiéndola en una aserción que atiende a la satisfacción de lo que exige dicha norma, hay un paralelismo entre la verdad de la norma y su cumplimiento de cara a las consecuencias que dicha veracidad y dicha observancia implican. Si modificamos la

5. VERNENGO, R.: *Derecho y lógica: un balance provisorio*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, p. 310, y STRAWSON, P.: *Proposiciones, conceptos y verdades lógicas*, trad. cast. de A. García Suárez, en el vol. *Ensayos lógico-lingüísticos*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 135 y ss.

6. KALINOWSKI, G.: *Lógica del discurso normativo*, trad. cast. de Juan Ramón Capella, Tecnos, Madrid, 1972, pp. 24 y 25, y SÁNCHEZ-MAZAS, M.: *Cálculo de las normas*, Ariel, Barcelona, 1973, pp. 45 y 46.

7. KLUG, U.: *Acerca de la estructura de las normas*, trad. cast. de E. Garzón Valdés, en *Revista Jurídica*, Buenos Aires, 1964. Recogido en el vol. *Problemas de filosofía del derecho*, Sur, Buenos Aires, 1966, pp. 44 y 45. Véase también BOBBIO, N.: *Diritto e logica*, en *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, 1962, pp. 35 y ss.

proposición prescriptiva «Todos deben pagar sus impuestos» en el sentido de convertirla en la proposición «La norma exige de todos el comportamiento que se puede describir así: Todos pagan sus impuestos» o, de forma más simple, en la proposición «Todos pagan sus impuestos», podemos deducir que «Juan paga sus impuestos», que es la formulación en términos de satisfacción de la norma «Juan debe pagar sus impuestos»⁸.

En principio se puede comprender la analogía entre verdad de las proposiciones y observancia de las normas. Igual que de dos proposiciones contradictorias sólo una puede ser verdadera, de dos normas contradictorias sólo una puede ser respetada. Y, por otro lado, igual que de la verdad de la existencia de una característica común a varios objetos se deduce la verdad de la existencia de esa característica en uno de ellos, de la observancia de una norma por parte de varios sujetos se deduce la observancia de la misma por parte de uno de ellos⁹. Como pone de relieve A. Prior, esa analogía se comprueba en el hecho de que la verdad o falsedad de una proposición depende de algo exterior a ella, y, asimismo, la obediencia o desobediencia de una norma también depende de algo exterior a la norma: el cumplimiento de sus destinatarios. Además, la única excepción posible a esa exterioridad es similar en los dos casos. No hacen falta datos externos para afirmar que si una proposición es verdadera, la contraria a ella es falsa. Tampoco para afirmar que si una norma es obedecida, no lo es la negación de dicha norma¹⁰.

Kelsen rechaza por dos razones la aparente analogía entre verdad de las proposiciones y cumplimiento de las normas. La primera de ellas no se encuentra en otros autores críticos con la lógica de la satisfacción, y hace referencia a la presencia en un ordenamiento de dos normas contradictorias, que nunca pueden ser cumplidas a la vez por el mismo juez, pero sí pueden observarse en momentos diferentes o por jueces diferentes. Así, cada norma es y no es observada, pero nunca puede ocurrir que de dos proposiciones contradictorias una pueda ser en algunas ocasiones verdadera y en otras falsa, ya que la que es verdadera lo es independientemente de los factores personales y temporales¹¹. En realidad, esta objeción es consecuencia de uno de los pilares que sujetan la construcción teórica kelseniana: la no vigencia del principio de no contradicción en las relaciones lógicas entre las normas.

La segunda razón esgrimida para rechazar la lógica de la satisfacción sí había sido ya frecuentemente apuntada por otros lógicos. Alude a que no hay analogía entre verdad de las proposiciones y cumplimiento de las normas porque realmente el cumplimiento no se refiere a las normas, sino al contenido de las normas. Para saber si se cumple una norma no basta con fijarnos en ella, sino que es necesario verificar en la realidad la adecuación del comportamiento del destinatario¹². Es decir, es necesario acudir

8. KELSEN, H.: *Diritto e logica, cit.*, pp. 182 y 183.

9. *Ibid.*, pp. 183 y 184.

10. PRIOR, A.: *Logic and the basis of ethics*, Clarendon Press, Oxford, 1965, pp. 71 y 72.

11. KELSEN, H.: *Diritto e logica*, p. 184.

12. *Ibid.*, pp. 184 y 185.

a valores de verdad para determinar el cumplimiento o incumplimiento de la norma, con lo que nos hallamos en un círculo vicioso ya que la lógica imperativa de la satisfacción se convierte en indicativa. Con la lógica de la satisfacción, el problema de la sustitución del valor de verdad se deja a un lado, no se resuelve, ya que el carácter lógico de las inferencias sigue siéndolo por la naturaleza indicativa de sus premisas (el enunciado «Juan paga sus impuestos» es indicativo).

Kelsen, sin embargo, no habla del razonamiento con el que Ross, en «Imperatives and logic», demostró la inutilidad de la lógica de la satisfacción, y que ha dado lugar a la denominada «paradoja de Ross». El filósofo danés llamó la atención sobre el hecho de que, si seguimos esta pseudológica, el cumplimiento del deber expresado en una norma implica el cumplimiento disyuntivo de ese deber o de otro¹³. Es decir llegaríamos a la incorrecta inferencia « $O(p) \rightarrow O(p \vee q)$ », que conforme a la lógica de la satisfacción es correcta, pero que intuitivamente la rechazamos de plano: De «Debes echar la carta al correo» no podemos inferir «Debes echar la carta al correo o quemarla», pero si se ha cumplido el deber de echar la carta al correo entonces se ha cumplido el deber de, o bien echar la carta al correo, o bien quemarla. Una vez más se comprobaba que la lógica de la satisfacción, al no ser una lógica normativa sino una lógica proposicional, trabaja con valores veritativos y, como tal, permite la implicación « $p \rightarrow (p \vee q)$ ».

La lógica de la validez

La propia ineficacia de la lógica de la satisfacción como solución al dilema de Jorgensen llevó a Ross a buscar nuevos caminos que le condujeron a lo que llamó la «lógica de la validez». No se puede, en su opinión, excluir a las normas como premisas de inferencias normativas en tanto que existan valores lógicos que puedan asumir papeles similares en razonamientos deónticos a los de «verdad» y «falsedad» en lógica proposicional. Ahora bien, esos nuevos valores lógicos —validez e invalidez— deben ser realmente análogos a los veritativos. Para ello, hay que tener presente que la validez no puede referirse a hechos objetivos. Para hablar de validez objetiva de una norma haría falta constatar la existencia de un procedimiento de verificación de la misma, lo cual sería imposible a no ser que se volviera a acudir indirectamente al valor de verdad a través de una ética normativa científica, que Ross rechaza porque «sólo ocupa un sitio en el

13. ROSS, A.: *cit.*, pp. 84 y ss., y *Lógica de las normas*, trad. cast. de José Hierro, Tecnos, 1971, pp. 161 y ss.; también PEKLO, B. T.: *Logical elements in Jurisprudence*, en RIFD, 1974, pp. 95 y ss. Se ha hablado también de otras inferencias correctas que, a la inversa de lo ocurrido con la «paradoja de Ross», no son aceptadas por la lógica de la satisfacción. Supongamos la existencia de la norma «Si hay algún herido, la manifestación debe acabar», de la que parece deducirse la norma «Si hay algún herido y algún muerto, la manifestación debe acabar». No obstante, siguiendo la lógica de la satisfacción, no cabe la implicación de la segunda norma a partir de la primera, ya que si se ha decidido acabar la manifestación porque haya algún herido, no es forzoso que se haya decidido acabar la manifestación porque haya algún herido y algún muerto. Pero no parece que en este caso haya desajuste entre una y otra lógica sino una enunciación de la norma consecuente que encubre sus caracteres semánticos, los cuales pueden ir en contra de nuestras intuiciones.

desván de la metafísica moral y religiosa»¹⁴. En el mismo sentido, Kelsen atribuye al Derecho Natural la desviación del concepto de validez de una norma respecto al acto de voluntad que la emite. Si el fundamento de la norma reside en la «naturaleza de la cosa», como totalidad racional, nada tendría en conexión con su verdadero significado, sino más bien con razonamientos religiosos o teológicos¹⁵.

No obstante, Ross, a diferencia de Kelsen, sí creyó que la validez, en sentido subjetivo, podía ocupar el valor de la verdad en inferencias lógicas normativas, aunque en el artículo de 1941 su pensamiento es todavía oscilante. Una proposición prescriptiva es, para Ross, subjetivamente válida si está presente en una persona un estado psicológico que la determina. Con este concepto de validez las conectivas lógicas sí se pueden interpretar correctamente en el lenguaje normativo sin que haga falta utilizar los valores de verdad y falsedad. Las conectivas son definibles mediante tablas análogas a las de lógica ordinaria, aunque con los valores «válido» e «inválido».

Tal como advierte R. Hilpinen, la validez, así entendida, aparece como un concepto semántico básico que corresponde a cada situación normativa, y que es determinada por el estado psicológico o voluntad del «imperator». Pero, justamente por ello, el primer Ross no concibe inferencias normativas que no sean «pseudológicas»: no son lógicas por sí mismas, sino que dependen de la «asunción de la autoconsistencia de la voluntad». Además, esta condición sólo puede ser implícita para que las inferencias lógicas sean deónticas, porque si se hace explícita se vuelve al campo de la lógica indicativa¹⁶. En el primer caso, la inferencia ya no sería «Si deben pagar sus impuestos, y el I.V.A. es uno de sus impuestos, deben pagar el I.V.A.», sino que se formularía introduciendo una premisa indicativa que modificaría la naturaleza de la inferencia: «Si deben pagar sus impuestos y el I.V.A. es uno de sus impuestos, entonces, si la voluntad del legislador es autoconsistente, deben pagar el I.V.A.». Y en el caso de que la autoconsistencia de la voluntad del legislador se hiciera explícita, la inferencia perdería totalmente su carácter deóntico ya que, como apunta R. Guastini, la validez «perdería todo halo de misterio» y pasaría a ser una cualidad observable. La inferencia sería la siguiente: «Si del legislador ha emanado la norma según la cual deben pagar sus impuestos, y el I.V.A. es uno de sus impuestos, entonces del legislador ha emanado la norma según la cual deben pagar el I.V.A.»¹⁷.

En «Directives and norms» Ross se arrepiente de su concepción psicológica de la lógica deóntica y retoca su «lógica de la validez». Reconoce que «validez» no es un concepto psicológico sino metodológico al expre-

14. ROSS, A.: *Imperativi e logica*, cit., pp. 80 a 82.

15. KELSEN, H.: *Diritto e logica*, cit., pp. 176 a 178.

16. HILPINEN, R.: *On Ross Paradox*, en *Estudios en Homenaje de Alf Ross*, edición de A. Squella y R. Vernengo, Universidad de Valparaíso, 1982, pp. 575 y 576.

17. GUASTINI, R.: *Problemi d'analisi del linguaggio normativo*, en el vol. cit. *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, pp. 50 y 51, y POLLASTRO, P.: *Il linguaggio normativo secondo Alf Ross: un riesame critico*, en RIFD, 1986, pp. 372 y ss.

sar el modo en que una norma es «puesta» o «aceptada», al igual que una proposición es también puesta en el lenguaje descriptivo al ser considerada verdadera. Las reglas de la lógica indicativa no dependen de la capacidad psicológica de los hombres para aceptar como verdaderas proposiciones contradictorias, sino que son condiciones que deben cumplirse para poder describir el mundo diferenciando lo verdadero de lo falso. Igualmente, las reglas de la lógica normativa son condiciones necesarias para que con su lenguaje se conduzca el comportamiento humano, al margen de consideraciones psicológicas¹⁸. Y contra la objeción a esta tesis, que luego trataremos, según la cual para establecer el valor de verdad de una proposición existen métodos independientes del sujeto, lo que ocurre en relación con la validez de las normas, Ross arguye que esta crítica tiene un falso apoyo: el de que la lógica indicativa estudia proposiciones tomadas como verdaderas. Es falso porque la lógica realmente se ocupa de las circunstancias que deben producirse para que las formulaciones lingüísticas posean significado indicativo y, como tales, puedan ser verdaderas o falsas. Así, cuando se dice «la llegada del verano eleva la temperatura», no significa que se mantenga que ha llegado el verano, ni que ha subido la temperatura, sino que si ocurre lo primero, ocurre lo segundo¹⁹.

¿Cuál es la posición que adopta Kelsen en sus últimas obras? Al jurista austriaco habría que colocarlo mucho más cerca del Ross de los años cuarenta que del de «Directives and norms». Su oposición es frontal a ese supuesto paralelismo entre verdad de una proposición y validez de una norma, que considera un error gravísimo que ha propiciado elucubraciones inútiles sobre la lógica normativa.

Kelsen incide en el hecho de que las relaciones entre el acto de promulgación de la norma y su validez son muy distintas de las relaciones entre el acto de formulación de una proposición y su veracidad, porque en este último caso el hecho de que la proposición sea verdadera no tiene como condición el acto de su formulación, mientras que la validez de la norma sí depende del acto de promulgación. Ello no presupone que validez y acto de promulgación sean una misma cosa; el acto es la condición, pero no el fundamento de la validez, que reside en la validez de otra norma²⁰. También Von Wright, al criticar la analogía entre verdad de las proposiciones y validez de las normas, se centró en este punto. Para el lógico finlandés una norma siempre es válida en relación a otra norma que permite su promulgación. Pero no es exacto decir que el fundamento de la validez de una norma se encuentra en la validez de otra norma. La primera norma no «obtiene» su validez por la validez de la segunda, sino por la existencia de ésta en un lugar en el que mantiene una relación jerárquica con ella. Si no fuera así nos hallaríamos en una remisión al infinito, ya que toda norma requeriría otra superior. Por otra parte, la verdad de una proposición sí se «obtiene» de la verdad de otra²¹.

18. ROSS, A.: *Lógica de las normas*, cit., pp. 156 y 163.

19. *Ibid.*, pp. 163 y ss.

20. KELSEN, H.: *Teoria generale delle norme*, cit., p. 267.

21. VON WRIGHT, G.: *Norma y acción*, trad. cast. de Pedro García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1979, pp. 200 a 203.

Una segunda razón que aporta Kelsen en contra del paralelismo citado deriva de la anterior: Una norma ha de haberse promulgado para ser válida, ha de existir. Una norma que no es válida es una norma que no existe, por lo que hablar de «normas válidas» es redundante. Por el contrario una proposición puede ser verdadera sin que haya sido formulada, y si lo ha sido no puede derogarse. Ello es así porque la verdad es una propiedad de la aserción, pero la validez no lo es de la norma²².

En tercer lugar, para Kelsen, la validez de una norma puede ser objeto de determinación temporal, no así la veracidad de una proposición. Toda norma posee una vigencia temporal, y aunque en la mayoría de las normas no se prevea explícitamente, todos los ordenamientos aceptan el principio de que la ley posterior deroga la anterior. Una proposición, si es verdadera, lo es para siempre. Si la aserción «hoy hace frío» es verdadera, lo será también mañana aunque haga calor²³.

Kelsen acoge la idea de validez en un sentido empírico, como pertenencia al ordenamiento jurídico. La validez de una norma es un hecho que se puede describir perfectamente a través de su integración en el derecho positivo, integración que se comprueba verificando que la norma ha sido elaborada siguiendo los procedimientos legales establecidos. La norma «deriva dinámicamente» de otras normas del ordenamiento²⁴, en las que encuentra la razón de su obligatoriedad. García Máynez señala que, en Kelsen, esta derivación puede interpretarse de dos formas: principalmente, como ajuste a lo establecido por las «fuentes formales» para la regularidad del proceso legislativo; complementariamente, como concordancia material con las normas superiores. Pero, en cualquier caso, Kelsen no fija su atención en datos intrínsecos de la norma sino que la validez depende únicamente de requisitos extrínsecos²⁵.

Kelsen sostiene que la existencia de una norma es sólo posible si ha tenido lugar un acto de voluntad cuyo significado corresponde exactamente al contenido de dicha norma. La norma se define como el sentido de ese acto de voluntad, y la inconveniencia del paralelismo entre verdad y validez por el sentido que Kelsen da a esta última conlleva como consecuencia la negación de una lógica de las normas, la negación de la posibilidad de inferencias lógicas entre normas. Si la validez de una norma es inseparable del acto de voluntad que la creó, principios lógicos como el de no contradicción o la regla de inferencia no pueden ser aplicables. La norma «Prohibido pegar carteles en las paredes» puede coexistir con la norma «Permitido pegar carteles en las paredes» si también coexisten dos actos de voluntad del legislador con los respectivos contenidos, lo cual no está tan lejos de la realidad como pudiera parecer. Y, sin embargo, de la norma legalmente promulgada «Prohibido pegar carteles en las paredes»

22. KELSEN, H.: *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 268 y 269, y *Diritto e logica*, cit., pp. 175 y 176.

23. KELSEN, H.: *Teoria generale delle norme*, cit., p. 270.

24. Véase VERNENGO, R.: *Validez y verdad en la «Teoría general de las normas»*, de Hans Kelsen, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1985, pp. 15 a 18.

25. GARCÍA MÁYNEZ, E.: *Validità formale e validità materiale in senso giurido-positivo e validità oggettiva o intrinseca in senso assiologico*, en RIFD, 1964, pp. 610 y 611.

no se puede inferir lógicamente la prohibición de pegar carteles de partidos políticos en las paredes si no ha concurrido un nuevo acto de voluntad que la haga válida, en particular una sentencia. Es más, las inferencias lógicas no sólo no son posibles entre normas válidas, sino que ni siquiera lo son entre proposiciones indicativas sobre normas válidas:

- 7) ¡Prohibido pegar carteles en las paredes!
- 8) ¡Permitido pegar carteles en las paredes!

Para Kelsen, las normas válidas 7) y 8) son compatibles y, por ello mismo, también son compatibles 9) y 10):

- 9) La norma ¡Prohibido pegar carteles en las paredes! es válida
- 10) La norma ¡Permitido pegar carteles en las paredes! es válida

Estas dos proposiciones tampoco son contradictorias, ya que tienen objetos diferentes: la validez de la norma 7) y la validez de la norma 8). Y el hecho de que estos dos objetos fueran contradictorios tampoco supondría el carácter contradictorio de las proposiciones que los describen. Quien habla no es culpable de los errores del legislador²⁶.

En definitiva, el rechazo de la analogía entre verdad de una proposición y validez de una norma es una pieza más del esquema kelseniano sobre la naturaleza de la norma. El psicologismo e incluso el irracionalismo que encontramos en el Kelsen de los sesenta le impide aceptar la existencia de relaciones lógicas entre las normas al hacer depender a éstas de los actos de voluntad que las crean. Aunque, como ha puesto de manifiesto Ota Weinberger, en el propio pensamiento del austriaco encontramos algunos puntos que entran en conflicto entre sí: Sólo un acto de voluntad legalmente autorizado produce una norma válida; y sólo por subsunción podemos afirmar que ese acto es legal al cumplir las condiciones exigidas por la norma que lo autoriza. Por consiguiente, el acto de creación de la norma válida depende de una operación lógica de subsunción²⁷. Kelsen no quiso apreciar el problema desde este punto de vista y subjetivizó el concepto de validez hasta tal extremo que quedó definitivamente alejado de la noción de verdad proposicional.

La dualidad de factores en los enunciados prescriptivos

Junto a la «lógica de la satisfacción» y la «lógica de la validez», ha sido frecuente otra perspectiva desde la que se ha cuestionado el hecho de la dependencia de las inferencias lógicas respecto al carácter veritativo de

26. Véase CONTE, A.: *In margine all'ultimo Kelsen*, en el vol. *cit.*, *Problemi di teoria del diritto*, pp. 197 y ss. Conte analiza aquí la aplicación directa y la aplicación indirecta —referente a proposiciones descriptivas sobre normas válidas— del principio de no contradicción y de la regla de inferencia a partir de la noción kelseniana de validez como existencia. También en relación con la analogía entre el valor de verdad de las proposiciones descriptivas y el valor de validez de las proposiciones prescriptivas ha tratado de demostrar la continuidad entre ambos basándose en la aplicación deóntica de la paradoja de Epiménides, al indagar si es igualmente paradójico formular la proposición «El presente enunciado descriptivo es falso» que afirma que «El presente enunciado prescriptivo debe ser inválido». Véase CONTE, A.: *Ricerca d'un paradosso deontico. Materiali per una semantica del linguaggio normativo*, en RIFD, 1974, pp. 481 y ss.

27. WEINBERGER, O.: *Logic and the Pure Theory of Law*, en el vol. *Essays on Kelsen*, edición de Richard Tur y William Twining, Oxford, 1986, pp. 194 a 197.

sus premisas. Según esta perspectiva, premisas no apofánticas pueden formar parte de deducciones lógicas si presentan un factor descriptivo. Y las normas, como las proposiciones, poseen un elemento descriptivo: el conjunto de expresiones que describen la acción, que es pensada no como real —sería el caso de las proposiciones— sino como forma de conducta.

La separación, dentro de la norma, de dos elementos o factores ya fue la solución que en los años treinta y cuarenta se aportó al dilema que expusimos al inicio de este trabajo. Una norma, en cuanto que expresa un mandato de acción, debe forzosamente describir en qué consiste dicha acción. Así, en toda norma coexiste el factor estrictamente imperativo con el indicativo que describe el contenido del mandato, pudiéndose aislar el primero y convertirse en un enunciado indicativo que puede participar en inferencias lógicas y que es autónomo del factor imperativo, el cual sólo expresa un estado mental sin consecuencias lógicas. Así, en la norma «Prohibido pegar carteles en las paredes», el elemento imperativo o functor, que es común a todos los imperativos, se representa por el verbo «pegar» acompañado de la negación precedente, mientras que el elemento indicativo, que alude al contenido de esa norma en concreto, se describe con la proposición «No se pegan carteles en las paredes», que junto a otras proposiciones o a otros elementos indicativos coexistentes en normas puede constituir una inferencia lógica.

La división en dos factores de las proposiciones prescriptivas sirvió de base a R. M. Hare para formular con mayor precisión la «lógica de los descriptores». Hare observa cómo las proposiciones ordinarias se componen de dos factores, uno propiamente indicativo, que es exclusivo de ellas, y otro descriptivo, que explica su contenido. Este último factor se halla asimismo en las proposiciones prescriptivas, que necesariamente deben «describir» la acción que se prescribe. Hare lo denomina «frástico», en contraposición al «néustico», factor imperativo que expresa la voluntad o el deseo de que la acción citada en el frástico se realice. El frástico o descriptor es común a proposiciones y normas, que se vinculan lógicamente a través de él²⁸.

Apoyándose en las teorías de Hare, Umberto Scarpelli ha analizado las consecuencias que para una lógica de las normas puede suponer la presencia en ellas de elementos propios de las proposiciones indicativas. Scarpelli pone de relieve que las normas coinciden con las proposiciones en la referencia a hechos, aunque como comportamientos en el primer caso y como situaciones o eventos en el segundo. Si se utiliza un lenguaje en el que las expresiones que designan los comportamientos y situaciones son distintas de las usadas para indicar que el enunciado en cuestión tiene una u otra función, se debe entender que normas y proposiciones pueden ser semejantes en el campo de referencia (frástico) y diferentes en la función que desempeña el enunciado (néustico), o viceversa²⁹. Así, la norma

28. HARE, R. M.: *The language of morals*, Oxford University Press, Oxford, 1952, pp. 32 y ss.

29. SCARPELLI, U.: *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Giuffrè Editore, Milán, 1985, pp. 104 y 105.

«Debéis echar los desperdicios a la papelera» tiene una parte en común con la proposición «Vais a echar los desperdicios a la papelera»: «Echar los desperdicios a la papelera», que describe la acción en cuestión. Y se diferencian en el verbo que expresa la función del enunciado, imperativa o indicativa.

Esta disociación de elementos posibilita, a juicio de Scarpelli, extender a las normas las reglas lógicas ordinarias salvo que trabajemos con normas individuales, concretas e incondicionadas —de las que es imposible inferir otras— o con normas generales que tienen aplicación inmediata. Porque en los demás casos la norma ocupa el lugar de la primera premisa, que junto a una proposición indicativa relativa a la constatación individual del supuesto de hecho ofrece una conclusión deductiva. Estas operaciones son únicamente posibles en virtud de la designación de los hechos propia del frástico, factor común a todas las premisas³⁰. Y los mismos esquemas lógicos son aplicables a las «normas de estructura», normas que no regulan directamente comportamientos, sino que «determinan las condiciones de pertenencia de las normas al sistema». También en ellas se distingue el frástico, que describe las relaciones de la normas con el sistema, del néustico, que expresa la función de la norma cumplida. Una norma de estructura —por ejemplo, un precepto de la norma fundamental de un ordenamiento jurídico— se considerará cumplida, con la consecuencia de la validez de la norma de comportamiento a la que se refiere, cuando sea verdadera una proposición cuyo frástico sea idéntico al frástico de la norma de estructura³¹.

En efecto, parece que en este sentido sí se podría hablar de inferencias lógicas, en las que intervienen normas. Pero, ¿constituyen realmente estas teorías una solución al dilema de Jorgensen, o son sólo simples rodeos acerca de la lógica proposicional que nada aportan a la lógica deóntica?

Volvamos a un ejemplo ya citado:

- 1) ¡Deben pagar sus impuestos!
- 2) El I.V.A. es uno de sus impuestos
- 3) ¡Deben pagar el I.V.A.³²!

A esta construcción lógica se le puede achacar que dos de sus premisas no son susceptibles de verificación. Pero si extraemos de las normas el supuesto elemento indicativo parece a primera vista que ese escollo podría ser superado:

- 1) ¡Debén pagar sus impuestos!
- 1*) Les ha sido mandado que paguen sus impuestos
- 2) El I.V.A. es uno de sus impuestos
- 3*) Les ha sido mandado que paguen el I.V.A.
- 3) ¡Deben pagar el I.V.A.!

30. *Ibid.*, pp. 106 a 108.

31. *Ibid.*, pp. 110 y ss.

32. Al utilizar los signos de admiración cuando la norma forma parte de una inferencia pretendo recalcar que los enunciados en cuestión se interpretan prescriptivamente y no descriptivamente; es decir, como normas y no como proposiciones que informan de la existencia de normas.

Desde luego, si a los destinatarios de la norma les ha sido mandado que paguen todos sus impuestos, y el I.V.A. es uno de sus impuestos, les ha sido mandado que paguen el I.V.A. Pero ello nada tiene que ver con que de la norma «Deben pagar sus impuestos» se deduzca la norma «Deben pagar el I.V.A.». La única inferencia lógica posible sigue siendo la realizada con proposiciones, en este caso con proposiciones sobre normas, pero no con normas.

Cuando Hare distinguía el frástico del néustico a la vez confundía el hecho de aceptar una proposición con la referencial que ésta hace a la realidad, que es parte de su significado. Ross le critica que no cayera en la cuenta de que la aceptación, acto no lingüístico, no es parte integrante del significado de la proposición. Es más, en palabras de Ross, «es contradictorio considerar la indicación de asentimiento como 'parte' de la sentencia (el néustico) y como 'acto' realizado 'en relación con' la sentencia»³³. Para Kelsen, no hay que olvidar que las proposiciones prescriptivas no tienen el sentido de actos de pensamiento, como las descriptivas, sino de actos de voluntad. El acto de pensamiento puede ser anterior al acto de voluntad, pero no inherente a él, por lo que Kelsen niega rotundamente que una norma pueda contener un factor imperativo y otro indicativo, un néustico y un frástico. La norma se identifica exclusivamente con un acto de voluntad, que puede tener como causas una serie de elucubraciones racionales que, no obstante, son ajenas a la norma en sí³⁴. Y, es más, aunque se pudiera mantener la presencia de un «descriptor» en las proposiciones prescriptivas, tampoco sería indicativa de la posibilidad de obtener implicaciones lógicas entre normas, sino que no supondría más que volver a pisar el terreno ya trillado de la lógica proposicional.

Normas verdaderas, normas falsas

Para Kelsen, en definitiva, el enunciado que antes citamos como A) —«las inferencias lógicas requieren que todas sus premisas sean verdaderas o falsas»— es rigurosamente cierto, de tal modo que ningún otro valor lógico puede ser predicable de premisa lógica alguna, ni siquiera cuando ésta no se formula en modo indicativo. Por consiguiente, las normas sólo podrían formar parte de inferencias lógicas si fueran susceptibles de considerarse verdaderas o falsas, extremo que Kelsen también niega.

El carácter apofántico de las normas ha sido defendido particularmente por Kalinowski en diversas obras, entre las que destaca «Le problème de la vérité en morale et en droit». El lógico franco-polaco se basa en la definición tarskiana de proposición verdadera —«La proposición 'p' es verdadera si, y solamente si, p»—, que trata de aplicar a las normas: «La norma 'N' es verdadera si, y solamente si, N». Así, la norma «El hombre debe amar al prójimo» es verdadera si, y sólo si el hombre debe amar al prójimo. La norma «El hombre no debe cometer homicidio» es verdadera

33. ROSS, A.: *Lógica de las normas*, cit., pp. 26 y 27.

34. KELSEN, H.: *Diritto e logica*, cit., pp. 174 y 175.

si, y sólo si el hombre no debe cometer homicidio³⁵. Se habla de verdad de las proposiciones y de las normas como correspondencia. Del mismo modo que una proposición descriptiva es verdadera si se corresponde a su objeto, una proposición prescriptiva también lo es por correspondencia a su objeto o «status deóntico»³⁶. La norma «El hombre debe amar al prójimo» es verdadera si, de hecho, el hombre debe amar al prójimo, y ésta es una cuestión que se responde afirmativamente si se parte de premisas iusnaturalistas y negativamente si se parte de orientaciones positivistas. Como el propio Kalinowski reconoce, es éste un problema que pone en juego el carácter racional o irracional de la moral, ya que al responder al mismo se tropieza necesariamente con la metafísica³⁷. Hablar de «norma verdadera» exige creer en la derivación de las normas positivas respecto al derecho natural, que a su vez se deduce de la ley eterna divina, de la que se desprende la verdad de determinados enunciados analíticamente evidentes³⁸.

Si es correcto que la norma N es verdadera si, y solamente si N, la tesis de que las normas pueden ser verdaderas o falsas está, en opinión de Kalinowski, probada. Pero esa adaptación de la definición de Tarski a las proposiciones prescriptivas parece que encubre la diferencia entre la relatividad de la definición de la proposición verdadera, dependiente del lenguaje utilizado, y el carácter absoluto de la definición de la norma verdadera. Tal como advierte D. Sánchez García, Kalinowski rechaza la construcción de una definición semántica de la norma verdadera, ya que aludiría al campo del saber real, pero se acoge a una definición estructural, también incapaz de prever todas las posibilidades de las reglas de inferencia, por lo que contradictoriamente se ha de agarrar a sus tesis filosóficas, con lo que en la práctica deja de ser una definición estructural y pasa a ser teórica y material³⁹. Este «rodeo por la supuesta adaptación del método tarskiano» no hace sino encubrir las posiciones filosóficas de Kalinowski, a las que nada añade, al contrario de las «semánticas de los mundos posibles», que en opinión de la autora citada constituyen el único procedimiento correcto de cara a la construcción de la definición de la norma verdadera⁴⁰.

Entre otros intentos de fundamentar la naturaleza veritativa de las normas sobresale el de Castañeda, quien habla de «justificar una norma» o

35. KALINOWSKI, G.: *Le problème de la vérité en morale et en droit*, Emmanuel Vitte, Lyon, 1967, pp. 236 y ss.

36. A partir de esta última relación de correspondencia, A. Conte ha contrapuesto la tesis de Kelsen de que una norma, si existe, es válida en cuanto que existe, a otra tesis, para él también defendible, según la cual la norma, si existe, es válida en cuanto que es verdadera, de la cual se desprenden interesantes consecuencias en relación con la utilidad de las reglas de inferencia entre normas. Véase CONTE, A.: *In margine all'ultimo Kelsen*, cit., pp. 203 y ss.

37. KALINOWSKI, G.: *Introducción a la lógica jurídica*, trad. cast. de Juan A. Casaubón, Eudeba, Buenos Aires, 1973, pp. 56 y 57, y 138 y ss.

38. KALINOWSKI, G.: *Le problème de la vérité en morale et en droit*, cit., pp. 243 y ss. Véase también *Sur la vérité des normes*, en RIFD, 1968, pp. 593 y ss.

39. SÁNCHEZ GARCÍA, D.: *Definición de la norma verdadera*, en *Theoria*, n.º 2, pp. 535 y ss.

40. *Ibid.*, pp. 539 y 543.

actuar conforme a un procedimiento en base al cual una norma es «dada como justificada», de tal forma que se cumplan dos condiciones: A) Que la norma posea un *status* objetivo, al margen de que sea generalizadamente aceptada y cumplida; B) Que, si sus destinatarios están de acuerdo con ella, se hallen en un estado mental caracterizado por los siguientes datos: a) Tenderán a utilizar la norma como premisa de sus razonamientos; b) Tenderán a refutar las argumentaciones que se opongan a la norma; c) Tenderán a actuar conforme a lo que la norma prescribe⁴¹. La justificación de una norma coincide, siguiendo a Castañeda, con la verdad de una proposición; desde un punto de vista lógico, ontológico y psico-ontológico. Los términos «verdad» y «falsedad» son apropiados, tanto para expresar la verdad formal de las proposiciones lógico-matemáticas y la verdad experimental de las proposiciones empíricas, como para expresar la justificación de las normas⁴².

Como es fácil de intuir, Kelsen, al considerar la norma como expresión de un acto de voluntad, poco se identificaba con teorías que concebían las normas como enunciados apofánticos, ya que un acto de voluntad en ningún caso podía calificarse de verdadero o falso. Es más, ni siquiera desde perspectivas cognoscitivistas se podría mantener esta tesis, puesto que incluso creyendo en la posibilidad de poder establecer si una norma es o no objetivamente válida, ello no significaría que fuera también verdadera, sino, en todo caso, que la proposición que la describiera como objetivamente válida sí lo fuera. Un mismo objeto podría ser tratado por una proposición y por una norma, pero mientras la primera lo asumiría como real, la segunda lo percibiría como norma de conducta. Es más, sintácticamente coinciden con frecuencia, como en el ejemplo que ofrece Von Wright: «Puedes aparcar tu coche enfrente de mi casa». Quien habla puede estar formulando una norma permisiva o simplemente dando información sobre la existencia de una norma permisiva. Como «formulación de norma», no se dice nada verdadero ni falso, pero como «enunciado normativo», lo que se describe es, o verdadero o falso. El enunciado normativo posee fundamento veritativo; es decir, puede responder a la pregunta de «por qué la cosa en cuestión debe o puede o tiene que no hacerse» con la existencia de una norma⁴³. Esta respuesta es el fundamento veritativo, que es, entonces, un hecho. En el caso de la formulación de norma, la respuesta a esa pregunta no se presentaría como un hecho, sino como el conjunto de objetivos, fines y motivos convergentes en la autoridad normativa. La respuesta habría que buscarla en la voluntad de esa autoridad.

En nuestro entorno, J. R. Capella ha puesto de relieve algunas contradicciones en la tesis de Kalinowski, quien a pesar de exigir de toda norma una referencia a la realidad material, cita como «norma analíticamente evidente» la siguiente: «Todo hombre debe hacer toda acción que en una

41. CASTAÑEDA, H.: *Il ruolo della scienza nella giustificazione delle norme*, en RIFD, 1980, p. 36.

42. *Ibid.*, pp. 37 y ss.

43. VON WRIGHT, G.: *Norma y acción*, *cit.*, pp. 118 a 121, y FERRAJOLI, L.: *La semantica nella teoria del diritto*, en el vol. col. *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, a cargo de Umberto Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milán, 1983, pp. 90 y ss.

situación dada es moralmente buena». Atribuir evidencia analítica a las normas parece, en palabras de Capella, un sinsentido, sobre todo porque para Kalinowski esa atribución es fácil «para quien posee el necesario saber teórico». La proposición normativa «'Hay que amar al prójimo como a uno mismo' es verdadero si y solamente si hay que amar al prójimo como a uno mismo», que parece reflejar el concepto semántico de verdad, contiene una presunta norma que no es tal. No es el precepto evangélico, sino su descripción, ya que una proposición normativa no puede aparecer entre semicomillas conservando a la vez su fuerza prescriptiva. Capella diferencia el uso de la expresión del metalenguaje de su simple mención. Para ser interpretadas prescriptivamente las proposiciones normativas han de usarse, no basta con nombrarlas⁴⁴. Esta tajante distinción entre uso y mención, o entre «formulación de norma» y «enunciado normativo», no fue tomada en cuenta por quienes intentaron dar a la norma una «justificación veritativa» o un «fundamento veritativo» que es privativo de las proposiciones descriptivas.

II. LA FALACIA DE LAS INFERENCIAS LÓGICAS NORMATIVAS

Al comienzo de este ensayo enunciamos la siguiente proposición: «Si las inferencias lógicas requieren que todas sus premisas sean verdaderas o falsas, y las normas no son verdaderas o falsas, entonces las normas no pueden ser premisas de inferencias lógicas». En sus últimos escritos, Kelsen acepta y defiende la validez de esta inferencia, y a la vez soluciona el dilema de Jorgensen negando su segunda parte: la existencia práctica de inferencias lógicas correctas compuestas por normas.

Contra la opinión de que las relaciones entre las normas jurídicas responden inevitablemente a principios lógicos, Kelsen sostiene que estos principios —y, en concreto, el principio de no contradicción y la regla de inferencia, a los que se reconducen todos los demás— no son aplicables a las normas. Ni un conflicto entre normas es considerado una contradicción lógica ni una regla lógica de inferencia puede servir para deducir normas individuales de normas generales⁴⁵.

La regla de inferencia

En una aproximación superficial al terreno de la aplicación de las normas jurídicas, no parecería estar muy descaminado quien pensara que en toda actuación judicial se esconde una regla de inferencia normativa, en concreto un silogismo normativo análogo a los silogismos teóricos. Del mismo modo que es correcta la regla de inferencia.

44. CAPELLA, J. R.: *El derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1968, pp. 100 a 103. Esta distinción ya fue abordada por GOLDING, M. P.: *More Essays in Legal Philosophy*, edición de R. S. Summers, Basil Blackwell, Oxford, 1971, pp. 78 a 80, antes publicado en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, n.º 47, 1961, pp. 355 y ss.

45. KELSEN, H.: *Diritto e logica*, cit., p. 173.

- 11) Los trabajadores descansan los meses de verano
- 12) Agosto es un mes de verano
- 13) Los trabajadores descansan el mes de agosto

según la cual no podemos afirmar que sea cierto 11) ni que sea cierto 12), sino que si es cierto 11) y es cierto 12) entonces es cierto 13), también parece que podría ser correcta la regla de inferencia:

- 14) ¡Debes descansar los meses de verano!
- 15) Agosto es un mes de verano
- 16) ¡Debes descansar el mes de agosto!

Y, asimismo, sería correcto el silogismo normativo:

- 17) ¡Todos los trabajadores deben descansar en agosto!
- 18) Juan es un trabajador
- 19) ¡Juan debe descansar en agosto!

Si concurre la premisa mayor, que es una norma general que prescribe condicionalmente un comportamiento, y la premisa menor o proposición que afirma la condición prevista en la norma general, la conclusión es una norma individual que prescribe el comportamiento mandado en la norma general, pero de una forma individual e incondicional.

Kelsen dedica bastante atención a esta cuestión procurando demostrar la inconsistencia del silogismo normativo, partiendo de que en la premisa mayor o norma general no puede estar implícita la conclusión o norma individual, puesto que el acto de voluntad que da sentido a una norma condicional no puede implicar un acto de voluntad que dé sentido a una norma incondicional, implicación que es muy diferente a la que se presenta en los silogismos teóricos entre la verdad de una proposición general y la verdad de una proposición individual⁴⁶.

Por consiguiente, para Kelsen la relación entre la norma general y la norma individual no es directa, sino indirecta y mediata al requerir un nuevo acto de voluntad. Mientras éste no exista no se puede pensar que la validez de la norma individual esté implícita en la validez de la general⁴⁷. Es más, en la práctica la vigencia de una norma no implica siempre su aplicación en el caso de que se materialice el supuesto de hecho. Kelsen pone el ejemplo de un juez que, al entender que la norma general es injusta, se guía por sus convicciones personales y no la aplica al caso particular. O también el de la norma general que a causa de una continuada falta de aplicación pierde su eficacia⁴⁸. En estos casos la validez de la norma individual no sólo no se puede deducir de la validez de la norma general, sino que además se pone en sí misma en cuestión.

No obstante, Kelsen admite la posibilidad de extraer inferencias deductivas de la aplicación judicial de las normas, sin que ello signifique reconocer relaciones lógicas entre normas. Así, siguiendo a Kelsen, en relación con la norma general «Todos los trabajadores deben descansar en

46. KELSEN, H.: *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 381 y ss., y *Diritto e logica*, cit., pp. 186 y 187.

47. KELSEN, H.: *Teoria generale delle norme*, pp. 387 y 388.

48. KELSEN, H.: *Teoria generale delle norme*, pp. 393 y 394, y *Diritto e logica*, p. 193.

agosto» y la norma individual «El trabajador Juan debe descansar en agosto» se podría afirmar que si es válida la norma general, según la cual todos los trabajadores deben descansar en agosto, y si el Tribunal competente emite un acto cuyo sentido subjetivo alude a que Juan debe descansar en agosto, entonces el sentido del acto del Tribunal está en concordancia con la norma general, y entonces la validez de la norma individual se puede «apoyar» en la validez de la norma general⁴⁹.

Esta complicada regla de inferencia es correcta, pero, ¿es una regla de inferencia normativa? Kelsen advierte que el hecho de que la validez de la norma individual pueda «apoyarse» en la validez de la norma general significa que el sentido subjetivo del acto del Tribunal se objetiviza, en cuanto que está autorizado por una norma válida. Pero ese «apoyo» tiene su base en un silogismo teórico, no normativo, puesto que las premisas y la conclusión contenidas en la inferencia no son normas sino proposiciones sobre normas⁵⁰. Las proposiciones «Es válida la norma general...», «El Tribunal competente determina que...», «El Tribunal competente emite un acto cuyo sentido subjetivo alude a que...» no son prescriptivas sino descriptivas. De ellas no se puede predicar su validez o invalidez sino su verdad o falsedad⁵¹.

Esta interpretación psicológica de la validez de las normas, dependiente de los actos volitivos de legisladores y jueces, tiene como antecedente al primer Ross. Ya en «Imperatives and Logic» el filósofo danés señalaba que no era lógicamente necesario que un sujeto, imponiendo una regla general, estuviera imponiendo también la aplicación individual de dicha regla. La corrección de la inferencia

- 20) ¡Debes mantener todas tus promesas!
- 21) Esta es una de tus promesas
- 22) ¡Debes mantener esta promesa!

dependería de hechos psicológicos, ya que «no es extraño que un sujeto formule una regla general, pero evite su aplicación cuando sea parte en la causa»⁵². La inferencia tendría entonces carácter pseudológico, y sólo podría aceptarse con la presunción de coherencia práctica del sistema normativo. Y es aquí precisamente donde reside la diferencia entre el Ross de los cuarenta y el de los sesenta, que se opone a Kelsen. En «Directives and Norms» el carácter racional y consistente de la voluntad del «imperator» no es que deba presumirse, sino que es uno de los puntos de partida para la construcción de una lógica de las normas. La compatibilidad entre la premisa mayor y la conclusión no es ya una cuestión psicológica, sino lógica, ya que es conforme a la lógica que quien ordena «Debes mantener todas sus promesas» ordena también su implicación «Debes mantener esta promesa tuya», y ello en base al modo de funcionamiento en el lenguaje

49. KELSEN, H.: *Teoria generale delle norme*, p. 188. Véase también PEKLO, B. T.: *Some Logical Problems of Legal Orders*, en RIFD, 1970, pp. 255 a 257.

50. KELSEN, H.: *Teoria generale delle norme*, p. 189.

51. *Ibid.*, p. 190.

52. ROSS, A.: *Imperativi e logica*, cit., pp. 93 y 94.

normativo de términos como «todas» y «no», que excluye la negación de la implicación citada. Esa implicación es independiente de las características psicológicas de la voluntad del «imperator»⁵³.

Esta tesis ha sido respaldada principalmente por Kalinowski y Weinberger, para quienes el hecho de que el mundo del ser y el mundo del deber ser no sean susceptibles de relación lógica recíproca no significa que dentro de cada uno de ellos no se pueda utilizar la misma lógica⁵⁴. En un reciente trabajo Kalinowski ha tratado de recomponer todos sus argumentos para defender la viabilidad de la lógica de las normas. Y lo ha hecho tratando de demostrar que las inferencias que Kelsen cita y considera que relacionan proposiciones normativas constituyen también inferencias normativas directas.

Kelsen, tal como se expresó anteriormente, únicamente admite reglas de inferencia de este tipo: «Si es válida la norma 'Todos los trabajadores deben descansar en agosto', y si el Tribunal competente determina que Juan es un trabajador y emite un acto por el cual Juan debe descansar en agosto, entonces es válida la norma 'El trabajador Juan debe descansar en agosto'». Pero, para Kalinowski, el mismo Kelsen, y con él Von Wright, entienden la validez en el sentido de obligación o vigencia, y que una norma obliga significa que sus destinatarios deben comportarse de acuerdo con ella. Entonces, la inferencia «Si es válida la norma 'Todos los trabajadores deben descansar en agosto', entonces es válida la norma 'El trabajador Juan debe descansar en agosto'», puede sustituirse por una nueva inferencia: «Si los destinatarios de la norma 'Todos los trabajadores deben descansar en agosto' deben comportarse de acuerdo con ella, entonces los destinatarios de la norma 'El trabajador Juan debe descansar en agosto' deben comportarse de acuerdo con ella». Es decir, «Si X debe A (A equivale, a 'Debe cumplir la norma N'), entonces X debe B (B equivale a 'Debe cumplir la norma Ñ')», con lo que, en opinión de Kalinowski, aunque usando un metalenguaje relacionamos deductivamente normas⁵⁵.

Similares argumentos han sido postulados por Ota Weinberger en contra de la «concepción expresivista de las normas». Para el lógico austriaco las operaciones lógicas no se basan en relaciones entre objetos reales, ni siquiera en el discurso indicativo, pero ello no quiere decir que no se apliquen en caso de otros tipos de lenguaje. Un imperativo, como una interrogación, una suposición o una hipótesis, también puede figurar en

53. ROSS, A.: *Lógica de las normas*, cit., pp. 166 y ss.

54. Véase ADOMEIT, K.: *Introducción a la teoría del derecho*, trad. cast. de Enrique Bacigalupo, Civitas, Madrid, 1984, pp. 89 y 90. Véanse también, en relación con la cuestión, SEARLE, J. R.: *Come dedurre «deve» da «è»*, en el vol. cit. *Problemi di teoria del diritto*, pp. 155 y ss., HARE, R. M.: *The promising game*, en el vol. col. *The is/ought question*, edición de W. D. Hudson, Macmillan Press, Londres, 1983, pp. 144 y ss., y HIERRO, J.: *Problemas del análisis del lenguaje moral*, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 131 y ss.

55. KALINOWSKI, G.: *Sur l'importance de la logique déontique pour la philosophie du droit*, en RIFD, 1985, pp. 221 y ss. Está traducido al español por Antonio-Enrique Pérez Luño, con el título *Sobre la importancia de la lógica deontica para la filosofía del derecho*, en el vol. col. *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, edición de A. E. Pérez Luño, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 163 y ss. En relación con la temática, véase también HOROVITZ, J.: *Law and Logic*, Springer-Verlag, Viena, 1972, pp. 93 y ss.

una operación lógica, y la negativa de Kelsen en este sentido sólo se debe a su particular y estricta noción de norma⁵⁶. Si el contenido de los actos de voluntad creadores de normas se separa de los actos en sí mismos se consigue que las relaciones entre esos contenidos se ajusten a la lógica. Incluso si esos contenidos no son más que proposiciones, por el propio concepto de sistema normativo se debe aceptar la presencia de obligaciones derivadas, de normas inferidas, y la lógica de las normas serviría así para extraer conclusiones normativas en base a lo que hay de implícito en una norma⁵⁷.

Tanto Kalinowski como Weinberger parecen querer utilizar parcialmente la tesis de Kelsen para acomodarla a las suyas propias, y a veces da la impresión de que al caminar sobre líneas exactamente paralelas no puede tener nada en común. Una misma inferencia se interpreta para los primeros como un razonamiento deductivo entre normas y para el segundo como un razonamiento deductivo entre proposiciones sobre normas. A juicio de Eugenio Bulygin, cuando Kelsen habla de relaciones de correspondencia —no lógicas— entre normas, no se está contradiciendo, tal como entiende Weinberger. En todo caso, Kelsen no habría tenido tiempo para adecuar su último pensamiento con el anterior, pero, siguiendo a Bulygin, no hay contradicción ni incoherencia en sus ideas. Parece evidente que si la validez de las normas depende de los actos de voluntad con los que se promulgan, no hay relaciones lógicas entre las normas. Pero sí puede haberlas entre los contenidos de esos actos, que mientras para la teoría hilética son las normas, para Kelsen y sus seguidores no pueden significar más que las proposiciones que describen o enuncian normas⁵⁸.

El principio de no contradicción

En lógica proposicional, el principio de no contradicción establece la imposibilidad de que dos aserciones sean verdaderas si una es la negación de la otra. Si es verdad que «Juan estudia matemáticas», es falso que «Juan no estudia matemáticas». En lógica deóntica, el principio de no contradicción estatuiría que dos normas no pueden ser válidas a la vez y en un mismo sistema normativo si el *status* deóntico de una consistiera en la negación del *status* deóntico de la otra. Si este principio rigiera, las normas «Juan debe estudiar matemáticas» y «Juan no debe estudiar matemáticas» no podrían coexistir. La cuestión es importante porque si se cree que este principio no opera en relaciones deónticas difícilmente se podrá defender la vigencia de una lógica de las normas.

Kelsen niega la aplicación del principio de no contradicción a las proposiciones prescriptivas. A su juicio sólo puede hablarse de «conflicto de normas», y ello cuando una norma prescribe un determinado comportamiento y otra norma prescribe la omisión del mismo. Pero la existencia

56. WEINBERGER, O.: *Logic and the pure theory of law*, cit., pp. 196 y 197.

57. WEINBERGER, O.: *The expressive conception of norms; an impasse for the logic of norms*, en *Law and Philosophy*, 1985, pp. 178 y 179. Véase también MANSON, M.: *Kelsen y la lógica jurídica formal*, Edeval, Valparaíso, 1984, pp. 152 y 153.

58. BULYGIN, E.: *Norms and Logic*, en *Law and Philosophy*, 1985, pp. 159 y 160.

del conflicto en un ordenamiento no significa que si una de las dos normas es válida la otra no lo es, sino que pueden serlo las dos, ya que en otro caso no se trataría realmente de un conflicto⁵⁹. Desde luego, alguna de las normas puede dejar de ser válida, pero para ello habrá debido ser abolida mediante una norma derogatoria. Pero esto nada tiene que ver con el principio de no contradicción, porque la norma derogatoria no entra en conflicto con la derogada, ya que no son al mismo tiempo válidas sino que una lo es cuando la otra deja de serlo. Como Kelsen advierte, «Lex posterior derogat legi priori» no es un principio lógico sino una norma perteneciente a la mayoría de los ordenamientos⁶⁰. Que dos proposiciones contradictorias sean verdaderas es imposible, pero que dos normas en conflicto sean válidas es posible. Este conflicto no se puede resolver de forma lógica o cognoscitiva sino, en palabras de Kelsen, mediante «el acto de voluntad de la autoridad jurídica»⁶¹.

La única incompatibilidad que produce un conflicto normativo es entonces la referida al cumplimiento de las dos normas. Juan no puede simultáneamente cumplir el deber de estudiar matemáticas y cumplir el deber de no estudiar matemáticas. Para Weinberger, esta incompatibilidad es lógica y, por ello mismo, demuestra que el principio de no contradicción puede articularse. Así, cuando Kelsen habla de «conflicto de normas» lo toma como un defecto «pragmático» o «teleológico» del sistema, pero en realidad es un defecto lógico, porque el hecho de que las normas no puedan observarse se asienta en datos lógicos, y lo de menos es que se denomine «conflicto normativo», «incomptabilidad», «inconsistencia» o «contradicción entre normas»⁶². Sin embargo, Weinberger no parece caer en la cuenta de que si las dos normas en conflicto no se pueden cumplir o satisfacer a la vez, eso sólo significa que lo que describen cada una de ellas no puede ocurrir al mismo tiempo. La incompatibilidad lógica alude a los contenidos de las normas y no a las normas, al mundo del ser y no al mundo del deber ser, por lo que sólo sirve para reiterar que, dadas dos proposiciones descriptivas contradictorias, si una es verdadera la otra es falsa. Que Juan no pueda simultáneamente cumplir el deber de estudiar matemáticas y cumplir el deber de no estudiar matemáticas es sólo una nueva forma de expresar la aplicación del principio de no contradicción en lógica proposicional: Si es verdad que Juan estudia matemáticas, no es verdad que Juan no estudia matemáticas, y viceversa.

Ahora bien, si profundizamos en las consecuencias de la desigual vigencia del principio de no contradicción según analicemos proposiciones descriptivas o prescriptivas, nos encontramos con un problema que aparentemente puede resultar paradójico. El principio de no contradicción en las proposiciones descriptivas impide que dos aserciones contradictorias sean verdaderas, y las proposiciones sobre normas son evidentemente descriptivas, por lo que entonces, si la proposición «El artículo 333 del

59. KELSEN, H.: *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 349 y ss.

60. *Ibid.*, pp. 352 y 353.

61. KELSEN, H.: *Diritto e logica*, cit., pp. 179 y 180.

62. WEINBERGER, O.: *Logic and the Pure Theory of Law*, cit., p. 195.

Código Civil permite el matrimonio entre primos» es verdadera, la proposición «El artículo 333 del Código Civil no permite el matrimonio entre primos» es falsa. Supongamos ahora que en un ordenamiento coexisten las dos normas siguientes: A) Artículo 115 del Código Civil: «Se permite el matrimonio entre primos»; B) Artículo 225 de Código Civil: «No se permite el matrimonio entre primos». Desde luego, podríamos pensar que el legislador se ha vuelto loco, pero lo cierto es que, siguiendo a Kelsen, las dos normas son válidas ya que cada una de ellas es el resultado de un acto de voluntad, y los actos de voluntad no pueden ser objeto de contradicción lógica, al margen de que en la práctica se aplique uno u otro artículo.

Hasta aquí hemos citado un conflicto entre proposiciones sobre normas, que sí trae como consecuencia que sólo una de las dos proposiciones sea verdadera, y un conflicto entre normas, que no trae como consecuencia que sólo una de las dos normas sea válida. Pensemos ahora en estas dos proposiciones normativas: c) «La norma que permite el matrimonio entre primos es válida»; d) «La norma que no permite el matrimonio entre primos es válida». Al tratarse de dos enunciados descriptivos parecería que la verdad de uno de ellos debiera implicar la falsedad del otro. Pero si es verdad que la norma que permite el matrimonio entre primos es válida, no tiene por qué ser falso que la norma que no permite el matrimonio entre primos sea válida. Todo lo contrario, conforme a Kelsen, la validez de la primera no implica la invalidez de la segunda. Y es así como la no aplicación en las relaciones entre normas del principio de no contradicción conlleva también su no aplicación en proposiciones no prescriptivas sobre la validez de las normas en conflicto. Y lo que podría parecer paradójico no lo es porque para que dos proposiciones sean realmente contradictorias deben tener el mismo objeto, y en este caso no lo tienen. La proposición «La norma que permite el matrimonio entre primos es válida» equivale a «El artículo 115 del Código Civil es válido», y la proposición «La norma que no permite el matrimonio entre primos es válida» equivale a «El artículo 225 del Código Civil es válido», y ahora sí vemos con claridad que estas dos proposiciones, con objetos diferentes, no pueden ser contradictorias.

Dejando esta cuestión aparte, la compatibilidad de dos normas cuyos contenidos son incompatibles es una idea que se desprende de la noción kelseniana de la norma como sentido del acto de voluntad del «imperator». Y, como cuando niega las reglas deductivas entre normas, los precedentes de su tesis hay que volver a buscarlos en el Ross de «Imperatives and Logic», donde el filósofo danés todavía mantenía una concepción psicologista de la validez de las normas similar a la de Kelsen, y que posteriormente abandonaría para considerar el concepto de validez desde un punto de vista metodológico.

De acuerdo con su psicologismo inicial, Ross desposeyó de fundamento lógico a la implicación $O(p) \rightarrow \neg(\neg O[p])$ («Si debes estudiar matemáticas, eso no implica que no sea el caso que no debas estudiar matemáticas»), que, según él, sólo era pseudológica, en cuanto que su corrección dependía de la aceptación de la premisa de coherencia práctica o autoconsistencia de la voluntad, conforme a la cual debían evitarse contradicciones

dentro de un sistema normativo. Pero entonces la inferencia lógica dejaba de ser prescriptiva y pasaba a ser descriptiva. La incompatibilidad entre el deber de estudiar matemáticas y el deber de no estudiar matemáticas sólo significaría que si la voluntad del «imperator» es coherente, es psicológicamente imposible establecer los dos deberes a la vez. Se podría formar una inferencia lógica, pero de naturaleza indicativa. En conclusión, la contradicción entre dos normas sólo podría demostrarse empíricamente, y de hecho no existiría cuando tanto la inobservancia de una como la inobservancia de la otra originaran la misma consecuencia⁶³.

Asimismo, Von Wright ha respaldado las tesis de Kelsen al poner de manifiesto que la satisfacibilidad de las normas es un criterio de racionalidad, no de verdad, por lo que crear normas no satisfacibles conjuntamente puede ser «contrario a la razón», pero lo cierto es que la lógica no puede obligar al legislador a actuar racionalmente y, de hecho, conflictos entre normas son frecuentes en los ordenamientos⁶⁴. La norma «Cierra la ventana y déjala abierta» o las normas «Cierra la ventana» y «Deja abierta la ventana» son válidas si, en palabras de Von Wright, se responde adecuadamente al «problema ontológico de las normas». No es ésta, por tanto, una cuestión lógica, sino un problema que afecta a la naturaleza de las normas, por lo que sólo se puede hablar de contradicción si la noción de norma se relaciona con la noción de unidad y coherencia de la voluntad del «imperator»⁶⁵.

Conclusiones

En resumen, Kelsen rebate las ideas de todos aquellos que presentaron las relaciones normativas como relaciones lógicas, y lo hace en base a su concepción de la validez de las normas como hecho directamente dependiente del acto de voluntad creador de las mismas. Así, las principales reglas lógicas, el principio de no contradicción y la regla de inferencia, no rigen entre las normas. Y lo que, como ha puesto de relieve A. Conte, podría parecer paradójico al mostrarse negativamente, no es realmente sino tautológico. Que el principio de contradicción no esté vigente entre las normas significa que «Si una norma existe, siempre existe», al margen de que también existan normas con las que entre en conflicto; y que la regla de inferencia no esté vigente entre las normas significa que «sólo si una norma existe, entonces existe», al margen de las deducciones racionales que se desprendan de ella⁶⁶.

Kelsen asemeja la ciencia jurídica a las ciencias de la naturaleza en lo concerniente a la aplicación de los principios lógicos. La lógica rige en las ciencias naturales y en la ciencia jurídica, aunque no en sus respectivos

63. ROSS, A.: *Imperativi e logica, cit.*, pp. 88 y 89, y 92 y 93.

64. VON WRIGHT, G.: *Normas de orden superior*, en el vol. *El lenguaje del Derecho*, compilación de E. Bulygin, M. Farrel, C. Nino y E. Rabossi, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 469.

65. VON WRIGHT, G.: *Norma y acción, cit.*, pp. 159 y ss.

66. CONTE, A. G.: *In margine all'ultimo Kelsen, cit.*, pp. 201 y 202.

objetos, la realidad natural y la norma jurídica, pero la semejanza se rompe en el sentido de que la norma jurídica, al contrario que la realidad natural, se puede plasmar en proposiciones que expresan ideas abstractas y que son susceptibles de ordenación lógica⁶⁷. A pesar de que no hay una lógica específicamente jurídica, la lógica ordinaria sí opera entre las proposiciones descriptivas de la ciencia jurídica e, incluso, en cierto modo, entre las normas. En efecto, Kelsen, aunque niega la posibilidad de inferencias lógicas entre normas, reconoce que ello no conlleva la inexistencia de relaciones lógicas, en sentido amplio o extensivo, como en el caso de las relaciones entre dos normas generales con distinto grado de generalidad, o incluso entre una norma general y una norma individual en cuanto que el hecho verificado «in concreto» por el juez correspondiente puede ser una subsunción del hecho determinado «in abstracto» por la norma. Lo que Kelsen procura aclarar es que esto no quiere decir que la validez de la norma implique lógicamente la validez de la sentencia⁶⁸.

Kelsen piensa que la confusión entre la supuesta lógica de las normas y la lógica de las proposiciones normativas se debe al hecho de que normas y proposiciones sobre normas presentan a menudo la misma forma externa lingüística. Las «Rechtsnormen» son creadas por los órganos legislativos y mediante ellas se pretende regular el comportamiento de sus destinatarios. Las «Rechtssätze» proceden de los «comentaristas» del derecho, que describen las normas jurídicas, pero que también construyen sus proposiciones en términos de «deber ser», no de «ser», aunque sin la intención de prescribir. Un jurista que comente la norma «Los españoles deben pagar el I.R.P.F.» no enuncia una proposición normativa del estilo de «Los españoles (conforme a la ley tributaria vigente) pagan el I.R.P.F.», que no tiene por qué ser cierta, sino que más bien enunciarían la siguiente proposición: «Los españoles (conforme a la ley tributaria vigente) deben pagar el I.R.P.F.». La parte de la proposición que hemos rodeado de paréntesis no se suele enunciar porque se sobreentiende, con lo que los dos enunciados son formalmente idénticos, pero el primero prescribe y el segundo describe⁶⁹.

También Von Wright, en «Norm and action», advirtió ya la trascendencia de esta dualidad y, sin tomar todavía definitivamente partido por una lógica deóntica de las proposiciones sobre normas, anunció sus dudas

67. KELSEN, H.: *Diritto e logica*, cit., pp. 192 a 195.

68. *Ibid.*, p. 191.

69. *Ibid.*, pp. 190 y 191. Hart ha citado un ejemplo en el que esta distinción no aparece totalmente nítida. Si en un campo de concentración nazi un comandante alemán hace llegar sus órdenes a los prisioneros ingleses mediante un traductor, parecería que la orden «Stehen Sie auf!», equivalente a «Stand up!», sólo se diferenciaría de ésta por su carácter prescriptivo. Pero en realidad la función del intérprete puede no ser sólo la de describir las normas. Si contemplamos la hipótesis de que las obsesiones pirómanas del comandante alemán le incitan a estar emitiendo continuas órdenes del tipo «Recoja ese manojito de paja», «Recoja ese papel»... y el intérprete entiende preferible enunciar únicamente la orden «Recojan todo material inflamable», su labor sobrepasa la descripción de las normas y se convierte en una «reconstrucción racional» de las mismas. Con este ejemplo Hart pretende matizar la tajante separación entre el lenguaje prescriptivo del legislador y el lenguaje descriptivo del científico del derecho (Véase HART, H. L. A.: *Kelsen visited*, en el vol. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 292 y ss., y GOLDING, M. P.: *Kelsen and the Concept of «Legal System»*, cit., pp. 78 y ss.).

sobre si esta lógica debería hacer referencia a enunciados de deber ser interpretados descriptivamente o interpretados prescriptivamente, porque si bien la «base» de la lógica deóntica debía atender a la interpretación prescriptiva, un sistema «totalmente desarrollado de lógica deóntica», que en posteriores obras trató de elaborar, habría de articular expresiones descriptivamente interpretadas. «Las leyes que son peculiares a esta lógica atañen a propiedades lógicas de las mismas normas, que se reflejan a su vez en las propiedades lógicas de las proposiciones-norma»⁷⁰.

En una línea opuesta a la evolución de Von Wright, Kalinowski ha subrayado la importancia de la lógica de las normas de cara al análisis de la justificación lógica de la fuerza obligatoria de las normas, concluyendo que «si la lógica de las normas no es posible, entonces la lógica deóntica en tanto que lógica de los enunciados sobre las normas tampoco es posible»⁷¹. La concepción hilética como respuesta al problema ontológico de las normas ha partido de la diferenciación exclusivamente semántica entre normas y proposiciones, que no impide el mismo tratamiento lógico para ambas. Castañeda apunta que entre una proposición prescriptiva y otra descriptiva sólo existen diferencias semánticas: el contexto de la primera es imperativo y su contenido no es verdadero ni falso, mientras que el contexto de la segunda es indicativo y el contenido verdadero o falso. Las oraciones se diferencian semánticamente, pero las conectivas lógicas no heredan esas diferencias. Entonces, la red de estructuras que estudia la lógica no se altera cuando se manejan normas o imperativos⁷².

Si lo único que distancia a las proposiciones de las normas son sus diferentes rasgos semánticos, parece difícil negar la introducción de parámetros lógicos válidos para el mundo de las normas. Pero Kelsen, y con él todos los autores expresivistas, no conciben las normas como un tipo específico de enunciados, sino como el resultado de una determinada acción que realiza el orador. Bulygin ha llegado a decir que la diferencia entre una aserción, una pregunta, un mandato y una conjetura no reside en el significado de la oración utilizada, sino en el «diferente uso de una y la misma oración». Y si la normatividad consiste en un determinado uso del lenguaje y las normas son la expresión de actos de voluntad, no pueden ser inferidas lógicamente⁷³.

La clave del rechazo a la lógica de las normas estriba en que la diferencia entre una proposición prescriptiva y una proposición descriptiva no

70. VON WRIGHT, G.: *Norma y acción*, cit., p. 147. En el mismo sentido, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, trad. cast. de E. Garzón Valdés, UNAM, México, 1976, pp. 11 y ss., y *Reencuentro con la lógica, Filosofía y lenguaje*, Homenaje a A. Gioja, Astrea, Buenos Aires, 1976, pp. 226 y ss. Véase también LEGAZ, L.: *Lógica formal y lógica razonable en la lógica jurídica*, en el vol. *Estudios en honor de Luis Recasens Siches*, UNAM, México, 1980, pp. 573 y 574, y MONTORO, A.: *Aproximación al estudio de la lógica jurídica*, Universidad de Murcia, 1986, pp. 110 y ss.

71. KALINOWSKI, G.: *Sobre la importancia de la lógica deóntica para la filosofía del derecho*, cit., p. 166, y *Etudes de logique déontique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1972, pp. 73 y ss.

72. CASTAÑEDA, H.: *Negaciones, imperativos, colores, existencia y la paradoja de Bertrand Russell*, en *Theoria*, n.º 1, pp. 17 y ss.

73. BULYGIN, E.: *Norms and Logic*, cit., pp. 147 a 150. También ALCHOURRON, C. y BULYGIN, E.: *The expressive conception of norms*, vol. col. *New studies in deontic logic*, edición de Risto Hilpinen, Reidel, Dordrecht, 1981.

es sólo semántica, sino también pragmática. Y la prueba de ello es que si sólo conocemos datos semánticos no es tan fácil distinguir con certeza las normas de las proposiciones descriptivas sobre normas. Si volvemos al ejemplo citado de la norma tributaria «Los españoles deben pagar el I.R.P.F.» y la proposición del jurista «Los españoles deben pagar el I.R.P.F.», podríamos pensar que estas dos aseveraciones sintácticamente iguales se diferencian por su significado: mientras la primera ordena un comportamiento, la segunda comenta el derecho vigente. Pero, ¿quién nos asegura que esta última no es también una norma, por cuanto que el jurista realmente está queriendo ordenar y no describir cuando enuncia la oración, bien porque ha perdido la razón, bien porque se cree legitimado para prescribir normas generales? La respuesta a esta pregunta no podemos encontrarla en la aseveración del jurista «Los españoles deben pagar el I.R.P.F.», que es sintáctica y semánticamente igual que la norma dada por el legislador, sino que hay que acudir a las características pragmáticas de la norma jurídica, que exigen que ésta proceda de la autoridad competente o, en palabras de Austin, del «soberano legal».

Tugendhat contra Rawls y Habermas

Por ENRIQUE BONETE PERALES

Madrid

1. *Introducción*

El problema del fundamento de la moral ha sido, desde sus orígenes socráticos, el más discutido de la ética filosófica. Tras unas décadas dominadas por la ética existencialista de fuerte carácter decisionista e irracionalista, y por la ética analítica pretendidamente aséptica y «científica», la ética contemporánea ha vuelto a mirar de frente y sin temor la posibilidad de ofrecer un fundamento racional de las concepciones morales imperantes. Este intento de encontrar una «tierra ética» suficientemente firme para sobrevivir en medio de los vendavales del relativismo amenazante ha sido emprendido, en estos últimos años, por pensadores inspirados principalmente en Kant. Aunque las fuertes críticas a la ética del filósofo de Königsberg no han dejado de sucederse desde el gran Hegel, tampoco ha cesado el resurgimiento de éticas construidas con piezas kantianas: la tendencia del *Good Reasons Approach*, el «concepto semántico de universalización» que ofrece R. M. Hare, la fundamentación «lingüístico-pragmática» de las normas defendida, con importantes diferencias, por K. O. Apel y J. Habermas, el «constructivismo» de la *Escuela de Erlangen*, o el concepto de «imparcialidad» de J. Rawls, son ejemplos de lo que ha dado de sí en estos últimos años la vuelta a Kant y al empeño fundamentador.

A mi modo de ver, los dos esbozos fundamentadores de Tugendhat presentados en «Tres lecciones sobre problemas de la ética» y en sus «Retracciones», publicados en su libro *Probleme der Ethik*¹ pueden ser encuadrados perfectamente en esta corriente revivificadora de Kant. Sin embargo, Tugendhat, sin dejar de ser nunca kantiano, va mucho más allá de los anteriores autores y sitúa el problema de la fundamentación —sobre todo el esbozo de las «Retracciones»— en un nuevo mundo «intrasubjetivo» que falta aún por explorar. Dejo para otra ocasión el estudio de su

1. *Probleme der Ethik*, Philipp Reclam, Stuttgart, 1984; traducido por VIGIL, J.: *Problemas de la ética*, Editorial Crítica, Barcelona, 1988. De ahora en adelante se citará por las páginas de la versión alemana y entre paréntesis se indicarán las páginas de la versión española.

«moral del respeto recíproco» y «moral de la seriedad» con las que, a mi modo de ver, abre una vía fenomenológico-existencial de gran potencia fundamentadora y poco transitada por los revitalizadores de Kant. Aquí sólo me interesa ordenar y revisar las críticas que, al hilo del primer esbozo fundamentador desarrollado en las tres lecciones, lanza Tugendhat contra las teorías ético-políticas de Rawls y Habermas. Veamos en primer lugar la argumentación crítica contra estos dos autores —en algunos aspectos coincidente— y después la revisión a la misma.

2. *Críticas a Rawls*

En estos últimos años una de las líneas de reflexión moral más fructífera, la ética discursiva, ha mostrado que de las tres partes de la semiótica que Ch. Morris distinguió (sintaxis, semántica, pragmática) es esta última la que juega el papel más sobresaliente en el intento de fundamentar la ética. Sin embargo, frente a esta línea —aunque no opuesta a ella— Tugendhat, con una formación analítico-lingüística poco común en el marco germánico, ha insistido en la importancia de la semántica para acceder al mundo moral y para clarificar el complejo problema de su fundamentación. Esta postura le ha llevado a plantear, como vamos a ver, poderosas críticas, tanto a la teoría ético-política de Rawls, como a la ética dialógica de Habermas.

Es de todos conocido por Rawls en su *A Theory of Justice* concedió un lugar secundario a la metodología analítica². Las páginas de su tratado dedicadas expresamente al problema del significado de los términos morales son escasísimas. Para Rawls el problema del significado de los términos morales nos aparta de la tarea más propia de una teoría ético-política: construir una concepción «sustantiva» de la justicia.

Tugendhat, por su parte, para esclarecer el acceso semántico a la moral, distingue dos planos en el problema de la fundamentación: 1.º el criterio según el cual fundamentamos nuestras convicciones morales y 2.º el fundamento del criterio fundante anteriormente asumido³. Son dos planos completamente distintos de fundamentación. Y es en este segundo donde Tugendhat sitúa el análisis semántico. Cuando se trata del problema de cómo fundamentar un determinado tipo de proposiciones (o criterios fundantes), no hay más remedio que remitirse a su estructura semántica.

2. *A Theory of Justice*, Oxford University Press, London/Oxford/New York, 1973, Traducción española de GONZÁLEZ, M.ª D.: *Teoría de la Justicia*, F.C.E., México/Madrid, 1979 (cuando citemos la obra de Rawls lo haremos siguiendo las páginas de la versión inglesa, y entre paréntesis las de la versión española). En el prefacio escribe Rawls: «las nociones de significado y análisis no desempeñan un papel esencial en la teoría moral, tal como la concibo. Aquí no es necesario discutir acerca de su relevancia, en un modo u otro, para otras cuestiones filosóficas; empero he tratado de hacer a la teoría de la justicia independiente de ellas», p. IX (p. 13). Rawls está convencido de que «es imposible desarrollar una teoría sustantiva de la justicia que se funde únicamente en verdades de la lógica y en definiciones. El análisis de los conceptos morales... por más que sean entendidos tradicionalmente, son una base demasiado restringida», p. 51 (p. 70). Considera incluso que una vez que se haya entendido mejor el *contenido sustantivo* de las concepciones morales se puede producir una transformación de los problemas de significado, resultando éstos más fáciles de resolver y quizá de desaparecer como problemas.

3. *Probleme der Ethik*, p. 60 (p. 70).

Teniendo presente lo que se acaba de decir es comprensible que Rawls repudie el método semántico. Su teoría permanece en el primer nivel, en aquel que busca los criterios morales (criterios de justicia) de nuestras instituciones e incluso de nuestro comportamiento; pero en ningún caso entra a averiguar el fundamento de este criterio: «Rawls presupone en la construcción de una 'posición original' que el criterio de la moral es la imparcialidad, criterio que a su vez no fundamenta. La razón por la que Rawls se ha permitido presuponer simplemente este principio es que no se ha ocupado en absoluto del problema de cómo podría fundamentar sus convicciones morales»⁴.

La anterior acusación, formulada por Tugendhat nada más empezar la primera de sus lecciones, constituye, a mi juicio, la parte central de su estudio sobre algunos aspectos metodológicos de la teoría de Rawls que publicó unos años antes. En dicho estudio se desvelan las repercusiones que, sobre la concepción de la posición original como instrumento de justificación, causa el rechazo de las consideraciones conceptuales y analíticas. Tugendhat está convencido de que la aversión rawlsiana al enfoque analítico ha tenido efectos perjudiciales en la forma de introducir la posición original en su arquitectónica teoría.

Lo que le resulta más oscuro es que tal posición representa en el fondo un «acto de elección» (*Wahlakt*)⁵; tiene que ser adoptada como la mejor posición para decidir los principios morales en comparación con otras posibilidades —por ejemplo, la teoría del observador imparcial—, sin pasar previamente por la «fase cero». Tugendhat denomina «fase cero» (*Null-stufe*)⁶ a aquella situación previa a la elección de los principios de justicia en la posición original.

Esta fase no puede coincidir con las características de la posición original («velo de ignorancia», «situación hipotética», «elección racional»...) porque tales características serían las que deberían elegirse justamente en la «fase cero». Las características de la posición original, antes de ser un diseño de las *condiciones para elegir* principios imparciales, deberían ser consideradas, según Tugendhat, como *objeto de elección*. De tal forma que se podría decir que las condiciones de la elección en la «fase cero» delimitarían las características más propias del «punto de vista moral». Es justamente una representación adecuada de este punto de vista lo que habría de elegirse en tal «fase cero». Por tanto, el error de Rawls, a juicio de Tugendhat, radica en que no ha presentado claramente la «fase cero» en la que tendría que enumerar las condiciones y los rasgos del punto de vista moral; o lo que vendría a ser lo mismo, no ha explicitado la fundamentación de sus criterios fundantes. Lo que en definitiva ha omitido Rawls son las razones por las que adopta una posición hipotética como la representativa del punto de vista moral. Al parecer de Tugendhat lo que Rawls ha mostrado es simplemente que «la posición original incorpora las

4. *Ibidem*, p. 62 (p. 72).

5. P. 23 (p. 28).

6. P. 23 (p. 29).

mismas condiciones características del punto de vista moral. Pero no ha mostrado explícitamente por qué es *preferible* cambiar la situación de elección de la fase cero a la posición original»⁷. El principal motivo que Rawls arguye para preferir la posición original al punto de vista moral es que, de esta forma, la teoría de la justicia se concibe mejor como una parte de la teoría de la elección racional. Sin embargo, para Tugendhat, «estaría todavía por probar si, en la práctica, la elección racional, cuando se realiza en la posición original, conduce realmente a resultados que sean mejores de algún modo a los que se habría conseguido a partir de la fase cero»⁸.

Conviene señalar que Tugendhat está dispuesto a conceder ciertas ventajas a la posición original sobre el punto de vista moral, pero asegura que tales ventajas son «prácticas» y no «morales»; es decir, son introducidas «para hacer más manejables las decisiones»⁹. No podría ser de otro modo porque lo que se entiende por moral o correcto se delimita en el punto de vista de la fase cero, y no a través de los principios escogidos en la posición original, como cree Rawls. Es más, la misma moralidad de la posición original sólo puede ser aceptada desde las deliberaciones previas a su constitución, en las cuales se exponen las condiciones del punto de vista moral, y las razones por las que tal posición original lo representa. Según Tugendhat, «el concepto de correcto sólo puede definirse diciendo que algo es correcto si y sólo si es el resultado de un proceso de decisión que empieza en la fase cero»¹⁰. Reconoce, de todas formas, que son importantes las ventajas y la operatividad que se consigue con la posición original para solventar los conflictos morales; sin embargo, es indudable la pérdida de sustancia moral que acarrea el olvido de la fase cero y la despreocupación por el fundamento del criterio fundante. De todo ello se deduce que la posición original en ningún caso constituye un apropiado modelo representativo del punto de vista moral. Esta es la grave consecuencia de no haber entrado de lleno en una evaluación analítica y semántica de la posición original. Si la imparcialidad es el criterio de la moralidad y de la justicia, cabe preguntarse cuál es el fundamento y la justificación de este criterio fundante. He aquí, a mi modo de entender, la mayor deficiencia de la teoría rawlsiana: haber marginado el segundo nivel de fundamentación.

3. *Críticas a Habermas*

Veamos a continuación que con otros matices Habermas ha caído, según mi interpretación, en el mismo error que Rawls: olvidar el acceso semántico a la moral y no entrar en el problema del criterio fundante. Tugendhat, para mostrarnos tales defectos se propone dos tareas: 1.^a) desvelar el supuesto semántico de la pragmática habermasiana y 2.^a) descubrir la dimensión «volitiva» de la argumentación pretendidamente cognitiva.

7. P. 26 (p. 31).

8. P. 27 (p. 32).

9. P. 30 (p. 35).

10. P. 30 (p. 36).

No voy a entrar en la primera crítica de Tugendhat a Habermas centrada en el problema de la dimensión «comunicativa» de la pragmática¹¹, pero sí en la segunda tesis que discute: la referida al criterio de fundamentación de una norma. Este criterio Habermas lo encuentra, como es bien sabido, en una teoría general de la verdad que llama «teoría del consenso»¹². Para llegar al «consenso racional» basado en motivos o razones se precisa de una argumentación entre seres humanos. Para Habermas, en virtud de la naturaleza comunicativa del lenguaje, el criterio de fundamentación de las normas morales —como de las teorías empíricas— debe ser en última instancia el consenso o acuerdo. Habermas reconoce que este acuerdo no se refiere al meramente fáctico, sino sobre todo el basado en argumentos racionales, que se podría denominar acuerdo «cualificado». Tugendhat, sin embargo, cree que los argumentos siempre remiten a los motivos más relevantes de los sujetos que dialogan, y serán estos motivos los que previamente constituyan el principio (*Grundlage*) de fundamentación del enunciado, y no, como supone Habermas, el acuerdo en cuanto tal¹³.

Por otro lado, un acuerdo es racional no sólo cuando a él se llega a través de una argumentación, sino también, piensa Habermas, cuando satisface las condiciones de una «situación ideal de habla». Como todo el mundo conoce, estas condiciones se refieren a la simetría entre los hablantes (por ejemplo, todos los que participan en un discurso deben tener las mismas oportunidades de hablar, nadie debe contar con privilegios de algún tipo...). Estas reglas que presenta Habermas como «reglas pragmáticas» porque sólo tienen sentido en una situación comunicativa en general, piensa Tugendhat que en realidad no atañen a la estructura de fundamentación como tal, sólo sirven para evitar que factores pragmáticos extra-argumentales influyan negativamente en el proceso argumentativo¹⁴.

Tugendhat cree también que en la «situación ideal de habla» por la que aboga Habermas al asumir como regla principal la condición de que exista entre los participantes una simetría, tanto en las oportunidades de hablar como en las de actuar y ordenar, se está presuponiendo, sin fundamentarlo, el *criterio de la imparcialidad*. Y este presupuesto (que también alberga la teoría de Rawls) poco tiene que ver con el proceso comunicativo en cuanto tal. La imparcialidad está siempre presupuesta porque cuando se da un discurso real sobre la fundamentación de una norma, los que participan en este proceso argumentativo no pueden hacer valer meramen-

11. HABERMAS, J.: *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1971 (en colaboración con N. Luhmann), pp. 101 ss.; HABERMAS, J.: «Was heisst Universalpragmatik?», en APEL, K. O. (ed.): *Sprachpragmatik und Philosophie*, Frankfurt del Main, 1976, pp. 174-272; en especial pp. 206 ss.; TUGENDHAT, E.: *Probleme der Ethik*, op. cit., p. 109 (p. 123).

12. HABERMAS, J.: «Wahrheitstheorien», en FAHRENBACH, H. (ed.): *Wirklichkeit und Reflexion. Walter Schulz zum 60. Geburtstag*, Pfullingen, 1973, pp. 211-265; *Probleme der Ethik*, p. 115 (p. 130). Sobre esta teoría del consenso y sus implicaciones éticas puede consultarse la exposición de GABÁS, R.: *J. Habermas: dominio técnico y comunidad lingüística*, Ariel, Barcelona, 1980, pp. 257-272; asimismo, MUGUERZA, J.: *Desde la perplejidad* (en prensa), capítulo 7.

13. *Probleme der Ethik*, p. 116 (p. 131).

14. P. 117 (p. 132).

te sus propios intereses, sino que necesariamente parten ya de la aceptación de la imparcialidad. Por tanto, la imparcialidad no es el resultado de un discurso fundamentador, sino el presupuesto de cualquier discurso: todos, a la hora de dialogar, deberán estar dispuestos a ponerse mentalmente en el lugar de los demás. Es claro que Habermas ha definido la situación comunicativa en la que se argumenta en torno a la fundamentación de las normas morales teniendo presente las condiciones de la situación ideal de habla previamente diseñadas; pero como, según Tugendhat, estas condiciones ideales «ya implican la imparcialidad, la comunicación así definida, no podría fundar a su vez la imparcialidad»¹⁵. De lo contrario se caería en un evidente círculo vicioso: se pretendería fundamentar con la situación comunicativa la imparcialidad que previamente se había introducido en la situación ideal.

Sin embargo, aquí surge inevitablemente, entre otras, la siguiente cuestión. Si aceptamos que la fundamentación de las normas concretas presupone la imparcialidad expresada en la condición de simetría propia de la situación ideal de habla, entonces cabe preguntarse en qué se apoya la afirmación habermasiana de que la fundamentación de las normas es esencialmente comunicativa. Así lo formula exactamente Tugendhat: «si el discurso moral presupone que todos los participantes tengan que estar dispuestos a ponerse hipotéticamente en la situación de los demás, ¿qué ventaja tiene entonces un semejante discurso frente a la posibilidad de que una persona pueda realizar también todo el proceso de fundamentación en su propia cabeza?»¹⁶. Habermas, como desde otra perspectiva también Rawls, es consciente de este problema e intenta solventarlo arguyendo la necesidad de un discurso real para informarse directamente sobre los verdaderos intereses de todas y cada una de las personas afectadas. A pesar de ello, esta respuesta no es suficiente, según Tugendhat, para considerar que el procedimiento de fundamentación de una norma tenga que ser necesariamente comunicativo; podría darse por parte de varios sujetos una información exhaustiva de sus intereses en juego, y la decisión última respecto de la norma a seguir ser tomada —después del proceso comunicativo— por una especie de observador imparcial de todos los intereses y argumentos enfrentados. Lo anormal, en este caso, no sería, piensa Tugendhat, la falta de información, que sí la habría, sino *la falta de autonomía moral*, la ausencia de poder decisorio de los implicados. Y, ¿por qué pensamos que las personas afectadas «tienen que» decidir las normas bajo las cuales han de vivir? Esta regla, que se supone que todo el mundo acepta, no deriva, según Tugendhat, del proceso fundamentador, sino que es una regla moral *siempre presupuesta en un discurso argumentativo*. A esta regla Tugendhat la denomina «prohibición de la inhabilitación moral» (*Entmündigung*). Para aclararla escribe: «...supongo que ninguna persona racional capaz de reflexionar, estaría de acuerdo en que se le impidiera decidir personalmente lo que es bueno para sí; naturalmente, puede pedir

15. P. 125 (p. 140).

16. P. 120 (p. 135).

consejo a otros, pero estará dispuesta a correr el riesgo de equivocarse decidiendo qué cosa sea buena para él, antes de dejárselo imponer por otro. Supongo, por tanto, que todos queremos ser, en este sentido, *autónomos*, decidir personalmente por nosotros mismos. Pero de ahí se sigue entonces —por universalización— que todos queremos que sea una norma moral la prohibición de prescribir a los demás qué es bueno para ellos, aunque se pretenda conocerlo mejor»¹⁷.

En consecuencia, la norma que se presupone, según Tugendhat, en la «situación ideal de habla» —y, con otros matices, también en la «posición original» de Rawls— es aquella que ordena *considerar a toda persona como ser autónomo que decide por sí mismo*. Siendo esto así, cuando es necesario tomar una decisión respecto a una norma social o jurídica, la aceptación de tal norma sólo estará moralmente justificada si es el resultado de una deliberación colectiva en la que se garantice la participación de todas las personas interesadas. Podemos percatarnos de que lo prohibido por este tipo de deliberaciones es la inhabilitación moral del colectivo, por lo que cabría llamarlo, según Tugendhat, «principio de la autonomía colectiva o de la autodeterminación colectiva»¹⁸. Aquí, en este principio de autonomía colectiva, se encuentra para Tugendhat el motivo por el que los problemas morales —y sobre todos los de moral política y jurídica— deben fundarse en el discurso de los implicados, y no, como piensa Habermas, en la naturaleza comunicativa del proceso de fundamentación moral.

Además, si se acepta que este principio se presupone en todo discurso fundamentador, puede comprenderse mejor la idea de que el aspecto irreductiblemente comunicativo no es cognitivo, sino volitivo, porque lo que hace que se dé un consenso colectivo y un acuerdo efectivo entre sujetos, no es la racionalidad de los argumentos, sino *el respeto a la autonomía de la voluntad* de todas las personas, lo cual exige la participación de todo interesado, y por tanto, la necesaria acción comunicativa. Según Tugendhat, no se trata propiamente de un acto de la razón, sino de un acto de la voluntad, de la decisión colectiva. De tal forma es así que el problema que está de fondo no es el de la fundamentación, sino el de la «participación en el poder que decide qué es lo legalmente permitido y lo que no»¹⁹. Al entender de Tugendhat, ha sido la confusión en la teoría de Habermas entre el discurso hipotético con el real lo que le ha conducido a descuidar demasiado el problema del poder y el factor volitivo de la acción comunicativa. Habermas ha olvidado que la argumentación moral hipotética no es un discurso *realmente comunicativo*; ha pasado por alto el aspecto volitivo (no racional) del discurso real que exige la prohibición de la inhabilitación moral, el principio de la autodeterminación colectiva, y con ello no se ha percatado del presupuesto que condiciona toda su ética.

17. P. 121 (p. 136).

18. P. 122 (p. 137).

19. P. 124 (p. 139).

4. Revisión de las críticas

a) Hemos visto que el centro de la crítica de Tugendhat a Rawls se encuentra en la afirmación de que este pensador ha presupuesto en la «posición original» el criterio moral de la imparcialidad sin fundamentarlo, y ha olvidado la «fase cero» en la que se tendría que justificar por qué se adopta la posición original como la más idónea para escoger principios de justicia y como la representativa del punto de vista moral. Tugendhat acusa a Rawls de no haber mostrado explícitamente por qué es preferible cambiar las condiciones de elección de la «fase cero» por las de la posición original. Para Tugendhat, como dijimos, la posición original no constituye el modelo representativo del punto de vista moral.

A mi modo de entender esta crítica subvalora algunos puntos de la teoría ético-política de Rawls. En ésta se pueden encontrar elementos que constituirían lo que Tugendhat denomina «fase cero». Es verdad que Rawls no los ha desarrollado en *A Theory of Justice*, pero sí los tiene en cuenta a la hora de diseñar la posición original. Esto se puede comprobar, por ejemplo, cuando en el párrafo 4, dedicado a justificar la posición original, Rawls señala que en su concepción *se presupone* que todas las personas admiten la necesidad de que la elección de principios se realice bajo ciertas condiciones restrictivas. Por eso se preocupa Rawls de desvelar cuáles son las condiciones que *intuitivamente* reconocen como válidas los individuos en su vida cotidiana (lo cual sería equivalente a sostener que Rawls sí tiene presente los acuerdos previos de los que Tugendhat denomina «fase cero»). Es más, explícitamente se reconoce que «para justificar una descripción particular de la situación inicial hay que demostrar que incorpora estas suposiciones *comúnmente compartidas*»²⁰. Y estas suposiciones previas a la teoría son las que hacen que la posición original y el velo de ignorancia que le caracterizan no se presenten como un diseño demasiado artificial e inusitado, sino más bien como la natural explicitación y objetivación de aquello ya *previamente* aceptado de forma intuitiva por los sujetos que discuten sobre cuestiones de justicia. Esta es la razón por la cual en cualquier momento podemos colocarnos en tal posición siguiendo el procedimiento y las restricciones que de modo *pre-teórico* los individuos reconocen como válidas en las discusiones en torno a principios morales.

Además de esto Rawls señala que la posición original también puede justificarse haciendo ver que los principios que en ella se escogen corresponden o no a las *convicciones más profundas* que tenemos de la justicia. Con lo cual se está apuntando que factores preteóricos (o propios de la «fase cero» de Tugendhat) inciden en la justificación del diseño de la posición original. Rawls afirma explícitamente que «las condiciones incorporadas en la descripción de la posición son aquellas que *de hecho* aceptamos»²¹. Por tanto, aunque es verdad que no desarrolla estas condiciones que serían las propias de la «fase cero» tal como Tugendhat exige, ni

20. *A Theory of Justice*, op. cit., p. 18 (p. 35).

21. *Ibidem*, p. 21 (p. 39).

explica por qué son subsumidas por la posición original, de algún modo, todas las intuiciones y concepciones morales de sentido común referentes a la justicia, son el punto de partida, los presupuestos que Rawls tiene en cuenta a la hora de diseñar su posición original.

La importancia de los aspectos intuitivos y preteóricos en *A Theory of Justice* queda perfectamente recalçada en su posterior estudio «Kantian Constructivism in Moral Theory» en el que, como es bien conocido, pretende reexaminar cuáles han sido las intenciones últimas de *A Theory of Justice*, ilustrándose así cómo entendió Rawls su propia teoría. En el mencionado estudio Rawls desarrolla justamente las concepciones morales —y sobre todo una determinada concepción de la persona— *implícitamente afirmadas* en las sociedades democráticas occidentales. Tales concepciones morales preteóricas son las que justifican las características de la posición original y legitiman que ésta pueda ser considerada representativa del punto de vista moral. Esto queda claro cuando en este estudio del año 80 afirma que pretende «articular y hacer explícitas aquellas nociones y principios compartidos que se piensan están *latentes en el sentido común*», y además, «suscitar y forjar *puntos de partida* para el común entendimiento, expresando de una forma nueva *las convicciones que se encuentran en la tradición histórica* al conectarlas con un amplio campo de convicciones consideradas de la gente: con aquellas que resisten a la reflexión crítica»²².

Estas afirmaciones son suficientes para percatarnos de que, aunque Rawls no ha desarrollado extensamente las características de lo que Tugendhat denomina «fase cero», no cabe duda de que en su teoría hay elementos que nos indican la importancia concedida a los aspectos éticos intuitivos y aceptados por la mayoría de las personas de las sociedades democráticas occidentales, elementos que equivaldrían a los contenidos morales propios de la «fase cero». Interesante hubiera sido conocer la réplica del propio Rawls a las críticas de Tugendhat. Parecer ser, según se nos cuenta en el prólogo de *Probleme der Ethik*, que existe un manuscrito de réplica que debía ser publicado en las actas del congreso en el que Tugendhat leyó su conferencia «Observaciones sobre algunos aspectos metodológicos de *Una Teoría de la Justicia* de Rawls». No me consta la publicación de aquellas proyectadas actas, por lo que desconozco el contenido de la réplica de Rawls. En cualquier caso, es de suponer que Rawls seguiría la misma línea argumentativa que acabo de defender.

b) Distinta es la situación en la que nos encontramos con la polémica que Tugendhat ha mantenido con Habermas. Este, en su estudio «Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación» discute los presupuestos y los argumentos de Tugendhat contra el fundamento discursivo de la ética²³. En líneas generales estoy de acuerdo con la réplica habermasiana al enfoque semántico y a la dimensión volitiva de la argumen-

22. «Kantian Constructivism in Moral Theory», *The Journal of Philosophy*, 77 (1980), p. 518 (versión castellana de RODILLA, M. A. en: *Justicia como equidad. Materiales para una Teoría de la Justicia*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 137-186; las páginas a que me refiero en esta ocasión son la 139 y la 140 de esta versión).

23. *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, Barcelona, 1985, pp. 88-97.

tación moral que Tugendhat sostiene en la primera y tercera lección de ética. No considero necesario exponer aquí la réplica de Habermas. Sólo quiero mencionar un aspecto de la crítica de Tugendhat que Habermas no ha tenido suficientemente en cuenta y que a mi juicio es de capital importancia.

El problema clave que Tugendhat planteaba a Habermas, si no lo interpreto mal, no era sólo el de si la imparcialidad es o no intrínseca al proceso argumentativo, sino el de si en la situación ideal de habla se presupone o no la norma moral que ordena «considerar a toda persona como ser autónomo». Por lo tanto, la crítica de Tugendhat incide en algo más que en el rechazo de los dos supuestos de la ética discursiva, como parece creer Habermas. Si estos dos supuestos son: «a) las aspiraciones de validez normativa poseen un sentido cognitivo y se pueden tratar *como* aspiraciones de verdad, y b) la fundamentación de normas y mandatos requiere la realización de un discurso real que, *en último término*, no es monológico, no tiene nada que ver con una argumentación que se formulara hipotéticamente en el fuero interno»²⁴, es cierto que en el planteamiento de Tugendhat se rechazan explícitamente ambos postulados. Sin embargo, como digo, el problema clave, a mi juicio, se encuentra en el previo reconocimiento de la autonomía de toda persona que participa en un discurso. Tugendhat cree, como sabemos, que es en el principio de la autonomía —ya sea personal o colectiva— donde reside el motivo por el que los problemas morales (político-morales y jurídico-morales) deben apoyarse en los argumentos de los implicados, y no en que la fundamentación moral sea intrínsecamente comunicativa. Por tanto, la explicación de que se llegue a un consenso colectivo efectivo no hay que buscarla en la «racionalidad» de los argumentos presentados, sino sobre todo en el *respeto a la autonomía de la voluntad* de todos los participantes en un discurso.

Si concedemos la razón a Tugendhat —y por mi parte no tendría ningún reparo en concedérsela en este punto— estaríamos sosteniendo que la situación ideal de diálogo, como los posibles consensos racionales de los que habla Habermas, están marcados por un *criterio moral asumido previamente* que debilita, en cierto sentido, la potencia fundamentadora de la ética discursiva. Si es la autonomía moral, o, como lo llama Tugendhat, «la prohibición de la inhabilitación moral», el presupuesto inescapable de todo discurso argumentativo, quiere decirse, por consiguiente, que las tareas de la fundamentación no deben centrarse, como hacen Habermas y otros autores (Apel, Rawls, los miembros de la Escuela de Erlangen...) en descubrir los criterios racionales que contamos para saber cuáles son las normas morales fundadas, sino en explicar en qué radica la autonomía del hombre, o mejor dicho, en *explicar las razones por las cuales un sujeto autónomo debe ser siempre respetado dentro y fuera del discurso*.

Teniendo esto presente, no resulta extraño que Tugendhat en sus «Retractaciones» se preocupe por elaborar una moral del respeto recíproco. Este tipo de moral y la preocupación por justificar el respeto entre las

24. *Ibidem*, p. 88.

personas y su consideración como fin en sí que caracteriza al segundo esbozo fundamentador, viene condicionado, en parte, por la mencionada crítica a Habermas que éste olvida en su réplica. Dicha crítica, a mi juicio, facilita la comprensión del nuevo proyecto fundamentador de las «Retracciones» centrado, más que en el respeto y obediencia a determinadas *normas fundadas* —objetivo de las tres lecciones—, en ofrecer un apoyo empírico a *la dignidad de las personas*²⁵. Dejo para otra ocasión un análisis detallado de la potencia fundamentadora del dato empírico-fenomenológico que Tugendhat presenta como superación, no sólo de los fundamentos tradicionales y religiosos de la moral, sino también de los modelos discursivos de la ética, excesivamente procedimentales y deontológicos.

25. «Die Moral des wechselseitigen Respekts» y «Ausblick auf eine Moral der Ernsthaftigkeit», en *Probleme der Ethik*, pp. 156-176 (pp. 174-195).

Cinco diferencias entre Bentham y Austin

Por JOSE JUAN MORESO MATEOS

Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

Las obras de Jeremy Bentham y John Austin, los iniciadores de la escuela analítica de jurisprudencia, contienen importantes cuestiones que interesan en las actuales discusiones en filosofía del Derecho. Las coincidencias entre ambas doctrinas son amplias; sin embargo, en este artículo, pretendo establecer algunas de las diferentes que surgen al compararlas.

Hasta hace poco tiempo se consideraba la obra de Austin como la exposición más acabada de la doctrina jurídica de la escuela analítica inglesa (Fassò 1981: 35), pero la publicación de la obra de Bentham *Of Laws in General* (OLG: 1970)¹ ha arrojado dudas sobre esta apreciación. Es un juicio compartido en la actualidad por varios autores que la doctrina de Bentham es, en puntos de capital importancia, más sutil, elaborada y profunda que la de Austin².

En concreto, trataré de señalar las diferencias entre Bentham y Austin en las siguientes cuestiones: a) los criterios de identificación del Derecho, b) la doctrina del Common Law, c) el empirismo, d) el utilitarismo y e) la codificación.

2. LOS CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

2.1. *Normas jurídicas y validez*

Presupondré que, en este contexto, calificar una determinada entidad como válida es lo mismo que calificarla como perteneciente al Derecho, como jurídica.

1. Esta obra, cuya edición tuvo a cargo H. L. A. Hart, es una revisión de *The Limits of Jurisprudence Defined*, ed. by Charles Warren Everett, New York: Columbia University Press, 1945.

2. Vid. Finch 1977: 98 nota 1, Hart 1971: 58, Lyons 1973: 336, Paton 1964: 4-5, Rosen 1982: 578-580, Sundby 1973: 683 y 689, Twinig 1979: 559.

Para Bentham, el término «Derecho» es un término colectivo que significa el conjunto de leyes individuales (*PML*: 294). Según Bentham, el término que es más adecuado para expresar en toda su amplitud y comprensión lo sugerido por «ley» es «mandate» (*OLG*: 14).

También para Austin, el término «Derecho (positivo)» se refiere al conjunto de las reglas establecidas por los superiores políticos, al conjunto de las leyes (positivas) (*LJ*: 87, 171-172)³. Y las leyes son una especie del género «commands» (*LJ*: 88)⁴.

A mi juicio, tanto la expresión de Bentham «mandate» como la de Austin «command» pueden ser expresadas por el término «norma». Siendo así, podemos preguntarnos: ¿qué otorga el carácter de válidas (de jurídicas o pertenecientes al Derecho) a las normas, según Bentham y Austin? O, dicho de otro modo, ¿qué son, para Bentham y Austin, las normas jurídicas?

2.2. Validez y eficacia

Según creo, Bentham y Austin estarían de acuerdo en la siguiente cláusula general de pertenencia al Derecho [CPD] o, mejor aún, una cláusula de no pertenencia al Derecho puesto que establece una condición necesaria para que una norma sea válida [CPD]. Una norma es jurídica (o válida o pertenece al Derecho) sólo si pertenece al soberano.

Bentham afirmaba que soberano es aquella persona o grupo de personas habitualmente obedecidas en una sociedad política (*OLG*: 18).

Austin retuvo este elemento en su definición de «soberano» (que puede ser denominado el elemento positivo de la definición) y añadió otro elemento (el elemento negativo), según el cual el soberano no está sujeto a obedecer a nadie, no tiene el hábito de obediencia a ningún superior (*LJ*: 221)⁵. Esta diferencia es irrelevante para mis propósitos actuales, pero convierte la definición de Bentham en una aproximación más rica y compleja, en cuestiones como la limitación y la divisibilidad, al tema de la soberanía⁶.

Ambas definiciones de soberano junto a [CPD] implican que una norma es jurídica o válida sólo si pertenece a un conjunto de normas eficaz. Puesto que, a) una norma es jurídica sólo si el ordenamiento al que pertenece es habitualmente obedecido (sólo si pertenece al soberano) y b) si un ordenamiento es habitualmente obedecido es eficaz, entonces c) la eficacia

3. Vid., en el mismo sentido, Finch 1977: 105 y Samek 1974: 147.

4. Para Austin un mandato es la significación de un deseo que se distingue de otras significaciones de deseo porque la parte a la que está dirigido el mandato está sujeta al daño que le puede imponer la otra parte en el caso que no cumpla el acto objeto del deseo. De manera que, para Austin, «command», «duty» y «sanction» son términos inseparablemente unidos (*LJ*: 89 y 91).

5. Vid., al respecto, Campbell 1888: 27-28.

6. Bentham, a diferencia de Austin para el cual limitar al soberano «comporta una contradicción en los términos» (*LJ*: 241), contempla la posibilidad de que la soberanía aparezca dividida (*OLG*: 18-19, *FG*: 264-265) e incluso admite la posibilidad de que el soberano aparezca limitado por convención expresa (*OLG*: 64-69 y *FG*: 264-265). Vid., para esta cuestión, Cattaneo 1962: 134, Burns 1973: 135-137, Finch 1977: 133, Garzón Valdés 1983: 37 nota 9, Hart 1982c: 226, Páramo Argüelles 1984: 139, Raz 1970: 7-9 y Sundby 1977: 686.

de un ordenamiento jurídico es, para Bentham y Austin, *condición necesaria* de la validez de las normas de ese ordenamiento (en el mismo sentido Raz 1970: 16). O dicho de otra forma, si una determinada sociedad pierde el hábito de obediencia a un soberano S_1 (por ejemplo, porque obedece ahora a otro soberano S_2), entonces S_1 deje de ser soberano y sus normas dejan de ser válidas, es decir, dejan de pertenecer al Derecho⁷.

2.3. Cláusulas de pertenencia al Derecho. ¿El Derecho como sistema dinámico?

Sabemos ahora, que para Bentham y Austin, la eficacia de un ordenamiento es condición necesaria de la validez de las normas de ese ordenamiento, de su juridicidad. Pero, ¿cuáles son los criterios que determinan que una norma concreta «perteneca» al soberano? En este punto existen diferencias entre las doctrinas de Bentham y Austin.

Empecemos con Bentham. Para él, una norma es atribuible al soberano (es jurídica), si y sólo si cumple uno de los requisitos siguientes: a) es concebida por el soberano o b) es adoptada por el soberano. Según Bentham, «una ley es un conjunto de signos declarativos de una volición concebida o adoptada por el soberano de un estado...» (OLG: 1).

Una norma es concebida por el soberano si y sólo si ha sido emitida por él. Una norma es adoptada por el soberano si y sólo si ha sido emitida por una persona diferente al soberano y éste la ha hecho suya. Dos son las formas en que el soberano puede adoptar normas: por *recepción* («susception») y por *preadopción* («pre-adoption»). El soberano adopta normas por recepción cuando las adopta después de que éstas hayan sido emitidas. El soberano adopta normas por preadopción cuando las adopta antes de que hayan sido emitidas (OLG: 21). La adopción permite, en el pensamiento de Bentham, denominar normas jurídicas a dos tipos de normas problemáticas, puesto que no han sido concebidas por el soberano:

a) las normas de los anteriores soberanos. Una norma sigue siendo jurídica después de la desaparición del soberano que la ha emitido o concebido, en el supuesto de que el posterior soberano no la derogue, y

b) las normas de los poderes subordinados. Aquí incluye Bentham todas las normas no emitidas por los soberanos, siempre que no sean contrarias a las normas concebidas por el soberano o adoptadas por recepción por el soberano. Así son normas jurídicas, según Bentham, las más triviales órdenes dadas por un padre a sus hijos, por un marido a su mujer, etc. (OLG: 4).

Estas ideas de Bentham pueden ser sistematizadas en las siguientes cláusulas de pertenencia al Derecho:

7. Como es sabido, también ésta es la posición de H. Kelsen respecto a las relaciones entre validez y eficacia: «La teoría del Derecho contempla una norma jurídica como válida sólo si pertenece a un orden jurídico ampliamente eficaz» (Kelsen 1971: 267-268). Vid. asimismo Hart 1961: 113.

[a] *Cláusula de concepción*: toda norma *u* concebida (emitida) por el soberano es una norma jurídica, o válida o perteneciente al Derecho.

[b] *Cláusula de adopción por recepción*: toda norma *u* sigue manteniendo el carácter de jurídica si y sólo si no hay una norma posterior del soberano que declare a *u* no jurídica⁸.

[c] *Cláusula de adopción por preadopción*: si una norma jurídica *u* califica como jurídicas todas las disposiciones emitidas por un poder subordinado (P) y P emite una norma *y*, entonces *y* es jurídica, o es válida o pertenece al Derecho⁹.

Según Austin, el objeto de la jurisprudencia es el Derecho positivo: el Derecho en sentido estricto, el Derecho emitido por los superiores políticos dirigido a los subordinados (LJ: 86)¹⁰.

Pero, según Austin, el Derecho positivo puede ser establecido de dos modos: a) a través del *modo propiamente (o directamente) legislativo* o b) a través del *modo impropiamente (u oblicuamente) legislativo o modo judicial* (LJ: 35, 525, 532-533).

El modo propiamente legislativo tiene, a su vez, dos formas: a') establecido directamente por el soberano y b'') establecido por algún superior político subordinado al soberano (LJ: 35, 525, 532).

Según Austin, el poder de la legislación subordinada es conferido por el soberano expresa o tácitamente. Es garantizado expresamente cuando media expresión oral o escrita. Es garantizado tácitamente, en ausencia de tal expresión, por medio de la conducta que necesariamente supone que el soberano lo reconoce o admite (LJ: 521).

La legislación de las autoridades subordinadas deriva su validez de la autoridad (tácita o expresa) del soberano:

Las leyes se distinguen respecto a sus fuentes... en leyes establecidas directa o inmediatamente por la suprema legislatura, aunque derivan su validez de su autoridad expresa o tácita (LJ: 517).

Las leyes promulgadas por los *Collegia*, o por los cuerpos subordinados, pertenecen a la misma clase. Son establecidas inmediatamente por los cuerpos subordinados, pero derivan su validez jurídica (*legal validity*) de la autoridad del soberano (LJ: 521).

El modo impropiamente legislativo o modo judicial de establecer el Derecho tiene como resultado el *Common Law* (o Derecho judicial). También esta legislación deriva su validez de la autoridad, expresa o tácita, del soberano (LJ: 517), pero se diferencia en la forma en que es expresada:

8. En palabras de S. R. Letwin (1965: 12) referidas a Bentham: «Una norma de la legislatura continúa siendo jurídica excepto si es derogada por la legislatura»

9. Las cláusulas [b] y [c] son adecuadas formulaciones de lo que J. W. Harris (1982: 34) llama, al ocuparse del pensamiento de Bentham, el principio de derogación y el principio de subsunción.

10. Austin distingue el Derecho en sentido propio (*Laws properly so called*) del Derecho en sentido impropio (*Laws improperly so called*). En el primero incluye el Derecho divino, el Derecho positivo y una parte de la moralidad positiva; en el segundo incluye la otra parte de la moralidad positiva (leyes del honor, leyes de la moda y el Derecho internacional) y lo que llama leyes en sentido metafórico o figurativo (leyes de la naturaleza) (LJ: 79 y 86). El Derecho en sentido estricto (*Law simply and strictly so called*), sin embargo, es un subconjunto del Derecho en sentido propio: exactamente el Derecho positivo.

«Una ley (o regla de Derecho) establecida mediante decisiones judiciales, no existe en expresiones precisas...» «no existe en ninguna parte en forma general o abstracta» (LJ: 630 y 622). La ley no es la decisión judicial (sentencia) que resuelve el caso concreto en litigio sino los principios o bases de esa decisión (LJ: 621), la *ratio decidendi* es, ella misma, una ley (LJ: 627):

Contemplando las razones generales alegadas por el Tribunal para sus decisiones, y abstrayendo estas razones de las modificaciones que han sido establecidas para las peculiaridades de los casos, llegamos a la *base* o *principio* de la decisión, que se aplicará universalmente a los casos de una clase y, como una disposición legislativa (*statute law*), puede servir como regla de conducta (LJ: 622).

Sintetizar estas ideas de Austin conlleva algunos problemas. El más importante es que Austin nunca explica cómo tiene lugar la legislación delegada (vd. Raz 1970: 19). Ligado a ello va el hecho que Austin nunca explica qué entiende por «adopción tácita»¹¹.

Con todo atribuiré a Austin las tres siguientes cláusulas de pertenencia al Derecho con la esperanza de que expresen sus ideas tal y como han sido expuestas:

[a'] Toda norma *u* promulgada por el soberano es jurídica o válida o pertenece al Derecho.

[b'] Toda norma *u* promulgada por una autoridad en la cual el soberano ha delegado poder legislativo es jurídica o válida o pertenece al Derecho.

[c'] Todo principio y extraído de las decisiones judiciales es jurídico o válido o pertenece al Derecho¹².

En mi opinión la posición de Bentham es, en este punto, más certera que la de Austin por las siguientes razones:

1) Las cláusulas de identificación del Derecho de Bentham constituyen una definición recursiva de Derecho. Identifican claramente unas entidades de las cuales predicar una determinada propiedad (conforme a la cláusula [a], todas las normas promulgadas por el soberano son jurídicas) y permiten introducir o eliminar otras normas en el conjunto mediante las cláusulas [b] y [c] partiendo de la primera cláusula¹³.

11. Vid. la conocida crítica de Hart a la doctrina de los mandatos tácitos de Austin (Hart 1961: 44-45).

12. A pesar de la ambigüedad de las ideas de Austin, éstas han sido incorporadas al *background* del pensamiento jurídico anglosajón, como pone de manifiesto el siguiente pasaje de un reciente libro de introducción al Derecho inglés:

«Hay básicamente tres fuentes del Derecho inglés: 1) El Derecho que surge del proceso parlamentario (conocido como *Statutory Law*), 2) El derecho que surge de los cuerpos a los que el poder legislativo ha sido delegado (conocido como *Delegated Legislation*) y 3) El Derecho que surge de los Tribunales de Justicia (conocido como *Case Law*)» (Rutherford, Todd, Woodly 1982: 3).

13. Definiciones recursivas para identificar el Derecho han sido utilizadas por C. E. Alchourrón y E. Bulygin (1974: 120 y 1979: 74) y G. H. von Wright (1970: 204). Alchourrón y Bulygin afirman explícitamente: «Se trata de una definición recursiva que permite determinar, en un número finito de pasos, si una norma pertenece o no al sistema» (1979: 74).

Una vía que permite evitar los problemas que acosan a las teorías del Derecho de H. L. A. Hart y H. Kelsen en su intento de identificar un ordenamiento jurídico por medio de una norma perteneciente al mismo ordenamiento (la regla de reconocimiento o la norma básica) (vid. Munzer 1972: 46).

Las cláusulas atribuibles a Austin, en cambio, no pueden considerarse una definición recursiva puesto que no se ve cómo [b'] y [c'] pueden generar normas a partir de [a']. Austin sugiere la existencia de una jerarquía de poderes (el poder soberano y las autoridades subordinadas) pero nunca nos explica, con claridad, cómo esa jerarquía de poderes se relaciona con una jerarquía de normas¹⁴.

2) Las cláusulas [b] y [c] permiten afirmar que Bentham concibe el Derecho como un sistema dinámico. Pues permiten afirmar la validez de una determinada norma *v* si otra norma *u* califica a *v* como jurídica y permiten afirmar la invalidez (la no pertenencia al Derecho) de una determinada norma *v* si otra norma *u* califica a *v* como no jurídica. En especial la cláusula [c] puede ser contemplada como una formulación del llamado «principio dinámico del Derecho». Y aquí reside la semejanza entre la concepción del Derecho kelseniana y la doctrina de Bentham¹⁵.

Kelsen afirma: «El análisis del Derecho positivo muestra que el proceso por el que una norma jurídica es creada es regulado por otra norma jurídica» (1971: 279). Esta otra norma jurídica es denominada «norma de competencia»¹⁶... Las normas de competencia son las que permiten concebir el ordenamiento jurídico como un sistema dinámico. Pues bien, en la obra de Bentham se hallan diversas interpretaciones de las normas de competencia, algunas de las cuales permiten calificar el Derecho como un sistema dinámico; en cambio en la obra de Austin nunca hallamos esa explicación.

Bentham se preocupa de encontrar explicación al fenómeno de la adopción:

Veamos ahora la manera en que la adopción puede ser realizada. Ya hemos manifestado que puede tener lugar por permisión: esto es, por una permisión legislativa; pero puede tener también lugar por mandato, por un mandato legislativo: por una permisión dirigida a los poderes subordinados, una permisión para promulgar mandatos que el soberano se propone adoptar; o por un mandato dirigido inmediatamente a los que están sujetos al poder del soberano, un mandato obligándoles a obedecer determinados mandatos emitidos por los poderes subordinados (OLG: 27-28).

La primera de estas interpretaciones de las normas de competencia puede hallarse en G. H. von Wright:

Un permiso de orden superior se da para que una determinada autoridad *pueda* dar normas de un determinado contenido. Es, podríamos decir, una norma que concierne a la competencia de una determinada autoridad de

14. Vid. Cattaneo 1978: 89, «la relación jerárquica entre las fuentes de producción del Derecho para Austin no es aquella por la cual una norma tiene por contenido la atribución del poder de creación de otra norma, sino aquella por la cual ciertos poderes están subordinados a otros».

15. Vid. también Cornides 1976: 210, Freeman 1982: 41, Hacker 1977: 22, Hart 1982: 196.

16. También Hart, como es sabido, destaca la importancia de este tipo de disposiciones jurídicas: «El argumento de este libro es que las diferencias entre reglas que imponen obligaciones, o deberes, y reglas que confieren poderes, es de crucial importancia en jurisprudencia» (1961: 237 nota) y añade: «en la teoría del Derecho continental las reglas que confieren poderes son denominadas a veces 'normas de competencia'» (1961: 238 nota).

normas. Llamaré a estos permisos de orden superior, *normas de competencia* (1971: 198).

La segunda interpretación puede hallarse en las obras de H. Kelsen (1979: 83, 210), A. Ross (1970: 32) y J. Raz (1970: 166). El siguiente pasaje de Ross es revelador al respecto:

Las normas de competencia son lógicamente reducibles a normas de conducta de esta manera: las normas de competencia hacen que sea obligatorio actuar de acuerdo con las normas de conducta que han sido creadas según el procedimiento establecido en las primeras (1971: 113).

Austin, en cambio, nunca explica qué tipo de «expresión oral o escrita» sirve para conferir poder a las autoridades subordinadas y menos aún qué debe entenderse por «garantizar tácitamente» ese poder.

J. Raz (1970: 21) afirma que la interpretación más razonable de este aspecto del pensamiento de Austin es concebir la delegación legislativa en términos de leyes de obediencia dirigidas a los individuos sujetos a las autoridades subordinadas. Es posible que ésta sea la interpretación que mejor armoniza con la doctrina imperativista del Derecho que Austin sostiene, pero no es una doctrina explícitamente mantenida por él.

Con lo cual, mientras puede afirmarse que Bentham concibe el Derecho como un sistema dinámico porque en su doctrina hay una suficiente explicación de las normas de competencia (normas que califican como jurídicas otras normas), no puede decirse lo mismo de la doctrina de Austin. Aunque Raz (1970: 99 y Garzón Valdés 1977: 49, siguiendo a Raz) afirma que el concepto de cadena de validez normativa puede aplicarse a la teoría de Austin no hay en su obra elementos suficientes para llegar a tal conclusión¹⁷. Una cosa distinta es que la doctrina de Austin necesitara de esa concepción para poder mantener que todas las normas jurídicas «pertenecen» al soberano. Cómo «pertenecen» al soberano las normas emitidas por los poderes subordinados y las «rationes decidendi» de las decisiones judiciales es un misterio en la doctrina de Austin.

Sin embargo, no tiene razón Kelsen cuando afirma que: «La jurisprudencia analítica, tal como es presentada por Austin, contempla el Derecho como un sistema de reglas completas y dispuestas para ser aplicadas, sin contemplar el proceso de su creación. Es una teoría estática del Derecho» (1971: 278). Las cláusulas [b'] y [c'] atribuidas a Austin en este trabajo, ponen de manifiesto que éste contemplaba la posibilidad de que los poderes subordinados y (oblicuamente) los jueces introdujeran nuevas normas en el ordenamiento. Otra cosa es que Austin, a diferencia de Bentham y de Kelsen, nunca explicara cómo «el Derecho regula su propia creación» (Kelsen 1971: 279)¹⁸.

17. También Finch (1977: 105) ha afirmado que las normas que conceden poderes (normas de competencia) no pueden hallar un lugar determinado en la teoría de Austin.

18. Si la concepción estática del Derecho que Kelsen atribuye a Austin se convierte en la atribución a Bentham y a Austin de la concepción del Derecho como un sistema lógico cerrado (Pound 1969: 44-45, Paton 1964: 10 refiriéndose a Bentham y Stone 1964: 87-88 a Austin) entonces debo decir con Hart (1958: 58) que tal concepción no fue mantenida por estos autores. Respecto a Austin es válida la afirmación de

2.4. *Criterios de jerarquía normativa*

La idea de que no todas las normas jurídicas están situadas en el mismo plano, sino que están escalonadas o jerarquizadas es una de las aportaciones de la Escuela de Viena al pensamiento jurídico que ha gozado de mayor aceptación. También Bentham y Austin parecen sugerir que debe distinguirse entre legislación soberana y legislación subordinada y que la primera es superior a la segunda. El criterio que manejan para establecer dicha superioridad es el criterio del poder derogatorio. Dicho en palabras de J. Salmond (1902: 122): «La legislación es subordinada en el sentido de que puede ser derogada por la legislatura soberana» (y, cabría añadir, no puede derogar a la legislatura soberana).

Bentham afirmaba en ese sentido que las leyes de los poderes subordinados cuando son contrarias a las reservas de superioridad del soberano y cuando son contradichas por leyes posteriores del soberano son derogadas por las leyes del soberano (*OLG*: 132). Y Austin, por su parte, escribió: «Una ley de la legislatura británica obliga a los habitantes de Irlanda... Y las leyes de la legislatura irlandesa [el poder subordinado] pueden ser derogadas o modificadas por las leyes de la legislatura británica [el soberano]» (*LJ*: 521).

A este respecto es preciso señalar que el criterio del poder derogatorio y el criterio dinámico, como criterios que establecen la jerarquía normativa, no coinciden ni llevan, en algunos casos, a las mismas conclusiones¹⁹.

2.5. *El imperativismo*

Bentham y Austin suelen ser considerados como representantes de la doctrina jurídica imperativista (o normativista), según dicha doctrina todas las entidades pertenecientes al Derecho son entidades proposicionales prescriptivas.

A mi juicio es preciso, en esta cuestión, hacer una salvedad por lo que se refiere a Bentham. Si bien es cierto que Bentham concibe muchos tipos de disposiciones (o provisiones) legislativas como partes de leyes completas (imperativas) (vid. *OLG*: 156-159), así las normas de competencia, algunos tipos de permisiones, etc., Bentham realiza una importante distinción entre leyes obligativas completas y leyes de-obligativas completas, las leyes de-obligativas tienen como único cometido destruir (derogar en sentido amplio) otras leyes (*OLG*: 233 y *PML*: 302). Incluso cuando se pregunta cuál es el criterio de individuación de una ley completa afirma que debe darse diferente respuesta según estemos ante leyes obligativas o leyes de-obligativas: «Debemos considerar ambas cuestiones separadamente: puesto que lo que se afirma de una no puede aplicarse exactamente a la otra» (*OLG*: 156).

Agnelli (1959: 223): «La concepción austiniiana de la función del juez conduce a negar radicalmente la tesis que atribuye a Austin la concepción del Derecho como un sistema lógico cerrado» (vid. también Rumble 1985: 118 y White 1978: 383). Respecto a Bentham, como puede desprenderse de las cláusulas de identificación del Derecho que le atribuyo, tampoco pienso que mantuviera esa concepción (y ello a pesar de sus relevantes sugerencias sobre lógica deóntica).

19. Vid. al respecto R. Walter 1984: 93-126 y R. Hernández Marín 1986: 160, 169-174.

En cambio, para Austin todas las entidades jurídicas son prescripciones (*commands*). En un caso Austin se interroga por «otros objetos impropriamente llamados leyes (no son mandatos) pero que, sin embargo, pueden propiamente ser incluidos en el ámbito de la jurisprudencia» (LJ: 98). Se trata de las leyes declaratorias, las leyes derogatorias («laws to repeal laws») y las leyes imperfectas (leyes imperativas sin sanción). Sin embargo, en el caso más relevante (el de las leyes derogatorias), Austin afirma que dichas normas pueden ser interpretadas como «leyes permisivas» o «permisiones», y añade: «remota e indirectamente, las leyes permisivas son, a menudo o siempre, imperativas» (LJ: 98-99).

El modelo que Austin construye del Derecho es un modelo prescriptivo puro, el de Bentham es un modelo prescriptivo matizado. Si se tiene en cuenta la importancia que la filosofía jurídica actual otorga a la tesis de que en el Derecho no sólo hay normas prescriptivas se comprobará que también en este punto la obra de Bentham es más innovadora que la de Austin.

3. EL COMMON LAW

3.1. Introducción

G. Maher, en un artículo dedicado a la filosofía jurídica de Austin, afirma lo siguiente:

Hay algunas cosas que son distintivamente inglesas y que los ingleses consideran universalmente comprendidas e incluso universalmente queridas. El cricket es una de esas cosas. Quizás el Common Law sea otra (1978: 401).

Por Common Law se entiende un conjunto de reglas no legales que los jueces formulan o bien aplican al resolver los casos (vid., por ejemplo, S. F. C. Milsom 1981: 12). Se suele afirmar que esas reglas surgen de las costumbres y de las decisiones judiciales, en este último caso conocidas como *rationes decidendi*.

3.2. La posición de Bentham

Bentham, a pesar de ser inglés, rechazaba la existencia del Common Law. Según Bentham, ninguna regla ni principio surge de las costumbres (*Comment*: 175-179) ni de las decisiones judiciales. Afirma que esos principios «nadie los ha escrito, nadie sabe qué palabras los integran, son parecidos al éter fantástico que, a falta de materia sensible, completa el universo» (*PML*: 8). También dice que de las decisiones judiciales o de las formulaciones escritas de los precedentes ningún principio se extrae (*OLG*: 184-195). Y añade que para cada caso existen precedentes en favor de una decisión judicial y de su contraria:

En la mayoría de ocasiones, en que un caso ha sido decidido seriamente en el ámbito del Common Law, el juez podría, sin reproche a su probidad o juicio, haber pronunciado una decisión opuesta a la que en realidad pronunció (*Papers*: 488).

En conclusión, el Common Law no existe (es «un conjunto de cuasi-mandatos, un cuasi-Derecho», FG: 263 nota 11 y OLG: 194):

Para ser conocido, un objeto debe tener *existencia*. Pero no hay existencia —por ser una mera no-entidad— para una amplia parte de lo que se conoce como Derecho. Me refiero al Common Law (*Papers*: 483).

El Common Law es una abstrusa e invisible quiddidad (*Comment*: 189).

3.3. *La posición de Austin*

En cambio, como sabemos, la cláusula [c'] de identificación del Derecho atribuida a Austin permite calificar al Common Law como Derecho. Las *rationes decidendi* son extraídas, según Austin, de las decisiones judiciales. Austin criticó a Bentham por haber afirmado que el Derecho judicial no es Derecho (*LJ*: 627, 642).

Los continuadores de la jurisprudencia analítica se mantuvieron, en este punto, fieles a la tradición (y a las opiniones de Austin, por tanto contra Bentham). Testimonio de ello son los capítulos dedicados a exponer las fuentes del Derecho inglés en las obras de T. E. Holland (1880: 55-78), W. Markby (1905: 38-78) y J. Salmond (1902: 109-205).

3.4. *Anotaciones críticas*

La doctrina de Bentham me parece superior a la de Austin, en esta cuestión, por las siguientes razones:

1) Estoy de acuerdo en que las *rationes decidendi* (los principios) no existen (vd. también J. Frank 1930: 134-135 y R. Hernández Marín 1986: 312-313). W. E. Rumble cita una frase de A. L. Goodhart según la cual «con la posible excepción de 'malice', la expresión 'ratio decidendi' es la expresión más engañosa (misleading) del Derecho inglés» (Rumble 1985: 114, vid. también Shuman 1971: 718-720).

2) Bentham tiene una explicación para sostener que las sentencias judiciales pertenecen al Derecho (pues, aunque —según Bentham— no existen las *rationes decidendi*, las sentencias concretas de los jueces obviamente sí existen). Dicha explicación se halla en la cláusula de adopción por preadopción: si una norma *u*, concebida por el soberano, califica las sentencias de un órgano *O* (un órgano judicial) como jurídicas y *O* emite una sentencia *S*, entonces *S* es jurídica, o válida o pertenece al Derecho.

En cambio, según Austin debemos suponer la existencia de un (oscuro) mandato tácito del soberano que ordena comportarse tal como mandan otras (oscuras) reglas surgidas de las decisiones concretas de los jueces. No se nos explica cómo estas (inexistentes) reglas o principios devienen jurídicas, como no supongamos (explicando lo oscuro por lo más oscuro) que esas (supuestas) reglas o principios coinciden con los (inexistentes) mandatos tácitos del soberano.

Por otra parte, vale la pena señalar que la conocida crítica de R. Dworkin al positivismo jurídico (representado por Austin y Hart) según la cual para esta versión del iuspositivismo el Derecho está compuesto sólo por reglas sin lugar para los principios en su esquema (1970: 29-34) es injustificada. Las *rationes decidendi* (y los principios y nociones comunes a todos los ordenamientos, que son el objeto de la jurisprudencia general austiniana, vid. 4. 3) de Austin tienen elementos de semejanza con los principios

de Dworkin. Para Dworkin «un principio establece una razón que arguye en una dirección, pero no determina una decisión particular» (1970: 38), también para Austin, como sabemos, las *rationes decidendi*, las bases o principios de la decisión, son abstraídas de las peculiaridades del caso (LJ: 621-622, vid. E. C. Clark 1883: 246). Como afirma W. E. Rumble: «Nada en la filosofía jurídica de Austin sugiere que los principios no son Derecho o no pueden obligar a los jueces o a otros poderes públicos. Que tomen la forma de reglas, 'standards', principios u otros tipos de generalización es irrelevante para su *status* de Derecho» (1985: 125).

Lo que distingue la concepción de Dworkin de la de Austin es que según Austin los principios son creados en ocasión de la decisión judicial, no existen previamente a la decisión:

En toda decisión judicial se crea Derecho, la *ratio decidendi* es una nueva base o principio... no es previamente Derecho (LJ: 628, vid. también Rumble 1985: 117 y Morison 1958: 215).

En cambio según Dworkin los principios preexisten a las decisiones judiciales. Dworkin vuelve, en este punto, a la concepción tradicional (la «childish fiction» la llama Austin, «la ficción infantil empleada por nuestros jueces según la cual el Common Law o Derecho judicial no es creado por ellos, sino que es una cosa milagrosa no creada por nadie» [LJ: 634]). En la obra de Dworkin, el origen de los principios es tan nebuloso como lo es en la concepción tradicional que atacaba Austin:

El origen de los principios jurídicos no reside en una decisión particular de alguna legislatura o Tribunal, sino en un sentido de la adecuación (appropriateness) desarrollado en el foro y en la sociedad a través del tiempo (Dworkin 1970: 55).

4. EL EMPIRISMO

4.1. Introducción

B. Russell afirma que el empirismo es la doctrina según la cual todo nuestro conocimiento, con la posible excepción de la lógica y las matemáticas, deriva de la experiencia (Russell 1948: 589).

La tradición empirista suele distinguir entre ciencias formales (o racionales), la lógica y las matemáticas, que tienen como objeto de estudio entidades ideales, y ciencias factuales (o empíricas) que tienen como objeto de estudio entidades factuales. Aunque es preciso señalar que algunos empiristas han sostenido que también la lógica y las matemáticas forman parte de las ciencias empíricas: el conocimiento lógico y matemático son entidades factuales (nominalismo), J. S. Mill y A. Tarski, por ejemplo, estarían en esta tradición empirista radical.

A la vista de estas consideraciones podemos preguntarnos si Bentham y Austin concebían la ciencia jurídica como una ciencia racional o como una ciencia empírica. Y eso conlleva averiguar si su ontología jurídica era idealista o factualista.

4.2. *La posición de Bentham*

La ontología jurídica de Bentham es factualista. En la ontología de Bentham no hay lugar para las entidades ideales (Bentham es otro representante del empirismo radical) y, por lo tanto, en su ontología jurídica no hay lugar para entidades jurídicas ideales. Las entidades jurídicas son (para Bentham) entidades factuales —entidades factuales lingüísticas: oraciones, inscripciones—. El siguiente pasaje es claro al respecto:

¿Deseas conocer qué es una ley —una ley real—? Abre el código: en toda disposición hallarás una ley real: un objeto realmente existente (*Papers*: 483).

Esta cuestión no siempre aparece clara en la obra de Bentham, porque en algunos pasajes afirma que las leyes son entidades «ideales» o «abstractas»²⁰. Pero, para Bentham, las entidades ideales o abstractas son entidades ficticias propiamente dichas; es decir, las expresiones de entidades abstractas son nombres de entidades inexistentes pero dichas expresiones pueden ser eliminadas de nuestro lenguaje, mediante paráfrasis, traduciendo las oraciones en que aparecen a oraciones que sólo hacen referencia a entidades factuales. Las leyes, entidades ficticias, pueden ser reducidas a disposiciones, entidades factuales (o reales)²¹.

De acuerdo con esta concepción la ciencia jurídica puede convertirse en una ciencia empírica. Para ello debe usar de rigurosos instrumentos analíticos que le permitan conocer su objeto y también debe contemplar su objeto (factual) en relación con otras entidades factuales para comprender de qué es efecto el Derecho y qué causa el Derecho. Sobre ese conocimiento (psicológico, sociológico, económico...) la ciencia jurídica puede construir una teoría de la legislación que, concebida como una tecnología social, permita adecuar el Derecho las finalidades que le son propias²².

4.3. *La posición de Austin*

La ontología jurídica de Austin es idealista. Existen tres razones, al menos, que avalan esta afirmación:

1) Según Austin, un mandato es la «signification» de un deseo. Pero un mandato se distingue de otras «significations» de deseo por una peculiaridad: la parte a la que se dirige está sujeta a la sanción de la autoridad, en caso de no cumplir el deseo (*LJ*: 89).

Parece que «signification» debe entenderse como «expresión». El mismo Austin afirma: «la expresión o notificación de tu deseo es un mandato» (*LJ*: 89) (vid. también Campbell 1888: 4, Cattaneo 1978: 21, J. S. Mill 1875: 223, Samek 1974: 148, Salmond 1902: 26).

Y «expresión de un deseo» puede concebirse como una entidad factual. Sin embargo, según creo, Austin pensaba que un mandato es el sen-

20. Vid. *PML*: 301, *OLG*: 12, *CCb*: 192.

21. Para el método de la paráfrasis en Bentham puede verse Moreso 1986: 129-133.

22. Los realistas americanos, que mantuvieron esta concepción del Derecho, reconocieron su débito con Bentham. Puede verse Llewellyn 1930:29 y Cohen 1933: 179.

tido de un deseo. Su concepción de la noción de mandato tácito así lo sugiere:

Como otra significación de deseo, un mandato es expreso o tácito. Si el deseo es expresado mediante *palabras* (escritas o habladas), el mandato es expreso. Si el deseo es expresado mediante conducta (o por otros signos que *no* son palabras), el mandato es tácito (*LJ*: 102).

Parece aquí que un mandato no es ni el deseo, ni la expresión del deseo (las palabras o los actos), sino el sentido del deseo (una entidad ideal). Esta es también la interpretación que Raz realiza de la noción de mandato de Austin:

Un mandato es una entidad abstracta, no es lo mismo que el acto de emitir un mandato o que las palabras usadas en tal acto, de la misma forma que una proposición no es lo mismo que su aserción o que las palabras usadas para enunciarla (Raz 1970: 12).

2) La concepción del Derecho judicial de Austin es otra manifestación del idealismo jurídico (vid. también Hernández Marín 1986: 204). Como ya he explicado, Austin entiende que las reglas que integran el Derecho judicial (surgidas con ocasión de las decisiones judiciales) son entidades abstractas o ideales.

3) Austin concibe la jurisprudencia general como una ciencia racional más que empírica y, con ello, manifiesta de nuevo el idealismo jurídico de su doctrina.

Para Austin, la jurisprudencia general tiene como objeto el estudio de los principios y nociones que son comunes a todos los ordenamientos jurídicos y que son abstraídos o inducidos de las leyes positivas (*LJ*: 1.071, 1.073, 1.083, 1.085, 1.098). Austin escribió:

De los principios, nociones y distinciones que son los objetos de la jurisprudencia general algunos pueden establecerse necesariamente. No puede imaginarse coherentemente un sistema jurídico... sin concebirlas como partes constitutivas de él (*LJ*: 1.073).

Si estos principios son partes constitutivas de todo sistema jurídico (y algunos de ellos lo son necesariamente) habrán de concebirse idealmente o abstractamente y la ciencia que los estudie deberá ser una ciencia racional o abstracta. Tal extremo es confirmado por Austin en una carta transcrita en el «Preface» (*LJ*: 17), en donde afirma que su jurisprudencia general trata de «mostrar que hay principios y distinciones comunes a todos los sistemas jurídicos (o que el Derecho es el objeto de una *ciencia abstracta*)» (cursiva mía)²³.

Sin embargo, existe una antigua tradición, inaugurada por J. S. Mill, que interpreta la jurisprudencia general de Austin como una ciencia empírica y los principios de los que Austin hablaba como generalizaciones em-

23. J. Stone (1964: 62-97) ha defendido claramente esta interpretación de la jurisprudencia general de Austin. Aunque respecto al pasaje de Austin sobre los principios afirma: «Debemos leer 'principios... comunes a todos los sistemas jurídicos' en el sentido de 'principios necesarios o útiles para analizar los sistemas jurídicos'» (1964: 92). Recientemente R. N. Moles (1987: 30-33) también ha defendido que, para Austin, la ciencia jurídica es una ciencia abstracta cuyo objeto de estudio son entidades ideales o abstractas.

píricas respecto a aspectos de los diversos ordenamientos jurídicos. J. S. Mill (1875: 212) escribió lo siguiente respecto a los principios en Austin:

Estas concepciones no son preexistentes, son un resultado de la abstracción, y emergen al contemplar un cuerpo de leyes como un todo, o comparar una parte de él con otra, o contemplar las personas y los hechos de la vida desde un punto de vista jurídico²⁴.

Esta oscilación en las interpretaciones del pensamiento de Austin responde, a mi juicio, a una oscilación presente en el propio pensamiento de Austin. Y una de las causas de esa oscilación radica, seguramente, en la dual formación iusfilosófica de Austin. Por una parte Austin recibió de Bentham y de James Mill la tradición de la filosofía empirista inglesa (vid. Morison 1982: 48-60) pero, por otra parte, recibió la influencia de la filosofía idealista que sustentaba la tradición jurídica alemana en su viaje a Alemania (1827-1828), un viaje de estudios con el objeto de preparar su acceso a la cátedra de *Jurisprudence* de la recién fundada Universidad de Londres. En Heidelberg y en Bonn conoció las obras de G. Hugo, F. K. von Savigny, A. F. J. Thibaut, B. G. Niebuhr, N. Falck, entre otras²⁵.

Como también afirma J. Hall (1947: 318) creo que la influencia básica en la concepción austiniana de la jurisprudencia general debe buscarse en el idealismo filosófico y jurídico alemán (en clara oposición al empirismo) de principios del siglo XIX²⁶.

Dicha influencia se manifiesta en la aprobación con que Austin cita a Falck (un teórico de los principios jurídicos, para quien éstos eran claramente entidades ideales) (*LJ*: 1.080) o también la aprobación con que cita pasajes de Savigny o Leibniz en los que estos autores conciben la ciencia jurídica como una ciencia formal cercana a las matemáticas (*LJ*: 1.081, 1.084, 1.087)²⁷.

Todo ello hace pensar que la interpretación empirista de Austin es injustificada. No es sólo que haya una «radical contradicción» (González

24. La interpretación de la jurisprudencia general de Austin como una ciencia empírica ha sido retomada por W. L. Morison (1958: 212-233 y 1982: 173 y ss.). Aunque respecto al tema que nos ocupa Morison afirma: «La noción de Austin de la jurisprudencia general como una exposición de los principios jurídicos es inconsistente con los fundamentos empíricos sobre los cuales está basada la parte predominante de su teoría» (1958: 230). Vid. también, sobre el empirismo de Austin, Rumble 1979 y 1981 y Olivecrona 1971: 32-33.

25. En la edición que he utilizado de *LJ* (ix-xiii) aparece una larga lista de las obras que pertenecieron a la biblioteca de Austin, en ella puede apreciarse la importancia de la literatura alemana en su formación iusfilosófica.

26. Quizás Austin no supo ver que incorporaba en su teoría del Derecho dos tradiciones radicalmente opuestas. C. A. Manning (1933 : 182) ha escrito que si bien Austin leyó muchas obras jurídicas alemanas «una cuestión distinta es que comprendiera completamente todo lo que leía». Y el mismo Austin, aun rechazando la filosofía alemana, parece no ser consciente de aceptarla en su teoría del Derecho: «Siendo un afectuoso admirador de la literatura alemana y profundamente respetuoso con la escuela jurídica alemana, no puedo sino rechazar la tendencia de la filosofía alemana a la vaga y nebulosa abstracción» (*LJ*: 325 nota).

27. Para la aceptación de Austin de ideas de la filosofía jurídica alemana opuestas al empirismo puede verse González Vicén 1979 a: 20-21 respecto a la noción de sistema orgánico, Truyol Serra 1970:162 respecto a lo racional en el Derecho y Agnelli 1959:23 y González Vicén 1979a: 21 nota 18 respecto a la aceptación de la doctrina de Falck de los principales jurídicos.

Vicén 1979b: 133) o una «limitación esencial» (González Vicén 1979a: 23) en el pensamiento de Austin ni sólo que «sobre la experiencia... no se pueda fundar la necesidad lógica de los conceptos jurídicos (más propia del método a priori de los filósofos del Derecho neokantianos, como Stammler)» (Cattaneo 1978: 60), sino que la jurisprudencia general de Austin no tiene como objeto de estudio principios entendidos como afirmaciones verdaderas de carácter general respecto a los diversos ordenamientos jurídicos sino que, según Austin, los principios y nociones comunes a todos los ordenamientos jurídicos existen realmente (en forma ideal) y forman parte del Derecho (en el mismo sentido Hernández Marín 1986: 203)²⁸.

La doctrina de Bentham no nos llevaba a la conclusión de Austin acertadamente criticada por Samek (1974: 166):

No debemos aceptar la pretensión de Austin según la cual existen principios, nociones y distinciones necesarias que son comunes a todos los sistemas jurídicos.

5. DOS MODELOS DE UTILITARISMO ÉTICO

5.1. *El utilitarismo como doctrina común*

Bentham y Austin trazan claramente la distinción entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser. Según Bentham debe distinguirse entre *jurisprudencia expositoria*, que estudia el Derecho que es y *jurisprudencia censoria* que estudia el Derecho que debe ser (FG: 229). Austin, por su parte, distingue entre la *ciencia de la jurisprudencia* que estudia el Derecho que es y la *ciencia de la legislación* que estudia el Derecho que debe ser (LJ: 172-172 y 1.077).

Tanto para Bentham como para Austin, la jurisprudencia censoria o ciencia de la legislación es una aplicación del utilitarismo moral al campo específico del Derecho (TL: 58 y LJ: 174).

Pero en este punto termina el acuerdo entre Bentham y Austin. A continuación trataré de mostrar cómo Bentham defiende un utilitarismo ético de carácter no-cognotivista, mientras Austin defiende un utilitarismo ético de carácter teológico. Por otra parte, Bentham presenta un utilitarismo que, en términos actuales, puede ser denominado utilitarismo del acto, mientras Austin presenta un utilitarismo de la regla.

5.2. *Utilitarismo no-cognotivista versus utilitarismo teológico*

Ser partidario de una determinada ética normativa no presupone cuáles sean las tesis ontológicas o epistemológicas asumidas. El utilitarismo

28. En este punto, como en otros, «las inconsistencias de Austin siguen en la jurisprudencia analítica» (Tapper 1965: 287). T. E. Holland, por ejemplo, afirma que «la jurisprudencia es una ciencia formal semejante a la gramática», que «no es una ciencia material de aquellos aspectos del Derecho que tienen una parte en común» y que «es una ciencia formal o analítica» aunque «a posteriori» (1880: 7, 9 y 13). Y aquí se revela otra vez la ambigüedad presente en Austin. Si el intento de Kant de establecer juicios sintéticos a priori es imposible puesto que todos los juicios sintéticos (ampliativos de nuestro conocimiento) son a posteriori (contingentes) y todos los juicios analíticos (no ampliativos de nuestro conocimiento) son a priori (necesarios); peor es el intento de Holland, según el cual los enunciados de la ciencia jurídica son, al parecer, analíticos a posteriori.

es una ética normativa. Según dicha ética, una acción es moralmente correcta si y sólo si incrementa la cantidad de felicidad en el mundo; y, una acción es moralmente incorrecta en caso contrario. El utilitarismo es una ética teleológica (una ética que juzga las acciones humanas a la luz de sus consecuencias). Pero, el utilitarismo no presupone la aceptación o el rechazo de lo que podemos denominar la tesis (ontológica) del *objetivismo ético*, según la cual existen entidades ideales morales independientes de la actividad humana: valores, prescripciones divinas, principios, etc. Esta tesis será entendida por mí como equivalente a la tesis del *cognotivismo ético* (de carácter epistemológico), tesis según la cual las presuntas entidades ideales morales independientes de la actividad humana pueden ser conocidas por los seres humanos.

La adscripción de Bentham al utilitarismo es suficientemente conocida. Bentham escribió: «Actúa de acuerdo a *la mayor felicidad del mayor número*» (*Deontology*: 25 y 62)²⁹. Para Bentham, «una acción es conforme al principio de utilidad... cuando la tendencia a aumentar la felicidad de la comunidad es mayor que la tendencia a disminuirla» (*PML*: 12-13).

Por lo que respecta al no-cognotivismo la cuestión no es tan clara. Pero mis razones para atribuir a Bentham tal punto de vista son las siguientes:

1) Bentham sostiene una ontología sumamente restrictiva. Una ontología de carácter nominalista en la que sólo caben entidades factuales: objetos físicos, eventos, impresiones sensibles e ideas³⁰. Las entidades éticas (principios, valores...) postuladas por el objetivismo ético son, en cualquier caso, entidades ideales. Por lo tanto Bentham rechaza el objetivismo ético o, dicho de otro modo, acepta el no-cognotivismo ético.

2) Bentham rechaza el objetivismo jurídico (la tesis que sostiene la existencia de principios, normas, valores... jurídicos independientes de la actividad humana). La tesis del objetivismo jurídico afirma la existencia del Derecho Natural. Las doctrinas iusnaturalistas fueron un núcleo central de la crítica de Bentham, precisamente porque, según Bentham, no existen las entidades presuntamente integrantes del Derecho Natural (*Comment*: 38, 79; *PML*: 298 nota a; *OLG*: 191, *TL*: 49). Cabe pensar que las mismas razones ontológicas por las que Bentham rechaza el objetivismo jurídico le llevarían a rechazar el objetivismo ético.

3) Bentham critica determinadas doctrinas morales de carácter intuicionista (doctrinas que aceptan el objetivismo ético). Así, critica las teorías del *moral sense* (F. Hutcheson y Lord Shaftesbury), del *common sense* o de la naturaleza de las cosas (S. Clarke) (*PML*: 26-27 nota d). La crítica de Bentham se apoya en que las intuiciones de estos autores carecen de

29. Prescindo ahora de la controvertida cuestión de si ésta era la fórmula que Bentham consideraba adecuada, al final de su larga vida, como formulación del principio de utilidad por él propuesto. Vid., al respecto, *Deontology*: 309 y los estudios de Burne 1949, Goldworth 1969, Harrison 1983, Shackleton 1972 y Werner 1973.

30. Vid. *Chrestomathia*: 271 nota a y *Ontology*: 195-198. Vid. también Hart 1982a: 129 y Postema 1983: 46.

objeto intuido, puesto que no existen los principios que según estas doctrinas los hombres intuimos. Una razón más para rechazar el objetivismo ético.

4) La defensa que Bentham hace del principio de utilidad por él propuesto no presupone la aceptación del objetivismo ético. Para Bentham el principio de utilidad no es el resultado de una intuición moral³¹, sino la expresión de la preferencia por un fin último del comportamiento humano:

Cuando afirmo que el principio de la mayor felicidad de la comunidad debe ser nuestro objetivo... ¿qué estoy expresando? Nada más que es mi deseo que tal principio sea tomado como tal (CCa: 4).

Acorde con esta concepción Bentham afirmaba que el principio de utilidad no es susceptible de prueba alguna: «Dar tal prueba es tan imposible como innecesario» (PML: 13)³².

A mi juicio, A. J. Ayer (1948: 254-255) ha comprendido mejor que nadie el sentido del principio de utilidad en Bentham:

El principio de utilidad no es ni verdadero ni falso, es una recomendación. Estrictamente hablando, es una recomendación para usar las palabras de una cierta manera, y así, por el uso de las palabras, es posible persuadir a las personas para que actúen como Bentham desea (vid. también D. Lyons 1973: 101).

Para un no-cognotivista ético los últimos fines son irreductibles y quedan más allá de cualquier justificación «racional». El utilitarismo propuesto por Bentham acepta este punto de vista «agnóstico» sobre la racionalidad de los fines³³.

En cambio Austin sí acepta el *objetivismo ético*. Para Austin, el principio de utilidad es expresión de las leyes divinas; en concreto, de las leyes divinas no reveladas (LJ: 104). Para Austin, «el Derecho divino es la medida o test del Derecho positivo y de la moralidad» (LJ: 83). Austin resume así su posición:

Si nuestra conducta fuera ajustada al principio de la utilidad general, nuestra conducta sería conforme, en su mayor parte, a *leyes o reglas*: leyes o reglas que han sido promulgadas por la Divinidad... (LJ: 123).

Austin acepta el objetivismo ético porque acepta la existencia de prescripciones divinas no reveladas; es decir, de entidades éticas independientes de la actividad humana. Esta concepción, denominada *utilitarismo*

31. Como es sabido, H. Sidgwick afirmó que captamos el principio de utilidad por intuición ética: «Yo descubro que llego, en mi búsqueda por intuiciones realmente claras y ciertas, al principio fundamental del utilitarismo» (1874: 387).

32. Es preciso señalar que estas afirmaciones de Bentham van referidas al principio entendido en su sentido normativo (censorial) que es distinto de su sentido descriptivo (enunciativo): «Cada hombre busca su propia felicidad, su único fin actual» (*Deontology*: 59-60). No me ocuparé aquí del estatuto del principio en sentido enunciativo: como generalización empírica (verdadera o falsa), como tautología o como alguna cosa distinta.

33. Este tipo de utilitarismo, sobre bases no-cognotivistas, es el defendido por Smart (1981: 12-13) y estoy de acuerdo con Frey (1977: 96) en que si Smart está presentando a algún utilitarista clásico en ropaje actual, ese alguien es Bentham y no Sidgwick (como a veces parece sugerir el mismo Smart).

teológico, tiene antecedentes en la filosofía moral anglosajona, principalmente en la obra de W. Paley (1785: 845)³⁴.

Bentham y Austin difieren en las asunciones ontológicas y epistemológicas que están dispuestos a realizar al construir sus peculiares morales utilitaristas. Para Bentham no existen principios éticos objetivos y como consecuencia no accedemos al principio de utilidad por alguna misteriosa intuición ética, sino que proponemos el principio de utilidad como criterio rector de la conducta humana. Para Austin, en cambio, existen principios éticos objetivos que son manifestación de la voluntad divina, el principio de utilidad es nuestro modo de acceso al descubrimiento de las prescripciones divinas no reveladas.

5.3. *Utilitarismo del acto versus utilitarismo de la regla*

En la literatura utilitarista suele distinguirse entre utilitarismo del acto y utilitarismo de la regla³⁵.

El utilitarismo del acto es la concepción según la cual la corrección o incorrección de las acciones ha de ser juzgada por las consecuencias, buenas o malas, de la acción misma. Es decir, *A* es una acción correcta, según el utilitarismo del acto, si y sólo si *A* maximiza la felicidad.

El utilitarismo de la regla es la concepción según la cual una regla es correcta si y sólo si su cumplimiento maximiza la felicidad. Es decir *R* es una regla del utilitarismo de la regla, si y sólo si seguir *R* produce mejores consecuencias (respecto a la maximización de la felicidad) que no seguir *R*. Por lo tanto, *A* es una acción correcta, según el utilitarismo de la regla, si y sólo si *A* está ordenado por una regla correcta (vid. análogamente Regan 1980: 12 y 85).

A mi juicio el utilitarismo que Bentham reivindica es un utilitarismo del acto (vid. Harrison 1983: 240-241). Bentham siempre se refiere a acciones concretas («an action», «a measure of government») como conformes o no al principio de utilidad, no a las reglas (*PML*: 12-13).

Sin embargo, Austin defiende el utilitarismo de la regla (vid. Brandt 1982: 440 y Rumble 1885: 67). Austin escribe:

Consecuentemente, cuando los actos considerados como una clase son útiles o perniciosos debemos concluir que Dios los ordena o los prohíbe y que lo hace por una *regla* que es, probablemente, inflexible (*LJ*: 109).

Para Austin, aunque en algunos casos excepcionales sujetos a una regla «útil», no seguir la regla fuera más beneficioso que seguirla, la regla debe ser igualmente obedecida «sin excepción». El principio de utilidad debe ser el *test* de la corrección de las reglas, las acciones particulares deben ser medidas siempre a la luz de su adecuación a las reglas:

34. Sobre este punto vid. Agnelli 1959: 68, Lewis 1979: 20, Morison 1982: 70, Rumble 1985: 65-66; y para un buen artículo sobre las diferencias entre el utilitarismo teológico de Paley y el utilitarismo de Bentham vid. Schofield 1987: 4-22.

35. El utilitarismo de la regla fue presentado, claramente, por primera vez por R. F. Harrod (1936: 137-156), tratando de realizar un difícil matrimonio entre utilitarismo y kantismo.

La utilidad debe ser el test de nuestra conducta, en último término, pero no el test inmediato de nuestras acciones específicas o individuales. Nuestras reglas deben ser modeladas por la utilidad; nuestra conducta, por nuestras reglas (LJ: 114).

Y ello porque, según Austin, es preciso que en nuestro aprendizaje moral veamos claramente cuáles deben ser nuestros objetos de adhesión de manera que se produzcan en nosotros sentimientos de aversión ante la violación de las reglas. Estos sentimientos son imprescindibles, según Austin, a la hora de obrar en las ocasiones particulares. Esa es también una de las razones que llevan a Austin a rechazar las excepciones a las reglas:

Si mi conducta es verdaderamente adecuada al principio de la utilidad general, mi conducta está guiada remotamente por *cálculo*. Pero, inmediatamente o en el momento de la acción, mi conducta está determinada por *sentimiento* (LJ: 116).

Esta presentación de Austin de su peculiar utilitarismo guarda interesantes semejanzas con la bien conocida distinción de R. M. Hare (1981: 25-64) entre *nivel crítico* (o nivel 1) y *nivel intuitivo* (o nivel 2) del pensamiento moral. En el nivel crítico nos comportamos como el «arcángel», necesitamos usar solamente el pensamiento crítico. En cambio, en el nivel intuitivo nos comportamos como el «prole» (una persona en el extremo grado de miseria y debilidad humanas).

Pareciera que, según Austin, los hombres deberíamos comportarnos siempre como *proles*, mistificando de esta forma las reglas del sistema utilitarista. Hare no acuerda con esta posición:

Una cosa, sin embargo, es cierta: no podemos siempre comportarnos como «proles» (como los intuicionistas querrían)... Para la selección de los principios *prima facie* y para la resolución de los conflictos entre ellos, el pensamiento crítico es necesario (1981: 45).

La postura de Austin se debe, según creo, a dos razones: 1) por una parte, a que para Austin (no debe olvidarse) las reglas son expresión de la voluntad divina y ello les otorga cierta fortaleza contraria a las excepciones y 2) por otra parte, Austin no tiene un gran concepto de la capacidad humana para el nivel crítico de la moralidad (en palabras de Hare) y, por eso, la rigidez de las reglas le parece necesaria. Es interesante señalar que, según pienso, ninguna de ambas razones sería compartida por Bentham.

6. LA CODIFICACIÓN

Tanto Bentham como Austin hubieran estado de acuerdo con la siguiente afirmación de J. S. Mill:

El hecho de que exista Derecho que la legislatura nunca ha expresado pero que ha sido creado (con su consentimiento tácito) por los tribunales, que no están regularmente autorizados a promulgar Derecho, sino sólo a declararlo, ha introducido una vaguedad sobre la entera idea de Derecho que ha contribuido grandemente a oscurecer la distinción entre Derecho y moralidad positiva (1875: 237).

Bentham abogó toda su vida por la codificación. Una codificación guiada por la estricta aplicación del principio de utilidad: «en todo estado,

la mayor felicidad del mayor número requiere que se realice un código omnicomprendivo» (*Codification*: 537). Es decir, Bentham proponía acabar con el sistema de Derecho judicial y sustituir, además, el Derecho existente por un Derecho guiado por el principio de utilidad. Las múltiples propuestas de reforma legal y codificación realizadas por Bentham así lo avalan. En acertadas palabras de P. Costa: «Síntesis de todos los proyectos benthamianos, proyecto de proyectos, es el código» (Costa 1974: 387).

En cambio, Austin, influido por Savigny (a quien cita en este contexto), sostenía que, aunque desde el punto de vista teórico la postura favorable a la codificación no admitía duda, desde el punto de vista práctico había muchas dificultades para llevarla a cabo. Por otra parte, Austin no imaginaba la codificación (al revés que Bentham) como una reforma del contenido del Derecho sino como una formulación expresa y codificada del Derecho (supuestamente) existente: «La codificación aquí contemplada es meramente una reexpresión del Derecho existente: la reducción del Derecho judicial al Derecho escrito» (*LJ*: 1.026, vid. también Agnelli 1959: 72 y Cattaneo 1978: 68-69).

En este punto Bentham (un ilustrado en múltiples aspectos) se aliaría con Thibaut, mientras Austin se aliaría con Savigny. Si en el fondo de la polémica Thibaut-Savigny, como a menudo se sugiere, late una disputa ideológica respecto a la valoración de la revolución francesa, quizás en las diferencias entre Bentham y Austin, en este aspecto, haya una diversa valoración de la necesidad urgente de reformas³⁶.

Estas cinco diferencias ponen de manifiesto, a mi juicio, lo que decía al principio de este artículo: la concepción del Derecho de Bentham es más sutil, elaborada y profunda que la de Austin.

La importancia de Bentham para la teoría del Derecho tardó en ser reconocida, pero hoy la mayoría de autores estarían de acuerdo con la siguiente apreciación de G. W. Paton (1964: 4): «Bentham no fue sólo un escritor sobre los fines del Derecho sino también un analítico interesado en los mecanismos del sistema jurídico».

La importancia de Austin hace tiempo que es valorada en el ámbito anglosajón. A pesar de algunas dudas iniciales —W. Markby escribió, en un artículo sobre Austin en la *Encyclopaedia Britannica* (1910: 940), que «mientras las lecciones en que sus investigaciones se originaron... excitaban la admiración de sus contemporáneos, difícilmente alguien pensaría ahora que tales investigaciones merecen la pena»— ya Hart (1955: XVIII) escribía que «su trabajo tiene todavía críticos duros y partidarios entusiastas. Y nunca, desde su muerte, ha sido ignorado».

Aunque, como afirma Rumble (1985: 220) «Austin no fue, realmente, un pensador seminal... y su contribución es mucho más reducida que la

36. Cattaneo acuerda con este juicio al considerar que, en el tema de la codificación, se manifiesta también «el carácter más conservador y menos radical de la concepción jurídica de Austin respecto a la de Bentham» (1978: 76).

de Bentham», es cierto que él —como Bentham— «fue un pensador que odiaba la oscuridad y amaba la luz» (J. S. Mill 1875: 274).

En la obra de Bentham, podemos rastrear ideas que todavía hoy nos preocupan; en la obra de Austin encontramos uno de los primeros intentos serios de construir una teoría general del Derecho con espíritu analítico. En ambos podemos apreciar la honestidad intelectual que nos permite aprender, no sólo de sus aciertos, sino también de sus errores*.

BIBLIOGRAFIA

a) Obras de Jeremy Bentham

- *CCa: Constitutional Code*, en *The Works of Jeremy Bentham*, 11 vols. (vol. ix), ed. by John Bowring, Edinburgh, William Tait, 1838-1843.
- *CCb: Constitutional Code*, I, ed. Frederick Rosen and J. H. Burns, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- *Chrestomathia: Chrestomathia*, ed. M. J. Smith and W. H. Burston, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- *Codification: Codification Proposal* (Bowring, iv).
- *Comment: A Comment on the Commentaries. A Criticism of William Blackstone's Commentaries of Laws of England*, ed. Charles Warren Everett, reprint Aalen, Scientia Verlag, 1928.
- *Deontology: Deontology together with a Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*, ed. Amnon Goldworth, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- *FG: A Fragment on Government* (Bowring, i).
- *OLG: Of Laws in General*, ed. H. L. A. Hart, London, The Athlone Press, 1970.
- *Ontology: A Fragment on Ontology* (Bowring, viii).
- *Papers: Papers Relative to Codification and Public Instruction* (Bowring, iv).
- *PML: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. J. H. Burns and H. L. A. Hart, London, The Athlone Press, 1970.
- *TL: The Theory of Legislation*, ed. Richard Hildreth, New York, Dobbs Ferry, 1975.

b) Obras de John Austin

- *LJ: Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 2 vols. (1861-1863), Fifth edition, revised and edited by Robert Campbell, Glashütten im Taunus, Detlev Auvermann KG, 1972.

* Deseo agradecer la concesión de una ayuda a la investigación, por parte del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, para una estancia de ocho semanas en el *University College* de la Universidad de Londres, que hizo posible la redacción de este artículo. Asimismo agradezco las valiosas sugerencias de Rafael Hernández Marín, que tuvo la amabilidad de leer una primera versión de este trabajo.

c) *Otras obras citadas*

- AGNELLI, A. (1959): *John Austin alle origine del positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli.
- ALCHOURRÓN, C. E.; BULYGIN, E. (1974): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.
- (1979): *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia (Venezuela), Universidad de Carabobo.
- AYER, A. J. (1948): «The Principle of Utility», en KEETON, G. W.; SCHWARZENBERGER (eds.): *Jeremy Bentham and the Law*, Westport, Greenwood Press, 245-260.
- BRANDT, R. A. (1982): *Teoría ética*, trad. de Esperanza Guisán, Madrid, Alianza Editorial.
- BURNE, P. (1949): «Bentham and the Utilitarian Principle», en *Mind*, 58: 367-368.
- BURNS, J. H. (1973): «Bentham on Sovereignty: An Exploration», en JAMES, M. H. (ed.): *Bentham and Legal Theory*, Belfast, Northern Ireland Legal Quarterly, 133-150.
- CAMPBELL, G. (1888): *An Analysis of Austin's Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London, John Murray.
- CATTANEO, M. A. (1982): *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin*, Milano, Dott. A. Giuffrè.
- (1978): «John Austin», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 8, 13-95.
- CLARK, E. C. (1883): *Practical Jurisprudence. A Comment on Austin*, Cambridge, The University Press.
- COHEN, F. S. (1833): «Recención de C. K. Ogden's *Bentham's Theory of Fictions* y Jeremy Bentham's *Theory of Legislation*», en *The Legal Conscience. Selected Papers*, New Haven, Yale University Press, 1960, 111-120.
- CORNIDES, Th. (1976): «Jeremy Bentham's Theorie von der Struktur der Rechtsordnung», en *Rechtstheorie*, 7: 196-212.
- COSTA, P. (1974): *Il progetto giuridico. Ricerche nella giurisprudenza del liberalismo classico. Da Hobbes a Bentham*, Milano, Dott. A. Giuffrè.
- DWORKIN, R. (1970): «Is Law a System of Rules?», en SUMMERS, R. S. (ed.): *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Basil Blackwell, 24-60.
- FASSO, G. (1981): *Historia de la filosofía del Derecho*, 3, trad. de J. F. Lorca Navarrete, Madrid, Pirámide.
- FRANK, J. (1930): *Law and the Modern Mind*, New York, Anchor Books.
- FREEMAN, M. A. (1982): «Jeremy Bentham: Contemporary Interpretations», en FAUCCI, R. (a cura di): *Gli italiani e Bentham*, I, Milano, Franco Angeli, 19-48.
- FREY, R. G. (1977): «Act-Utilitarianism: Sidgwick or Bentham and Smart?», en *Mind*, 1977: 95-100.
- GARZÓN VALDÉS, E.: «Algunos modelos de validez normativa», en *Revista latinoamericana de filosofía*, 3: 41-68.
- «Hermann Heller y John Austin. Un intento de comparación», en *Sistema*, 57: 31-50.
- GOLDWORTH, A. (1969): «The Meaning of Bentham's Greatest Happiness Principle», en *Journal of the History of Philosophy*, 7: 315-321
- GONZÁLEZ VICÉN, F. (1979a): «Estudio preliminar a la traducción de 'Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia' de John Austin», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, Facultad de Derecho, 17-33.

- (1979b): «El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea», *Estudios...*, cit., 47-140.
- HACKER, P. M. S. (1977): «Hart's Philosophy of Law», en HACKER, P. M. S.; RAZ, J. (eds.): *Law, Morality and Society*, Oxford, Clarendon Press, 1-25.
- HALL, J. (1947): «Integrative Jurisprudence», en SAYRE, P. (ed.): *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, Littleton (Colorado), Fred B. Rothman and Co., 313-331.
- HARRIS, J. W. (1979): *Law and Legal Science*, Oxford, Clarendon Press.
- HARRISON, R. (1983): *Bentham*, London, Routledge & Kegan Paul.
- HARROD, R. F. (1963): «Utilitarianism Revised», en *Mind*, 45: 137-156.
- HART, H. L. A. (1955): «Introduction», en AUSTIN, J.: *The Province of Jurisprudence Determined*, London, Weindenfeld & Nicolson.
- (1958): «Positivism and the Separation of Law and Morals», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 49-87.
- (1961): *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press.
- (1971): «Bentham's Of Laws in General», en *Rechtstheorie*, 2: 55-66.
- (1982a): «Legal Duty and Obligation», en *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 127-161.
- (1982b): «Legal Powers», en *Essays on Bentham*, cit., 194-219.
- (1982c): «Sovereignty and Legally Limited Government», en *Essays on Bentham*, cit., 220-242.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1986): *Historia de la filosofía del Derecho contemporáneo*, Madrid, Tecnos.
- HOLLAND, T. E. (1980): *The Elements of Jurisprudence*, Aalen, Scientia Verlag, 1979.
- KELSEN, H. (1971): «The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence», en *What is Justice?*, Berkeley, University of California Press, 266-287.
- (1979): *Allegemeine Theorie der Normen*, Wien, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung.
- LETWIN, S. R. (1965): «Jeremy Bentham, Liberty and Logic», en *The Pursuit of Certainty*, Cambridge, Cambridge University Press, 127-188.
- LEWIS, A. D. E. (1979): «John Austin (1790-1859): pupil of Bentham», en *The Bentham Newsletter*, 2: 18-29.
- LYONS, D. (1973): *In the Interest of the Governed. A Study in Bentham's Philosophy of Utility and Law*, Oxford, Clarendon Press.
- LLEWELLYN, K. N. ((1933): «A Realistic Jurisprudence: The Next Step», en *Jurisprudence, Realism in Theory and Practice*, Chicago, The University of Chicago Press, 1962, 3-42.
- MAHER, G. (1978): «Analytical Philosophy and Austin's Philosophy of Law», *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 64: 401-416.
- MANNING, C. A. W. (1933): «Austin To-Day: or 'The Province of Jurisprudence' Re-examined», en JENNIGS, W. I (ed.): *Modern Theories of Law*, Oxford, Oxford University Press, 180-226.
- MARKBY, W. (1905): *Elements of Law considered with reference to Principles of General Jurisprudence*, Aalen, Scientia Verlag, 1980.
- (1910): «Austin, John», en *The Encyclopaedia Britannica*, II, London, Cambridge University Press, 938-940.
- MILL, J. S. (1875): «Austin on Jurisprudence», en *Dissertations and Discussions. Political, Philosophical and Historical*, III, London, Longmans, Green, Reader, and Dyer, 206-274.

- MOLES, R. N. (1987): *Definition and Rule in Legal Theory. A Reassessment of H. L. A. Hart and the Positivist Tradition*, Oxford, Basil Blackwell.
- MORESO MATEOS, J. J. (1986): «Las ficciones en Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis», en *Doxa*, 3: 129-139.
- MORISON, W. L. (1958): «Some Myth about Positivism», en *Yale Law Journal*, 68: 212-233.
- (1982): *John Austin*, London, Edward Arnold.
- MUNZER, S. (1972): *Legal Validity*, The Hague, Martinus Nijhoff.
- OLIVECRONA, K. (1971): *Law as Fact*, London, Steven & Sons.
- PALEY, W. (1785): «The Principles of Morals and Political Philosophy», en RAPHAEL, D. D. (ed.), *British Moralists*, II, Oxford, Clarendon Press.
- PÁRAMO ARGÜELLES, J. R. DEL (1983): *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- PATON, G. W. (1964): *A Text-Book of Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press.
- POSTEMA, G. J. (1983): «Facts, Fictions and Law: Bentham on the Foundations of Evidence», en TWINING, W. (ed.): *Facts in Law*, Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, 37-64.
- POUND, R. (1969): *Law and Morals*, New York, August M. Kelley.
- RAZ, J. (1970): *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press.
- REGAN, D. H. (1980): *Utilitarianism and Cooperation*, Oxford, Clarendon Press.
- ROSEN, F. (1982): «Jeremy Bentham: Recent Interpretations», en *Political Studies*, 30: 575-581.
- ROSS, A. (1970): *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba.
- (1971): *La lógica de las normas*, trad. de José S-P. Hierro, Madrid, Tecnos.
- RUMBLE, W. E. (1979): «Divine Law, Utilitarian Ethics and Positivist Jurisprudence: A Study of the Legal Philosophy of John Austin», en *The American Journal of Jurisprudence*, 24, 139-181.
- (1981): «The Legal Positivism of John Austin and the Realist Movement in American Jurisprudence», en *Cornell Law Review*, 66: 986-1.032.
- (1985): *The Thought of John Austin. Jurisprudence, Colonial Reform, and the British Constitution*, London, The Athlone Press.
- RUSSELL, B. (1948): *A History of Western Philosophy*, London, Counterpoint & Unwin Paperbacks.
- RUTHERFORD, L. A.; TODD, I. A.; WOODLEY, M. G. (1982): *Introduction to Law*, London, Sweet & Maxwell.
- SALMOND, John (1902): *Jurisprudence*, London, Sweet & Maxwell.
- SAMEK, R. A. (1974): *The Legal Point of View*, New York, Philosophical Library.
- SCHOFIELD, T. P. (1987): «A Comparison of the Moral Theories of William Paley and Jeremy Bentham», en *The Bentham Newsletter*, 11: 4-22.
- SHACKLETON, R. (1972): «The Greatest Happiness of the greatest number: the history of Bentham's phrase», en *Studies on Voltaire and the Eighteenth Century*, 90: 1.461-1482.
- SHUMAN, S. I.: «Justification of Judicial Decisions», en *California Law Review*, 59: 715-732.
- SIDGWICK, H. (1874): *The Methods of Ethics*, Chicago, The University Press, 1962.
- SMART, J. J. C. (1981): «Bosquejo de un sistema utilitarista», en SMART, J. J. C.; WILLIAMS, B.: *Utilitarismo. Pro y Contra*, trad. de Jesús Rodríguez Marín, Madrid, Tecnos.
- STONE, J. (1964): *Legal Systems and Lawyers' Reasoning*, Stanford, University Press.

- SUNDBY, N. K. (1973): «Benthams betydning for vår tids rettstenking», en *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 86: 676-722.
- TAPPER, C. (1965): «Austin on Sanctions», en *Cambridge Law Journal*, 23: 270-287.
- TRUYOL Y SERRA, A. (1970): «John Austin et la philosophie du Droit», en *Archives de Philosophie du Droit*, 15: 151-163.
- TWINING, W. L. (1979): «Academic Law and Legal Philosophy: The Significance of Herbert Hart», en *The Law Quarterly Review*, 95: 557-580.
- WALTER, R. (1984): *La estructura del orden jurídico*, trad. de Ernesto Volkenning, Bogotá-Colombia, Temis.
- WERNER, L. (1973): «A Note about Bentham on Equality and about the Greatest Happiness Principle», en *Journal of the History of Philosophy*, 11: 237-251.
- WHITE, A. R. (1978): «Austin as a Philosophical Analyst», en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 64: 379-397.
- WRIGHT, G. H. VON (1970): *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos.

Restauración tomista y catolicismo militante en la Universidad de Sevilla (1884-1924)

Por JOSE CALVO GONZALEZ

Málaga

En orden a la historia de las corrientes filosófico-jurídicas y políticas contemporáneas en España, el análisis del período que nuestro trabajo abarca hace prueba y ratifica, de una parte, el ajustado planteamiento por el que, tras el paréntesis revolucionario del 68, se sigue distinguir dos fundamentales direcciones en la reorganización del tomismo o restauración tomista; esto es, neotomismo académico y catolicismo social. De otra, principalmente respecto de esta última, se añade aquí la demarcación del espacio político y sindical en cuya área tuvo lugar la experiencia militante de los sectores católicos universitarios sevillanos en ella comprometidos.

1. *Aislamiento filosófico-jurídico e inacción política, 1884-1890*

Es ésta una etapa de fuerte precario e indolencia intelectual comparativamente a las que en períodos anteriores se impregnaron de una rica variedad de orientaciones con representantes, y en algún caso verdaderos exponentes, dentro de tendencias como el historicismo, krausismo, hegelismo o positivismo (krausopositivismo o positivismo folclorista)¹, y donde el panorama de la filosofía jurídica acusa un vacío absoluto y un abandono casi total, servidas las enseñanzas la mayoría del tiempo en interinidad y por completo ausente de inquietudes científicas e investigadoras. Administrativamente, la plantilla de profesorado se compone en esta época de dos nombres: Pedro Morales Alonso (1884-1887) y José López de Rueda Moreno (1887-1890).

1. Vid. nuestros trabajos «La reforma de los estudios jurídicos en España. José María de Alava y Urbina (1812-1872). Materiales históricos», en *Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación* (Cidhppn), núms. 9-10, 1989, pp. 2.275-2.321; «Clemente Fernández y Fernández Elías. Pensamiento jurídico y aportación a la enseñanza del Derecho», en *La Filosofía y la enseñanza del Derecho*, Monográfico 5 de la R.F.D.U.C.M., 1982, pp. 213-225; «Inmediatez filosófica y discontinuidad política del idealismo hegeliano en Antonio Benítez de Lugo», en *Cidhppn*, núms. 6-7, 1987, pp. 1.007-1.024; «Literatura histórico-jurídica. Fernando Belmonte Clemente (1842-1890)», en *Cidhppn*, núm. 8, 1988, pp. 1.731-1.740.

Morales Alonso, según los datos que aparecen en su expediente académico², nació en Sevilla el 21 de junio de 1840, ciudad en la que cursa los estudios primarios como colegial del Seminario Conciliar de San Isidoro de Sevilla, determinando desde allí su futura carrera eclesiástica. El ingreso en la Universidad Literaria Hispalense se produce en 1855 y tras obtener la diplomatura en Artes el año 1858, se matricula en Filosofía y Letras y en Jurisprudencia (secciones de Derecho Civil y Canónico y Derecho Administrativo) concluyendo los respectivos ciclos de bachillerato en 1862 y 1863. Al grado de Licenciatura en Derecho accede, por ambas secciones, a mediados de 1864. Inicialmente dedicado al libre ejercicio de la profesión y al término de un dilatado período de prácticas, bajo supervisión de Fernando de Anás de Saavedra, Fiscal de la Real Audiencia de Sevilla, en el bufete del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla y su Provincia propiedad de José Rubio Geli, decide emprender los estudios preparatorios del doctorado registrándose como alumno del tercer ciclo de la Universidad Central de Madrid en las asignaturas Historia de los Tratados Diplomáticos de España (sección de Derecho Administrativo) y Filosofía del Derecho y Derecho Internacional, Legislación Comparada e Historia de la Iglesia (Sección de Derecho Civil y Canónico), que por concierto entre la Universidad Hispalense y la Diputación Provincial sevillana, se imparten en la Facultad de Jurisprudencia de Sevilla por los profesores Leonardo García de Leániz, Fernando Belmonte Clemente y Antonio Benítez de Lugo Villena. La colación del grado de Doctor, finalmente sólo por la sección civil-canónica, llega el 1 de octubre de 1869³.

Aspectos complementarios, pero muy ilustrativos, sobre estos años juveniles los aporta Méndez Bejarano⁴ al noticiar su intervención en «las fogosas, y no siempre cultas, polémicas que el Padre Gago entabla con Castelar, con Federico Rubio, y con el pastor presbiteriano don Juan Cabrera y hasta con la Facultad de Medicina. Verdad es que Castelar —añade— no contestó nunca al batallador presbítero y otros lo dejaron por imposible, y eso que detrás de aquellas destempladas y groseras formas, se escondía un carácter generoso e ingenuo, en realidad excesivamente ingenuo».

En todo caso, al margen de este relato, su vinculación a las tareas universitarias ha de producirse algo más tarde, en 1876; con esa fecha y mediante una auxiliaría en la Facultad de Derecho de Sevilla se abre una larga andadura docente por distintos centros universitarios del país que puede ordenarse del siguiente modo⁵. En el último trimestre se le confía el desempeño con carácter interino de la Cátedra de Teoría y Práctica

2. *Archivo Histórico Universitario de Sevilla* (A.H.U.S.), leg. 123-12-336.

3. Adosado a su expediente académico va titulado *Discurso sobre el estado comparativo de la familia romana y bárbara, leído por D. Juan Pedro Morales y Alonso, en los Ejercicios del Grado de Doctor*, Sevilla, 1869, 47 pp. en cuartillas manuscritas. Lleva la firma y V.º B.º de Antonio Machado, J. M.º de Alava, José M.º Millet y Antonio Benítez de Lugo.

4. Vid. MÉNDEZ BEJARANO, M.: *Diccionario de escritores, maestros y oradores naturales de Sevilla y su actual provincia*, 3 t., Tip. Gironés, Sevilla, 1922-1923-1925. Cit. al t. II, p. 125.

5. Vid. A.H.U.S., Lib. 939 (Tomas de posesión y ceses desde 1864 a 1887), fols. s/n.

de la redacción de instrumentos públicos y actuaciones judiciales en la recién creada Escuela Superior del Notariado de la Universidad de Sevilla, cesando a mediados de diciembre para tomar posesión en propiedad de la Cátedra de Disciplina General de la Iglesia y Particular de España en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Allí permanecerá hasta entrado 1880 en que regresa a Sevilla de resultas del concurso sobre la vacante que en la misma asignatura produce la muerte de Ramón Beas Dutari⁶. De su paso por la antigua Universidad Imperial granadina quedará la obra manual conocida como *Libro Isagógico*⁷, dedicada a Beas y cuyas bases doctrinales se asientan en los escritos de los Drs. Francisco, Gómez Salazar, Obispo de León, y Vicente de la Fuente, de la Universidad Central de Madrid (*Instituciones de Derecho Canónico, Tratado teórico-práctico de Procedimientos eclesiásticos* y, especialmente, las *Lecciones de Disciplina Eclesiástica, general y particular de España*). De cualquier forma, aunque este manual encontraría sin duda una mayor recomendación y empleo entre los alumnos sevillanos que entre los granadinos, su producción científica se coronaría en la capital hispalense con la edición en cuatro volúmenes, entre 1881 y 1884, del *Tratado de Derecho Eclesiástico General y Particular de España*⁸, obra en todo arreglada a la sistemática jurídico-canónica dominante, fundamentalmente exegética, y ofrecida esta vez al Decano de la Facultad de Derecho de Sevilla, Manuel de Amor Laraña Fernández⁹.

Sin embargo, para lo que aquí nos concierne, esta exclusiva dedicación docente se verá ampliada —por virtud de la R.O. de 25 de septiembre de 1884, dictada de conformidad con lo prevenido en el n.º 7 de la segunda disposición transitoria del R.D. de 14 de agosto anterior— a las enseñanzas de Derecho Natural. Y así, en efecto, entre 1884 y 1887 (27 de septiembre), Morales Alonso queda al frente de la disciplina y materia filosófico-jurídica. La inexistencia de publicación alguna relacionada con esta temática impide probar documentalmente la dirección de su pensamiento, aunque todo invita a presumirla de perfecto acuerdo con la doctrina católica y tomista, lo que se refuerza al constatar su pertenencia, desde la fundación el 17 de octubre de 1880, a la Academia Hispalense de Santo Tomás, donde figuró como miembro de la sección de Ciencias Eclesiásticas; basta en este sentido recordar la ortodoxia de la institución, nacida al abrigo del mensaje de León XIII en *Aeterni Patris* (1879), el carácter e

6. Vid. A.H.U.S., leg. 1994, A-N.º 5 y leg. 1.129 N.º 2.

7. MORALES Y ALONSO, J. P.: *Libro Isagógico, o sea de Prolegómenos a la Ciencia Canónica e Historia Externa de la misma para uso de los alumnos de las Cátedras de Instituciones de Derecho Canónico y Disciplina Eclesiástica*, por el Dr. D. ..., Imp. y Lib. de don José López Guevara, Granada, 1890, VIII + 420 pp. y dos apéndices (pp. 393-410).

8. MORALES Y ALONSO: *Tratado de Derecho Eclesiástico General y Particular de España*, 4 t., Imp. y Lib. Española y Extranjera de don Rafael Tarrascó y Lassa, Sevilla, t. I, 1881, 817 pp., t. II, 1882, 845 pp., t. III, 1883, 878 pp. y t. IV, 1884, 904 pp. La 2.ª ed. va fechada en Madrid-Sevilla, 1889, obra de los impresores J. Góngora y Alvarez-R. Tarrascó y Lassa.

9. Vid. A.H.U.S., leg. 1.129 N.º 16.

impronta de sus bases fundacionales¹⁰, así como el decidido aliento y efectivo apoyo que a su labor prestó la jerarquía eclesiástica sevillana (Cardenal Lluch). Méndez Bejarano¹¹ anota los motivos de ese patrocinio situándolos en el combate al creciente auge de las doctrinas darwinistas aireadas en los círculos universitarios e intelectuales desde la constitución el 4 de octubre de 1871 de la Sociedad Antropológica de Sevilla, añadiendo el siguiente juicio crítico: «El Liceo Sevillano y la Academia de Santo Tomás nada influyeron, el primero por su tendencia preferentemente literaria, y la segunda por su filosofía estacionaria, al desenvolvimiento de los estudios filosóficos». Sea como fuere, lo que de sus enseñanzas pudo dar en provecho bien se mide, a falta de otra referencia, por el estado de desatención y abandono en que la Cátedra permanece también luego de su traslado a la Universidad Central de Madrid (R.O. 24 de agosto de 1887), ciudad en la que fallecería el 22 de junio de 1904, y por la última obra dada a la imprenta, 1895, compendio y resumen de las que antecederon, titulada *Instituciones de Derecho Canónico*¹².

A partir de 1887 y hasta 1890 (7 de abril) la Cátedra de Derecho Natural se encomienda, también en situación de provisionalidad, a José López de Rueda Moreno, cuyos datos biográficos y académicos podemos reunir en los que siguen¹³. Séptimo de los hijos de José López Romero, Catedrático de Procedimientos judiciales y Práctica Forense en la Universidad de Sevilla, nació en esa ciudad el 10 de marzo de 1860. Su formación universitaria, conducida con excelente aprovechamiento gracias al consejo y la instrucción paterna, va de 1875 a 1881, fecha de obtención de los grados de Licenciatura por las dos secciones del plan de estudios, Derecho Civil y Canónico y Derecho Administrativo. El título de Doctor en Derecho, por la Universidad de Madrid, se le expide el 15 de mayo de 1883. Hagamos constar que las enseñanzas de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional con tal ocasión allí recibidas lo serían por Pedro López Sánchez, uno de los más representativos sustentadores de la teoría católica del Derecho y, junto a Juan Manuel Ortí y Lara, Nicolás María Serrano y Antonio Pou y Ordinas, estructurador de la doctrina tomista del Derecho y el Estado sobre presupuestos orgánicos¹⁴, antes Catedrático de Disciplina General de la Iglesia y Particular de España en la Facultad de Derecho de Sevilla (1872-1876) y que por entonces había accedido ya (R.O. de 5 de julio de 1876) a la plaza previamente ocupada por Francisco Giner de los Ríos, a quien sustituyó tras las «segunda cuestión universitaria».

10. Vid. FERNÁNDEZ, C.: *Discurso inaugural de la Academia Hispalense de Santo Tomás de Aquino, pronunciado en su primera Junta Pública y Solemne, el día 17 de octubre de 1880, por D...*, Pbro. Vice-director de la Corporación, Imp. y Lib. de los Sres. D. A. Izquierdo y Sob.º, Sevilla, 1881, XXXIX pp.

11. MENÉNDEZ BEJARANO, M.: *Historia de la Filosofía en España hasta el siglo XX*, Imp. Renacimiento, Madrid, 1928 (?), p. 405.

12. MORALES Y ALONSO, J. P.: *Instituciones de Derecho Canónico*, 2 t., Imp. J. Góngora y Alvarez, Madrid, 1895.

13. Vid. A.H.U.S., leg. 1.128 N.º 15 y leg. 1.994 A-N.º 3.

14. GIL CREMADES, J. J.: *El reformismo español. Krausismo, Escuela Histórica, Neotomismo*, Ariel, Barcelona, 1969, pp. 158, 175-178 y 323-327. También, OLLERO TASSARA, A.: *La Filosofía del Derecho como contrasecularización. Ortí y Lara y la reflexión jurídica del XIX*, Universidad de Granada, 1974, pp. 13, 155, 157, 162 n. 35 y 183.

En posesión del Doctorado eligió primero el libre ejercicio profesional en el territorio del Ilustre Colegio de Abogados y Audiencia de Sevilla, haciéndolo compatible desde 1887 (R.O. 30 de mayo) con las tareas correspondientes a una plaza de profesor auxiliar en la Facultad de Derecho de Sevilla, que finalmente obtiene en propiedad por R.O. de 23 de agosto de 1888. Es ante todo a esta función donde debemos dirigir la mirada para concretar sus ininterrumpidos servicios en la Cátedra de Elementos de Derecho Natural alcanzando hasta el año 1890, aunque también durante este período cubra auxiliariamente algunas breves ausencias en otras disciplinas como Derecho Político y Administrativo, Derecho Civil, Derecho Canónico y Derecho Procesal, y aún tras ese año y 1895 algunas esporádicas nuevamente en Derecho Natural, más prolongadas y continuas luego, de 1897 a 1902, destinado en Derecho Político y Administrativo hasta la toma de posesión de José Gascón y Marín, y de aquella fecha a 1911 en la Cátedra de Derecho Civil español común y foral, tras la muerte de Laraña Fernández, en la que cesaría cuando por R.O. de 11 de octubre le es conferida en propiedad la de Procedimientos Judiciales y Práctica Forense de la Universidad de Oviedo.

Esta dilatada entrega a la docencia universitaria, colmada por verse al fin incorporado al escalafón de Catedrático, corre pareja a una larga estela de concurrencia a distintas oposiciones para la provisión de vacantes a Cátedras como la de Procedimientos Judiciales y Práctica Forense de la Universidad de Salamanca (1895), Derecho Internacional Público y Privado de Santiago, Derecho Penal de Valencia y Derecho Político y Administrativo de Sevilla (1896) e incluso Elementos de Derecho Natural de Barcelona (1898). Y aun así, tampoco terminó su peregrinaje en Oviedo; por R.O. de 18 de enero de 1912 se dispuso su agregación y nombramiento en la Universidad de Sevilla para la formulación del Plan de Estudios Americanistas y aprovechamiento de los fondos del Archivo General de Indias¹⁵. Quehacer de programación que, igualmente, no llevó a efecto prefiriendo retomar sus antiguas funciones de sustituto, de nuevo en Derecho Civil hasta que la plaza se cubra por Ignacio de Casso y Romero (9 de agosto de 1913) y a continuación en Derecho Penal por la vacante de Quintiliano Saldaña y García Rubio en su acceso a Madrid, cesando definitivamente a dictado de la R.O. de 4 de septiembre de 1913 en que se le designa Catedrático de Instituciones de Derecho Romano de Sevilla, única disciplina que, paradójicamente, nunca sirvió con anterioridad y a la que nunca concursó ni opositó, circunstancias que han dado pie a multitud de versiones, tan variadas y ocurrentes y acaso ciertas, sobre su docencia en esta materia¹⁶, de la que sólo al cabo de dieciocho años le apartaría la llegada

15. Vid. A.H.U.S., leg. 1.129 N.º 18.

16. LÓPEZ DE RUEDA Y MORENO, J.: *Universidad Literaria de Sevilla, Programa de Instituciones de Derecho Romano por D...*, Escuelas Profesionales de Artes y Oficios, Sevilla, 1916, 67 pp., y *Algunos principios y definiciones del Derecho Romano, escogidos por el Catedrático de dicha asignatura en la Universidad de Sevilla D...*, para ilustración de su programa, Escuelas Profesionales de Artes y Oficios, Sevilla, 1919, 29 pp.

desde Granada del maestro Francisco de Pelsmaeker e Iváñez (28 de agosto de 1931)¹⁷. Falleció en Sevilla en 1933.

Pues bien, de cuanto va dado en este relato cabe extraer una primera consideración, de interés para nuestro análisis. El desembarco transeúnte de un profesorado formado en el cultivo de otras disciplinas jurídicas trajo como consecuencia directa que en el ambiente universitario sevillano, sin que nada advierta de la interrupción de la hegemonía iusnaturalista de fondo, tampoco nada apunte hacia los síntomas y efectos típicos de la penetración neotomista. Esta tuvo en Sevilla un único y temprano expositor en la persona de Pedro López Sánchez, quien en su discurso de entrada a la Real Academia Sevillana de Buenas Letras el 28 de mayo de 1874, *La Razón y la Revelación*¹⁸, por encima de ataques al racionalismo armónico y panteísmo krausista, trató en alguna medida de hallar desde posiciones escolástico-tomistas un aceptable punto de síntesis integradora, como más tarde enunciaría en sus *Apuntes sobre Filosofía del Derecho Internacional* con base en la idea de «regresión sistemática al concepto ético del Derecho»¹⁹. Sin embargo, López Sánchez no era entonces responsable de las enseñanzas filosófico-jurídicas, sino eclesiasticista y canonista cuya Cátedra irá de Beas Dutari a Morales Alonso en quien luego se acumularía la de Derecho Natural, pero sin que ninguno de éstos mostrara parecidas inquietudes. Se produce así, a partir de aquel momento, una desconexión personal y de sede respecto de la incipiente reflexión neotomista. De ahí que no pueda hablarse, en tiempo y forma, de una recepción efectiva del neotomismo jurídico en Sevilla, y que cuando tal venga a producirse, ya muy tardíamente, su eco se conduzca más que sobre preocupaciones doctrinales iusfilosóficas, en torno a compromisos de catolicismo militante, que por ahora también faltaron.

2. *Ecós neotomistas y orígenes del catolicismo social y político universitario en Sevilla, 1890-1921*

Esta nueva etapa nos presenta las enseñanzas filosófico-jurídico incardinadas en una perspectiva doctrinal e institucional distinta de la anterior. Doctrinalmente, el neotomismo que ahora se imparte, algo ya demorado para la fecha, es de claro tono profesoral y apologético, correspondiendo a esa línea que Gil Cremades ha caracterizado por «una cristalización, casi una petrificación, en las fórmulas de la doctrina moral de Santo Tomás»²⁰; pero, mejor o peor, al menos un neoescolasticismo registrable, concreto y cierto. Institucionalmente, existirá la garantía responsable de la docencia, profesional y estable, Manuel Sánchez de Castro²¹, cuya personalidad tras-

17. Vid. «Francisco de Pelsmaeker e Iváñez», en *Gran Enciclopedia de Andalucía*, Tierras del Sur-Cultura Viva-Eds. Anel, Sevilla-Granada, 1979, fasc. 51, t. VI, p. 1.212 (trabajo redactado por R. López Rosa).

18. LÓPEZ SÁNCHEZ, P.: *La Razón y la Revelación. Estudios histórico-filosóficos*, Imp. y Lib. de A. Izquierdo y Sob.º, Sevilla, 1874, 96 pp.

19. LÓPEZ SÁNCHEZ, P.: *Apuntes sobre Filosofía del Derecho y Derecho Internacional*, 2 t., Imp. de A. Gómez Fuentenebro, Madrid, 1878-1879, 266 y 224 pp. cit. al t. I, pp. 219 y 221.

20. GIL CREMADES, J. J.: *Op. cit.*, p. 324.

21. Vid. *A.H.U.S.*, leg. 1.129 N.º 31.

cenderá el ámbito académico para introducirnos en los orígenes y primeras experiencias del catolicismo militante universitario de Sevilla.

Sánchez de Castro había nacido en Béjar (Salamanca) el 4 de agosto de 1859. Su infancia, junto con otros cinco hermanos, transcurre en el seno de una familia tradicionalista y de profunda espiritualidad y práctica religiosa. De aquéllos, el mayor, Vicente Santiago, que llegará a ocupar la Sede Arzobispal de Santander, fue seguramente entre todos quien más grande ascendencia ejercería en su educación y a lo largo de toda su vida²². Estudió Derecho en Salamanca y obtuvo la colación del grado de Doctor, sección Derecho Civil y Canónico, por la Universidad Central de Madrid con fecha 17 de abril de 1889. La incorporación a nuestra disciplina se produce poco después. Por R.O. de 7 de abril de 1890 se convierte en Catedrático de Elementos de Derecho Natural de la Universidad de Sevilla. Desde ese año y hasta que por R.O. de 22 de octubre de 1921 le sea aceptada la jubilación voluntaria se habrán sucedido treinta y uno de permanente magisterio, que sin embargo no guardan equivalencia con la reducísima producción investigadora desarrollada. En una abultada bibliografía que principalmente abunda en lo literario (composiciones poéticas y piezas oratorias de diversa índole muy numerosas, alguna pequeña traducción con fines de divulgación educativa y un ensayo, inusitado, sobre sociología del arte)²³ lo jurídico se halla prácticamente ausente, excepción hecha del Discurso de Apertura del Curso Académico de 1903. Titulado *De la génesis del Derecho*, al interrogarse acerca del «principio generador o vital del saber y del obrar jurídicos» Sánchez de Castro critica las corrientes científicas que rechazan el fundamento metafísico en la investigación de los principios fundamentales y necesarios planteando, como en

22. Entre sus obras destacan: *Ex Universa dogmatica conclusiones*, Ex Typ. Olival, Salmanticae, 1862, 10 pp.; *La Religión. Estudios filosófico-teológicos*, Imp. de la Diputación Provincial, León, 1883, 828 pp.; *Primer Sínodo diocesano de Santander celebrado en la St.ª Iglesia Catedral en 1891*, Santander, 1891, s/p.; *La Masonería y el Liberalismo. Instrucción pastoral del Excmo. Ilmo. Sr. Obispo de Santander. Nos el Dr. D..., por la gracia de Dios y de la Santa Sede Apostólica Obispo de Santander, a nuestro venerable Senado Capitular, a los párrocos y ecónomos, a los religiosos y demás eclesiásticos, y a todos los fieles de nuestra amada Diócesis*, Imp. y Tip. El Atlántico, Santander, 1889, 75 pp.; *Las reformas de la Instrucción Pública*, Tip. y Encuader. de Blanchard y Arce, Santander, 1901, 18 pp., y con el mismo título otra más editada por la Imp. Católica de Vicente Oria, Santander, 1901, 30 pp., y, finalmente, *La coalición anticristiana. Pastoral*, Imp. y Lib. Católica de Vicente Oria, Santander, 1906, 31 pp.

23. De entre la nómina de publicaciones recogidas por HAZAÑAS Y LA RÚA, J., EL CORREO DE ANDALUCÍA (Sevilla): *Necrológica. Sánchez de Castro*, ed. de 26 de enero de 1922, firmada bajo pseudónimo «Lisardo el Estudiante», destacamos por el interés para nuestro asunto, ordenadas cronológicamente y, cuando ha sido posible, completas en su referencia bibliográfica, las siguientes: *Discurso en la Juventud Católica de Madrid el 8 de diciembre de 1881*, Madrid, 1881; *Discurso pronunciado el 29 de noviembre de 1891 con motivo del IIIº centenario de San Luis Gonzaga*, Sevilla, 1891; *Concepto de la Patria ante la Religión, o Religión y Patriotismo. Discurso pronunciado en el IIIº Congreso Católico*, Sevilla, 1892; «Don Bosco y la Enseñanza», en *Flores de Sevilla*, Sevilla, 1899; *La cremación de Don Quijote. Discurso pronunciado en la sesión literaria en honor de Santo Tomás por los estudiantes de la Universidad de Sevilla el 12 de marzo de 1899*, Escuela Tip. Salesiana, Sevilla, 1899, 38 pp.; *A orientarse tocan*, Sevilla, 1907 (comentario sobre la obra del prof. de la Universidad de Pisa TONIOLO, G.: *Orientaciones y conceptos sociales, al comenzar el s. XX*, Pról. de A. Castroviejo, Valencia, 1907, LVI + 345 pp.); Trad. al castellano de la obra de Joel de Syris, *La elección de una Biblioteca. Guía de la lectura*, Barcelona, 1910. Por otra parte, intervino como orador en la distribución de premios escolares del Colegio de Ntra. Sra. del Carmen de Útrera, religiosos salesianos, los finales de curso de 1901, 1902 y 1914.

Alemania, «una genética histórica, proyección en los estudios ético-jurídicos de los métodos positivos y de las teorías de la evolución y del transformismo». Combate, pues, el movimiento historicista y el «ciencismo legalista» del positivismo, concluyendo que «por lo que respecta al origen del Derecho me parece a mí, en efecto, que la eterna convicción de que el Derecho procede de Dios se robustece meditando en las teorías que tratan de demostrar otra cosa»²⁴.

Lo que en estas citas se perfila con claridad casa bastante bien en la línea doctrinal de los tratados de Derecho Natural que Sánchez de Castro recomendó como guía de las explicaciones de clase (Mendizábal Martín y Rodríguez Cepeda)²⁵. Del contenido de éstas, aun sin haber sido recogido en manual autorizado se editaron privadamente, con circulación entre los estudiantes, unos *Apuntes de Derecho Natural* de los que por fuentes indirectas conocemos algunas referencias, bastante ilustrativas, sobre los «derechos innatos» y el «concepto de Derecho»²⁶.

En la primera, centrada en la estructura y clasificación de aquellos derechos, se distinguían seis fundamentales y básicos: derecho a la dignidad personal, derecho a la vida, derecho a la libertad, derecho de asociación, derecho al trabajo y, como sanción de todos ellos, derecho a la defensa. En relación con éste, entendido como necesaria garantía de los anteriores, Sánchez de Castro se ocupaba de diversos aspectos de la defensa del honor que integraba en el derecho a la dignidad personal, punto en el que refería su criterio sobre el problema del duelo tomado como «medio de indemnización»; «ésta, como su nombre indica —señalaba— equivale a destruir un mal con un bien equivalente, y, por tanto, sólo tendrá lugar cuando se trate de un daño material, pero nunca del daño que causa la injuria; por otra parte, en el duelo no se busca esa indemnización, puesto que el ofendido se expone a recibir un daño más grande». Así presentado, su criterio eliminaba tanto el duelo como procedimiento indemnizatorio, como el atentado al honor en cuanto objeto de indemnización.

Más sugerentes, aunque menos anecdóticas, resultan las anotaciones relativas al «concepto de Derecho». Abierto partidario de una noción subjetiva en tanto que facultad moral inviolable de actuar, Sánchez de Castro lo define como «poder moral e inviolable que autoriza al hombre para obrar según la proporción de las relaciones esenciales a la vida del género

24. SÁNCHEZ DE CASTRO, M.: *De la Génesis del Decreto. Discurso leído en la Universidad Literaria de Sevilla en el Acto de Solemne Apertura del Año Académico de 1903 a 1904, por...*, Catedrático de Elementos de Derecho Natural de la misma, Papelería Sevillana, Sevilla, 1903, 55 pp. Cit. pp. 7, 10, 15, 39, 43 y 47-48.

25. Vid. UNIVERSIDAD DE SEVILLA: *Memoria del Año Académico 1889 a 1890 y Anuario del Curso 1890-1891 de su Distrito Universitario*, Papelería de F. de Santiago, Sevilla, 1891, p. 84. También las Memorias y anuarios de 1893-1894 y 1894-1895, editadas igualmente por F. de Santiago en Sevilla, 1894 y 1895, p. 110 y 102 resp. Las obras recomendadas son las de MENDIZÁBAL MARTÍN, L.: *Elementos de Derecho Natural. Apuntes publicados para facilitar su estudio*, Imp. de la Viuda de la Cuesta, Valladolid, 1884, y RODRÍGUEZ CEPEDA, R.: *Elementos de Derecho Natural*, 2 t., Imp. Domenech, Valencia, 1887-1888.

26. Vid. TORRES GALEOTE, F.: *Los derechos del hombre. Discurso leído en la solemne apertura del curso académico de 1902 a 1903 en el Seminario General Pontificio de Sevilla por el Dr. D...*, Catedrático del susodicho Seminario, Lib. e Imp. de Izquierdo y Comp.^ª, Sevilla, 1902, pp. 17, 26 y 34-35.

humano», en la que Dios es causa, la Ley Natural principio del obrar correcto y la naturaleza principio del conocer al par que origen de todas las relaciones jurídicas por las que unos se ven sujetos a determinados deberes y otros poseedores de los derechos a ellos referidos. Pensamiento igualmente refrendado en otra pequeña alusión contenida esta vez en el manual de *Instituciones jurídicas de la Iglesia Católica* de Manuel Giménez Fernández, antiguo alumno y más tarde catedrático de Derecho Canónico e Instituciones canónicas de Derecho Indiano en la misma Universidad, en el que aún es posible rescatar, acaballado y complementario a los mencionados, su juicio sobre la idea de libertad: «cualidad que goza la voluntad humana de hallarse exenta de toda coacción externa y de toda determinación»²⁷.

Con estos elementos no resulta aventurado el encuadre de su posición doctrinal dentro de la corriente neotomista con cierta caracterización de corte tradicionalista. Por demás, sea debido a las consonancias del ambiente familiar o a compromisos ulteriormente reafirmados, no aparece ninguna dificultad para concordar su talante personal con lo hasta aquí expuesto. «Hombre de arraigadas creencias —precisará la necrológica publicada en el diario católico de Sevilla 'El Correo de Andalucía'— militó toda su vida en el campo de los tradicionalistas, lo que no impidió nunca prestar su valiosa cooperación a toda obra católica. Él fue uno de los oradores en el mitin celebrado en la Casa Lonja para constituir la Liga Católica, e igualmente intervino en otros muchos actos de propaganda, poniendo siempre al servicio de ésta su profundo saber y elocuencia»²⁸. Este dato merece particular atención.

Las condiciones socio-religiosas de finales del siglo XIX y comienzos del XX trazan de un modo bien definido las coordenadas por las que en determinadas ciudades españolas se produciría una parcial movilización de los católicos. Estas fueron, principalmente, el anticlericalismo imperante en la izquierda liberal, en especial entre los republicanos, y los proyectos de secularización de la enseñanza. La respuesta de los medios sociales católicos, habitualmente inducida desde la jerarquía eclesial, consistió primero en la creación de una prensa católica —'El Correo de Andalucía' en Sevilla lleva el 1 de febrero de 1899 como fecha de fundación y al Cardenal Arzobispo Doctor Marcelo Spínola como promotor— para pasar luego a actuaciones abiertamente políticas. Por supuesto, también la creación de organismos sindicales —así las Federaciones de Sindicatos Católicos y Casas Sociales Católicas— debe ir entendida en este mismo contexto. Tampoco cabe duda sobre el tono, extraordinariamente clerical, con que los católicos revistieron aquellas primeras actuaciones, por lo común bajo la denominación de «Liga Católica», e igualmente respecto de la voluntad en desarrollar una estrategia que, con independencia de los resultados que en cada caso se obtengan, iba dirigida a introducir en un sistema político

27. Vid. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ: *Instituciones Jurídicas en la Iglesia Católica*, 2 t., S.A.E.T.A., Madrid, 1940-1942. Cit. al t. I, pp. 97 y 100.

28. Vid. EL CORREO DE ANDALUCÍA (Sevilla): *Los que mueren*. D. Manuel Sánchez de Castro, ed. de 13 de enero de 1922. Vid. también ed. de 24. Sánchez de Castro falleció el día 9 en Santander.

to como fue la Restauración importantes dosis de veracidad y honestidad electoral y administrativa, ofreciéndose como opción de cambio al mecanismo turnante de liberales y conservadores para lograr cierto grado de independización con el propio sistema. Fórmulas semejantes a las que en este sentido se aplicarían en Sevilla funcionaron en Zaragoza y Valencia, cada cual con características peculiares. En otras capitales, así Barcelona o Madrid, los católicos prefirieron integrarse en formaciones políticas como el catalanismo o el maurismo.

Por lo que hace a Sevilla, el precedente inmediato parece hallarse en la exhortación de su Arzobispo, al hilo de la convocatoria de comicios electorales de 1899, sobre la necesidad de constituir una fuerza política de propósitos claramente confesionales destinada a enfrentarse en pie de igualdad con los dos partidos de turno y los republicanos. Sin embargo, no fue hasta 1901, que, en su favor y como respuesta a los agravios recibidos de los diarios liberales locales por su empeñada lucha en pro de una prensa católica («la Buena Prensa»), un grupo de intelectuales procedentes del tradicionalismo decidieron impulsar y materializar aquella idea creando la Liga Católica de Sevilla²⁹. En su manifiesto fundacional³⁰ se la presentará abierta a todos los católicos sin más exigencia que la «plena y filial sumisión a las enseñanzas de la Iglesia, especialmente consignadas en los documentos de Pío IX y León XIII». Con ello se cubría suficiente espectro como para, al tiempo que tratar de quebrar la consistencia unitaria y polarizada de conservadurismo y liberalismo político, obviar por el momento posibles divergencias internas entre los mismos católicos, como las que habían surgido entre la Unión Católica de Alejandro Pidal y el Partido Integrista de Cándido Nocedal. En un estado de fuerte división (balmistas-donosistas, catolicoalfonsinos-catolicocarlistas, en suma, «posibilistas» o «mestizos» e «integristas» o «puros»), la Liga tuvo la gran habilidad de declararse constituida de acuerdo al principio de que la unión no representaría necesariamente una participación política, sino un instrumento de cohesión entre católicos, cualquiera que fuera su procedencia. De esta forma, conjurado el peligro de mayor atomización, se articuló un proyecto de objetivos universales: clericalismo, antiliberalismo, propagandismo de la prensa católica, excitación a participar activamente en las elecciones municipales, provinciales y nacionales, instrucción de la clase obrera a través de Casas Sociales y Círculos Católicos, etc...; un proyecto que, como era de sospechar, no tardaría en germinar como oferta política electoral. Así sucede por primera vez, aunque sin demasiado éxito, en los comicios generales de 1903, alcanzando en adelante, entre 1907 y 1918, un progresivo y cada vez más sólido protagonismo dentro de la política sevillana

29. Sobre la Liga Católica de Sevilla y los orígenes del catolicismo político vid. JAVIERRE, J. M.^o: *Don Marcelo de Sevilla*, Juan Flors Editor, Barcelona, 1963, pp. 153, 160, 171 y ss., 302 y ss., 378, 383-387, 400 y ss. y 407; GALLEGO, J. A.: «La Iglesia de Sevilla y las polémicas sobre acción política de los católicos españoles, 1900-1906», en *Archivo Hispalense*, 1973, t. LVI, núms. 171-173, pp. 56-74, y CARRASCO CALVO, S.: «Implicaciones ideológicas del catolicismo social innovador en España», en *Ciencia Tomista*, t. 109, 1981/1, pp. 81-105.

30. Vid. EL CORREO DE ANDALUCÍA (Sevilla), 10 y 24 de mayo de 1901.

gracias a Manuel Rojas Marcos³¹, su arquitecto espiritual y material, en cuya aportación personal e ideológica resulta, de acuerdo al testimonio de Jesús Pabón y Suárez de Urbina —igualmente lingüista, director también de 'El Correo de Andalucía', además de luego diputado de la Ceda por esa ciudad y Catedrático de Historia de su Universidad³²— uno los antecedentes del catolicismo político en la II República³³.

Sin embargo, no sería la Liga Católica el único organismo que acogiera la experiencia militante de los católicos universitarios de Sevilla. En fechas coincidentes con su mayor auge brotan otras agrupaciones que sumando la intervención de profesores a las iniciativas del estudiantado, buscan cimentar las primeras actuaciones de dimensión sindical católica universitaria. Tal es, en 1914, lo que se nos ofrece desde la revista 'Alma Mater'³⁴, editada como órgano de la Asociación Escolar Sevillana, entonces presidida por Manuel J. Fal Conde, con el tiempo Jefe de la Comunión Tradicionalista. Su breve existencia, apenas un año de publicación, no le resta interés para nuestro asunto. Como primer director figura el Decano de la Facultad de Derecho de Sevilla, profesor Teodoro Peña Fernández, Catedrático de Economía Política y Hacienda Pública³⁵, registrando entre otras también la colaboración del de Derecho Canónico, profesor José M.^a Campos y Pulido³⁶, y de alumnos como Benito Pabón y Suárez de Urbina, hermano de Jesús, o Manuel Beca Mateos y Manuel Giménez Fernández, ambos futuros cedistas. La línea editorial, al margen de trabajos sobre anécdota y costumbrismo universitario, postula la defensa viva y combativa de las típicas ideas imperantes en el catolicismo político y social de la época, esto es, tradicionalismo y nacionalismo, además de neutralismo con claras simpatías hacia el bloque germano³⁷.

Por consiguiente, los orígenes del catolicismo militante en los sectores universitarios sevillanos se encuentran estrechamente vinculados al pensamiento tradicionalista. Sin embargo, en los años finales de la década del 10 una distinta tendencia comenzaría a orientar su trayectoria afirmándose al cabo, ya en el decenio entrante, en una neta dirección regeneracionista y democristiana. Para ello han de jugar un papel fundamental las convulsiones sociales y políticas del trienio 1916 a 1918 cuyo balance revelará a casi todos una realidad incensurable: el sistema postcanovista había desa-

31. Vid. MARÍN, M.: *Del ambiente sevillano. Rojas Marcos*, Tip. de F. Díaz y Cía, Sevilla, 1916, 96 pp. Sobre su adversario directo, el jefe liberal-albista Pedro Rodríguez de la Borbolla y Amoscótegui, también de MARÍN: *Del ambiente sevillano. Borbolla*, Imp. de la Revista de los Tribunales, Sevilla, 1916, 87 pp.

32. Vid. A.H.U.S., leg. 1.993 N.º 33.

33. PABÓN Y SUÁREZ DE URBINA, J.: *Palabras en la Oposición*, Gráficas Colectivas, Sevilla, 1935, pp. 247. «Cuanto es ideario nuestro... está en la intención o en las palabras de la Liga Católica».

34. Vid. ALMA MATER, en Hemeroteca Municipal de Sevilla, sig. Carp. A L/4.

35. Vid. A.H.U.S., leg. 1.128 N.º 21 y leg. 1.994 B N.º 3.

36. Vid. A.H.U.S., leg. 1.129 N.º 7.

37. Vid. ALMA MATER (Sevilla), núm. 8, de 15 de noviembre de 1914, *Sobre la Guerra*, por GIMÉNEZ GARCÍA, M. Esta juvenil identificación con el tradicionalismo fue reconocida por el propio Giménez Fernández en EL PENSAMIENTO NAVARRO (Pamplona), 21 de agosto de 1966, *Entrevista a Giménez Fernández*, por MANZANO MARTOS, M.: «yo fui carlista —actitud de protesta frente al orden establecido, como luego lo llamó y caracterizó Emmanuel Mounier— desde los 15 a los 18 años».

parecido irremisiblemente el año 1912 y el atrevimiento de urgar en su sepulcro a punto está de hacer brotar la revolución. En efecto, luego del asesinato de Canalejas, tras el paréntesis liberal del Conde de Romanones y García Prieto y el colapso final de Maura y el partido conservador en la crisis de los «idóneos», vencida Alemania y de pleno en las consecuencias de aislamiento-neutralidad, la llegada de Dato al Gobierno no alivia, sino todo lo contrario, la tensión social y política que al fin se decanta en un proceso revolucionario múltiple embargando los ámbitos castrense, burgués, obrero y mesocrático. El año 1917 es en este sentido plenamente sintomático ya que por primera vez se advierte la presencia de un grupo de fuerzas —Ejército, regionalismo, reformismo, socialismo, sindicalismo, grupos de opinión como El Sol, etc.— que en esa coyuntura dan la perfecta impresión de organizar un ensayo general y previo de la puesta en escena revolucionaria cuya representación y estreno —demorado luego hasta el 14 de abril de 1931— hubiera podido llegar entonces de no chocar con la invencible fidelidad de Dato —aun a riesgo de su propia vida, como así sucedió— al edificio de la Restauración.

Este conjunto de circunstancias sin duda explica que en 1918 los católicos vayan despertando de su letargo y en algún caso lleguen a plantar cara a los problemas de la actualidad política y social nacional e internacional con actitudes de tránsito desde el tradicionalismo al regeneracionismo³⁸. Entretanto, al correr de 1919, la desmembración de las bases insti-

38. El caso y la personalidad de M. Giménez Fernández nos parece suficientemente ilustrativo. En 1918 publica en «El Correo de Andalucía», diario a muy poco llamado a ser el mejor de los confeccionados en la región, dos colaboraciones de compromiso político definitorio. La primera, titulada *Al margen del comité de Reformas* (12 de junio de 1918), constituye un completo alegato anticaciquil en defensa de los auténticos intereses generales del municipio sevillano y en defensa de la moralización y transparencia electoral, presentando como particularidad junto al tono regeneracionista la adhesión al modelo de representación corporativa y mandato imperativo, que cuatro años más tarde desestima en el trabajo de Tesis Doctoral. La segunda, *Del Programa de Besteiro* (eds. 8, 13, 17, 21 y 25 de noviembre de 1918) contiene junto a la traducción de las corresponsalías enviadas desde Rusia a «L'Illustration Française» por el periodista suizo Robert Vaucher, la condena de las afirmaciones de Besteiro sobre la conveniencia de un «estado revolucionario» y la crítica de quienes prefieren quedarse en sus casas limitándose «a intranquilizarse y encomendarse a Dios», ignorando así la necesidad «cuando no el deber» de acudir a «otros medios temporales como afiliarse a partidos de orden, laborar en ellos y sobre todo prestarles el concurso económico que cada uno puede: ese concurso de que tan necesitados están los partidos católicos españoles y por el que claman en sus columnas diarios tan bien encauzados y conocedores de la política española como 'El Debate' y 'La Acción'». Por último, todavía en 1918 también debe referirse al lado de su actitud regeneracionista y catolicismo político militante y propagandista, la intervención en las sesiones de estudio y discusión organizadas por el Ateneo de Sevilla el mes de diciembre sobre «Problemas que plantea la Autonomía de Cataluña», donde su posición refleja los lugares comunes del pensamiento tradicionalista (Vázquez de Mella, Aparisi Guijarro) pero en la dimensión organicista de E. Gil Robles (*Tratado de Derecho Político según los principios de la filosofía y el derecho cristianos*, 1899-1902). Sobre ello, nuestro trabajo «Giménez Fernández y el regionalismo andaluz de los años 30», en *Anales de la Fundación Joaquín Costa*, 4, 1987, pp. 94-95. En 1919 Giménez Fernández forma parte del bufete de abogados que dirige José M.^a López Cepero y Muru, miembro de la Liga, a la que igualmente pertenece, y se ocupa de la asesoría jurídica de los Sindicatos Católicos Obreros de Sevilla. López Cepero influirá directamente en el aprendizaje político no menos que en el profesional. Habiendo llegado al Decanato del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, su pensamiento iusnaturalista de corte neoescolástico se bosqueja sobre la Justicia en el siguiente texto: «conformidad con la ley; con esa ley que es comunicación del orden moral hecha por Dios al hombre desde su Creación, en cuanto produce en éste un vínculo moral; y en el orden positivo como la ley no es capricho del hombre, sino la expresión de la razón dirigida al bien común, como dice Santo Tomás,

tucionales del poder es casi absoluta y a lo largo de 1920 y 1921 van siempre a más las suspensiones de garantías constitucionales lo que, junto al trepidante crecimiento del sindicalismo revolucionario y la insostenible y desastrosa guerra de Africa, anuncia profundas transformaciones ideológicas.

3. *Espíritu regeneracionista y movimiento democristiano, 1922-1924*

El ambiente que en su conjunto apuntaba favorables condiciones para superar los postulados de puro tradicionalismo político halló en el compromiso de talante regeneracionista la fórmula capaz de transformar aquel catolicismo militante en un confesionalismo político de dimensión social-cristiana. Tal evolución podría representarse, con relación a la que también experimentará la restauración filosófica del tomismo, como una traslación de presupuesto y consecuencia. Si antes fue la elaboración doctrinal neotomista el instrumento de identidad ideológica en la acción, al presente comenzará a ser la acción misma el principal vehículo de transporte y difusión ideológica. Este fenómeno, ciertamente, admite una doble interpretación; puede estimarse como el efecto de un profundo agotamiento ideológico que trata de permutar la debilidad doctrinal por una plétora de realizaciones empíricas, y puede igualmente considerarse como comportamiento característico de estados en los que el fuerte y cohesionado desarrollo ideológico conduce de forma necesaria a la plasmación histórica y concreta de la doctrina. De entre ambas, sería más a la segunda que a la primera donde en este caso habría que dirigir la mirada, si bien advirtiendo que el proceso se halla todavía en una fase de tránsito y renovación que no alcanzará formato político-ideológico acabado casi hasta mitad de los 30 y cuya dimensión, quebrada por la Guerra Civil, no llegará nunca a recomponerse entera ni sustancialmente aun cuando el confesionalismo político de postguerra y el franquismo, así como la «filosofía cristiana» de esa época, adopten aparentalmente formas de enlace y continuidad.

En todo caso, para hacer prueba de la nueva dirección que al inicio de los 20 orientará el rumbo de la filosofía jurídica neotomista y de la acción militante de los católicos universitarios en Sevilla, bastará referirse al acceso en 1922 (R.O. 15 de abril) de Mariano Puigdollers Oliver a la Cátedra de Elementos de Derecho Natural en la Universidad Hispalense y a la experiencia político-sindical que allí ha de protagonizar. Antes sin embargo será preciso indicar cuál era, localmente considerado, el grado de percepción regeneracionista y conciencia social-cristiana que en ese momento existía.

Un primer índice acerca de tales preocupaciones se aprecia a través de las tareas propagandísticas y sociales de los Sindicatos Católicos Obreros. Dependiente de éstos funcionaba en Sevilla la Casa Social Católica entre cuyos miembros, ocupado además en la labor de asesoría jurídica, volve-

con los atributos que él determina, justicia será la conformidad con todos aquellos preceptos que no se opongan a los que son fundamento del todo», vid. LÓPEZ CEPERO Y MURU, *Algunas consideraciones sobre el ejercicio de la abogacía* (Conferencia pronunciada en el Ateneo de Sevilla el 7 de diciembre de 1935), Imp. Carmona, Sevilla, 1935, p. 13.

mos a encontrar a Manuel Giménez Fernández. El reglamento interno de esta entidad sitúa como fin fundacional «el mejoramiento del nivel social, moral e intelectual de la sociedad» (art. 1); las realizaciones prácticas que sobre esta meta se llevan a cabo, a menudo propenden, por inmediatez moral, más a velar por el cuidado de las buenas costumbres o a reconvenir su desviación³⁹ que a plantear reivindicativamente cuestiones político-sociales. El motivo es que éstas poseen un canal más adecuado y efectivo: la oferta político-electoral que pilota la Liga Católica. En febrero de 1922 se celebran elecciones municipales y dos liguistas, uno de ellos Giménez Fernández y el otro José Luis Illanes del Río, en el futuro también diputado cedista, pasan a ocupar concejalías en el Ayuntamiento de Sevilla; su manifiesto político de campaña electoral acentuó en especial los contenidos sociales y de responsabilismo político en materia de administración pública⁴⁰. Del propósito regeneracionista que en ello les impulsaba habla claro el artículo periodístico que a la firma del mismo Giménez Fernández y titulado «El deber de actuar» publicó «El Correo de Andalucía» poco después de los comicios. «La acción, de capitalísima importancia —leeremos— precisa que todos, absolutamente todos, los que están conformes con estas ideas (social-católicas y responsabilistas), que a nosotros parecen las únicas capaces de *regenerar la sociedad política por la regeneración del cuerpo social*, aportan su colaboración para propagarlas y para convencer con ellas al pueblo que aún las desconoce, pero que después del fracaso de las utopías a que le arrastraron algunos agitadores, inconscientes unos, vanales y arribistas otros, busca con ansia algo en qué creer». El encuadre de este llamamiento, que está sin duda conectado al todavía reciente epílogo del «trienio bolchevique» en Andalucía, tiene repercusiones mayores en cuanto señala una paradigmática actitud de combate a toda tentación mesiánica. «La salvación de la sociedad española —concluía— se debe, por tanto, a que el pueblo sano aún moralmente, no podía resignarse a confiar en vulgares vividores que con sus actos desmentían las doctrinas que proclamaban demostrando el más incansable egoísmo... Convénzanse, pues, las clases directoras, las grandes masas que forman las derechas españolas, de que es ineludible la colaboración general, de que no es sólo una necesidad, sino también un deber social, y el primero de ellos»⁴¹.

Precisamente a ese compromiso de colaboración general que por la conjunción electoral «Coalición de Derechas» había dado en Sevilla el triunfo a liguistas, mauristas y conservadores de la Unión Comercial, deberá también prestarse particular atención para determinar el modo en que el movimiento social-cristiano (democristiano) toma la cabeza del catolicismo social y político de Sevilla. El intento de colaboración parte inicialmente de las filas del maurismo y requiere diversas puntualizaciones.

39. Vid. EL CORREO DE ANDALUCÍA (Sevilla), 18 de enero de 1922: *En la Casa Social Católica. El Alcohólicismo. Conferencia del Sr. Giménez Fernández*. También ed. de 16 de mayo de 1922, *Actividades de la Casa Social Católica*.

40. Vid. EL CORREO DE ANDALUCÍA (Sevilla), 21 de enero de 1922: *Los candidatos de la Liga Católica a la opinión*.

41. Vid. EL CORREO DE ANDALUCÍA (Sevilla), 22 de febrero de 1922: *El deber de actuar*, por GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M.

Ante todo, conviene señalar que se trata del «maurismo sin Maura», es decir, el que arranca con la escisión de Angel Ossorio y Gallardo en 1913 respecto del sector datista o idóneo⁴², y recibe la adhesión de la facción más reaccionaria de las Juventudes, presididas por Antonio Goicoechea. Este será quien, en su condición de jefe provincial del maurismo sevillano, procure el acercamiento a los católicos de la Liga buscando por medio de una colaboración permanente y estable la definitiva constitución de un partido «católico, nacionalista, regionalista y monárquico»⁴³. Dicha propuesta merece un comentario de mayor detalle. Del maurismo puede decirse, en efecto, que constituyó un instrumento de galvanización electoral y política y que, como tal, representó también un impulso relativamente modernizador⁴⁴, que en determinados aspectos ofrecía puntos de coincidencia con quienes actuaban en las Ligas Católicas. Sin embargo, a la altura de ese año de 1922, en el seno del maurismo se debatían encontradamente dos tendencias. Una, la promovida por Goicoechea, pretendía la transformación del maurismo en algo muy parecido al partido nacionalista italiano de preguerra y al integrismo portugués, con intenciones programáticas muy semejantes a las del también poderoso nacionalismo galo de Action Française. La otra, con Ossorio al frente, identificaba el maurismo con el catolicismo social y, asumiendo plenamente las doctrinas democráticas, tomaba como modelo el populista del Partito Popolare Italiano de Sturzo que, junto a F. Meda, había aprovechado el transformismo político del giolittismo para estructurar una ideología definidamente democristiana.

En Sevilla la respuesta de los liguistas a la oferta de Goicoechea, cuyo grupo tenía en toda Andalucía una escasa implantación salvo en Jerez y algunas localidades de Almería, fue demorándose hasta que en el verano de ese año de 1922 la tensión entre los dos sectores del maurismo finalmente detonó desembocando en la constitución del Partido Social Popular inspirado por Ossorio. En él iban a converger, como lógica y coherentemente cabía esperar, la Liga Católica, los antiguos defensores del catolicismo social, sindicalistas católicos, futuros militantes y dirigentes de la Ceda, jóvenes de ACN de P, así como las alas más liberales del maurismo y algunos tradicionalistas de última generación.

Para cuando esto suceda, mes de diciembre, Puigdollers reside ya en Sevilla desde mediados de año. Un sencillo esbozo sobre el *iter* académico-administrativo que le conduce a esta ciudad lo sitúa primero en Madrid, donde había nacido el 9 de enero de 1896, en cuya Universidad cursa los estudios de la Licenciatura en Derecho, doctorándose con el trabajo de tesis titulado *La filosofía del Derecho de Victor Cathrein*⁴⁵. En ella ofrecerá el análisis de esta versión actualizada del tomismo, conectándose así a la

42. OSSORIO Y GALLARDO, A.: *Memorias*, Edit. Losada, Madrid, 1946, p. 103.

43. Vid. EL CORREO DE ANDALUCÍA (Sevilla), 26 de febrero de 1922: *Las derechas sevillanas. Importante acto político. Hacia un partido nacionalista, regionalista y monárquico*.

44. TUSSEL, J.-AVILÉS, J.: *La derecha española contemporánea. Sus orígenes. El maurismo*, Espasa-Calpe, Madrid, 1986, pp. 255 y ss.

45. PUIGDOLLERS OLIVER, M.: *La filosofía del derecho de Victor Cathrein, por...*, Tesis Doctoral, Imp. Nieto, Madrid, 1920, 54 pp.

línea de reelaboración que sobre el iusnaturalismo italiano de Rosmini y Taparello animaba a la escuela de Luis Mendizábal Martín⁴⁶. Tras un corto período como profesor auxiliar en la Facultad de Derecho madrileña, concurre a ejercicios para la provisión de cátedras en la convocatoria de las de Elementos de Derecho Natural de Zaragoza y Santiago. Verificados aquéllos entre 27 de febrero y 5 de mayo de 1920, Miguel Sancho Izquierdo obtiene la plaza en la Universidad aragonesa y por R.O. de 26 de mayo Puigdollers en la gallega. Su paso por la Facultad compostelana es fugaz; en realidad, apenas un curso académico, el de 1920-21⁴⁷, ya que en virtud de concurso-traslado pasa a ocupar la vacante de Sánchez de Castro en Sevilla, de la que toma posesión el 31 de mayo de 1922⁴⁸. De esta fecha a la de 28 de febrero de 1924 en que se autoriza la permuta de cátedra con Blas Ramos Sobrino en Valencia⁴⁹, no pueden reseñarse publicaciones, aunque sí noticias de un importante y poco conocido compromiso en la experiencia católico-política y sindical universitaria.

La oportunidad y pormenor de esta faceta —que al propio tiempo también detalla y ofrece nota sobre la fuerte implicación política y sindical de algunos profesores de Derecho Natural en las organizaciones católicas universitarias de la época⁵⁰— viene dada por la celebración de la Fiesta de Santo Tomás⁵¹ y su participación en los actos que con tal motivo convocados por la Federación de Estudiantes Católicos de Sevilla, coinciden con la constitución oficial de la misma el 7 de marzo de 1923. A ellos asistirán los catedráticos de la Universidad Ignacio de Casso y Romero, José Mariano Mota Salado y Emilio Muñoz Rivero del Olmo, representando respectivamente a las Facultades de Derecho, Ciencias y Medicina⁵². Los orado-

46. Entre los discípulos de L. Mendizábal Martín (1859-1931) se pueden contar: A. Mendizábal Villalba, M. Sancho Izquierdo, F. Clemente de Diego, J. Castán Tobeñas, W. González Oliveros, E. Luño Peña, C. Ruiz del Castillo, A. Luna García y el propio Puigdollers, vid. RUBIO CASTRO, A.: «Sobre la Filosofía del Derecho en España a principios del s. XX», en *ACFS*, 23-24, 1983/1984, p. 186, n. 7. Referencialmente también «La Filosofía Jurídica académica en España (1900-1936)», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 4, 1984, pp. 131-144. Además de aquellos, si bien con posterior incardinamiento en la recepción crítica del neokantismo suboccidental, L. Recasens Siches, y L. Legaz Lacambra.

47. Vid. GONZÁLEZ-DÍAZ LLANOS, A. E.: «Don Mariano Puigdollers y Oliver», en *AFD*, 12, 1966, p. 350, y PUY MUÑOZ, F.: *La Filosofía de Derecho en la Universidad de Santiago (1807-1975)*, Imp. Paredes Santiago de Compostela, 1975, pp. 75-80.

48. Vid. *A.H.U.S.*, leg. 1993 N.º 38.

49. Vid. *A.H.U.S.*, leg. 1994-B N.º 6.

50. En fechas diversas es fácil encontrar, en efecto, a profesorado de la disciplina comprometido en la acción y dirección de entidades y organizaciones integradas en la Confederación Nacional de Estudios Católicos (CNEC). Así, durante la Dictadura de Primo de Rivera, desde Zaragoza, Legaz Lacambra dirigirá la agrupación local de la Federación de Estudiantes Católicos (FEC), llegando a ser miembro de la CNEC junto a Luño Peña y Recasens Siches. En Madrid, con la República, J. Ruiz Giménez actuará de presidente de la FEC en la Facultad de Derecho de la Central. También, en dimensiones particulares y más o menos próximas a la militancia católica universitaria pueden mencionarse los nombres de F. Elías de Tejada, J. Corts Grau y E. Galán Gutiérrez.

51. Vid. *EL CORREO DE ANDALUCÍA* (Sevilla), 6 de marzo de 1923: *Estudiantes Católicos. La Fiesta de Santo Tomás*.

52. DE CASSO Y ROMERO, I., vid. *A.H.U.S.*, leg. 1.993 N.º 19 (Catedrático de Derecho Civil. Miembro de la Ceda sevillana. Juez Instructor de los Expedientes de Depuración del Personal de la Universidad para todas las de España, a excepción de Madrid, Barcelona y Valencia); MOTA SALADO, J. M., vid. *A.H.U.S.*, leg. 1.857 (Rector de la Universidad Hispalense, 1936-1951) y MUÑOZ RIVERO DEL OLMO, E. de quien no se conserva expediente académico (cedista y Alcalde de Sevilla, 1933-1934).

res de la jornada en la tribuna dispuesta en el Salón de Actos del Teatro Llorens son Manuel Giménez Fernández —Doctor en Derecho, profesor auxiliar de la Facultad de Derecho y concejal del Ayuntamiento de esta capital por la Liga Católica⁵³— con el tema «Los estudiantes en la literatura española», Manuel Ramos Hernández, presidente de la Asociación de Antiguos Alumnos Salesianos y de la Federación provincial de Estudiantes Católicos⁵⁴, que trató sobre «Santo Tomás y la Federación Escolar», y el mismo Puigdollers en quien sin duda recayó la parte más comprometida de las intervenciones. La suya, en efecto, sintetizada en la crónica periodística que a continuación reproducimos, constituye un claro exponente de su compromiso militante en el catolicismo social y político y del desafío crítico, como universitario, frente a problemas institucionales como la autonomía, libertad de enseñanza y democratización de la vida universitaria.

«Comenzó el catedrático de la Facultad de Derecho —escribe el redactor de 'El Correo de Andalucía'⁵⁵— justificando la elección del día de Santo Tomás para la celebración de la Fiesta del estudiante, pues el Ángel de las Escuelas, por ser el más estudioso de todos los Santos, vino a ser el más santo de todos los estudiantes. Celebra la disposición ministerial que suprimió la fiesta, porque ha sido la causa de que ésta se celebre con mayor brillantez. Hace un detenido estudio del actual movimiento social y su influencia en el desenvolvimiento intelectual de las naciones. Ensalza las ventajas que para la clase estudiantil española tiene la Asociación (Asociación de Estudiantes Católicos), incorporándose al movimiento internacional que tan enorme triunfo acaba de conseguir al lograr ser reconocido por la Sociedad de Naciones. Justifica la necesidad de que la Asociación sea católica, con un amplio espíritu de libertad, sin ingerencia del profesorado, que nada lograría conseguir si de una fuerza muerta se tratara, ni sería precisa si como es de esperar tiene la clase estudiantil vida propia y arrestos suficientes para lograr su mejoramiento y consecución de sus nobles ideales. Tres son los ideales que los estudiantes deben incorporar a su programa: Autonomía Universitaria, Libertad de Enseñanza y democratización de la vida universitaria. Se debe aspirar a la autonomía integral, tanto en el orden administrativo como en el docente, llegando incluso a la intervención del estudiantado en los tribunales ante los que han de actuar

53. Vid. A.H.U.S., leg. 1.994-C N.º 6. Se doctoró en Derecho con fecha 23 de octubre de 1922 a la presentación del trabajo *Contribución al estudio del moderno Derecho Electoral*, siendo presidente del tribunal A. González Posada. Por R.O. de 9 de febrero de 1923 fue nombrado profesor auxiliar de la Facultad de Derecho de Sevilla en el grupo de asignaturas Instituciones de Derecho Canónico e Internacional Público y Privado.

54. Por estas fechas era Presidente de la CNEC Fernando Martín Sánchez Juliá. En Sevilla, a mediados de febrero, la FEC contaba con 125 miembros. Cfr. TUSELL, J.: *Oligarquía y caciquismo en Andalucía (1890-1923)*, Planeta, Barcelona, 1976, p. 495. En 1931, año fundamental en el desarrollo de la acción sindical estudiantil católica, la FEC de Sevilla tenía como presidente al Cardenal Arzobispo Dr. E. Illundain y Esteban, como vicepresidente a J. A. Ollero de la Rosa y entre otros miembros de su directiva, además de Ramos Hernández que lo era con carácter nato y en esa misma fecha dirigía las Juventudes de Acción Popular de Sevilla capital, a A. Domínguez Ortiz. Cfr. EL LIBERAL (Sevilla), ed. de 26 de octubre de 1931.

55. Vid. EL CORREO DE ANDALUCÍA (Sevilla), 8 de marzo de 1923: *La Fiesta de los estudiantes en Sevilla. Ayer quedó constituida oficialmente la Federación sevillana.*

los que aspiran a ingresar en el claustro universitario. La libertad es igualmente necesaria, impidiendo que como ocurre actualmente sea el Estado el acaparador de la enseñanza. Al estudiante que quiere ingresar en la Universidad se le pregunta, no por su aptitud o vocación para la carrera que piensa seguir, sino sólo si tienen sus padres dinero bastante para costear la carrera; si la contestación es afirmativa, lucirá sobre su mesa el título de licenciado, de no serlo, aunque se trate de una inteligencia próspera, no podrá aspirar nunca a una posición decorosa en la sociedad, que por pobre lo rechaza. El Estado ha querido convertir la Universidad, y por desgracia lo ha conseguido, en una oficina que por unas pesetas expide títulos a quienes pueden costearlos. Termina su brillante discurso excitando a los estudiantes a trabajar sin descanso por el engrandecimiento de la Universidad, y sobre el pecho el crucifijo y en la mano la espada, luchar como nuevos cruzados porque las nobles aspiraciones de la clase estudiantil sean una consoladora realidad (Grandes aplausos)».

Pues bien, lo que en orden al cambio de actitudes dentro del sindicalismo católico universitario aquí se revela como nueva sensibilidad social y sincera convicción democrática y modernizadora, se transmitirá al político por la construcción de la primera experiencia democristiana en España a la que, con arreglo al ambicioso aunque efímero proyecto político social-cristiano del Partido Social Popular⁵⁶, Sevilla como Zaragoza, y en ambas jóvenes profesores de filosofía jurídica, habrían de prestar una colaboración fundamental. En Zaragoza, específicamente, Miguel Sancho Izquierdo, quien desde septiembre de 1922 actúa en el grupo promotor «Política Social» e integrará la relación de asistentes, adheridos y representantes a la Asamblea constitutiva del P.S.P. a finales de diciembre de ese año⁵⁷. En Sevilla, Puigdollers, en calidad de miembro de la Comisión organizadora del partido en la provincia⁵⁸ y que al relevo de ésta por las correspondientes juntas local y provincial, pasa a presidir la Sección de Estudios Político-Sociales que, «como círculo de estudios», se ocupa de la formación «eficaz y sólida de los propagandistas»⁵⁹.

Apenas unos meses más tarde, el pronunciamiento del general Primo de Rivera traerá como consecuencia, entre otras, la espontánea disolución y desaparición del P.S.P. Poco después, defecciones de varios dirigentes católicos antes próximos a las ideas democristianas, su pase a los cuadros

56. Vid. ALZAGA VILLAAMIL, O.: «En torno a una experiencia social-cristiana. La organización del P.S.P. en España (1922-1923)», en *Revista de Estudios Sociales* (RES), 6, 1972, pp. 65-89; «Aproximación al pensamiento demócrata cristiano», en RES, 8, 1973, pp. 125-138 y *La primera Democracia Cristiana en España*, Ariel, Barcelona, 1973, esp. pp. 206-305. TUSELL, J.: *Historia de la Democracia Cristiana en España*, t. I, *Antecedentes. La Ceda y la II República*, Edicusa, Madrid, 1974, esp. pp. 88-119. MONTERO GIBERT, J. R.: *La Ceda. Catolicismo social y político en la II República*, Ediciones de la Revista de Trabajo, Madrid, 1977, t. I, pp. 551-556. Para las relaciones del P.S.P. con la Dictadura de Primo de Rivera, BENEVIDES GÓMEZ, D.: *Democracia y Cristianismo en la España de la Restauración*, Editora Nacional, Madrid, 1978, pp. 356-369. También EL DEBATE y EL SOL (Madrid), ed. 21 de diciembre de 1922.

57. Vid. ALZAGA VILLAAMIL, O.: *La primera Democracia Cristiana...*, cit. Anexo 1 al cap. V, p. 171 y Anexo 2, p. 173.

58. *Ibidem*, pp. 201-202.

59. Vid. EL CORREO DE ANDALUCÍA (Sevilla), 16 de mayo de 1923.

directivos de Unión Patriótica y el colaboracionismo en el proceso institucionalizador de la Dictadura malogran —pese a empeñadas voces de protesta⁶⁰— la imagen de aquel nuevo catolicismo político y social. En unos años se desanda lo recorrido, por demás favoreciendo la vuelta a las pautas de cultura política típicas del viejo restauracionismo (inmovilismo, pasividad, transfuguismo, apartidismo). Con la proclamación de la República, sorprendida la mentalidad política católica entre el descrédito y la dispersión, sólo la oferta que se presenta bajo inspiración social cristiana consigue reunir fuerza suficiente como para plantear equilibradamente el contrapunto al bienio radical-socialista. El esfuerzo sin embargo llevará implícita la indiscriminada aceptación de elementos ideológicos demasiado diversos y sustancialmente contradictorios a veces, cuyas tendencias y tentaciones corporativistas, ultraconservadoras y hasta prefascistas suplantarán de hecho y casi anularán por completo, desfigurándolo en todo caso, el componente democristiano del confesionalismo político español de los 30, cuyo definitivo falseamiento presentará el régimen franquista bajo las claves de «nacional-catolicismo» y «filosofía cristiana».

60. Vid. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M.: *Estudios de Derecho Electoral Contemporáneo*, Publics. de la Universidad de Sevilla, 1977. Esta ed. contiene la tesis de 1922, publicada por vez primera el año 1924 más el apéndice crítico al Estatuto Municipal de Calvo Sotelo que incluiría una reedición posterior del año 1925, así como el «Prefacio» que en la primera hubo de suprimirse por haber resultado «excesivamente severo a los jueces» y la segunda reincorporó. En él, cuando han transcurrido ya dos años desde el Pronunciamiento, Giménez Fernández escribía: «Si algo ha desaparecido en el régimen político español, nada en cambio lo ha sustituido», y entendiendo necesario «entrar en un régimen de normalidad», urgía dos procesos, «uno, la actuación ciudadana que cree aspiraciones y normas de gobierno, locales, regionales y nacionales, según distintas tendencias de ideas e intereses; otro, un sistema jurídico de gobierno que permita a esas iniciativas y a esos criterios aplicarse a la gobernación del Estado, sin que sus principios se bastardeen ni sus disposiciones se deriven por los cauces cenagosos del miedo, del favor y de la corrupción, que fueron los más seguidos en los tiempos pasados», pp. XXXIV-XXXV, ed. 1977. Vid. también, CALVO GONZÁLEZ, J.: «Contribución doctrinal y política de Manuel Giménez Fernández en el moderno Derecho Electoral español», en *Revista de Estudios Políticos*, 51, 1986, pp. 213-262, esp. 218-224.

III
NOTAS

Malos tiempos para la Ética¹

Por JUAN RAMON CAPELLA

Barcelona

El problema que corresponde plantear es si el presente permite hacerse ilusiones acerca del comportamiento moral, o, en otras palabras, si hay esperanza *para* la ética.

Adelantaré que mi opinión no es precisamente positiva; que para la ética corren «malos tiempos», al menos si se la concibe encerrada en sí misma, sin proyectarse sobre lo que podría llamarse *lo público* o desinteresada de los problemas de la especie y no meramente de los seres humanos individuales. Lo que sigue trata de mostrar que hay buenas razones para sostener esta opinión.

A pesar de la naturaleza filosófica de la materia, el tema puede abordarse desde un punto de vista no filosófico; esto es: no se exige filosofar sobre cuestiones morales, sino analizar los modos de formación de consciencia moral y de toma de decisiones prácticas en el mundo contemporáneo. Dado el contexto en el que tiene lugar la discusión, sin embargo, que es también el de la crisis de la filosofía moral del proyecto ilustrado (proyecto que tiene herederos incluso fuera del medio social e histórico en que nació), las alusiones filosóficas son inevitables para comunicar la relevancia del tipo de análisis que se propone, relativo a las *condiciones de realizabilidad* de la toma de consciencia y el comportamiento éticos en las sociedades contemporáneas.

Desencantamiento eurocéntrico de la ética

Cabe suponer que los hombres y mujeres de las sociedades contemporáneas comparten una genérica y vaga aspiración a la eticidad, aunque no puedan generalizarla en un discurso compartido ya sea por ciertas características materiales del mundo social en que viven, en el que las conductas de unos frustran las expectativas de otros (y no sólo por las características

1. El presente texto procede de una conferencia sobre «Ética y Salvación», perteneciente al curso sobre «L'Ética del Present» organizado por la Fundació Caixa de Pensions, que tuvo lugar el 25 de noviembre de 1988 en el Centre Cultural de la mencionada institución en Barcelona.

de su mundo intelectual, en el cual los discursos éticos tienen raíces ideológicas diversas). En realidad el discurso ético significativo para el presente se vuelve trágico: sólo poetas y místicos pueden hallar palabras universalmente morales, susceptibles de aceptación. Como las de Simone Weil: «Desde la infancia hasta la muerte, en el fondo de todo ser humano hay algo que, pese a toda la experiencia de los crímenes cometidos, sufridos y observados, espera sin descanso que se le haga el bien y no el mal. Esto es lo sagrado, ante todo, en todo ser humano»².

Pero el discurso ético ilustrado es paradójico desde sus mismos orígenes: lo es incluso el intento más clásico de universalización laica de la ética —naturalmente, el de Kant—. En él encontramos el *universal* principio, que aceptamos aunque no nos sirva de mucho para discernir e intervenir éticamente en la vida real, según el cual «la libertad de cada uno termina donde empieza la de los demás», principio que parece paradójico cuando se examina desde el punto de vista antes mencionado, relativo a sus *condiciones de realizabilidad*.

Pues si sostenemos éticamente este principio, los «otros» aparecen como *límites de nuestra propia libertad*. Son como barreras opuestas a la expansión de lo que *nos es posible*. La aceptación del principio se muestra consiguientemente como eliminación de algo materialmente posible. Y, sin embargo, examinadas las cosas desde un punto de vista «sociológico» (no filosófico), los «otros» desempeñan respecto de nuestra libertad una función distinta de la limitadora; justamente la contraria. Para percibirla es preciso preguntarse por la génesis de las posibilidades materiales que están ahí, a nuestra disposición, bajo la forma de «lo que *nos es posible* hacer». Esas posibilidades materiales son para nosotros, europeos occidentales del final del siglo XX, genéricamente muy superiores a las de nuestros abuelos, o a las de un cazador primitivo, o a las de un señor feudal o a las de cuatro de cada cinco contemporáneos nuestros que habitan las *tinieblas exteriores* a nuestros modos de vida. «Nuestras» acrecentadas *posibilidades* proceden, justamente, de los «otros»: se originan en el trabajo de los otros (de «nosotros»), del mayor (y terrible) dominio del conjunto social sobre la Naturaleza que ha proporcionado el haber socializado intensamente la actividad de cada uno incluso bajo las condiciones del capitalismo. Desde este punto de vista, «sociológico», los «otros» no son los que *limitan* nuestras posibilidades: son los que las *generan*.

En ello está la paradoja: la génesis de nuestra libertad se presupone invertida en el modo de concebirla de la ética individualista, siempre respecto de «los otros». En realidad nuestras posibilidades de libertad están en función de las posibilidades de libertad de todos, de modo que quien abusa contra uno perjudica a todos. Pero no lo ve así esa razón a medias que es la ilustrada: el ámbito del abuso por excelencia no es de las relaciones interindividuales; la «ética social» es ya otra cosa: derecho, relaciones jurídicas.

2. «La persona y lo sagrado» (1942), en *Ecrits de Londres et dernières lettres*, Gallimard, París, 1957.

La consciencia autocrítica de sí misma de la izquierda ilustrada del pasado siglo empezó a percibir el problema: ahí está su ironía sobre el «alma bella», sobre la ética de la perfección individual que se convierte en ciega estética. Pero tal consciencia autocrítica parece haberse perdido en el siglo XX, o al menos esto revelan afirmaciones no infrecuentes en nuestros días —incluso repetidas en este mismo curso sobre «L'Ética del Presente»—, como la de que la gran conquista europeo-occidental en el plano moral es la consciencia de la igualdad de las personas.

Aseveraciones como éstas, aparentemente verosímiles, no resisten un examen detenido. Dejemos de lado, como cuestión menor, que «occidental», en contextos como éste, expresa un concepto más político que geográfico. Lo cierto es que el único ámbito en el que los «occidentales» se representan a los demás como iguales a sí mismos, el único en el que en el fondo *no les es posible evitar representarse a los demás como iguales* (aparte de condiciones naturales, como la igual afluencia al mar del morir; etc.) resulta ser un ámbito puramente jurídico. Todos los «occidentales» —todos los miembros de sociedades mercantilistas— *se representan* como iguales para comprar y para vender. Ahí se impone la auténtica representación intelectual de la igualdad de los seres humanos con independencia de raza, religión, nación, sexo, creencias, etc... En las sociedades del tipo señalado no cabe dejar de representarse a los demás como capaces de comprar o vender algo: no es *materialmente* posible. Por muy altruista que se sea, si alguien arrebatara a un sujeto algo suyo éste piensa que se le *roba*. Ello significa que la representación de la igualdad en el plano jurídico, en esta cultura, funciona en términos absolutos: es en consciencia inapelable.

Pero en otros ámbitos *la representación* de los «otros» es diversa. En el político, desde luego, las cosas no funcionan así. En el ámbito político las personas sólo se representan como iguales si aceptan previamente la teología política dominante: sólo si se cree que teniendo voto igual se tiene igual peso, igual influencia, en los asuntos públicos. *La representación* de la igualdad política funciona en el interior de esa dogmática, pero si la realidad de las cosas es examinada desde fuera de ese ámbito discursivo no es posible mantener aquella representación: aparecen personas con más peso político que otras, o, dicho de otro modo, lo que inevitablemente se representa es la desigual distribución del poder político entre la población. La igualdad se metamorfosea en ideal (incluso precario) y la desigualdad en realidad.

Por lo demás, también sabemos que en el ámbito político puede desaparecer incluso la exigencia de igualdad de las personas (la población española ha conocido durante décadas una situación así) y la sociedad, vista como sistema, puede seguir funcionando sin ella. La igualdad política no es aún una conquista «occidental» (ni tampoco «oriental», por otra parte). Finalmente, en el ámbito más general al que suele llamarse «social» (aunque también son sociales los anteriores) nos representamos los unos a los otros claramente como desiguales: sabemos v.g.^a que quienes viven en los guetos de miseria, estén en el Brasil, en la periferia de nuestras megalópolis, en África, etc., no son iguales a las personas interesadas por la especulación ética.

Por ello conviene bajar un poco los humos implícitos en la suposición de que la cultura burguesa ha creado una fuerte consciencia de igualdad. Esta es por el contrario muy débil; en el fondo históricamente parecen tener más eficacia representaciones antiguas de la igualdad, de tipo religioso, anteriores incluso a la modernidad. La igualdad existe como *fantasma* en las cabezas modernas, ilustradas; creen en ella de la misma manera que la cabeza medieval cree los dogmas religiosos o la primitiva acepta sus cosmogonías, pero es poco eficaz en la vida real salvo en un único plano: el plano del comprar y el vender, el mundo en el que se trafica con mercancías.

Por otra parte, también en el curso de las reflexiones hechas en este lugar sobre «la ética del presente» se ha hablado del *desencantamiento ético* arguyendo que vivimos en *sociedades libres de pecado y de culpa*. Mi opinión no es ésta, sino justamente la contraria: vivimos en sociedades profundamente culpables. Que funcionan introduciendo el *mal* en el mundo. Lo que se designa con la expresión «desencantamiento ético» puede ser, estrictamente hablando, algo distinto: *insensibilidad ética*.

Históricamente se ha dado una insensibilidad de la misma índole, aunque en sus rasgos genéticos bastante diferente: la del pueblo alemán durante los años 30 y 40 de este siglo; una población *insensible* para el mal que generaba el sistema político que la regulaba y dirigía. Ciertamente, en el caso alemán el referente de la insensibilidad es el sistema político, mientras que en el de las sociedades «occidentales» el referente no es sólo ni principalmente éste, sino algo más fundamental: la estructura que asegura su vida material y las relaciones que se generan en ella. Si el honrado trabajador, comerciante o empresario alemán de los años treinta era insensible éticamente para el mal que se introducía en el mundo en garantía de su modo de existencia, también lo son los miembros de las sociedades avanzadas para el mal que se introduce en el mundo en garantía del suyo, como se intentará probar.

Creo que si se puede hablar de *desencantamiento ético* es fundamentalmente en un sentido que no se hace consciente con claridad en el interior de las sociedades «occidentales», sino que es sólo vagamente sentido, difuso, hueco de capacidad para afectar profundamente la consciencia y el comportamiento de las personas: *el reconocimiento de que los pecados son sociales*. La ética desencantada percibe que su referente relevante no son males producidos por la acción individual, sino «pecados» gestados de un modo social, cooperativo: que se ocupa, en una palabra, de males asociativos³.

Condiciones de realizabilidad de la ética contemporánea

Aludiré a dos grandes dificultades objetivas que entorpecen seriamente la formación de la consciencia moral en el tiempo en que vivimos.

La primera de ellas está constituida por el *carácter crecientemente artefactual, o artificial, de la acción humana*.

3. Vid. TUGENDHAT, E.: *Problemas de la ética* (1984), trad. cast. de J. Vigil, Crítica, Barcelona, 1988.

Los seres humanos, como especie, se caracterizan por introducir artificios en la manipulación del mundo⁴: desde el garrote o el hacha de sílex. Con todo, en un breve período que casaría con la metáfora del tiempo de Planck en comparación con el lapso de existencia de la humanidad sobre la Tierra, la acumulación de artificio interpuesto entre la especie —y sobre todo por los segmentos de ésta que viven en zonas «avanzadas» del planeta— y el mundo ha crecido de un modo que no se puede suponer carente de consecuencias. Ya no manejamos objetos naturales: manejamos artificios que manejan artificios..., que en último término manejan objetos naturales, y andamos ahora a vueltas con una nueva fase de la metainstrumentación del mundo. Por ello es necesario hablar del carácter ya determinadamente artefactual (mediada por artefactos) de la acción humana. Es ésta una cuestión de hecho insoslayable en la reflexión sobre la práctica.

Una segunda característica de la práctica contemporánea de las personas, de su modo de intervenir en el universo natural y en el específicamente humano, se refiere al carácter crecientemente socializado, hecho a piezas, de su acción. Se trata de una fuerte tendencia a la *composición* de las acciones individuales, a la imposibilidad de operar individualmente para la obtención de resultados significativos.

La cooperación —objetiva; de hecho nada impide que permanezca inconsciente— nunca ha sido tan grande, ni tan parcial, tan parcelada, la intervención individual como en el mundo alumbrado por la historia posterior a la segunda guerra mundial. La *creciente interdependencia global* de que hablan los sociólogos expresa en términos generales el fenómeno, que sin embargo se inicia en un plano de relaciones sociales microscópico. Ni siquiera los más artesanales oficios, como el de educar, escapan a la socialización. Así, en nuestro tiempo la acción de un educador particular, inserta en estructuras institucionales complicadas que no dependen de él, medios de instrucción tan variados como los familiares, o los más eficaces aportados por los estrictos contemporáneos del discípulo, televisión y escuela mediante, se integra en un proceso *compositivo* de educación cuyo resultado sólo muy remotamente es función de la actividad individual de la que se partía. Las actividades individuales contemporáneas son, como la ejemplificada, elementos de un proceso de creciente carácter social.

La conjunción de estas destacables características de la acción es asunto estrictamente reciente. Desde el punto de vista ético su relevancia viene dada por el hecho de que la artefactualidad y la socialidad de la acción contemporánea, dificultan y hacen cada vez más complicada la percepción de la relación real, *que sin duda subsiste*, entre la acción individual y sus consecuencias y resultados. Esa relación se torna *laberíntica*, intrincada. La acción tiene que pasar a través de la composición con los actos de otros, a menudo ignorados, e independientes, y de un complejo aparato de artificio interpuesto entre los sujetos y el mundo.

4. Aunque los humanos no son los únicos seres vivos que lo hacen: *vid.* EIBL-EIBESFELDT, I: *El hombre preprogramado* (1973), trad. cast. de P. Gálvez, Alianza Ed., Madrid, 1977, y *Las Islas Galápagos. Un arca de Noé en el Pacífico*, trad. cast. de M. J. Sobejano, Alianza Ed., Madrid, 1975.

Consiguientemente la consciencia ética difícilmente es capaz de recorrer todo el camino que media entre una acción y su resultado; aquélla se compone con las acciones de los otros a través de la artefactualidad. Eso dificulta la percepción de las consecuencias de nuestros actos más nimios, más cotidianos, los más corrientes y aparentemente aproblemáticos.

[Lo cual asume tonalidades especialmente sombrías cuando se para mientes en la peligrosidad de la artefactualidad contemporánea, susceptible de aniquilar la vida del planeta y de causar accidentalmente daños capaces de mermar las posibilidades de existencia de las generaciones futuras. Este problema sólo lateralmente será examinado más adelante⁵].

Una aldea global objetiva

¿Cómo se vive esa dificultad en la toma de consciencia? Para responder a esta pregunta tal vez no sea ocioso poner la hipótesis de *la aldea global* de los comunicólogos: eso de que el mundo es pequeño como una aldea porque estamos intensamente comunicados. Pero habría que poner esta hipótesis de una manera algo distinta a como lo hacen quienes se ocupan de la información: vivimos en una aldea global no fundamentalmente porque estemos informados de todo —«todo» es en realidad lo que los monstruos de la industria de la comunicación quieren mostrarnos; p. ej. la hambruna etíope existió mucho antes de que llegaran las cámaras a Etiopía—, sino por existir una *comunicación material*, objetiva, entre la práctica totalidad de los habitantes del planeta.

Nuestros aparatos de radio y despertadores los han hecho mujeres asiáticas; nuestros alimentos proceden de Norteamérica o de Argentina; algunas «delicadezas», del Indico; el petróleo que mueve los automóviles ha brotado en Venezuela, México, Nigeria, Irán o Irak. La electricidad que acciona las fábricas y que consumimos se produce mediante uranio extraído y transformado fronteras para afuera, y las máquinas que fabrican aquellos pocos «occidentales» que se dedican a construir algo y no a rendirse mutuamente servicios van a parar a remotas regiones del planeta, al igual que las armas. Esta es verdadera *comunicación*, pero no en el sentido habitual de comunicación de ideas, sino material, como comunica nuestra toma de corriente con la central eléctrica. Vivimos en un mundo efectivamente *comunicado*, en una verdadera aldea global, aunque nuestra morada esté situada al parecer en el mejor barrio: el barrio del occidente avanzado desde el punto de vista tecnológico.

Lo cual tiene la consecuencia siguiente: por una parte estamos informados de la existencia de niños hambrientos nigerianos, a los que *vemos* por medio de la televisión; estamos informados de la pobreza colombiana y mexicana; *percibimos* también a tropas disparando contra campesinos en distantes lugares de América Central y del Sur (y nos molestan muchísimo, además, porque suelen irrumpir en nuestras vidas cuando estamos

5. Vid. SACRISTÁN LUZÓN, M.: «Entrevista con *Naturaleza*», en *Pacifismo, ecologismo y política alternativa*, Icaria, Barcelona, 1987.

en nuestras viviendas, cuando llevamos *una vida muy privada*). Todo eso «está ahí».

Y por otra parte sabemos que esas gentes u otras con ellas tienen una relación objetiva con nosotros, que están comunicadas con nosotros a través de cosas tales como la gasolina, o, más concretamente, porque comemos lo que sembraron y cosecharon y usamos lo que fabricaron. O porque las armas empleadas por los soldados vistos han sido fabricadas aquí. Estamos comunicados con ellas a través de eso que llamamos *nuestro modo de vida*.

Y como consecuencia de ese saber, *en cuyos rincones laberínticos nos perdemos* —en el paso a paso de la relación entre lo que sabemos y lo que hacemos—, nos encontramos *todos* en una situación que puede calificarse de esquizofrénica. Por una parte no queremos que haya niños hambrientos, ni campesinos asesinados, ni mujeres u hombres bárbaramente explotados. No lo queremos de ninguna de las maneras posibles. Pero, por otra parte, seguimos utilizando nuestros automóviles y servimos, en una palabra, al dios postmoderno verdadero: el Consumo.

En conclusión: como individuos estamos divididos internamente: tal vez sostenemos éticas humanitarias, pero actuamos de un modo dionisiaco, excesivo. No hemos reconocido que nuestro modo de vida *no se puede generalizar a toda la humanidad*.

No es aún percepción común que un planeta en el que todo el mundo tuviera los automóviles, los viajes, los electrodomésticos y las tecnologías del occidente avanzado es sencillamente inviable por razones tan básicas como las ecológicas. La coincidencia de los estudios de prospectiva basados en la proyección sistémica de las tendencias actuales⁶ es inequívoca: un nivel de desarrollo semejante al de las sociedades «occidentales» no es extensible a todos los pobladores de la Tierra. En realidad, ni siquiera está garantizada la satisfacción de las necesidades básicas de las generaciones que la habitarán durante el siglo venidero.

Acaso no sea inconveniente recordar que esta situación mina una de las bases de la teología política dominante: la establecida por Locke en el *Segundo tratado sobre el gobierno* al señalar las condiciones de legitimidad de la apropiación individual de bienes naturales en cantidad superior a la susceptible de consumo individual⁷, lo cual, en su construcción teórica, presupone que «se deje para los demás igual cantidad de la misma especie y calidad» o su equivalente. No puede decirse que los europeos occidentales, japoneses y norteamericanos permanezcamos dentro del marco establecido por el modelo de Locke pues no dejamos para quienes despliegan análoga laboriosidad un equivalente de nuestro consumo. Ni, sobre todo, se lo dejamos a las generaciones futuras.

6. Puede verse p. ej. el que parece ser el más reciente: Comisión de las N.U. para el Medio Ambiente, *Nuestro futuro común*, Alianza Ed., Madrid, 1988.

7. Cfr. LOCKE, J.: *Second treatise of Government*, seccs. 36 a 41, especialmente secc. 37 revisada en la tercera edición, y *Some considerations of the Consequences of Lowering of Interest and Raising the Value of Money*, en *Works*, vol. II.

Un problema-modelo: Brasil

El diagnóstico que antecede puede resultar insoportable sin el esbozo de alternativas. No obstante, éstas aparecerán como piadosos deseos —y no como auténticas prácticas *alternativas*— si se desentienden de los rasgos históricos concretos con que se suscita la problemática tratada abstractamente hasta aquí.

Cabe recurrir por ello a la mediación de un «modelo» de problema que facilite a la consciencia ética *la percepción global del laberinto en que se pierde*. Pues en ese laberinto hay tramos de acción interindividual fundamentales para la reinserción de la eticidad, para la aportación de comportamientos moralmente responsables.

El modelo puede llamarse «Brasil». Se trata de un caso puntual, como tantos otros, de resultado irracional de la socialidad contemporánea. Se ha elegido sin embargo atendiendo a la implicación en el problema de las generaciones futuras.

Hace pocos años se nos describía el Brasil como una nación muy joven, «pendiente de desarrollo», en el subsuelo de cuyo territorio apenas explorado se atesoran las materias primas del siglo XXI; un país con un futuro prometedor, un paraíso condicionado a la explotación de sus riquezas.

Hoy el Brasil se describe de otro modo: una deuda externa de enorme envergadura; una demografía cuya carrera desbocada puede medirse por la existencia de veinte millones de niños abandonados. Un país actualmente sin recursos, que tendría que «explotar su riqueza» intensamente para evitar el ulterior deterioro de las condiciones de existencia de su población.

No obstante, «la riqueza» del Brasil se halla bajo una gigantesca selva: la única gran selva tropical que queda en el planeta. Explotar la riqueza del Brasil implica destruirla, acabar con ella. Las poblaciones «primitivas» que allí tienen su hábitat acaso parezcan sacrificables a la razón instrumental en un continente con una larga historia de genocidios. Pero esa misma razón tropieza en este caso ante un obstáculo que no puede externalizar: los especialistas científicos (ecólogos, meteorólogos) señalan que liquidar la selva brasileña alteraría el clima del planeta, significaría eliminar un regenerador indispensable, junto con el océano, para nuestra amenazada atmósfera. La selva del Brasil no se puede tocar.

Eso equivale a negarle a las gentes del Brasil la posibilidad de realizar lo que han hecho los pobladores de otras tierras en todo el planeta: lo que hicieron nuestros remotísimos antepasados al liquidar el encinar de la península, o los europeos que talaron los bosques de haya existentes en el continente: para abrir pastos, para sembrar, *para explotar las riquezas...* Eso *no se puede hacer* en el Brasil.

Pero está en curso: la miseria impulsa a la destrucción masiva y acelerada de grandes extensiones selváticas. Los expertos han llegado a contabilizar hasta 6.000 incendios en un solo día⁸. La apertura de carreteras y la urbanización no se detienen. La selva está desapareciendo ya.

8. En octubre de 1988 el presidente Sarney ha decretado normas reveladoras restringiendo la cría de ganado *sin estabular* y prohibiendo la exportación de *troncos* de árboles. *The New York Times*, 13-10-1988.

El modelo está ahí: Brasil es por un lado un país que necesita salir de la miseria; por otro, para salir de la miseria necesita consumir un bien que es precioso para toda la humanidad, incluyendo en este concepto a las generaciones futuras.

La solución a los dos cuernos del problema —la miseria de la población brasileña y la conservación de la selva— es desde el punto de vista intelectual sencilla y unívoca: los miembros de la sociedad especie humana pueden financiar a los brasileños la salida de su miseria sin necesidad de liquidar *nuestra* común selva tropical, ese bien precioso que sin embargo está en manos de los empobrecidos habitantes del Brasil.

Proyecto ético y compromiso político

Esta solución, como parece obvio, es difícilmente practicable sin más. ¿Qué Estado, qué gobierno, exigirá mayores impuestos a sus inconscientes gobernados para conservar una selva cuya necesidad de salvación no comprenden, para financiar el desarrollo de un pueblo cuya miseria aparentemente no les concierne?

Ciertamente, los poderes políticos existentes no parecen adecuados para resolver problemas como éste: problemas *de la humanidad como tal*. Tampoco se han constituido para ello, sino para el gobierno de Estados-Nación, en un proceso iniciado hace quinientos años⁹.

La urgencia de los nuevos *problemas de especie* vuelve especialmente delicado el tema de los instrumentos políticos de dominio: éste es el *tramo del laberinto de la acción social* sobre el que la intervención correctora de las personas está potencialmente más cargada de consecuencias. Pues el poder político es relativamente independiente de los mecanismos de cooperación interindividual que generan la problemática apuntada. Y aunque *la esfera pública* —la política— haya de ser modelada de nuevo necesariamente para adaptarla a la satisfacción de las necesidades básicas de la especie hoy no garantizadas, y aunque ello exija *un nuevo modo de hacer política*, nuevas instituciones y articulaciones sociales diferentes para intervenir sobre lo que nos es *común a todos, como especie*, ese ámbito, como tal, está abierto a la inserción de consciencia y voluntad transformadora en los procesos sociales. No tal como ahora es; sí como puede ser.

La ética de nuestro tiempo, de tomar en consideración el carácter social de sus problemas y de sus dificultades, se transmuta en una ética de lo que en una segunda postguerra mundial se llamó «el compromiso». Y la reflexión ética en una reflexión sobre *el compromiso*. Necesariamente distinta de las del pasado ya que sus problemas primordiales no son aquéllos.

Un proyecto moral, precisamente para ocuparse de asuntos que trascienden la ética individual, no puede cercenarse artificialmente de la política ni ésta es tolerable sin ética. Limitar los problemas éticos a asuntos domésticos, menores, es ignorar la realidad. Vivimos en un solo mundo; y,

9. El otro dispositivo social componedor de actividad, el mercado, no es adecuado para la solución de los problemas de nuevo tipo con que se enfrenta la humanidad, aunque sólo, obviamente, fuera por carecer de presencia en él las generaciones futuras.

como señalaba Einstein, no está demostrado que no haya que exterminar a la humanidad. Preservarla con el mundo es un *proyecto*. Su naturaleza ética tiene un referente político. Servirlo solicita la transmutación de la ceguera eurocéntrica en imaginación ético-política. Asunto quizá excesivo para gentes débiles, abrumadas por la cotidianidad. No ha de extrañarnos: el nuestro es uno de esos instantes de transición en que las viejas instituciones ya no sirven y la práctica sólo lo reconoce con titubeos.

Del suicidio en Roma

Derecho, moral y filosofía aristocráticas*

Por MONTSE NEBRERA

Barcelona

Creo que nadie pondrá en duda la magnitud política que, por encima incluso de la humana, reviste la cuestión del suicidio. Tal vez sí habrá algún disconforme con la separación tajante que establezco entre lo político (lo divino) y lo humano, pues imagino que es más fácil pensar en una relación de causa-efecto entre lo que ocurre en la vida y la cobertura que el poder le otorga, que concebir la existencia de los individuos como carente en sí misma de un valor natural y revestida sólo de aquél que al Estado interese para la consecución de sus fines. En cualquier caso, un abismo separa las concepciones morales y jurídicas (sean éstas relacionables o no) de los hombres de finales del siglo XX y las de aquellos otros que vivieron hacia el año cero de nuestra era, envueltos, para bien o para mal, en una mezcla de valores paganos y cristianos, y amparados por una filosofía de la vida que hoy quizá se nos antoje extraña, precisamente por no serlo.

Creo que tampoco será difícil aceptar que, como en cualquier otra época, también en Roma (la Roma de ese año cero) coexistían dos morales o mentalidades de las que incluso cabría predicar una cierta incomunicación, la moral plebeya y la moral aristocrática, pues, si los patricios fueron capaces, según deduce Von Ihering¹, de acuciar a los plebeyos con normas procedimentales distintas de las que a sí mismos se aplicaban, ¿qué no pensar del sistema de valores que les permitía legitimar tales actitudes? Es verdad que ello no implica que las acciones de los oprimidos no hubieran sido, caso de tener oportunidad, idénticas o semejantes, pero no es ésa la cuestión que nos incumbe ahora. En definitiva, si la pretensión es basarse en lo que dicen las fuentes jurídicas y literarias, deberemos tener en cuenta

* Agradezco a Antonio Priante sus sugerencias (prestadas sin saberlo él), su aporte documental y la amistad que ha propiciado ambas cosas.

1. Vid. VON IHERING, R.: *Bromas y veras de la ciencia jurídica* (1884), p. 196 de la edición de Civitas, Madrid, 1987.

que lo que en ellas se diga será, en la mayor parte de los casos, obra de aristócratas, pues el acceso del resto de los ciudadanos romanos a las cúpulas de la cultura era, por lo menos, muy difícil. Así que, aun en la hipótesis poco probable de que compartiesen una misma moral y que su Derecho y su filosofía fueran resultado de esa comunión, nada obsta para que el examen se circunscriba a lo que sí sabemos: que lo que se puede leer de ese pasado era asumido por aristócratas y que con su moral y su Derecho hemos de contar siempre para hablar de Roma.

Debo advertir que esto son sólo unas notas que, espero, sirvan para iniciar a otros en el fascinante tema del origen de los mitos, y en el del camino a seguir para su desenmascaramiento. No es tarea nueva, pero, a veces, los que estamos rodeados de libros viejos llenos de humedad y polvo allanamos caminos a la crítica, los cuales, por el enorme caudal de información existente, se tornan oscuros y dificultosos. El objetivo de estas páginas es cuestionar el carácter fundamental del valor «vida» en aquellos casos en que quien quiere morir no puede hacerlo por motivos impuestos desde fuera, analizando para ello el contrapunto de la reprobación jurídica y social del suicidio. Para la crítica nos bastan tres autores que están muertos hace veinte siglos: Cicerón, Séneca y Plinio el Joven. En la crónica institucional, el Digesto.

El problema inicial es tomar partido sobre el origen de la aversión (constatable en todas las culturas primitivas y en muchas de las actuales) hacia el suicidio. Sólo existen dos alternativas de explicación: la perspectiva sociológica (fundamentalmente durkheimiana) que habla de esa aversión como rasgo de sanidad social que los productos sociales como la religión y el Derecho se encargarían de perpetuar en cada generación; y la postura antropológica (en la tradición, por ejemplo, de Marvin Harris) que explicarían el fenómeno desde el primitivismo y los miedos atávicos, desde la incultura reflejada en la creencia en lo sobrenatural que supone la religión y que, con matices, impregna cada sistema jurídico. Ninguna de ellas es realmente una explicación científica, ya que no deducen de lugar alguno una hipótesis de corroboración científica, a pesar de que los estudios etnográficos y sociológicos actuales pretenden aportar datos estadísticos exhaustivos en que apoyarse.

Pero la aversión sí es constatable, y en la Roma arcaica encontramos literatura que sustenta esta afirmación, aunque extrañamente se hiciera distinción de gravedad entre las diversas formas de suicidio. Ello no implica, sin embargo, que no pudiera darse una discordancia entre la norma y la realidad social, del mismo modo que ocurrió durante la etapa del Barroco en España con las prácticas sexuales denominadas «contra natura», cuya persecución y castigo en muchos acusados del delito/pecado parecen ser indicio de la gran proliferación con que se dieron², a pesar de que

2. Esta idea fue apuntada por el Profesor Francisco Tomás y Valiente en el transcurso del seminario «Delito y pecado en la España del Barroco» que dirigió durante el verano de 1987 en el marco de las actividades que la Universidad Internacional Menéndez Pelayo realizó en el Palacio de la Magdalena de Santander y al cual tuve la oportunidad de asistir.

fueran reprobables, no sólo para el Derecho, sino también para la moral establecida «de puertas afuera». Así, Albert Bayet, en una monografía de 1922 sobre el suicidio y la moral, dice que las normas que regían el proceso de inhumación y, en general la convención religiosa (es decir, las prácticas que se consideraban necesarias para evitar la cólera divina), convención que es el antecedente de lo que todavía no podemos llamar «religión» por su falta de sistematicidad, serían el reflejo de una moral plebeya no compartida por los estratos cultural y socialmente más elevados de la población romana, los cuales producirían de ese modo un aparato institucional destinado de forma heterónoma a quienes lo recibirían y practicarían con agrado, idea ésta que participa, como puede verse, de la concepción unamuniana de la religión como droga del pueblo.

Sin embargo, el eco de la moral plebeya en las fuentes jurídicas es escaso. El carácter pragmático, tantas veces aludido, de la actividad jurídica romana parece haberles impulsado a ocuparse tan sólo de aquellos aspectos del suicidio que, trascendiendo la esfera puramente moral, afectarían de algún modo las instituciones y, al final, los intereses económicos de quienes las conforman. El fragmento de D. XV, 1, 9, 7 (Ulp. libro 29 ad edictum) es clarificador:

Si ipse seruus sese uulnerauit, non debet hoc damnum deducere, non magis si se occiderit uel praecipitauerit: *licet enim etiam seruis naturaliter in suum corpus saeuire*. sed si a se uulneratum seruum dominus curauerit, sumptum nomine debitorem eum domino puto effectum, quamquam, si aegrum eum curasset, rem suam potius egisset.

Del texto nos interesan dos cosas: en primer lugar, que, al decir que también está permitido a los esclavos «vengarse en su propio cuerpo», no está afirmando, como algunos han pensado, que los esclavos pueden ser maltratados por sí mismos del mismo modo que lo son por sus dueños, sino que, como éstos, aquéllos pueden lícitamente suicidarse o autolesionarse. En segundo lugar, que a Ulpiano jurista sólo le interesa el suicidio en su vertiente económica, es decir, en cuanto que fuente de perjuicio para los acreedores del peculio del esclavo, entre los cuales se encuentra el propio dueño. El suicidio del esclavo permite al dueño cobrarse su importe del peculio que él mismo le había asignado (y a pesar de que esa asignación deba ser considerada una mera ficción contable) sólo en aquellos casos en que aquél hubiese gastado dinero en curar al esclavo. Por tanto, tendrá preferencia sobre el resto de los acreedores sólo en casos en que el suicidio haya quedado en mera tentativa. La razón de esa circunstancial preferencia es seguramente que, aun reconociéndose que el dueño cura un «objeto propio», la curación del esclavo supone evitar el perjuicio económico que su muerte comportaría al resto de los acreedores. Ese es el único sentido del texto, y la aparente equiparación que Ulpiano realiza entre dueño y esclavo en el fragmento que he subrayado no es el reconocimiento al derecho de cualquier persona a disponer de su propia vida, ya que el esclavo no era persona en Roma. Se trata simplemente de la asunción de una realidad tangible: la posibilidad de que el esclavo se suicide y las consecuencias que ello puede comportar.

Este cariz económico de la escasa regulación que el suicidio tiene en el Derecho romano es aún más evidente en los casos en que el suicida sí es

ciudadano romano, y sus motivos (aparentes) para matarse han sido deudas por un montante que auguraba una condena de confiscación de los bienes. El título 21 del Libro XLVIII está rubricado «De bonis eorum, qui ante sententiam uel mortem sibi consciuerunt uel accusatorem corruerunt», por lo que debemos suponer que éste es el lugar donde más extensamente se establece la regulación jurídica de lo que atañe al suicidio. Pues bien, es precisamente aquí donde con mayor calor se hace hincapié en sus implicaciones económicas. El primer texto significativo es D. XLVIII, 21, 3, pr. (Marcianus, libro singulari de delatoribus):

Qui rei postulati uel qui in scelere deprehensi metu criminis imminentis mortem sibi consciuerunt, heredem non habent. Papinianus tamen libro sexto decimo digestorum responsorum ita scripsit, ut qui rei criminis non postulati manus sibi intulerint, bona eorum fisco non uindicentur: non enim facti sceleritatem esse obnoxiam, sed conscientiae metum in reo uelut confesso teneri placuit, ergo aut postulati esse debent aut in scelere deprehensi, ut, si se interfecerint, bona eorum confiscentur.

Fiel a la tradición griega de la lógica de enunciados, el texto describe el funcionamiento de un enunciado condicional, donde de $p \wedge q \rightarrow r$ no se deduce que $p \rightarrow r$, de modo que, sentado en la primera construcción gramatical que se confiscarán los bienes de todos aquellos suicidas acusados de delitos o sorprendidos en su comisión, explicitan en la segunda la necesidad de excluir de la situación antedicha a los suicidas que lo sean en cualquier otra circunstancia. La estructura de lo que se dice en el texto es, por tanto, $p \wedge q \rightarrow r$, seguido de $\neg p \wedge q \rightarrow \neg r$, porque la condición de suicida es necesaria pero no suficiente, es decir, que $r \rightarrow p$, pero $p \rightarrow r \vee \neg r$ (toda confiscación de bienes implica en este contexto un suicidio, pero no todo suicidio determina una confiscación de bienes).

Más adelante y en el mismo texto, la pena de confiscación se circunscribe aún más, pues se dice que sólo se aplicará a aquellos que, condenados, lo habrían sido a muerte o destierro. Pero no es tan interesante esto como la descripción que Marciano hace de aquellos otros motivos que pueden inducir al suicidio y que, citados a modo de ejemplo de los que son castigados por el Derecho, enumera así en el fragmento 4 de ese mismo parágrafo 3:

Si quis autem taedio uitae uel inpatientia doloris alicuius uel alio modo uitam finierit, succesorem habere.

Aburrimiento de vivir, intolerancia del dolor ajeno o cualquier otra razón. Las mismas expresiones se repiten en D. XXIX, 5, 1, 23, aunque encuadradas esta vez en el título referido a las personas cuyos testamentos no deben ser abiertos, para establecerse que en esos casos citados sí podrá abrirse, y no en cambio en aquellos casos en que el testador se hubiera suicidado por miedo a una acusación inminente. Es evidente que el efecto económico de la no apertura del testamento es semejante, cuando no idéntico, al de negarle heredero al suicida que lo es en esa circunstancia concreta.

Por su parte, D. XLIX, 14, 45, 2 (Paulus, libro quinto sententiarum) se refiere al momento en que se hará efectiva la actividad confiscatoria que procede en los casos mencionados:

Eius bona, qui sibi mortem conciuuit, non ante ad fiscum coguntur, quam prius constiterit, cuius criminis gratia manus sibi intulerit. eius bona, qui sibi ob aliquod admissum flagitium mortem consciuit et manus intulit, fisco uindicantur: quod si id taedio uitae aut pudoris aeris alieni uel ualetudinis alicuius impatientia admisit non inquietabuntur, sed suae successioni relinquuntur.

Que las motivaciones para el suicidio no acarreen una condena jurídica no determina la automática aprobación social de aquél, pero es un dato relevante a favor de una postura abierta por parte del poder político respecto al tema. La cuestión es indagar la causa de esa tolerancia, pues «a priori» no debe inducir a considerar el Derecho romano (de esa etapa) como un Derecho progresista y respetuoso de las facultades individuales. Antes debería sospecharse una escasa elaboración del aparato jurídico-público, ya que en aquellos casos en que quepa una vinculación entre el suicida y una condena que le hubiera sido impuesta, sí se producirán efectos negativos en su patrimonio. En cualquier caso, esos motivos lo son para «finire uitam», «sibi manum inferre», «mortem sibi conciscere»; nunca, como en la actualidad se expresa, para el «suicidio». Resulta interesante observar que, sea o no la tolerancia la razón por la que era permitido, lo cierto es que el suicidio era significado mediante multitud de expresiones, pero nunca con la palabra que, acuñada seguramente por el latín vulgar, pasó a las lenguas romances y es nuestra expresión abstracta para referir el hecho cuyas manifestaciones concretas eran lo único que interesaba al casuismo romano, tanto al jurídico, como incluso, según veremos, al filosófico³.

Ahora es imprescindible definir esos motivos de «suicidio tolerado» que aparecen en las fuentes, pero, ante el silencio que ofrecen al respecto, he creído conveniente acudir a los textos no jurídicos, en los cuales el Derecho y los demás lenguajes técnicos encontraban —como se encuentran hoy— sus fuentes léxicas e incluso las sintácticas, ya sea a través de la metáfora, ya sea, de forma directa, por la asimilación de situaciones entre la realidad y el ámbito específico de cada disciplina. Nos trasladamos, por tanto, desde el Derecho a la moral y la filosofía aristocráticas.

Cicerón y la huida hacia la inmortalidad

De Cicerón se dice que no fue original por mor de su eclecticismo. Con mayor exactitud cabría afirmar que, por lo menos en el ámbito filosófico, era un platónico disfrazado de escéptico, no concibiendo, porque no era concebible en la Antigüedad, que fuera necesario ser original en la exposición de problemas que, por afectar directamente al hombre, son tan viejos como él. En pocas palabras, Cicerón no creó una escuela nueva (si es que puede decirse siquiera que tuviera escuela) y ni falta que hacía.

3. La palabra «suicidio» es abstracción realizada sobre el pronombre de tercera persona en dativo «sui» y el verbo «caedo» que significa matar. El carácter transitivo que normalmente se atribuye a ese verbo no concuerda con el dativo del pronombre, lo cual apoya la hipótesis de su construcción fuera de la Antigüedad clásica. En ese sentido puede consultarse la monografía de MAROUZEAU: *La formation du latin littéraire*, París, 1941, en la que se desarrolla la idea del latín como una lengua poco abstracta por contraposición a otra más antigua, la griega, la cual se afirma más dotada para el lenguaje filosófico.

El escepticismo había sido una de las tres grandes corrientes filosóficas que surgieron durante la llamada etapa «helenística» del pensamiento griego, desarrollada en torno al siglo III a.C. Cicerón, tan acostumbrado a ser el centro del espectáculo durante sus actuaciones en el foro romano, se consideraba ligado intelectualmente a la concepción de la moral (pues en eso consistían el escepticismo, el estoicismo y el epicureísmo helenísticos) que con menos adeptos contaba en su tiempo, el siglo I a.C. En realidad, es la misma corriente que inspiró a Platón en su primera etapa, aquella en la que se percibe todavía el influjo de la doctrina socrática, sea o no cierto que Sócrates fuese una creación platónica. Y en la Nueva Academia, reme- do de la de Platón, es donde Cicerón aprendía retórica, declamación y leyes al tiempo que se iniciaba en el estudio de las matemáticas, el griego y... la filosofía. Aquellas tres son creaciones casi totalmente romanas. De éstas se dice que son un invento griego, por lo que poca originalidad podían mostrar los romanos ante actitudes que admiraban profundamente y cuyos trazos perviven hoy en nuestra cultura: sencillamente se dedicaron a imitarlos. Quizás esa humildad les permitió decir que nada nuevo existe bajo el sol y, sin embargo, les ayudó también a superar inconscientemente el «pecado» de mimetismo que cometían a sabiendas.

Como Platón, y éste a su vez con pitagóricos y órficos, Cicerón cree en la inmortalidad del alma y en su fusión con la divinidad, una vez liberada del cuerpo por la muerte. En muchos pasajes de su obra política encontramos reflejos de su aprobación del suicidio como refugio frente a los dolores insoportables:

«Sic urgentibus asperis et odiosis doloribus, si tanti sint, ut ferendi non sint, quo sit configiendum, tu vides» (*Tusculanorum Disputationum*, II, 28, 67).

No se refiere al tema de forma directa aunque la alusión («tu vides», «ya sabes») es obvia y muy acorde con el estilo insinuante que tanto éxito le reportaba en la práctica forense. Pero ¿qué «dolores» son éstos de los que «ya sabes» cuál es el único alivio? En algún otro lugar habla de ellos como de las «iniuriae fortunae» (*Tuscul.*, V- 41, 118), reveses de la fortuna que permiten a quien los padece el abandono definitivo. Pero curiosamente esta afirmación enlaza con la contraria, es decir, que Cicerón, como las fuentes jurídicas, habla de suicidios motivados, de suicidios causados por el dolor, mientras que afirma en varios lugares que no es lícito, ni aun al anciano, abandonar la vida «sin causa»:

«nec auidē adpetendum senibus nec sine causa deserendum sit» (*Cato Maior*, XX, 72)

y, en cualquier caso, sin contar con el permiso sobrenatural:

«uetatque Pythagoras iniussu imperatoris, id est dei, de praesidio et statione uitae decedere» (*Cato Maior*, XX, 73).

Pero la sofística que también impregnaba la primera etapa de la filosofía de Platón hace mella a su vez en la argumentación ciceroniana y, así, a las dos afirmaciones anteriores (es lícito el suicidio, pero no el inmotivado) añade un corolario o deducción: que quien encuentre el motivo, que ya no será tal, sino un mero pretexto, puede dejarse morir. Creo que esas expresiones son suficientes para comprender que en la concepción cicero-

niana del suicidio es imprescindible la existencia de una «causa moriendi», aunque ésta sea sólo aparente.

Pero la postura de Cicerón se desdibuja o, mejor, cobra otro sentido, cuando habla de los sujetos, pues afirma que el sabio, incluso cuando es feliz, a veces obra bien quitándose la vida, mientras que, para el necio, incluso desgraciado, lo conveniente suele ser conservarla:

«et sapientis esse aliquando officium excedere e vita, cum beatus sit, et stulti manere in vita, cum sit miser» (*De finibus bonorum et malorum*, III, 18, 60).

Del mismo modo que en los textos jurídicos afloraba una permisividad del suicidio motivado que no era aceptada por los estratos populares a los cuales se ofrecían normas inhumatorias y prácticas religiosas acordes con su mentalidad, en Cicerón se observa aún con más claridad el distinto tratamiento que considera apropiado para cada grupo social, ya que, evidentemente, sólo podía ser sabio quien tenía oportunidad de serlo, aunque ello no significase que todos los aristócratas fueran sabios y que no cupiese la posibilidad de que un plebeyo lo fuese.

Pero el sabio necesita también una causa justa para morir, según Cicerón, aunque ésta fuese más asequible, porque se justifica la «huida» de la vida en una incapacidad para adecuarse a la naturaleza y no en la mejor o peor conducta del sujeto, o en su posesión o carencia de felicidad:

«quam ob rem cum uitiorum ista uis non sit, ut causam afferant mortis uoluntariae, perspicuum est etiam stultorum, qui idem miseri sint, officium esse manere in uita. si sint in maiore parte rerum earum quam secundum naturam esse dicimus (...) qui pluribus naturalibus frui possint esse in uita manendum» (*De finibus*, III, 18, 61).

Séneca y la salida desde la dignidad

De Cicerón, el escéptico, a sus antípodas, Séneca, el estoico. El filósofo del hombre cuya concepción de la vida le permite afirmar que las mismas razones (aparentemente variadas, pero en el fondo igualmente vacías) existen para permanecer vivo o para suicidarse, y que, al haber un destino prefijado para cada cual, ninguna vida es corta y en todas se pierde mucho el tiempo. La conclusión es que, si «ubicumque desines, si bene desines, tota est» (*Epistulae morales ad Lucinium*, IX, 68, 4), «non enim uiuere bonum est, sed bene uiuere» (*op. cit.*, VIII, 60, 4); es decir, que, caso de encontrarnos viviendo abyecta o desagradablemente, es mejor dejar de vivir. Sólo asumiendo esa libertad de suicidarse se asume la vida, porque es el miedo a la muerte lo que nos hace esclavos de vivir.

«...patet exitus: si pugnare non uultis, licet fugere. Ideo ex omnibus rebus quas esse uobis necessarias uolui nihil feci facilius quam mori» (*De Providentia*, 6, 7).

Nada más fácil que morir. Así Séneca es, no tanto el contrapunto teórico al escepticismo ciceroniano, como una manera de ser consecuente con sus postulados. Parece como si fuese desgranando en sus escritos la premonición de su forma de «exire ex mundo», tan distinta de la de Cicerón, muerto, no por sus propias manos, sino por las de sus enemigos políticos; y, sin embargo, tan cercanas ambas por la asunción del destino

que ello significaba. Pero Séneca configura un dios aún más generoso que el de Cicerón, un dios al que no hay que dar razones, ni causas, porque la última y única justificación, necesaria y suficiente para el suicidio es la voluntad íntima de dejar de ser. Tal vez por su alejamiento de la práctica social y política que eran el contexto habitual de Cicerón, Séneca, arrojando la relación que le unía a la corte imperial, no exigía ya motivaciones, porque ninguna «causa moriendi» es más fútil que las que alientan la vida. Y, en esa tesitura, tampoco es lícito cuestionar el modo que cada cual elija para volver al lugar de donde vino, del mismo modo que podemos elegir el medio de locomoción que más nos interese:

«quemadmodum nauem eligam nauigaturus, et domum habitaturus sic mortem exiturus e uita» (*Epistulae morales ad Lucinium*, VIII, 60, 11).

No se puede establecer una relación de causa-efecto entre una cierta apología del suicidio y la negación de pervivencia de la propia individualidad personal tras la muerte. Coincidiendo con Cicerón, Séneca parece preferir pensar, sin embargo, en una fusión con la divinidad. Pero no está muy claro, porque dice «mors nos aut consumit aut exuit» (*Epistulae...*, XXIV, 18). Tal vez con ello esté diciendo que la muerte acaba absolutamente con todo, pero, en cualquier caso, ni el más allá de Cicerón ni el de Séneca están dotados de infierno. Por otra parte, si negase un después de la muerte, su coincidencia con Cicerón en afirmar que mejor que vivir es estar muerto y que el óptimo estado es no haber nacido, significaría en realidad una filosofía mucho más drástica que la ciceroniana, porque a Cicerón le queda el consuelo (gran consuelo, sin duda) de creer en la existencia de algo sustancial tras la muerte, mientras que Séneca opone el dolor-vida a la nada.

Pero, al concebir el suicidio como una salida y no como una huida del mundo, Séneca está marcando también una mínima limitación a aquél: el suicidio debe consistir siempre en un acto de libertad, epílogo de una vida que también lo sea, como se apuntó más arriba. Por tanto, quedan deslegitimados dos tipos de hombres:

— el suicida patológico que no sale de la vida, sino que huye a causa de esa pasión («libido moriendi») que alienta inconscientemente en todos los hombres y que se manifiesta en un «uitae non odium sed fastidium», hastío de la vida que produce náusea. Sin embargo, no sabemos si en este grupo no se hallaría el propio Séneca que afirma que, para vivir, hay tan superfluas razones como para morir;

— el hombre que se aferra cobardemente a la vida y que luego, al constatar su mortalidad por una enfermedad, pretende huir de ella suicidándose. Este es el grupo que más desprecio le produce:

«Decrepiti senes paucorum annorum accessionem uotis mendicant: minores natu se ipsos esse fingunt; mendacio sibi blandiuntur et tam libenter se fallunt quam si una fata decipiant. Iam uero cum illos aliqua imbecillitas mortalitatis admonuit, quemadmodum pauentes moriuntur, non tamquam exeant de uita sed tamquam extrahuntur (*De breuitate uitae*, 11, 1).

Esos esclavos de la vida lo son también de la muerte a la que se precipitan cuando, acuciados por la enfermedad, comprenden lo precedero de la vida. Un suicidio indigno no es permisible para Séneca, pero el límite

se encuentra ahora en el propio hombre, en los parámetros que le impone su moral. Nada más intuitivo que ligar esa moral autónoma con aquella heterónoma divina que imponía a Cicerón una conducta semejante.

Plinio el Joven y el acceso a la gloria

Y, al otro lado de Cicerón, Plinio el Joven quien, en absoluto preocupado por la posible inmortalidad del alma o por la dignidad en la vida y en la muerte, apunta todo su afán a la consecución de una gloria que permanezca para siempre. En ese contexto el suicidio no puede tener más significación que la de ser un instrumento para obtener la anhelada gloria. Ese aspecto se destaca en la correspondencia (consecuentemente más literaria que privada) que mantuvo con Trajano, emperador durante los años que cabalgan entre el siglo I y el II, y con quien Plinio compartió el consulado en el año 100. En sus cartas, y enmarcados en una magnífica crónica de la vida y la sociedad romanas de su tiempo, Plinio el Joven traza el retrato de algunos suicidios que, según sus propias palabras «quantum admirationis in animo meo tantum desiderii reliquit» (*Epistulae*, I, 12, 3). El «desiderium» (¿pesar por no atreverse él a hacer lo mismo?) y la «admiratio» que esos suicidios producen en Plinio son, a su vez, efecto de una concepción del suicidio como gesto valeroso. Los supuestos que relata son, en su mayoría, suicidios provocados por un dolor de vivir inaguantable. Así, relatando el suicidio de Cecina Paetus por la muerte de su hijo y ante la inminente de su moribundo marido a quien ofrece el cuchillo tras haberlo hundido en sus entrañas, Plinio dice:

«sed tamen ista facienti, ista dicenti gloria et aeternitatis ante oculos erat. Quo maius est sine praemio aeternitatis sine praemio gloriae abdere lacrimas, operire luctum, amissoque filio matrem adhuc agere» (*op. cit.*, III, 16, 6).

Valor-suicidio-gloria es, por tanto, la coordinada de la valoración del suicidio por Plinio quien, tal vez, se adivina incapaz de una proeza semejante, habida cuenta de su opulenta situación familiar. El talante de análisis ha cambiado totalmente: el siglo II, impregnado en sus inicios por una cierta (y, a la vez, incierta) consolidación del esplendor de Roma, no es momento de angustia existencial o de moral austera. El suicidio queda desvinculado de la perspectiva trascendente que había tenido en Cicerón, que tendrá en Séneca, y, con sentido práctico, es incorporado al manual del hombre glorioso.

Evidentemente tan sólo será gloria el suicidio «legal», el suicidio amparado por los motivos lícitos que, ahora sí, serán todos aquellos que no lleven aparejada por el Derecho una presunción «iuris et de iure» de culpabilidad. No es necesario que Plinio se remita a las fuentes, porque su descripción de los supuestos de suicidio tiene siempre ese componente público que en absoluto interesa a los dos moralistas: al estoico, por su desprecio del poder, al escéptico, por su idealismo político-cosmogónico.

* * *

Huida, salida, valor. Nada en los textos jurídicos apunta a una u otra de esas caracterizaciones del suicidio. Nada nos dicen, pero ninguna de ellas es incompatible, porque, en el Derecho romano, el límite al suicidio no existe. El límite lo es tan sólo al fraude económico que quien se suicida pueda producir con ello, lo que impide una consideración jurídica o extra-

jurídica de la vida como valor en sí misma. A la postre, ése es, sin duda, el mayor límite, pero casi no se advierte a simple vista.

No desearía que estos datos que he expuesto sobre el suicidio quedasen anclados en la noche de los tiempos, sino que incitasen al lector a preguntarse sobre la índole actual del tema. Recuérdese que hoy el Estado se rotula a sí mismo «Estado del bienestar», en una acepción que data tan sólo de mediados del siglo XX y que supone un aparato institucional encargado de velar por la mejora en las condiciones de vida de los individuos. Hay que pensar que ello convierte la vida en presupuesto imprescindible de una actuación política legitimada y, suponiendo la transparencia de dicha actividad, lo cierto es que flota en el ambiente una tácita reprobación social hacia el suicidio. Parece como si hoy tan sólo fueran lícitos (y piénsese que no digo «justos») los más drásticos modos de acabar con todo, y no porque ésas sí se acepten aquiescentemente, sino por la inevitabilidad de las mismas, pues nada puede decirse a quien ya está muerto, aunque el «buen padre de familia» sepa que no debe dejar deudas pendientes.

La llamada a la reflexión alcanza también a los casos en que quien quiere morir y no puede acabar con todo a causa de la postración consciente, no podrá encontrar lícitamente una mano que le «ayude», aunque tal vez sea sólo mientras la gran pirámide de la demografía no aparezca repleta de hombres y mujeres viejos. Parece que la idea es que «su espíritu es de todos» y que entre todos se decide el importe de la vida de cada uno. También en pro de esa cuantía variable, y mientras no haya un nuevo veneno que vender que tenga más valor que el valor-vida, se irá haciendo difícil un suicidio más lento entre nubes de humo o con alcohol innoble, sobre todo si se mantiene escasa la natalidad. La idea marxista de la mujer concebida como taller de reparaciones del capitalismo cobra así, tristemente, más sentido.

Tal vez es que la vida ha sido elevada de grado por decreto, sobre todo en el cumplir con las obligaciones de defensa del Estado, pues automutilarse para evitar hacerlo no es sólo reprobable, sino también afrentosamente delictivo. Y por decreto, digo, porque un Estado laico no puede pretender encontrar sus razones en un orden trascendente: el suicidio es hoy, como no lo fue en Roma, un pecado civil, en sí una cobardía, una deslealtad, un gesto insolidario que impregna incluso a quien no quiera participar del mito. Un abismo parece separarnos de Roma, lo dije más arriba. Entonces el cinismo estaba germinando y hoy, tal vez, a algunos se les torne pesada la carga responsable de ser siempre «sociales». La voz performativa que he entrecomillado nos llega de Aristóteles.

BIBLIOGRAFIA

Además de los libros citados en las notas y de las fuentes literarias en que se basa este estudio, puede consultarse, a modo de ejemplo, la siguiente bibliografía sobre el tema:

- BARBERO, M.: *El suicidio, problemática y valoración*, Madrid, 1966.
- BAYET, A.: *Le suicide et la morale*, París, 1922.
- CARO, E.: *El suicidio y la civilización*, Madrid, España Moderna, s.f.
- CROOK, J.: *Law and Life of Rome*, Cornell Univ. Press, 1967.
- CUMONT, F.: *After Life in Roman Paganism*, Nueva York, 1959.
- DURKHEIM, E.: *Le suicide, étude de sociologie*, París, Les belles lettres, 1922.
- ESCOHOTADO, A.: «Morirse en paz», *El País*, martes, 17 de mayo de 1988.
- HARRIS, M.: *El desarrollo de la teoría antropológica*, Madrid, Taurus, 1979.
- VEYNE, P.: «Suicide, fisc, esclavage, capital et droit romain», en *Latomus*, XL, 1981, Bruselas.

Violencia y racionalidad

Por URBANO FERRER SANTOS

Murcia

Cuando Aristóteles designa como violentos ($\beta\iota\alpha$) los comportamientos antinaturales, es coherente con su noción de *physis* como principio (*arché*) de reposo y movimiento. Lo natural no es sin más lo que de hecho acontece, sino lo conforme con lo que es a la vez la forma y el *telos* ínsitos en los distintos entes¹. Por el contrario, es forzado cuanto se opone a la dirección ideal asignada «por naturaleza». Lo natural significa, por tanto, también lo racional, previsible en sí mismo y armónico con las demás *naturalezas*, todas las cuales integran el Cosmos u orden constitutivo de la *Naturaleza*. La racionalidad natural no equivale, sin embargo, a la necesidad abstracta de la fórmula matemática, ni se resuelve en un juego mecánico de fuerzas. Para que se muestre como antítesis de lo violento ha de connotar la radicación en un sujeto que tiene por «propio» (*proprium*) el correspondiente desenvolvimiento; desde este punto de vista la violencia entraña la expropiación o enajenación de lo que previamente está provisto de una identidad.

El concepto de violencia se esclarece, así, desde sus opuestos: en tanto que anti-natural, tiene su origen fuera del agente que la padece y en contra de sus tendencias constitutivas; por contraposición a lo racional, no surge y se despliega según el logos, sino que aparece *ex abrupto* y carece de medida en su desarrollo (todo lo más es «explicable» por un objetivo más o menos utópico). Será al contraluz de lo natural y lo racional, en sus diferentes modos de articulación, como examinemos en el primer apartado los supuestos del acto de violencia. En un segundo lugar, la razón ilustrada nos propone unos criterios ético-políticos con carácter definitivo, desde los cuales medir los tipos de desviación que operan en los fenómenos violentos. Por último, nos detendremos en el curso histórico posterior, indagando cómo pudo ocurrir que, la Filosofía de la Ilustración desembocara en los sucesos revolucionarios que jalonan el siglo XIX.

1. ARISTÓTELES: *Física*, V, Cap. 6; *Ética Nic.*, III, 1, 1.110 b 15-17. Sobre la oposición entre lo natural y lo violento, SPAEMANN, R.: *Das Natürliche und das Vernünftige*, Piper, Munich, 1987, pp. 133-4 (existe traducción, Rialp, 1988).

1. *El fenómeno de la violencia y sus condiciones*

Según la distinción clásica entre actos elícitos e imperados, pertenecen a los segundos aquellos que, procediendo de la voluntad, no terminan en ella —en lo cual difieren de los elícitos—, sino que se prolongan en actos de otra potencia, la cual a su vez puede producir o no algún efecto fuera del agente (prometer, caminar, robar... son actos imperados transitivos, mientras que mirar o imaginar son inmanentes). De aquí que todo acto imperado tenga su origen en algún acto elícito (ya sea el desear, querer, consentir, esperar, etc.). Sin embargo, el acto cumplido por la voluntad puede relacionarse con el acto imperado como con su mero correlato intencional o bien como con aquello que lo termina. En el primer caso se encuentra el deseo, que, lejos de impulsar una realización, concluye en lo deseado en tanto que objeto (de aquí que conscientemente se pueda desear lo irreal e incluso lo imposible); por el contrario, el acto voluntario de querer prueba no sólo su eficacia, sino incluso su autenticidad como querer en los efectos externos al acto que origina: a diferencia del deseo, quiero A (hacer un viaje, por ejemplo) en la medida en que lo realizo en virtud de que lo quiero².

El acto elícito correspondiente, a la vez que apunta intencionalmente al acto imperado, no precisa de un tercero para causar el segundo, sino que por sí mismo desemboca en él; lo cual trae consigo que el acto primero de querer siga estando presente en sus efectos, no desapareciendo en ellos, ya que son una misma voluntad y un mismo querer los que los quieren y quieren su realización.

El acto elícito, por deberse a la naturaleza de la voluntad en tanto que curvada hacia el bien, no es susceptible de ser violentado, aunque sí influido indirectamente, por ejemplo a través del temor (que en casos extremos podría llegar a paralizar la voluntad). Puede, en cambio, ejercerse directamente violencia sobre los actos imperados, bien en la forma de provocarlos desde una voluntad ajena, bien en el modo más frecuente de impedirlos. ¿Cómo se presenta el acto desencadenado violentamente? ¿Cuáles de sus características inherentes le son sustraídas por efecto del acto violento?

Según la descripción de Kaulbach, la acción posee una configuración mundana espacial, así como una distensión temporal³. Lo primero se muestra en que el mundo es para el hombre su habitáculo natural e histórico, articulado según un conjunto de remitencias significativas. Mediante las diferencias especiales —lugares poblados/inhóspitos, lugares verdes/prohibidos...— se simboliza, más bien que una efectuación transformadora (*Bewirken*), una praxis comunitaria. La condición temporal de la acción por su parte, resulta de la intromisión del discurso práctico deliberativo y del hábito progresivamente consolidado, que redundan a su vez en la posición y movimiento corpóreos. En el primer sentido es violentada una acción cuando le es arrebatado su espacio significativo natural desde una

2. En este sentido los análisis de PFÄNDER, A.: *Fenomenología de la voluntad*, Revista de Occidente, Madrid, 1931, pp. 120-1.

3. KAULBACH, F.: *Einführung in die Philosophie des Handelns*, Darmstadt, 1982, pp. 34-50.

espontaneidad no arraigada en la naturaleza de la voluntad, sino puesta como puro comienzo. En el segundo sentido el violentar estriba en marcar a la acción desde fuera un *tempus* ajeno al requerido para que el sujeto pueda al fin atribuirse a sí mismo los efectos de su acción. En ambos casos se presenta como violencia la interrupción de las condiciones naturales de la acción voluntaria.

Pero la acción también forma parte de una configuración más amplia —manifiesta en la estructura objetivo-motivo—, sin cuya aceptación no puede ser realizada consciente y responsablemente, en la medida en que escaparían al control del sujeto las consecuencias de su realización. Es el caso del piloto del avión que, bajo la amenaza impuesta por los secuestradores, ha de desviar el rumbo. La violencia reside entonces en el desgarramiento de la voluntad, que decide en contra de su querer íntimo⁴. Lo que aquí es sustraído violentamente a la acción voluntaria es su motivación natural y propia, quedándole al agente tan sólo la ejecución de unos movimientos. A escala política la mayoría de edad en los ciudadanos trae consigo la capacidad de asumir los principios determinantes de las actuaciones legales; de otro modo apenas podría evitarse la violencia inferida por quienes monopolizan el poder de decidir últimamente sobre los afectados por aquellas decisiones.

Ciertamente, no es posible un conocimiento íntegro de la trama completa en que se insertan las acciones ni, por tanto, una previsión total de sus consecuencias. Es por lo que toda actuación requiere la delimitación previa del campo de responsabilidad que le concierne, bien atendiendo a la cualidad intrínseca especificadora de la acción, bien —si ello no es posible— fijándola institucionalmente⁵. Es justamente la violación del respeto hacia esos límites —imponiéndole otros— lo que identificamos como actitud violenta⁶.

Junto a las mencionadas características naturales, todo acto humano conlleva como rasgo *racional* la exigencia de una medida o criterio de regulación externo⁷. En contrapartida, la violencia es ciega, en sí misma incomprensible: el hombre violento ignora tanto adónde le llevará su actuación como el porqué de su suscitarse y de su irse acrecentando (ya que, aunque tenga una razón inicial, es típico de su decurso la pérdida de toda proporción con aquélla, revelándose, así, cada vez más inadecuada a su motivación). En la violencia se ha quebrado la comunicación interpersonal; más bien, se cierra sobre sí, incrementando progresivamente su radio de inconsistencia. De aquí que sea proclive a aparecer allí donde cada

4. SPAEMANN, R.: «Moral und Gewalt», incluido en *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, I, Rombach, Friburgo, 1972, pp. 215-242.

5. A este respecto SPAEMANN, «Los efectos secundarios como problema moral», incluido en *Crítica de las utopías políticas*, EUNSA, Pamplona, 1980, pp. 289-313.

6. En términos generales la violencia implica siempre la ausencia de algún género de respeto (BALLETOS, J.: «La violencia hoy: sus tipos, sus orígenes», en *Ética y política en la sociedad democrática*, Espasa-Calpe, Madrid, 1981, pp. 265-315).

7. Sobre los diversos aspectos de la medida en la acción y sus modos de violación, COTTA, S.: *Las raíces de la violencia*, EUNSA, Pamplona, 1987, pp. 109-143.

cual actúa sin tener en cuenta las intenciones de los demás para con él. Tal ocurre en las masas. Scheler ha puesto en relación los comportamientos en masa con el contagio afectivo: cuando éste se produce, deja de haber dirección intencional hacia el otro —a diferencia de lo que sucede en los movimientos afectivos de la simpatía y del amor— y participación en sus vivencias, análogamente a como la actuación masiva se caracteriza por la falta de diferenciación individual entre sus miembros⁸.

También se pone de relieve la no racionalidad del acto violento en su reducción a pura inmediatez, como lo expresa en especial la violencia lúdica. A diferencia de la actividad laboral, que es esencialmente continuada, los momentos dedicados al juego no guardan entre sí otra conexión que la que es establecida arbitrariamente. Por ello, la exaltación del juego a dimensión primordial del existir es violenta: trae consigo el desarraigo del instante, por cuanto «quiere» olvidar su anclaje en el pasado —en la naturaleza dada y vuelta hacia su origen— y su proyección hacia el futuro, que en tanto que anticipado delimita las posibilidades con que cuenta en el presente. Es una actitud que se refleja en la búsqueda de la gratificación momentánea del deseo, escatimadora del esfuerzo personal y del recogimiento sobre sí que da inicio a la acción responsable (según advirtiera Ricoeur, el acusativo pronominal en el «yo *me* decido» que precede a toda acción indica la imputación prerreflexiva que hace posible la atribución posterior de responsabilidad)⁹. Ha sido Nietzsche quien más gráficamente ha descrito el puro carácter de apariencialidad en que se esfuma la realidad en la violencia lúdica: la voluntad dominadora, violenta, es llevada por la corriente del tiempo al mero juego de construir —como quien levanta castillos en la arena para luego derribarlos—, lo cual vuelve ilusorio todo intento de dar sentido a lo que hace.

En conclusión, la violencia significa el uso desmedido de un poder, que tiene unos destinatarios pasivos. Tan irracional es en quien la ejerce, al actuar sin proporción, como en quien la padece, al «encontrarse» arrastrado por ella. Nos queda, pues, por examinar cómo se transforma el poder —supuesto en la violencia— en su uso ilegítimo. ¿Cómo diferenciar entre poder legítimo y violento? Puede entenderse tal planteamiento como exigiendo un criterio de legitimación para el poder que le sea externo; según ello, poder violento equivaldría a poder puro, sin refrendo legitimante. Pero también puede significarse con «poder legítimo» el ejercicio adecuado o coherente del poder, en tanto que capacidad, ya sea poseída u otorgada, de un ser que es por naturaleza racional; en tal caso es violento el poder desnaturalizado, que no se expresa en el modo propio de quien actualiza mediante él sus posibilidades; la violencia resulta ser, entonces, el poder abstraído de su meta, buscado y ejercido por sí mismo.

8. «En todos los casos de excitación de masas... es singularmente esta *reciprocidad del contagio* que va acumulándose lo que conduce al desbordamiento del movimiento colectivo emocional y al hecho peculiar de que la 'masa' en acción sea arrastrada tan fácilmente más allá de las intenciones de todos los individuos y haga cosas que nadie 'quiere' y de que nadie «responde» (SCHELER, M.: *Esencia y formas de la simpatía*, Losada, Buenos Aires 1957, p. 33).

9. RICOEUR, P.: *Le volontaire et l'involontaire*, Aubier, Montaigne 1963, p. 57 ss.

Considero que, lejos de ser excluyentes ambas perspectivas, se complementan recíprocamente. Pues se da violencia tanto si la pretensión de poder es arrogada *ex defectu tituli*, con base en su solo ejercicio, como si, supuesto el carácter debido del poder, el uso del mismo, con todo, no es congruente con su ordenación natural, volviéndose violento por su arbitrariedad. En otros términos: tomar una decisión es un signo de poder, que pone fin a los debates preparatorios, pero lo que importa saber es quién la toma y acerca de qué (*quaestio officii* o de competencia) tanto como hasta dónde llega la influencia de esa decisión (pertinencia de los efectos en los que el poder se reconoce).

Una primera aproximación es la que invoca para ambas legitimaciones el consenso de los destinatarios, ya explícita, ya tácitamente. Ello llegaría incluso a hacer del poder un ejercicio siempre provisional, destinado a su supresión (efectiva o cuando menos ideal) una vez que todos los ciudadanos articularan y armonizaran expresamente sus deseos, puesto que no se apela a un *quid iuris* para reivindicar el poder, sino al *factum* contingente de los deseos e intereses que comparecen en la comunicación libre de dominio¹⁰.

Cabe argüir que el consenso no es un hecho último que a su vez no implique instancias decisorias que lo orienten. ¿No es preciso recurrir a unas decisiones previas para fijar el orden de las cuestiones a tratar, para interpretar los intereses de quienes no pueden tomar parte en el debate o para establecer los mecanismos que habrán de operar en la representación de los intereses? Para que tales decisiones —ineludibles— sean violentas se precisa la voluntad de atentar contra un orden natural, que acaso no llega a ser expresado discursivamente¹¹. Por su parte, desde el punto de vista de la acción decidida, no es el lenguaje el que dota de racionalidad a la praxis, sino que ésta es dialógica por sí misma al crear situaciones que exigen respuestas y al desenvolverse en el marco de unas reglas vividas en común¹²; su falta de articulación lingüística no equivale, pues, sin más a la interrupción violenta del diálogo.

Bajo otro aspecto: ¿es la racionalidad que se manifiesta en el consenso alcanzada por medio del discurso, o no está más bien ya supuesta en él, que contribuiría a su alumbramiento? Bubner ha apuntado a que la racionalidad de la praxis no podría ser construida mediante el diálogo, por residir en él como un *a priori*¹³. Lejos de ser el sentido lo producido en la comunicación, es lo que pone a ésta en acción como su fin o motivo.

10. La comunicación libre de dominio se alcanza solamente, sin embargo, según Habermas, por la anticipación formal de un diálogo idealizado, que actúa como principio contrafáctico frente a los acuerdos fácticos («Der Universalitätsanspruch der Hermeneutik», en *Hermeneutik und Dialektik*, BUBNER (ed.), Mohr, Tübinga, 1970, pp. 73-104).

11. En este sentido, el consenso empírico no es bastante para su transformación en consenso racional, tanto la tesis platónica sobre la justicia como la distinción rousseauniana entre «volonté générale» y «volonté de tous», pese a sus innegables diferencias de principio, parten del «bien general o común», no resolviéndolo en el acuerdo táctico entre intereses antagónicos (SPAEMANN: «La utopía de la libertad frente a todo dominio», en *Crítica de las utopías...*, pp. 187-222).

12. KAULBACH: O. c., «Handeln als Selbstdialog und als Dialog mit anderen», pp. 147-152.

13. BUBNER, R.: *Handlung, Sprache und Vernunft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1982, pp. 52 ss.

El ejercicio no violento del poder se legitima desde la racionalidad de la decisión que lo antecede. Pero lo que funda tal carácter racional no estriba meramente en la corrección formal de los argumentos y contraargumentos que lo exponen, sino ante todo en el *sentido* intrínseco por el que se reconocen los derechos de los afectados hacia los que se orienta la atención del discurso. Históricamente, circunstancias como el arrumbamiento de un orden social caduco, la aparición de los absolutismos de Estado y la expansión de la libertad individual de mercado propiciaron a fines del siglo XVIII la invocación como irrenunciables de los derechos innatos. En tal situación el poder se sostiene moralmente como el gerente necesario del despliegue de los ya reconocidos derechos, en los que simultáneamente encuentra su límite¹⁴.

La Ilustración política, al poner en la dignidad del hombre la clave del nuevo orden, hace de los derechos —en los que la dignidad se expresa— la salvaguarda frente a los poderes sin freno. Los derechos humanos, la división de poderes y las Constituciones democráticas van a ser los puntales en que se asienten la libertad y seguridad civiles, garantizando, así, la forma no violenta de desempeño del poder¹⁵. La dignidad, en tanto que concepto situado en el cruce entre el ser y el deber, designa un *modo ético de ser* que es principio de exigencias jurídicas. No es otorgada por los ordenamientos particulares, pero sin ella perderían éstos su última razón de ser: la dignidad humana es el residuo intangible para la voluntad legisladora, cualquiera que sea la fundamentación que en concreto se dé a los diversos derechos¹⁶.

Los principios liberadores en la Ilustración

Examinaremos algunos aspectos de la racionalidad preconizada por la Ilustración que permitan desenmascarar el rostro irracional de la violencia. Ni una razón que sea sólo instrumental, encaminada a la eficiencia en los medios, ni una razón funcionalizada, que proporcione meras pautas intercambiables por los actores sociales, son en sí mismas completas y como tales bastantes para desterrar la violencia. La primera es relativa a los fines y pone en evidencia, por tanto, el grado de conciencia explícita de éstos, mientras que la insuficiencia de la segunda se manifiesta en lo que Goffmann ha denominado distancia de rol o no coincidencia entre el agente y su rol institucional, propia de la socialización secundaria. ¿Es posible algún modo de prevenir la violencia latente en el modelado esencialmente deficiente de ambos empleos de la razón? De otro modo la carencia de una inteligencia de los fines y la burocratización de la vida ciudadana, con

14. HÖFFE, O.: «Deberes y derechos de los hombres: un canje elemental», incluido en *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, Alfa, Barcelona, 1988, pp. 63-82.

15. KRIELE, M.: *Liberación e ilustración*, Herder, Barcelona, 1982. El autor señala el paso de la liberación «por medio de» el derecho a la «liberación del derecho y del poder» en lo que llama 2.ª Ilustración; en el segundo caso la libertad no es supuesto y fundamento de la liberación, sino presunto objetivo de un poder ilimitado.

16. SPAEMANN: «Über den Begriff der Menschenwürde», incluido en *Das Natürliche...*, pp. 77-106.

las desintegraciones psíquicas que comportan¹⁷, abonarían el terreno a las ideologías utópicas y violentas.

En el marco de los principios la Ilustración política se hace cargo de sendas deficiencias al introducir, por un lado, la racionalidad democrática operativa en el componente decisionista insoslayable que acompaña a las vigencias políticas¹⁸ y, por otro lado, al preservar el Estado constitucional al hombre de su funcionalización ante el auge de una civilización científico-técnica. La Ilustración del siglo XVIII irá abriendo paso al primado de la ley jurídica frente a la dominación, que desde Bacon se había presentado, con visos de exclusividad, como meta de la razón científica (saber para controlar); así, en Rousseau el enfrentamiento entre interés individual y poder coactivo, que había aparecido en pensadores anteriores, deja paso a la obediencia a la *volonté générale*, no impuesta por ningún particular¹⁹. Más nítida se había mostrado, sin embargo, la diferencia entre razón científica de lo universal y razón práctica de lo singular en la contraposición aristotélica entre ciencia y prudencia, reiteradamente retomada (valgan de ejemplos Cicerón, Vico, Gadamer...)²⁰.

El abandono posterior de la razón práctica por el positivismo habría de conllevar el decisionismo irracional (aunque paradójicamente pueda tratarse de una decisión no fundamentada a favor de la razón, como propugna el racionalismo crítico de Popper y Albert). La superación de las actitudes violentas será efectiva sólo desde la recuperación de la genuina razón práctica, en su versión a las situaciones plurales, no superponibles. Como la violencia es en sí misma prejurídica, la conciencia del respeto a la ley, flexible y modulada en su aplicación a la variedad de las situaciones, actúa como regla práctica, capaz de hacer frente a la violencia. Los derechos universales e inalienables que dimanarían de la naturaleza humana van a ser la fuente legitimadora que la Ilustración ofrece para instaurar el nuevo orden de relaciones pacíficas entre naciones soberanas.

Por otra parte, la confianza en la libertad y el progreso que caracterizan al pensamiento ilustrado permite interpretar las acciones humanas en sí mismas, desde sus principios racionales manifiestos y su voluntad de futuro. A esta actitud se habrían de oponer aquellas hermenéuticas que adoptan como clave estructuras inconscientes, distorsionantes del discurso pretendidamente racional. Frente a ello, hacer patentes las relaciones de dominación violenta trae consigo contar en el punto de partida con los criterios axiológico-racionales que legitiman la acción tanto en el orden de los fines como en los medios. Por el contrario, hacer de la praxis el origen del valor comporta la violencia de *no reparar en medios*.

Y, sin embargo, el racionalismo abstracto y matematizante que la Ilustración hereda del siglo anterior contiene gérmenes violentos al aplicarse

17. PINILLOS, J. L.: *Psicopatología de la vida urbana*, Espasa-Calpe, Madrid, 1977.

18. LÜBBE, H.: «Decisionismo: una teoría política comprometida», incluido en *Filosofía práctica y teoría de la historia*, Alfa, Barcelona, 1983, pp. 51-64.

19. CASSIRER, E.: *Filosofía de la Ilustración*, F.C.E., México, 1972, pp. 261-303.

20. El propio término «jurisprudencia» la muestra como forma de prudencia, no de ciencia de lo universal (KRIELE, M.: *Recht und praktische Vernunft*, Vandenhoeck, Gotinga, 1979, pp. 17 ss.).

al conjunto social y político, que no iban a tardar en manifestarse cuando el Régimen del Terror²¹. Lo cual ocurre siempre que se pretende imponer una idea preconcebida a la realidad²²; en este caso, hacer prevalecer lo uniforme sobre las fluctuaciones y heterogeneidades típicamente históricas, según recalcará el Romanticismo posterior.

Desarrollos posteriores

Empecemos advirtiendo como violenta la desfiguración objetivista de los nexos subjetivos estructurales del acto libre, como es la temporalidad (igual podríamos mencionar la corporeidad, el hábito o la solicitud por los demás). Pues con ello se reduce la actividad del sujeto a desencadenante de objetos programados, ajena a todo límite previo; el sujeto queda como un centro vacío, descentrado en su interior. Semejante absolutización del sujeto conduce paradójicamente a su disolución en el todo de las fuerzas ciegas y de los móviles inconscientes, por cuanto una libertad no anclada ni motivada lleva a la «sospecha» para con cualquier motivo expreso. Por lo que hace a la temporalidad, señalemos que, análogamente, la emancipación del sujeto respecto del tiempo fenomenológico e histórico, esencialmente variable, convierte a su actividad en puntual, y termina en el sometimiento de la voluntad al tiempo cósmico, que todo lo devora; Nietzsche lo expresará gráficamente al decir que la voluntad no puede querer hacia atrás. Como ha señalado Ricoeur²³, en el tiempo del Universo no hay propiamente presente, pasado ni futuro, ya que todos los instantes son homogéneos; frente al origen en presente del tiempo fenomenológico, que se bifurca en los tres éxtasis temporales —es un presente que retiene lo que acaba de ser y que se abre a lo que está todavía por llegar a ser—, se halla la uniformidad englobante del tiempo físico, que Aristóteles identifica con el número como medida.

¿Qué factores influyen en tales deformaciones objetivistas, origen de violencia?

Los focos violentos del pensamiento moderno y contemporáneo pueden concentrarse en la conversión de la subjetividad en individuo abstracto, parte de una colectividad, y en la ruptura entre la esfera de los intereses privados y la esfera de lo público, de tal modo que la implantación de los fines universales traiga consigo la abolición de lo particular.

Detengámonos en el primer punto. Salvo en algunos momentos excepcionales, en el mundo griego no se presenta todavía la disociación moderna entre el deber en general y los deberes cívicos particulares, ya que la

21. Cassirer ha puesto de manifiesto la uniformidad de la razón ilustrada, que sólo permite una historia cosmopolita (o. c., cap. V: «La conquista del mundo histórico»). Gadamer pretenderá con la historicidad de la razón hermenéutica cancelar la sima entre razón e historia, abierta por el racionalismo y la Ilustración, en la medida en que reducían la comprensión a la conciencia clara y distinta de la idea: «Para nosotros la razón sólo existe como real e histórica, esto es, la razón no es dueña de sí misma, sino que está siempre referida a lo dado en lo cual se ejerce» (*Verdad y método*, Sígueme, Salamanca, 1977, p. 343).

22. MARIAS, J.: *La España posible en tiempo de Carlos III*, Planeta, Barcelona, 1988 (Ensayo 1.º: «La cultura de la Ilustración»).

23. RICOEUR, P.: *Temps et récit*, III, Ed. du Seuil, París, 1985, pp. 158-9.

vida en la *polis* aparece como lo natural, no necesitando una justificación «ab extra» desde el deber. Las teorías ilustradas sobre el pacto, así como las formulaciones de los derechos de todo hombre, se hacen, en cambio, partiendo de la realidad de un sujeto que es capaz de contraer obligaciones; esta noción de «obligación» es de procedencia judeocristiana²⁴. Al prescindir, no obstante, la Ilustración del origen trascendente de la obligación (ligazón en razón del bien) y de los lazos tradicionales y sociales del sujeto, el paso siguiente va a ser replegar al individuo sobre sí mismo. El hueco de la libertad de asociación —excluida de las libertades fundamentales— será ocupado por las masas en estado de abandono y miseria, que amenazan con imponerse sobre las libertades proclamadas, haciendo de ellas un fuego fatuo o un verbalismo «ideológico». La necesidad se enfrenta a la libertad individual y se transforma en violenta.

Como ha mostrado Arendt²⁵, la Revolución francesa, a diferencia de la Revolución americana coetánea, fue arrollada por la cuestión social. La libertad queda aparcada bajo el imperio de las necesidades mínimas de los desheredados. Se establecen así los supuestos del segundo aspecto aludido. Pues la voluntad general unánime se sitúa en oposición a los intereses del particular. La unidad política se va a edificar sobre la violencia ante los fines individuales, al modo como Kant contaba con un antagonismo inconciliable entre las inclinaciones y el imperativo moral. Es una unidad que se constituye y crece pasionalmente frente a un enemigo potencial, a remolque de los acontecimientos violentos que protagonizan los jacobinos. Es a su vez una violencia encaminada a despojar a los hombres de su «persona» jurídica (la máscara pública), devolviéndoles a un pretendido estado natural utópico.

La conflictividad se instaura en las relaciones interhumanas cuando sus sujetos son individuos, sin vínculos previos, encadenados en una acción en común simplemente por la mediación de un objetivo a conseguir, el cual, cuando es un bien material escaso, no puede ser poseído en común. Es la situación expuesta por Sartre con tintes dramáticos. La pluralidad pasiva de los individuos en serie encuentra su aglutinante en la praxis, surgida por ejemplo del detonante de la toma de la Bastilla. Pero es una unidad insuficiente, amenazada por la disgregación tan pronto como cese la emergencia, pues son totalidades interiormente ahuecadas, destotalizadas. La solución que arbitra Sartre del grupo juramentado, ligado por el compromiso, sigue siendo precaria, ya que tiene su origen en el terror a la desintegración²⁶. Como se ha advertido en ocasiones, los ideales de igualdad y libertad se desvanecen y vuelven violentos sin su asiento en la fraternidad.

Si lo que destruye la violencia es la comunicación, en la aceptación en común de sus reglas, de modo inverso la suma de individuos propicia la

24. GILSON, E.: *El espíritu de la filosofía medieval*, Rialp, Madrid, 1981, p. 324.

25. ARENDT, H.: *Sobre la revolución*, Alianza Universidad, Madrid, 1988, cap. 2: «La cuestión social».

26. Ver en este sentido las observaciones de HURTADO BAUTISTA, M.: «Sobre derecho y violencia», en *Anales de la Universidad de Murcia*, XXXI (1972/3), pp. 28-31.

violencia con ocasión de sus varias interacciones²⁷. Ya en el plano de la percepción la mirada del otro descentra las significaciones mundanas que convergían en torno al yo, en una fuga incesante de los objetos, cuando se aísla a aquél en sí mismo. Análogamente, la mediación objetivadora a través de lo práctico-inerte, en lo cual los sujetos compiten, no basta por sí sola para la creación del espacio intersubjetivo del nosotros y, al aparecer cada miembro de la actuación conjunta como tercero observador de los demás, termina por volver a aquélla masiva y violenta.

27. Max Scheler pone en relación el comportamiento violento de los individuos masificados con la impredecibilidad de sus reacciones: «El que la libertad signifique precisamente la predictibilidad del individuo, la coerción, en cambio, la impredecibilidad, explica otro fenómeno: que el hombre como parte integrante de las masas, se torna cada vez más coercitivo e impredecible cuanto mayor es su integración en las mismas» («Fenomenología y Metafísica de la libertad», incluido en *Metafísica de la libertad*, Ed. Nova, Buenos Aires, 1960, p. 12).

¿Quién debe ocuparse de la Sociología del Derecho?

Por RAMON SORIANO

Sevilla

En 1976 (hace ya más de un decenio) la revista italiana *Sociologia del Diritto* se planteaba la necesidad y la ubicación de los estudios de Sociología del Derecho en los planes de estudios de las Facultades humanísticas (no solamente las Facultades de Derecho), a requerimientos de una propuesta de G. Tarello. La propuesta no pasó desapercibida, sino que dio lugar a un amplio y controvertido debate, en el que se trataba de dilucidar dos cuestiones primordiales: dónde ubicar la disciplina Sociología del Derecho y cómo efectuar su enseñanza e investigación. Pero, a pesar del calor de la polémica, nadie se planteó quién debía ocuparse de la Sociología del Derecho, es decir, qué clase de profesional debía encargarse de la docencia e investigación en esta especialidad (por supuesto, todos los intervinientes en el debate partían de un presupuesto: el carácter autónomo y sustantivo de la Sociología del Derecho como disciplina jurídica). Se daba por supuesto que la docencia de esta nueva disciplina universitaria correría a cargo de unos profesionales del Derecho «ad hoc», siendo atendida por profesores especialmente preparados al efecto, y que tendrían como objeto docente preferente la enseñanza de la Sociología del Derecho¹.

La polémica de 1976 recogía lo que ya era una realidad —o estaba comenzando a serlo— en los planes de estudios de las Universidades europeas: y así en Italia, Alemania o Francia, por poner ejemplos significativos, la Sociología del Derecho, incorporada a los cursos de las Facultades de Derecho, era enseñada por profesores de Sociología del Derecho ocupados autónoma y preferentemente en el cultivo de esta disciplina².

1. Cfr. *Sociologia del Diritto*, núm. 2, 1976, *passim*, donde aparecen las opiniones al respecto de los profesores de Sociología del Derecho de Italia: Bettini, Biancardi, Giumelli, Corsale, Cottino, Febbrajo, Ferrari, Lombardi, Maggioni, Marconi, Olgiati, Siena, Pocar, Resta, Ronfani, Savona, Siciliano, Tomeo y Villarolo.

2. Puede consultarse el cuadro de los centros docentes universitarios en los que se imparte la Sociología del Derecho y la plantilla de profesores encargados de su enseñanza en MAGGIONI, G.: *L'insegnamento della Sociologia del Diritto in Italia*, *Sociologia del Diritto*, núm. 2, 1976, pp. 125-135.

En España desgraciadamente y por las razones apuntadas en otro trabajo³, la Sociología del Derecho no forma parte de los planes de estudio de ninguna Facultad o centro docente humanista, incluyendo a las Facultades de Derecho, excepción hecha del caso insólito e inexplicable de la Facultad de Derecho de Sevilla, donde, «al menos», tiene la consideración de asignatura cuatrimestral y optativa en el quinto curso de la Licenciatura. Esta lamentable laguna justifica que nos cuestionemos, como hace el prof. R. Hernández Marín, si la Sociología del Derecho debe formar parte de la programación docente de las Facultades de Derecho, y, en caso afirmativo, quién debe impartirla.

Hernández Marín entiende que la Sociología del Derecho es algo más que una simple asignatura de un plan de estudios; incluso algo más que un curso o un ciclo de la Licenciatura en Derecho. A cada rama del ordenamiento jurídico le corresponde su sociología que debe ser abordada por los juristas dogmáticos respectivos de cada rama jurídica. «Lo procedente sería —afirma el autor— repartir dichos conocimientos sociológico-jurídicos en tantas ramas como disciplinas jurídicas. Y es el profesor que conoce y enseña el Derecho de seguros quien debería conocer y enseñar la Sociología del Derecho de seguros; quien conoce y enseña la Ley de Enjuiciamiento criminal quien debería conocer y enseñar la Sociología del proceso penal, etc.»⁴.

Creemos que la propuesta del prof. Hernández Marín —el desempeño docente de la Sociología del Derecho por los juristas dogmáticos en su parcela correspondiente de las ciencias jurídicas— sería una propuesta razonable y con visos de viabilidad, si no confluyeran negativamente una serie de circunstancias adversas que señalaré en los apartados siguientes. ¡Ojalá los juristas dogmáticos pudieran alcanzar con facilidad una formación parigual en Sociología y en Ciencias jurídicas, seguir sin problemas la evolución de ambas especialidades e incorporar a sus conocimientos los avances científicos que constantemente se producen en ambas materias! Si así fuera tales juristas podrían hacer sin problemas las sociologías de sus disciplinas científicas. ¿Es esto posible hoy día? Mucho nos tememos que no. La precariedad y las limitaciones de las condiciones subjetivas de los docentes-investigadores y la complejidad y riqueza de las ciencias jurídicas dogmáticas se unen y refuerzan recíprocamente para impedir que esta bien intencionada propuesta llegue a rendir sus frutos apetecidos.

Por el contrario estimamos que una serie de obstáculos, hoy día insalvables en el esquema docente y organizativo de nuestros centros universitarios, aconsejan que la Sociología del Derecho sea una especialidad estudiada y enseñada por unos profesionales del Derecho exclusivamente dedicados a ella; propuesta ésta que asimismo tendría la misma validez en otros esquemas y ámbitos de organización siguiendo la práctica de los

3. Cfr. nuestro trabajo *La Sociología del Derecho española y los poderes públicos: perspectivas de una futura y necesaria colaboración*, *Anuario de Sociología y Psicología jurídicas*, núm. 13, 1987, pp. 43-64.

4. Véase del autor el capítulo *Filosofía del Derecho* en el vol. col. *La enseñanza del Derecho* (Ferreiro-Miquel-Mir-Salvador Coderch, editores), Tecnos, Madrid, 1987, p. 98.

centros universitarios de otras latitudes. Resumimos, sin ánimo de agotar la relación de argumentos, las razones que nos llevan a sostener esta idea:

1. Los juristas formalistas tienen ya bastante que hacer con el grueso del programa de sus asignaturas cada vez más amplio e inalcanzable conforme aumenta el volumen institucional de las mismas. Encargarles que se ocupen además de las sociologías de tales asignaturas es probablemente exigirles demasiado. Todos sabemos que los programas de curso, normalmente explicados por un mismo profesor, suelen ser bastante amplios y son desarrollados durante todo un curso académico que comprende (más o menos) ocho meses, en contraste con la programación cuatrimestral o semestral imperante en otros sistemas docentes universitarios. Lentamente y en lugares minoritarios de nuestro mapa universitario se está promoviendo la explicación compartida de unos mismos programas por varios profesores (a veces por razones ajenas al mismo método de enseñanza). Pero aún sigue siendo predominante la idea de que la solución más idónea es la explicación de todo el programa de curso por un mismo profesor (menos problemas de organización docente, método más formativo para el profesor en cuestión, respeto a la autonomía docente...). Por otro lado, la diversificación de la enseñanza en dos supuestos (sí no son más) de dedicación docente —a tiempo completo y a tiempo parcial— aún limita más la dedicación de determinados profesores (normalmente los que ya han atesorado con anterioridad una buena formación en su disciplina) a las tareas de docencia e investigación. Precisamente en las Facultades de Derecho abunda más que en otras Facultades y centros universitarios el tipo de profesores a tiempo parcial por razón del atractivo ejercido por otras actividades profesionales en el ámbito de la práctica del Derecho.

En estas cuestiones, ¿cómo pretender que el docente tradicional de las Facultades de Derecho, habituado a tales usos y precedentes en la impartición de su asignatura, pueda atender además a la sociología de su especialidad?

2. Un cúmulo de precedentes al parecer inevitables unen sus fuerzas para convertir el curso académico normal en una sucesión de etapas irregulares en las que los períodos de impartición de la docencia se alternan con otros períodos de descanso para ejercitar el derecho de huelga, o celebrar las festividades de rigor, elegir representantes estudiantiles, de curso o claustro, o sindicales, etc., etc.; a lo que contribuye de vez en cuando el desalojo de las dependencias de la Facultad por el anunciado aviso de la carga explosiva. ¿Sería oportuno en estas circunstancias poner la Sociología del Derecho en manos de unos docentes agobiados ante la imposibilidad de explicar el programa ordinario de su asignatura?

3. La Sociología del Derecho es una ciencia jurídica nueva que en nuestro país no ha alcanzado todavía la institucionalización deseada y equivalente a la situación que disfruta en el resto de los países europeos. A. Febbrajo ha dibujado la evolución de la Sociología del Derecho hasta alcanzar su cualificación como ciencia jurídica en contraste con las ciencias jurídicas dogmáticas; una primera etapa en la que la Sociología del Derecho ha tenido que justificarse como ciencia *contraponiéndose* a las ciencias jurídicas tradicionales; una segunda fase de delimitación conceptual *yuxta-*

poniéndose a las demás ciencias jurídicas sobre la base de la aceptación de dos clases de saberes jurídicos separados; y una tercera etapa de plena consolidación científica *colaborando* en pie de igualdad con el resto de las ciencias jurídicas⁵. Claro es que A. Febbrajo está mirando a la situación de la Sociología del Derecho en Italia, que es donde ejerce su enseñanza. Pues en modo alguno es aplicable este razonamiento y etapas evolutivas a la situación de la Sociología del Derecho española de la que diríamos que *actualmente* se encuentra en el tránsito de la primera a la segunda de las fases señaladas por Febbrajo. La Sociología del Derecho española todavía tiene que justificarse como ciencia jurídica desvelando las lagunas e insuficiencias de las ciencias jurídicas dogmáticas y aclarando los beneficios derivados de los estudios sociológico-jurídicos incluso en favor de una mejor construcción de las instituciones del ordenamiento jurídico; todavía, aunque cada vez en menor medida, tiene que justificarse *oponiéndose* o *yuxtaponiéndose* a los saberes jurídicos tradicionales. No es ésta la idea que tienen todos los juristas de la Sociología del Derecho, pero sí es la idea predominante en buena parte de ellos. Si éstos aceptan la validez científica de la Sociología del Derecho, en el mejor de los casos, no admiten de igual manera que sea ésta una ciencia del Derecho de la misma relevancia y del mismo rigor científico que el resto de las ciencias jurídicas dogmáticas. La tercera etapa de Febbrajo, que es la alcanzada por la Sociología del Derecho en Italia, aún está lejos en nuestros lares.

Todavía podemos constatar cómo la Sociología del Derecho despierta ideas encontradas, distintas e incluso contradictorias, en nuestros medios intelectuales; no faltan quienes le achacan algunas deficiencias ya superadas en otros lugares: escaso rigor científico, especialidad propia de los sociólogos y no de los juristas, contenido temático inconsistente o ciencia por hacer en el futuro, instrumento o método de aplicación de las ciencias dogmáticas (de aplicación, no de conocimiento)... Se trata en buena parte de ideas irreflexivas y ligeras o desprovistas de un conocimiento adecuado del *status* y alcance de esta disciplina. Pero son ideas reales de las que se desprenden actitudes concretas. Otras veces no se trata de simples ideas o actitudes, sino de posiciones dimanantes de un cálculo de intereses venido de fuera o dentro de los muros de nuestras Facultades, de quienes ven en la Sociología del Derecho un huésped molesto, cuando no un hipotético y futuro enemigo para los saberes sólidos de las ciencias jurídicas dogmáticas⁶.

Nos atreveríamos a sostener que estas apreciaciones nada favorables a la implantación de la Sociología del Derecho en nuestros centros universitarios como una ciencia jurídica sólida, autónoma e interrelacionada con

5. FEBBRAJO, A.: *Per una Sociologia del Diritto critica*, *Sociologia del Diritto*, núm. 1, 1975, pp. 234-238.

6. Este recelo hacia la Sociología del Derecho ha sido advertido por una persona tan poco sospechosa como el eclesiasticista A. Reina, quien habla de la existencia de razones científicas, históricas, ideológicas y políticas contra la aceptación de la Sociología del Derecho, aun cuando sólo sea como ciencia auxiliar de las ciencias formalistas del Derecho, y, entre ellas, del Derecho eclesiástico. Cfr. su trabajo *Cuestiones acerca de la aplicación del método sociológico al Derecho eclesiástico español*, *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca*, núm. 4, 1983, p. 72.

las demás ciencias jurídicas en pie de igualdad no están ausentes del espíritu de cierto número de colegas que imparten enseñanza en las Facultades de Derecho en España. Es el resultado que se deduce del análisis de datos de una encuesta pasada a docentes de la Comunidad Autónoma andaluza en vías de publicación, y que creemos admite ser extrapolado a otras comunidades de nuestro país. La pregunta es obvia: ¿cómo encomendar la explicación de la Sociología del Derecho a los actuales profesionales de la enseñanza del Derecho cuando la Sociología del Derecho como disciplina científica provoca opiniones tan desfavorables?

4. Hoy día la enseñanza de la Sociología del Derecho, allí donde está implantada como asignatura del plan de estudios, comprende una parte especial referente a las sociologías particulares de las distintas especialidades del Derecho positivo, que en algunos casos es reducida en comparación con otros apartados del programa de curso, y que, en otros, es desarrollada bajo la forma de seminarios, grupos de trabajo u otros métodos docentes más apropiados para captar el estado de la investigación en estas materias sometidas al dinamismo y a la criba de nuevos y constantes trabajos de carácter empírico. Puede observarse asimismo cómo las obras generales y manuales de Sociología del Derecho dedican a esta parte especial un apartado, necesariamente siempre abierto, en conjunción con otros apartados de la especialidad: delimitación conceptual de la disciplina (concepto, temas, caracteres, relaciones con ciencias jurídicas similares), el Derecho y los órdenes normativos del comportamiento social (Derecho, Moral, Usos sociales...), temas generales de la Sociología del Derecho que atañen a todas las ramas del ordenamiento jurídico (funciones sociales del Derecho, eficacia social del Derecho y causas de la misma, ineficacia y remedios de orden jurídico y extrajurídico...), Derecho y sistemas sociales (desde apreciaciones generales y abstractas a los sistemas de Derecho propios de las sociedades marginadas y de las subculturas), presupuestos históricos de la Sociología del Derecho (campo en el que se ha producido un enorme enriquecimiento con las aportaciones de los sociólogos del Derecho a partir del siglo XIX hasta el punto de que la Sociología del Derecho tiene ya su propia historia independiente de la Filosofía del Derecho y de la Sociología general, sus madres científicas), metodología de la Sociología del Derecho (incluyendo los métodos generales de la Sociología y los específicos de la Sociología del Derecho)...⁷. La Sociología del Derecho es, pues, algo más que la sociología de las ramas del ordenamiento jurídico y exige consecuentemente en sus cultivadores, docentes e investigadores, una preparación a fondo en una serie de materias que poco tienen que ver

7. Como botón de muestra de este ancho campo temático de la Sociología del Derecho, interaccionados entre sí, incluyendo una parte general (que todos los sociólogos del Derecho deben conocer) y una parte especial o campo acotado de una especialización dentro de las sociologías del ordenamiento jurídico, cfr. las indicaciones temáticas de dos destacados sociólogos del Derecho contemporáneos pertenecientes a dos distintos sistemas de derecho: EVAN, W. en su Introducción *Some approaches to the Sociology of Law* (pp. 1-11) a la obra fundamental en la que escriben destacados sociólogos del Derecho *Law and Sociology. Exploratory essays*, The free press of Glencoe, New York, 1962; y REHBINDER, M.: *Rechtssoziologie*, Walter de Gruyter, Berlín - New York, 1977, pp. 42-45; hay traduc. cast. de ROBLES, G.: *Sociología del Derecho*, Ed. Pirámide, Madrid, 1981, pp. 54-58.

con el estudio de las instituciones del Derecho positivo. Antes presentábamos razones de orden circunstancial y subjetivo que no hacían aconsejables encomendar la Sociología del Derecho a los juristas dogmáticos de las Facultades humanísticas. Ahora aducimos razones quizás de mayor peso, pues son de índole interno de la especialidad mucho más difíciles de superar. Creemos que el jurista dogmático deseoso de hacer la sociología de su disciplina no puede prescindir de una preparación de los apartados indicados de la Sociología, que le exigiría una ocupación y dedicación tan intensas que al final se vería abocado a elegir entre la Dogmática jurídica o la Sociología del Derecho (siempre que no se trate de una mera incursión, a modo de aficionado, en la sociología de su especialidad y de una aproximación sociológica a la misma, que necesariamente estaría falta de profundidad e interrelaciones laterales con otros temas sociológico-jurídicos).

Por las mismas razones y *sensu contrario* estimamos que solamente un nuevo profesional de la docencia e investigación universitarias, como acontece en otros lugares fuera de nuestro país, el sociólogo del Derecho —no el civilista sociólogo, el procesalista-sociólogo, etc.— podría acumular con tiempo y provecho una adecuada formación de estos aspectos históricos, metodológicos, de carácter general, etc., de la Sociología del Derecho, para después abordar el estudio de la sociología de una ciencia jurídica dogmática de su preferencia. La Sociología del Derecho es hoy día mucho más que un apéndice de las ramas del ordenamiento jurídico o un aspecto desgranado de la Sociología general o de la Filosofía del Derecho (de la que dependió durante un tiempo y de la que aún sigue dependiendo en algunos lugares)⁸. No ya las sociologías de las ciencias jurídicas, sino incluso las sociologías de determinadas instituciones de tales ciencias del Derecho —v.gr. la sociología del Derecho de familia o la sociología del contrato— demandan una constante puesta al día de sus estudiosos en la investigación y la docencia de estas materias, estando al tanto de la extraordinaria producción bibliográfica que tiene lugar fuera de nuestras fronteras.

5. No estamos defendiendo aquí la figura de un sociólogo del Derecho universal, de un especialista en todas las ramas de la Sociología del Derecho, del Derecho público y del Derecho privado, porque esto sería tan descabellado como pretender que los juristas dogmáticos se ocupen de las sociologías de sus ciencias jurídicas (tesis que hemos discutido y criticado en apartados anteriores). Si un jurista dogmático no puede abar-

8. Es clara la dependencia de la Sociología del Derecho de la Sociología general en el aspecto metodológico hasta el punto de que aún hoy algunos sociólogos siguen considerando a la Sociología del Derecho como una parte de la Sociología general que se diferencia de otras sociologías particulares solamente por el campo temático al que se aplican los métodos generales de la Sociología. Por otro lado, las relaciones de la Sociología del Derecho respecto a la Filosofía del Derecho han sido desde una perspectiva histórica casi una relación filial de dependencia, no solamente desde el punto de vista de los contenidos temáticos (durante largo tiempo los temas teóricos de la Sociología del Derecho eran una matización y concreción de los temas generales de la Filosofía del Derecho), sino también en lo que respecta a los cultivadores de ambas ciencias (en Europa buena parte de los sociólogos del Derecho poseen una formación en ciencias filosófico-jurídicas y proceden de Departamentos universitarios dedicados al estudio y la investigación de la Filosofía del Derecho; en España los escasos puntos de interés por la Sociología del Derecho están conectados en su mayor parte con los Departamentos de Filosofía del Derecho).

car la sociología de su disciplina, por la misma razón cabría asegurar que menos un sociólogo del Derecho podría estar al tanto de todas o buena parte de las sociologías de las ciencias dogmáticas del Derecho. Esta idea está fuera de las capacidades humanas y del avance de los conocimientos científicos. Defendemos la idea de un nuevo profesional de la docencia e investigación universitaria, el sociólogo del Derecho, adiestrado en la historia, los métodos y los temas generales de su especialidad, y ocupado en el estudio de una rama o sector de las sociologías de las ciencias dogmáticas del Derecho. Esta misma es la imagen que nos ofrecen los sociólogos del Derecho de todas las latitudes. Así T. Rasehorn y R. Girtler son más especialmente sociólogos de los jueces y de la Administración de justicia; J. Carbonnier, sociólogo de las instituciones de Derecho privado; M. Cain, K. Kulcsar, sociólogos del conflicto y del proceso; P. S. Atiyah, sociólogo del contrato; V. Pocar, sociólogo del Derecho de familia; R. Abel y A. Tomasic, sociólogos de la profesión forense. En algunos casos, en función de las capacidades y de los intereses intelectuales concretos, determinados sociólogos del Derecho podrán abarcar más de una zona o campo de la sociología de las ciencias jurídicas dogmáticas, pero en cualquier caso nunca podrán dominar solventemente más allá de un sector concreto entre los muchos que en la actualidad ofrece la parte especial de la Sociología del Derecho.

Dicho de otra manera: no sólo carece de sentido que los juristas dogmáticos hagan la sociología de su especialidad científica, sino también que los sociólogos del Derecho, a título individual, se ocupen de todas o la mayor parte de las sociologías del ordenamiento jurídico. Un sociólogo del Derecho, educado y formado en ciencias sociológicas y jurídicas al mismo tiempo, se verá obligado a tomar partido por el cultivo de un sector o zona de la Sociología del Derecho, si no desea ser superado por el avance constante y la enorme producción bibliográfica de las sociologías particulares del ordenamiento jurídico. De manera que la ocupación cotidiana de los sociólogos del Derecho, siguiendo el ejemplo de los especialistas de otros lugares donde la Sociología del Derecho goza de una institucionalización docente e investigadora, sería la siguiente: estar especialmente al tanto de los estudios e investigaciones, teóricas y empíricas, del sector de la Sociología del Derecho de su preferencia y en el que se ha especializado (normalmente una rama del ordenamiento jurídico), proseguir su formación en las materias de la parte general de la Sociología del Derecho (singularmente: presupuestos conceptuales, presupuestos históricos, metodología de la investigación sociológica y materias generales de la Sociología del Derecho relativas a todas las ciencias jurídicas-dogmáticas, como son, v. gr., los problemas acerca de la eficacia social del Derecho, las funciones del Derecho en la sociedad, la posición del Derecho en los sistemas normativos, etc.), y seguir la evolución de la investigación de otros sectores de la Sociología del Derecho relacionados con su campo de investigación, dado el carácter acusadamente interdisciplinario de la Sociología del Derecho y las mutuas implicaciones del avance del conocimiento en las distintas sociologías del ordenamiento jurídico. Como se ve, una serie de tareas para llenar toda la jornada de trabajo de un nuevo especialista y docente en Derecho, el sociólogo del Derecho, que no gozará de tiempo suficiente

para añorar la ausencia de una dedicación a los temas de la ciencia jurídica dogmática .

6. Si la Sociología del Derecho fuera una ciencia jurídica monolítica y autónoma plenamente, sin dependencias e interrelaciones con otras ciencias sociales, quizás tuviera más sentido incluirla en el ámbito de trabajo de los juristas dogmáticos. Por el contrario se trata de una ciencia jurídica en interrelación con las ciencias jurídicas y con las ciencias sociales. La extraordinaria dimensión material y la dinámica plasticidad de esta especialidad aconseja que sea objeto de estudio por una especie de profesionales dedicados por entero al cultivo de sus temas. De manera que la formación relativamente difusa de estos profesionales, como corresponde a una especialidad de esta naturaleza, se centre en un campo de estudio acotado y delimitado por las materias que son específicas de la Sociología del Derecho. Caben señalar tres actitudes posibles del científico, cualquiera sea la ciencia que cultive: apertura del científico a la evolución de otras ciencias diferentes a la que es objeto de su atención, aceptación e interiorización por parte del científico de los métodos de otras ciencias distintas a la suya, en la medida de lo posible y en cuanto exista una interacción entre los métodos propios y los métodos ajenos, y colaboración solidaria y complementaria con otros científicos que cultivan ciencias de alguna manera relacionadas entre sí.

El primer nivel o plano no supone sino una actitud subjetiva abierta del científico, que no desea encerrarse en el estudio de su ciencia particular, sino que lanza su mirada a la evolución de otros saberes; el móvil reside en la necesidad de adaptarse al cambio científico, en el temor de permanecer dentro de unos temas que quizás pudieran quedar obsoletos, si no reciben la implementación y el reciclaje de las influencias de otras ciencias. El científico en este supuesto no sale de sí mismo, sigue trabajando aisladamente, pero conectado con la marcha de las ciencias en general y singularmente de aquellas conexas a la suya; no se limita a la indagación bibliográfica y metodológica de su ciencia, sino que intenta conocer, aunque sea a modo de líneas generales, la evolución de otras ciencias cuyo conocimiento pueda ayudar al mejor conocimiento de la suya propia. El segundo plano supone un paso más, ya que no sólo representa una actitud de apertura, sino la incorporación de métodos de otras ciencias, si bien esta adaptación de métodos ajenos se hace todavía en el trabajo aislado e individualizado del científico; las ciencias sociales en general son agrupables por familias científicas; el grado de interacción de determinadas familias puede llegar al punto de exigir la adopción de unos mismos métodos; los científicos en cuestión no salen de sus círculos de materias de estudio, de su radio de acción y trabajo, pero hacen uso de métodos comunes a otros científicos. El tercer plano es el de la plena interdisciplinariedad, pues no se trata de actitudes abiertas o de incorporación de métodos y técnicas, sin moverse del propio lugar y hábitos de trabajo, sino de programar conjuntamente con otros científicos una serie de trabajos colectivos en una constante comunicación y verificación de conocimientos, hipótesis y resultados.

Qué duda cabe que la Sociología del Derecho como disciplina puente entre la Sociología y el Derecho exige en sus cultivadores la tercera actitud científica indicada, lo que obliga al sociólogo del Derecho a estar en con-

tacto directo y constante con la evolución de las ciencias sociales no en una simple actitud contemplativa y receptiva, sino activa y asimiladora de cuanto pueda influir positivamente en los temas de su investigación. El sociólogo del Derecho está obligado a convertirse por definición y por la naturaleza de su especialidad en el científico del Derecho más abierto a las corrientes epistemológicas y al análisis de los nuevos campos temáticos de las ciencias sociales. Está obligado a observar una actitud vigilante y circunspecta, y a estar al día de los avances que se producen en distintas especialidades conexas. Dicho de otra manera, está obligado a convertirse en un profesional en exclusiva de la Sociología del Derecho, dado el extraordinario cúmulo de conocimientos que debe atesorar y reciclar, si quiere que su trabajo sea relevante y eficaz, y dadas las diversas perspectivas metodológicas y temáticas en las que debe situar su investigación dentro del marco de una actitud científica abierta, que le lleve a programar trabajos comunes con otros científicos de especialidades conexas. Ni un sociólogo general, ni un jurista dogmático están llamados a convertirse, *además*, en los sociólogos del Derecho que demandan los nuevos tiempos. Sencillamente porque no se puede repicar y cantar misa al unísono.

Tratando el tema de la interdisciplinariedad, el mismo R. Treves aludía a la conveniencia de una colaboración entre juristas y sociólogos, cada uno aportando sus propios conocimientos, experiencias y puntos de vista, porque unos y otros no pueden desprenderse de su mentalidad, aunque atesoren por separado una amplia preparación técnica en ambos campos del Derecho y de la Sociología. Recojo las palabras de R. Treves al respecto: «He dicho que el encuentro entre estudiosos de tipo distinto es preferible a la hipótesis de la doble preparación, porque esta hipótesis no puede nunca realizarse de manera completa en cuanto que, si bien es posible encontrar un estudioso que haya logrado alcanzar una preparación técnica de igual nivel en el campo del derecho y en el de la sociología, es prácticamente muy difícil encontrar un estudioso en el que las dos mentalidades, la del sociólogo y la del jurista, estén conjuntamente fundidas de manera completa. Se trata, efectivamente, de mentalidades que son por naturaleza profundamente distintas, y que como tales crean dificultades no superables fácilmente por una eficaz y fecunda colaboración interdisciplinar»⁹. Al parecer de este autor, tal como se deduce de sus palabras, no es nada aceptable la idea de un jurista-sociólogo, de una persona que conjuntamente desarrolle ambas funciones, o, dicho de otra manera, que el jurista dogmático se encargue de hacer la sociología de su propia ciencia jurídica. Si hay dificultades en la colaboración de juristas y sociólogos para realizar un trabajo eficaz, no obstante la necesidad de la coparticipación de ambas clases de profesionales en una tarea colectiva, ¡cuánto más ineficaz será la labor de una persona que desee desempeñar, por sí misma, ambas funciones del jurista y del sociólogo, e incorporar las mentalidades de uno y otro!

9. Véase TREVES, R.: *Introducción a la Sociología del Derecho*, versión y nota preliminar de M. Atienza, Taurus, Madrid, 1978, p. 150.

IV
IN MEMORIAM

Miguel Sancho Izquierdo (1890-1988)

Por JUAN JOSE GIL CREMADES

Zaragoza

El 2 de diciembre de 1988 fallecía en Zaragoza Don Miguel Sancho Izquierdo. Catedrático de Derecho natural, desde 1920 hasta su jubilación en 1960, su longevidad casi centenaria ha hecho que continuara abierto, mientras viviera, un capítulo de la Filosofía del Derecho en España, cuando ya otros posteriores estaban a punto de cerrarse. Sus contemporáneos han desaparecido. De sus sucesores, quizá discípulos, nadie le sobrevive. Sigue entre nosotros uno de los colaboradores del *Homenaje* jubilar, a quien se encomendó en principio esta necrología, encargo que no ha podido llevarse a cabo. Como sucesor suyo en la cátedra zaragozana, si bien tras un paréntesis de catorce años, abierto y cerrado por razones que no han dejado de influir en la situación actual de la Filosofía del Derecho entre nosotros, asumo la tarea de escribir estas líneas. Fui además alumno suyo, y asistí a las clases de primer curso, en las que seguía fielmente el manual por él tempranamente elaborado. Un vínculo de paisanaje nos unía, si bien ese vínculo se hace frágil ante el lapso de medio siglo que separa los natalicios. Una patria —el espacio— es también el tiempo en que uno se mantiene erguido sobre ella.

Por eso, no sería aquí apropiado un elogio fúnebre, que buscara del lector robustecer un sentimiento común, ni tampoco un discurso edificante sobre el varón ilustre, hecho por alguien muy cercano. Motivado por el fin de una vida, voy a seguir haciendo, si bien sea en esbozo, lo que he hecho ya en otras ocasiones: historiar.

Sancho Izquierdo, aunque parezca indisolublemente unido a la cátedra zaragozana de Derecho natural, trasciende el localismo, y se proyecta en el ámbito nacional, siendo su biografía trasunto personal, desde su propio horizonte, de la historia española de este siglo. A esta altura del tiempo se ha detenido ya la memoria, y evocar no es baldío, sino necesario esfuerzo para entender a quienes nos precedieron, y para entendernos. De ahí que no crea inadecuado esbozar el esquema de un fragmento de capítulo de historia. Sus claves residen en la observación de que Sancho Izquierdo, al ejercer socialmente una actividad intelectual, presenta también una dimensión política, parcial sin duda, pero tan sometida a sobresaltos como la historia a bandazos de la España de este siglo. Además, desempeña pues-

tos relevantes en la estructura universitaria de su tiempo. Política nacional, política universitaria y su propio pensamiento se entrelazan, aunque aquí, y por ese orden de exposición, se distinguan.

La presentación de esas tres facetas ha de superar inicialmente las humildes apariencias. La apariencia de Sancho Izquierdo, objeto ya de humorística y perspicaz semblanza del cronista parlamentario Wenceslao Fernández Flórez, que se centraba en el color de su tez, su pelambarrera alborotada, sus cejas, su aire un tanto moruno, se convertía en virtud por el gracejo de su correligionario político e historiador, el sevillano Jesús Pabón¹. Se ha dicho certeramente, por un alumno suyo, luego catedrático, que su aspecto descuidado y desaliñado contrastaba con la riqueza de su alma². Cabría pensar incluso que la política de la insignificancia fuera cultivada por el propio Sancho Izquierdo, quien tímidamente entrecomilló sus *Memorias*, las ciñó al espacio quizá menos denso de su vida, y en las que calló elocuentemente. Lo engañoso de la apariencia, pues, nos dejaría perplejos al constatar, por ejemplo, el influjo ejercido por Sancho Izquierdo en las directrices del Consejo de Educación, o su presencia reiterada en tribunales de oposiciones a cátedras de diversas materias.

Comencemos ya, tal como se prometió, por su dimensión política. Sancho Izquierdo militó siempre en el campo del llamado «catolicismo social». En éste, inicialmente, muchos jóvenes eran políticamente seguidores de Antonio Maura, que hacían de él un mito precisamente en el momento en que se retiraba despechado de la política parlamentaria de la Restauración. Maura se convertía para sus partidarios en la ambivalente figura que predicaba un regeneracionismo desde arriba, al mismo tiempo que, pesimista, se desengañaba de tal posibilidad. Todo ello, a pesar suyo, constituía un caldo de cultivo del que pudo alimentarse la derecha política española en sus actitudes ante la crisis del parlamentarismo y la emergencia de los fascismos³. Esa juventud era el fruto, también, de la política de educación escolar confesional tan desarrollada en la Restauración, y que tenía como comparaciones negativas el laicismo de la III República francesa o el *Kulturkampf* alemán. Fruto de ese auge del catolicismo fue esa juventud que, mayoritariamente, sin añorar como los carlistas la monarquía de derecho divino, dejaba en un segundo plano los ideales liberales. La Iglesia, al pactar con la situación política establecida, sobre todo a partir del pontificado de León XIII, orientaba a sus fieles más bien a una «recristianización» de la sociedad, ya fuera de la vida política, la prensa, el mundo intelectual, el agrario o el industrial. Dadas esas circunstancias, no extraña que Sancho Izquierdo, en los primeros años de su actividad pública, se iniciara en el sindicalismo católico agrario —fiel a su origen, pues había

1. PABÓN, J.: *Palabras en la oposición*, Sevilla, 1935, p. 219 recoge las pronunciadas en un acto político de la CEDA: «Tal vez será pasión por lo propio; pero mi creencia es que tenemos todo lo mejor. Hasta en lo feo. Que no se haga ilusiones Samper. Ahí está nuestro Sancho Izquierdo».

2. CASTRO CALVO, J. M.: *Mi gente y mi tiempo*, prolog. de Carlos Seco, Zaragoza, 1968, p. 385.

3. Cfr. TUSELL, J. - AVILÉS, J.: *La derecha española contemporánea. Sus orígenes: el maurismo*, Madrid, 1986, sin mención de Sancho Izquierdo, pero sí de algunos del «Grupo de Zaragoza», como Salvador Minguijón o Genaro Poza.

nacido el 17 de junio de 1890 en Calanda (Teruel) —, o dirigiera un periódico confesional, o se integrara en la Asociación Católica Nacional de Jóvenes Propagandistas. Todo ello en el lustro largo inmediatamente anterior al golpe de Estado de Primo de Rivera.

Al mismo tiempo, desde esa misma óptica, se proyectaba políticamente, no sólo en su entorno adhiriéndose a posturas regionalistas, sino también hacia el ámbito nacional formando parte del grupo fundacional del Partido Social Popular. La política regional, espoleada por la fronteriza constitución de la Mancomunidad catalana, le llevó a estar, si no en los momentos iniciales, sí en los de mayor vitalidad de la efímera Unión Regionalista Aragonesa⁴. La dimensión nacional de su presencia política la obtuvo en el citado Partido, consciente de ser —y así lo ha confirmado la reciente historiografía— el primer intento de implantación en España de una «democracia cristiana»⁵.

La Dictadura, como hecho de fuerza, coacciona a los miembros de ese Partido a abandonar una consciente ambigüedad, y les obliga a decantarse ante el régimen liberal y, en algún caso incluso, frente a la Monarquía. El Partido Popular se escindió de resultados de ese proceso, y parte de sus efectivos, Sancho Izquierdo entre ellos, optó por la colaboración. En su caso, sin embargo, ésa no iría apenas más allá de la presencia, en razón de su sindicalismo agrario, en un organismo técnico.

La II República, que cogió por sorpresa al catolicismo político, supuso inicialmente la necesidad de elaborar y aceptar la tesis de la «indiferencia ante las formas de gobierno». Asimismo se adoptó una actitud defensiva, que tenía como meta rectificar la legislación republicana, no sólo en lo que se refiriera a las leyes laicas —muchas veces provocativas—, sino también en lo concerniente a las legislaciones agraria o laboral. Sancho Izquierdo estuvo desde el primer momento en la CEDA y formó parte de su Consejo nacional. En sus filas, fue elegido diputado a Cortes en las elecciones de 1933 y 1936.

La vivencia de ese proceso descrito quizá hiciera menos traumática la aceptación y el apoyo a la sublevación de julio de ese año clave. En razón de ello, colaboró en el Servicio de Prensa y Propaganda, dedicado a tareas de censura, pero también de formación de un estado de opinión acorde con el régimen político que se iba poco a poco implantando. El 19 de mayo de 1939, en un acto académico celebrado por la Universidad de Zaragoza, Sancho Izquierdo, siguiendo las tesis sostenidas por el dominicano A. G. Menéndez-Reigada, afirmó: «Todos estos derechos que España tenía, habían sido hollados. Con lo que, caduca por injusta y atentatoria a todos esos derechos, toda legalidad de orden positivo, reclamó su imperio la ley natural y surgió el *derecho de legítima defensa* que tienen los pueblos lo mismo que los individuos»⁶.

4. Cfr. MAINER, J. C.: *El aragonésismo político (1868-1936)*, «Sistema» 8 (1975) 57-71.

5. ALZAGA, O.: *La primera democracia cristiana en España*, Barcelona, 1973; TUSELL, J.: *Historia de la Democracia Cristiana en España*, vol. I, Madrid, 1974, pp. 104 ss., ambos con frecuentes alusiones a Sancho Izquierdo.

6. *Necesidad del Alzamiento Nacional y significación, en este orden, de la Victoria*, «Universidad» 16 (1939), p. 236. Cursiva del original.

Inicialmente, sin embargo, no fue fácil la integración del catolicismo social dentro de las tesis fascistas que otras fuerzas políticas aportaron en la configuración de la fisonomía política del régimen autoritario. El catolicismo social, que había fomentado los sindicatos confesionales de clase en las etapas de liberalismo político y económico, chocaba frontalmente con el intento de suprimir el derecho de asociación, puesto que los mentores del régimen naciente, llevados de mimetismo respecto de los fascismos establecidos, querían implantar desde el Estado un «sindicato vertical». Sin embargo, se pudo encontrar una base de entendimiento, que quizá supusiera una claudicación, pero que había sido facilitada por la ambivalente doctrina social, fundamentalmente, corporativista, expuesta en 1931 por Pío XI en la *Quadragesimo anno*. Sancho Izquierdo, mientras se discutía en esos meses de gestación el modo de organizar a obreros y campesinos, mantuvo la fórmula corporativa, mas al fin, «corporación» y «sindicato vertical» acabaron formando una figura híbrida, rasgo diferencial éste que permitiría una no prevista evolución política y social posterior⁷.

A partir de entonces, la actividad política de Sancho Izquierdo (Consejo de Educación, Cortes, etc.) se ejerció en razón de sus cargos académicos. Tras la desaparición del régimen, y ya en el ocaso de su vida, el Estado de las autonomías alentó un regionalismo impreciso, que podía hacer del veterano aragonés moderado su presidente honorífico.

Se acaba de aludir a la dimensión académica de Sancho Izquierdo, y ello nos obliga a reseñar ahora las estaciones básicas de ella. En parte está hecha ya esa semblanza⁸, por lo que bastan aquí unos trazos gruesos. Iniciados sus estudios en Zaragoza, los concluye necesariamente en Madrid con el doctorado en Derecho (1914) y en Filosofía y Letras (1915). En el joven doctorando no pesó en principio su profesor de Derecho natural en la licenciatura, Luis Mendizábal, empeñado precisamente esos años, tras una arbitrariedad administrativa y posterior sentencia del Tribunal Supremo, en lograr su traslado a Madrid, lo que fue realidad en 1917. Asimismo, su paso por la Central y la ocasión de matricularse en el curso de doctorado cuya cátedra detentaba Giner de los Ríos, no hizo sino consolidar sus precauciones frente al krausismo⁹. De hecho, su inicial actividad investigadora se centró en la Historia del Derecho, y, bajo la dirección de Rafael de Ureña, su tesis doctoral investigó un texto jurídico medieval. Auxiliar «inferior» en la Facultad de Zaragoza desde 1915 a 1919, y «temporal» en el curso 1919-1920, volcó en esos años más la atención en el Derecho canónico. Sin embargo, quizá el consejo de Mendizábal, con quien estaba emparentado, así como la oportunidad de que por esos años estuviera precisamente vacante la cátedra de Derecho natural, le llevaron a opositar a la misma, obteniéndola el 26 de mayo de 1920. Desde esa fecha y hasta su jubilación en 1960 se sucedieron las generaciones de estudiantes

7. Cfr. MAYOR MARTÍNEZ, L.: *Ideologías dominantes en el Sindicato Vertical*, Madrid, 1972, con referencias a Sancho Izquierdo.

8. Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. de A.: *Perfil humano y académico del Profesor Sancho Izquierdo*, en *Homenaje* (cit. en bibliografía), pp. 11-28.

9. Cfr. sus propias observaciones al respecto en sus «Memorias» (citadas en bibliografía), pp. 91 s.

que iban agotando con cadencia las ediciones reiteradas de su manual. Sólo el período de diputado a Cortes en la II República, con su riguroso y honesto régimen de incompatibilidades, interrumpió, junto con la guerra, esos cuarenta años de profesorado. En la Facultad de Zaragoza de fines de la Dictadura y principios de la República coincidieron además en su Cátedra tres discípulos: Enrique Luño Peña, Luiz Legaz Lacambra y Rafael Pérez Blesa, quienes obtuvieron cátedra, durante la República los dos primeros, y el malogrado Pérez Blesa en los primeros compases del régimen de Franco.

En esa nueva situación política, Sancho Izquierdo fue sucesivamente Decano de la Facultad de Derecho (1939-1941) y Rector Magnífico (1941-1954). La aneja presencia en las Cortes, le hizo intervenir en la elaboración de la Ley de Ordenación Universitaria de 1943, así como de otras normas relativas a la enseñanza. Al dejar el Rectorado, dos Grandes Cruces —Mérito civil y Alfonso X— ornaban su toga, a la par que se le nombraba consejero honorario de Educación. Tras jubilarse, aún ejerció la docencia en la Universidad Católica de Navarra, cuyas prensas siguieron editando su manual.

Esta breve noticia de la trayectoria académica de Sancho Izquierdo nos sitúa ya a las puertas del último y más difícil empeño: trazar, aunque sea de modo sucinto, su figura intelectual. Ocasionalmente y quizá con premuras ya se hicieron balances de su actividad como historiador y como filósofo del Derecho¹⁰. Más interés encierran las opiniones emitidas —no muy abundantes, por cierto— por quienes estuvieron cerca de él o fueron colegas suyos. En 1946 Luis Legaz Lacambra, al hacer una crónica sobre la situación de la Filosofía jurídica en la España de la época, detecta «un claro renacer del jusnaturalismo católico» y «en unos casos, éste se reviste de la forma tradicional recibida en los tratados escolásticos del Derecho natural..., a los que se suma el muy reciente de Miguel Sancho Izquierdo, plenamente encajado en esta dirección y muy válido desde el punto de vista didáctico y pedagógico»¹¹. En la polémica contestación que a ese balance hará poco después Francisco Elías de Tejada, preterido precisamente en las oposiciones a cátedra ganadas por Pérez Blesa, se encuentra este juicio nada inocuo: «Otro maestro, Miguel Sancho Izquierdo, ha incidido en la misma línea (noescolástica) en sus *Principios de Derecho natural como introducción al estudio del Derecho*, obra de alcances didácticos y clara exposición, bien que no ofrezca el rigor exacto del método que campea en la *Filosofía moral* del padre Gabino Márquez, ni sea de aplaudir lo limitado de la bibliografía manejada. Neoescolástico en todo, Sancho Izquierdo sigue las enseñanzas de su maestro Luis Mendizábal Martín, a quien además dedica el libro. Y así la teoría de la norma jurídica está desarrollada a tenor de la clasificación escolástica de las leyes, y aun éstas

10. ORLANDIS ROVIRA, J.: *Don Miguel Sancho Izquierdo, historiador*, en *Homenaje*, cit., pp. 29-32; LUÑO PEÑA, E.: *La filosofía jurídica y social del Profesor Sancho Izquierdo*, *Ibidem*, pp. 21-28.

11. LEGAZ Y LACAMBRA, L.: *Situación presente de la filosofía jurídica en España*, «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra» 22 (1946) 381-425. Cito por la separata, p. 37.

se analizan después de haber resuelto las cuestiones previas usuales en la Escuela: orden moral, libertad humana, imputabilidad y estimativa de la justicia»¹².

Como en casi todo juicio, en éste no es diáfano el contexto. Ser neoescolástico de estricta observancia es en la España y en la Universidad de los años 40 una condición ineludible. Cualquier sombra de duda a este respecto no deja de tener consecuencias académicas. Por eso, las alusiones de Elías de Tejada están en la línea de las querellas internas sobre quién encarna la estricta ortodoxia, sin veleidades. Luis Mendizábal, a este propósito, había sido uno de los neoescolásticos más valiosos, junto con Rodríguez de Cepeda, que en la Universidad de la Restauración habían ocupado las cátedras de una disciplina, que había sido otrora patrimonio de los krausistas. Ningún lunar, por tanto, en esa ascendencia. Pero la última edición de su *Tratado de Derecho natural* había sido corregida por su hijo Alfredo, Catedrático de Oviedo, en la línea de un moderno catolicismo representado por Jacques Maritain. Posteriormente, y desde tal catolicismo, Alfredo Mendizábal, como ya hemos reseñado en otra ocasión, condenaría la represión en la revolución de octubre de 1934 y la sublevación de 1936, así como su valoración como «cruzada», eso ya en el exilio, y una vez desposeído de su cátedra. Ese desliz, que sus colegas católicos de la España de Franco no dejaron de señalar¹³, le hacía objeto de precauciones, que podían afectar al venerable mentor de Sancho Izquierdo.

Igualmente, la mención del jesuita Gabino Márquez no se hacía a humo de pajas y sin mentalidad de «cordón sanitario», dominante entonces. El Padre Márquez, en sus clases, había puesto en guardia ante «una colección de libros que corren de mano en mano entre los estudiantes de las Universidades españolas», escritos por autores alemanes como Kant, Hegel, Stammler, Radbruch, Kelsen, Mayer, Reinach, Sternberg, así como por el italiano Del Vecchio —del que apostillará «ser judío, no sólo por el linaje, sino también por las ideas»—. Ante ese hecho alarmante, se imponía su refutación en nombre del «sistema jurídico-católico». También se denunciaba que detrás de esa «ofensiva» cultural desvelada, se encontraba el exiliado profesor español Luis Recasens Siches, así como un buen número de profesores que traducían o explicaban en sus clases a esos autores extranjeros: Legaz, Corts Grau, Truyol Serra, Galán y Gutiérrez, «católicos, por supuesto, y catedráticos de la Facultad de Derecho»¹⁴. Si bien esa atmósfera de terror intelectual, ya que el poder político y el académico

12. ELÍAS DE TEJADA, F.: *La filosofía jurídica en la España actual*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», jun.-sept. 1949. Cito por separata, p. 7.

13. El testimonio es, nada menos, que de LEGAZ, L.: «Maritain, en Francia, es el representante típico de esa actitud. Sobre este personalismo me he explicado en el núm. 3 de *Jerarquía*, en mi artículo *Sentido humanista del nacionalsindicalismo*. Semprún Gurrea y Alfredo Mendizábal son los corifeos españoles de esta tendencia; el último lo ha puesto de relieve por vez primera, 'democratizando', por su personal colaboración, la ideología del *Tratado de Derecho natural* de su padre, don Luis Mendizábal, en la última edición, 1928 y ss.» (en *Introducción a la teoría del Estado nacionalsindicalista*, Barcelona, 1940, pp. 27 y s., n. 3).

14. MÁRQUEZ, G.: *Los juristas alemanes al alcance de los estudiantes precedidos de El Sistema jurídico católico*, Madrid, 1950, pp. 5 s., 262 ss.

prestaban cuando les convenía oídos atentos a tales insinuaciones, no podía alcanzar a Sancho Izquierdo, sí podía herir a su entorno, más o menos próximo.

El significado intelectual de Sancho Izquierdo era, en todo caso, claro. En su formación, había partido de los expositores españoles del neotomismo italiano del siglo XIX. Entre ellos, quizá tenga menos peso en su obra el mismo Mendizábal, cuyo *Tratado* no coincide estructuralmente con los *Principios*, que el de los jesuitas Mendive y Ginebra, remozados por los tratados igualmente de clérigos como Cathrein, Leclercq o Valensin. Fruto de su confesionalidad, tan clericalmente tutelada en lo intelectual, como abierta a una proyección social en sus contenidos, aparecían claros los puntos de partida y de llegada de su pensamiento. Desde la solidez del tomismo, en esa versión decimonónica, todo lo demás se presentaba hostil. En los comienzos de su itinerario intelectual, la hostilidad tenía como objeto la presencia institucionista en la Universidad y en el Ministerio de Instrucción Pública. En esos años de formación y de consecución de su cátedra, el tema de esas oposiciones o el de las pensiones de la Junta de Ampliación de estudios debían ser objeto corriente de juicios más o menos fundados¹⁵. Luego, confrontará a Santo Tomás de Aquino —no siempre investigado de primera mano— con el neokantismo, que empieza a circular en España precisamente a través de los pensionistas de la Junta. Así estudiará a Stammler y, en menor medida, a Kelsen. Ahí se detendrá su curiosidad por las nuevas corrientes. Esa actitud —propia del militante católico de la época— se modificó en parte en la generación posterior. El acceso que en los años 20 y 30 pudieran hacer Recasens, Legaz o Corts —católicos igualmente militantes en sus mocedades— al encanto cultural de Ortega y Gasset, permitió la apertura de éstos y otros hombres al neokantismo, a la fenomenología, a la teoría de la institución o al existencialismo. Sin embargo, en la guerra de ideas, que también fue la guerra civil, la victoria había decantado como «sanas» o «nefastas» a unas u otras de esas posturas.

Quizá ahora se entiende mejor por qué al empezar a redactar estas líneas se advirtió que las tres facetas —política, académica e intelectual— de Sancho Izquierdo estuvieron íntimamente entrelazadas ya que, para bien o para mal, fue hombre de una pieza, y como tal hombre vivió con mayor o menor lucidez la época histórica, la circunstancia que le tocó en suerte o en desgracia. Por ello, si estamos ya ante una vida personal extinguida, también lo estamos ante un capítulo de nuestra historia intelectual, que quizá pertenezca ya al pasado, pero que importa no relegar al olvido.

15. Remito a sus impresiones sobre las oposiciones de otros, que se contienen en su colaboración en *Una poderosa fuerza secreta* (cit. en bibliografía). Observaciones críticas a los institucionistas se encontraban también en el discurso pronunciado al concederle la Universidad Católica de Navarra el doctorado «honoris causa».

BIBLIOGRAFIA DE MIGUEL SANCHO IZQUIERDO*

DERECHO NATURAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

- Programa para la enseñanza del Derecho Natural en la Universidad de Zaragoza*, Zaragoza, Estbl. Tip. G. Casañal, 1920, 39 pp.
- Introducción al estudio del Derecho Natural*, Zaragoza, La Editorial, 1921.
- Elementos de Derecho Natural. Programa*, Zaragoza, Tip. Berdejo Casañal, 1925, 29 pp.
- El «Derecho justo» de Stammler y la «Ley justa» de Santo Tomás. Los conceptos fundamentales de «lo justo» y «lo social» en la doctrina tomista. Fecundidad de la misma, «Universidad» 3 (1926) 99-127.
- Filosofía del Derecho. Memoria de un Curso C*, «Universidad» 6 (1929) 991-994.
- Filosofía del Derecho*. Explicaciones orales de Cátedra tomadas por un alumno y corregidas por el Profesor, Zaragoza, Federación Aragonesa de Estudiantes Católicos, s.a. (c. 1932).
- Tratado elemental de Filosofía del Derecho y Principios de Derecho Natural*, Zaragoza, Librería General, s.a. (1943) 344 pp.
- Suárez y la Filosofía del Derecho*, «Revista Nacional de Educación» 3 (1943).
- Principios de Derecho Natural como introducción al estudio del Derecho*, 3.^a ed., Zaragoza, Librería General, 1946, 330 pp.
- La equidad y el sentido natural en los Fueros*, «Anuario de Derecho Aragonés» 4 (1947) 7-20.
- Tratado elemental de Filosofía del Derecho y Principios de Derechos Natural*, 4.^a ed., Zaragoza, Librería General, 1950.
- El Derecho Natural en el ordenamiento jurídico aragonés*, en *Libro Homenaje a la memoria de don Juan Moneva*, Zaragoza, Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, 1954, pp. 119-130.
- Principios de Derecho Natural como introducción al estudio del Derecho*, 5.^a ed., Zaragoza, Librería General, 1955, 375 pp.
- Arte y Derecho*, «Temis» 2 (1957) 87-102.
- Apuntes de Filosofía del Derecho*, Zaragoza, El Noticiero, Cuaderno I, 1957, 46 pp., Cuaderno II, 1959, 48 pp.
- Mutabilidad e inmutabilidad del Derecho en Santo Tomás y en Suárez*, en *Estudios Jurídico-Sociales Homenaje al Profesor Luis Legaz Lacambra*, Santiago de Compostela, Universidad, 1960, pp. 433-449.
- En las bodas de plata de la Declaración universal de los Derechos del hombre*, Zaragoza, Real Sociedad Aragonesa de Amigos del País, 1964, 19 pp.
- Lecciones del Derecho Natural como una introducción al estudio del Derecho*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1966, 208 pp.
- Cicerón, filósofo del Derecho*, en *Homenaje al Profesor Sánchez del Río Peguero*, «Temis» 21 (1967) 35-40.
- El derecho al trabajo en la doctrina tradicional de los derechos del hombre*, en *Estudios en honor del Profesor Castán*, Pamplona, EUNSA, 1968, vol. V, pp. 573-585.

* No se incluyen escritos de temática literaria, religiosa o aragonesista.

Meditaciones sobre el trasplante de órganos desde el punto de vista del Derecho Natural, «Temis» 24 (1969) 1-7.

(Junto con HERVADA, J.): *Compendio de Derecho Natural*, 2 vols., Pamplona, EUNSA, 1980, 378 pp.

FILOSOFÍA SOCIAL Y POLÍTICA

(Junto con ALLUÉ SALVADOR, M.): *Un Curso de Economía y Hacienda*, Zaragoza, Industrias Gráficas Uriarte, 1922, 77 pp.

Notas sobre el origen y fundamento del derecho de propiedad, «Universidad» 4 (1927) 385-398.

La participación de beneficios, Asamblea de Cuestiones Sociales de Vitoria, tomo II, Vitoria, 1933.

El trabajo y su retribución, «Universidad» 15 (1938) 357-374.

La familia, base y germen de la sociedad, en Balmes, «Revista Internacional de Sociología» 22-23 (1948).

Filosofía política de Balmes, Madrid, Escuela Social, 1949, 20 pp.

Moral profesional (Lección inaugural del Curso), Zaragoza, Universidad, 1953.

La guerra defensiva y la doctrina de la legítima defensa, en *La guerra moderna*, vol. III, Zaragoza, Cátedra Palafox, 1956, pp. 29-53.

Notas sobre el bien común, «Temis» 1 (1957) 129-140.

Apuntes de Política social, Zaragoza, El Noticiero, s.a. (c. 1959), 31 pp.

Algunas cuestiones acerca de la justicia en las relaciones laborales, en *Homenaje a Francisco Palá*, Zaragoza, Inst. Fernando el Católico, 1974, pp. 221-235.

HISTORIA DEL DERECHO

Ensayo de una biografía de don Antonio de Luna y de su influencia en el Compromiso de Caspe, «Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos», 1914.

El fuero de Molina de Aragón, Madrid, Victoriano Suárez, 1916, 261 pp.

Algunas analogías y diferencias entre el derecho catalán y el aragonés principalmente en sus comarcas pirenaicas, «Pirineos» 4 (1948) 5-37.

ESCRITOS POLÍTICOS

Regionalismo y ruralismo, Zaragoza, Tip. del Hospicio, 1917, 21 pp.

El programa mínimo de las derechas, Zaragoza, Tip. Berdejo Casañal, 1919, 53 pp.

Organización de las clases campesinas, en *Problemas agrarios de España*, VII Semana Social de España, Madrid, Estbl. Tip. de Sáez, 1936, pp. 451-477.

(con PRIETO CASTRO, L. y MUÑOZ CASAYÚS, A.): *Corporatismo*, Zaragoza/Granada, Imperio, 1937.

Contenido Social del Nuevo Estado, Tudela, Acción Ciudadana, 1937, 19 pp.

Orientamento sociale del Nuovo Stato spagnuolo, «Rivista Internazionale di Scienze Sociali» 45 (1937) 846-859.

Orientamento e contenuto sociale del Nuovo Stato nazionale spagnuolo, «Vita e Pensiero» 24 (1938) 35-41.

Vecchio e nuovo corporativismo spagnuolo, «Rivista Internazionale di Scienze Sociali» 46 (1938) 127-138.

ESCRITOS PEDAGÓGICOS

Organización de las pruebas de suficiencia en la Enseñanza Superior, I Congreso Nacional de Educación Católica, Zaragoza, 1924.

La provisión de cátedras, en VARIOS, *Una poderosa fuerza secreta. La Institución Libre de Enseñanza*, San Sebastián, Editorial Española, 1940, 137-146.

De las ruinas de la Universidad de 1809 a la moderna Ciudad universitaria de Aragón, Zaragoza, Cazar, 1956, 15 pp.

La enseñanza del Derecho, «Temis» 5 (1959) 121-128.

Materias fundamentales para la formación del jurista y que deben estudiarse en los primeros años de la carrera, «Temis» 6 (1959) 111-116.

ESCRITOS BIOGRÁFICOS

Don Severino Aznar, en *Biografías aragonesas*, Primera serie, Zaragoza, Inst. Fernando el Católico, 1967, pp. 231-238.

Don Salvador Minguijón y Adrián, *Ibidem*, pp. 225-230.

Zaragoza en mis «Memorias». 1899-1929, Zaragoza, Inst. Fernando el Católico, 1979, 136 pp.

ESCRITO HOMENAJE

Estudios de Derecho Natural y Filosofía jurídica. Homenaje al Profesor Miguel Sancho Izquierdo, Zaragoza, Universidad, 1960 (Con estudios de Giorgio del Vecchio, Heinrich Rommen, Jacques Leclercq, así como de los españoles Enrique Luño Peña, Luis Legaz Lacambra y Joaquín Ruiz-Giménez, entre otros).

V
DEBATES

PERSUASION Y RAZON EN ETICA Y POLITICA

ESPERANZA GUI SAN
Santiago de Compostela

(Comentario crítico a la obra de Victoria Camps: *Etica, retórica y política*, Alianza Universidad, Madrid, 1988)

Etica, retórica y política, de Victoria Camps, publicada en 1988, contiene prácticamente todos los ingredientes necesarios para hacer su lectura altamente recomendable: las tesis que se proponen son sugerentes y estimulantes, los temas que se abordan presentan una importancia innegable, tanto teórica como práctica, y el lenguaje en que se exponen es flexible, elegante, diáfano e incisivo.

Desde mi punto de vista, con mucho, el mérito principal del mencionado trabajo filosófico radica en el reto que supone, para el creyente más o menos desfallecido en las posibilidades de la razón práctica, un planteamiento como el de Victoria Camps, que, tras su apariencia moderada y conciliatoria, no deja de suponer una crítica relativamente devastadora de los intentos de lograr algún tipo de convicción y convencimiento en cuestiones ético-políticas que pueda ser *racionalmente* vindicable.

Comoquiera que me considero incluida entre los abanderados de una *relativa* racionalidad ético-política, aprovecharé la espléndida ocasión que la profesora Camps me brinda para, al tiempo que manifestar mi conformidad con la mayor parte de sus propuestas éticas y políticas concretas, poner en cuestión la *meta-ética* subyacente a sus consideraciones que a mi modo de ver constituye un inteligente desafío, por cuanto encierra sutiles e importantes matizaciones, que debieran dar lugar a una réplica adecuada en la que se complementasen aspectos no del todo esclarecidos, o se rebatiese con la misma penetración y ponderación algunos aspectos en los que a mi modo de ver se impone la discrepancia amistosa.

Aun a riesgo de no conseguir una crítica tan atinada como el trabajo se merece, me veo obligada a abrir, filosóficamente hablando, «fuego» y poner en entredicho algunas cuestiones que merecen cuando menos ser debatidas, confrontadas y, en ocasiones, complementadas.

Comenzaré por los puntos, desde mi perspectiva, más débiles, de la argumentación campsiana. A mi modo de ver, ni la «memoria histórica» a la que se hace referencia en esta obra (p. 15), y que había tenido un papel importante en su obra anterior *La imaginación ética* (Crítica, Barcelona, 1983, pp. 183-184), parece ser definida con la claridad precisa ni constituir un referente decisivo en ética, ni la

retórica, o método de la persuasión, frente a la razón o método de la convicción, se presenta con unos contornos bien definidos que nos indiquen en qué consiste *persuadir* en ética utilizando métodos moralmente justificables, si no racionales cuando menos razonables, frente a la propaganda abusiva, la sugestión hipnótica, etc., etc., «métodos persuasivos» que, me aventuro a asegurar, Victoria Camps no consideraría excesivamente recomendables aun cuando poseyesen una capacidad bien probada para llevarnos a traducir nuestras teorías morales en acciones consecuentes.

Por si no estuviese todavía del todo claro, quisiera destacar que, como puede apreciarse a tenor de lo antedicho, mis objeciones a la obra que comento de Victoria Camps, son de índole preferentemente *meta-ética*, refiriéndose de un modo especial al estatuto epistemológico de los enunciados de la filosofía moral y política, más que a los principios, normas y valores que configuran su concepción de la vida ética y política recomendable que, casi sin excepciones, suscribo. Cuando entre «filósofos anda el juego», o más precisamente «filósofas» en esta ocasión, las cuestiones relativas a la *meta-ética*, o al *meta-lenguaje*, no son cuestiones baladíes, sin embargo, ni constituyen argumentaciones y discusiones propias de filosofías de «sillón», y mucho menos de «salón». La discusión relativa al método y el estatuto de la argumentación en ética y política constituye *la* cuestión propiamente filosófica que, por lo demás, no deja de abarcar, encardinar y presuponer, actitudes vitales importantes.

Para empezar, nos veríamos privados de todo tipo de fuerza o legitimización moral para defender nuestros principios, normas, ideales y *desiderata*, si los supiéramos derivados de la pura arbitrariedad, fruto de nuestra idiosincrasia personal, exclusivamente, o del proceso socializador al que hemos sido sometidos. Por supuesto que Victoria Camps, afortunadamente, no llega a caer jamás en un relativismo o escepticismo que pudiera conducir al «nada vale» o «todo vale». Por el contrario, la prof.^a Camps se muestra decididamente convencida y comprometida respecto a la validez de determinadas actitudes, determinados principios, formas de vida y de sociedad, aunque, a mi modo de ver, su falta de compromiso con la *racionalidad* práctica le conmina a realizar un tipo de propuestas que se me antojan excesivamente tibias respecto a la justificación última de los valores, principios y normas a los que no parece dispuesta a renunciar.

Al margen de la, a mi modo de ver, debilidad epistemológica de la argumentación campsiana, habría que poner de manifiesto el factor corrosivo y desmoralizador que supone la propuesta de la *retórica*, *nada más*, como método propio de la actividad del filósofo de la Moral, carente del asidero de una razón práctica, ni siquiera en su versión más débil, que se ha desvanecido totalmente en la obra de la filósofa catalana.

Por supuesto que yo no propondría la retroducción, *more kantiano*, de una razón práctica *pura* no contaminada por elementos empíricos, sino que por el contrario me gustaría apostar, como Ferrater Mora ha hecho, por una vía segura *De la materia a la razón* (como reza el título de esta muy importante obra), camino que, por razones o motivaciones epistemológicas o de otra índole, Victoria Camps no ha querido recorrer y que considero que, aunque dificultoso, es un paseo obligado si no queremos perdernos en las encrucijadas del desaliento y la permisividad, de modo que la propaganda y la manipulación de los sentimientos humanos usurpen el lugar de una razón práctica empíricamente condicionada (contrariando el rigorismo kantiano).

La ausencia de un *mínimo natural* en la *meta-ética* de Camps es posiblemente responsable del recurso, no enteramente satisfactorio, a la *memoria histórica*, ya señalada, posible juez o determinante de la bondad o maldad de nuestros criterios, junto con la constricción del discurso y la argumentación en ética al juego de la fuerza persuasoria de la *retórica*, como sustituto, extremadamente insuficiente a mi modo de entender, de un método para dialogar y dirimir las controversias morales.

Por lo que a la *memoria histórica* se refiere, resulta ser un término excesivamente vago y ambiguo, pues lo que *pueda* ser recordado o registrado como dato histórico es una cosa y lo que *merezca* ser perpetuado y continuado (desde una perspectiva ética) es otra muy distinta. Si se me dice que la decisión para saber qué cosas merecen ser recordadas (continuadas, perpetuadas) depende de las cosas que, como cuestión de hecho, son recordadas (continuadas, perpetuadas) no se me habrá dicho mucho, puesto que la Historia es testigo presencial de los crímenes más atroces y execrables que se continúan y perpetúan, junto con actos de máxima benevolencia y diáfana justicia, que caen en el olvido. Por supuesto que la *memoria histórica*, a la que sólo se alude de pasada en la obra que comento (pero que, de alguna manera subyace a todo su contenido), resulta más matizada en la obra de 1983 *La imaginación ética*, donde se explicita que se refiere, al parecer únicamente, a la «memoria histórica de rechazos morales, desaprobaciones, sentimientos de disgusto...» (p. 183). O, como se indica más rotundamente: «La ética... no puede apoyarse en nada, es una creencia, una convicción que tiene como únicas raíces la *memoria ética de la humanidad* (cursivas de Camps)» (*Ibid.*, p. 184).

La cuestión se plantea, precisamente, cuando nos preguntamos qué puede significar una *memoria ética*, o cómo distinguir los rechazos y desaprobaciones morales de otro tipo de rechazos y desaprobaciones puramente arbitrarios, subjetivos o viscerales (los rechazos y desaprobaciones de las conductas a causa de prejuicios religiosos, ideológicos, étnicos, de grupo, de clase, etc., etc.). Lo que está en litigio, ni más ni menos, es en qué consiste una memoria que sea *ética*, frente al simple registro o *recording* de una serie de acontecimientos que han tenido lugar en la historia humana. Si la *ética* no puede apoyarse en nada más que en la *memoria ética*, nos encontramos con que no contamos con nada en qué apoyarnos para diferenciar una memoria ética de una memoria no ética, con lo que, irremediabilmente, hemos alcanzado el *impasse* y estamos a las mismas puertas del escepticismo.

Por supuesto que Victoria Camps tiene tanto empeño en no caer en el dogmatismo moral como en no complacerse en el subjetivismo estéril. Tengo dudas razonables, no obstante, de que el camino elegido en su trabajo, optando por la *retórica* y la persuasión, frente a la razón y la convicción, sea el más adecuado.

Si se me apura, diría que en buena medida asumo y comparto aspectos relevantes de la *meta-ética* campsiana, sanamente recelosa frente a las falaces pretensiones del método *puramente* racional, no vinculado profundamente con los sentimientos humanos, para deliberar acerca de lo bueno, lo justo, lo recomendable o lo deseable. Aceptaría también, con la autora que comento, que, en una medida nada desdeñable, hemos de acudir a algún tipo de persuasión en ética y que (aquí coincido plenamente con su tesis) es sólo vía persuasión, por contagio afectivo, concitando nuestros intereses y emociones, como podemos lograr más allá de la justificación de las normas y principios, lo que es más importante, y que preocupa justamente a la prof.^a Camps: la vinculación de la esfera teórica con la esfera práctica o, dicho de modo más simple, la traducción de los principios defendidos en obras y actos en los que se concreten.

En lo que yerra, sin embargo, la prof.^a Camps, si no la he malentendido, es, precisamente, en el mismo punto en el que han errado históricamente una buena parte de los autores por ella criticados y recomendados, a saber en la *escisión*, a mi modo de ver impropio y gratuita, *entre el mundo de las razones y el mundo de las emociones*. Se reitera, de algún modo, la falaz pretensión de que las cosas, las argumentaciones, los conflictos, hayan de ser resueltos ora bien vía racional o vía emocional, como dos métodos antagónicos y encontrados, sin tomar en la debida consideración que en el ser humano lo racional y lo pasional son sólo dos caras de una misma moneda, como Peters, entre otros, ha dejado bien patente en la filosofía contemporánea.

Es ilusorio e irreal pretender que existan «razones» que no sean sino siervas de las pasiones, tal como Hume quería, o, al menos útiles y herramientas que sirven para conciliar intereses y emociones en conflicto, ya sea a nivel intrasubjetivo como intersubjetivo. Jamás se podrá convencer a nadie, a no ser a algún kantiano recalcitrante, de que la mentira es mala *en sí, intrínsecamente* mala, con independencia de lo que los seres humanos *sienten* cuando son víctimas de la mentira, o cuando, por extensión *simpática* sienten y padecen ante el infortunio y los sinsabores de los que son engañados. Parece evidente, como Hume o Westermarck, entre otros muchos, han destacado, que, precisamente, llamamos «bueno» y «malo», «justo» e «injusto», a aquello que nos desagrada de un modo *peculiar*, y cuando adoptamos posturas que implican *imparcialidad*. O, lo que es igual, cuando combinamos y coordinamos los elementos pasionales (emoción, aversión, etc., etc.) con los principios más o menos racionales que se generan en el marco de la imparcialidad, desde la *debida* distancia pasional en la que nos colocamos (y que, a mi modo de ver, no es sino el modo de operar de la razón práctica *empíricamente condicionada*).

No puedo por tanto admitir, sentadas las premisas anteriores, la afirmación de Victoria Camps relativa a que los intentos de razonar y de convencer en ética son propios de la aristocracia y el autoritarismo, mientras que parece ser un signo distintivo de las democracias optar por la argumentación retórica (p. 47).

Por el contrario, el uso indiscriminado de la retórica sin más apoyatura, me parece más propio de la demagogia que de la democracia. Considero que todo miembro maduro de una sociedad determinada tiene la obligación de saber que no es el conjunto de opiniones *prevalecientes* lo que determina la bondad o maldad, justicia o injusticia de las acciones, sino que se hace preciso que las opiniones sean contrastadas, informadas, saneadas e ilustradas. Ahora bien, el logro de criterios informados e ilustrados, imparciales y saneados se hace prácticamente imposible si excluimos el método *racional* en ética y optamos por una filosofía moral y política tan a la intemperie, tan sin lugar donde guarecerse, tan sin raíces y fundamentación como Victoria Camps, en su pugna justificada con el dogmatismo, decide proponer, de un modo un tanto temerario. Pues creo que a nadie se le oculta que los extremos se tocan las más de las veces, de suerte que la huida absoluta del dogmatismo puede llevarnos fácilmente a una situación de absoluto desarropamiento, a una situación decididamente precaria respecto al estatuto epistemológico de la ética que haga que *cualquier* tipo de persuasión haya de ser aceptado como igualmente válido en la medida en que pruebe su eficacia y opere en la dirección diseñada y deseada por los creadores del discurso. Ello daría lugar, de forma casi inevitable, a toda suerte de confusionismos y permisividad que, por lo demás, paradójicamente propician casi siempre, exigen y demandan la aparición de nuevos «profetas» salvadores, con la misión de liberar al género humano de la «inso-

portable levedad del ser ético», al tiempo que proponen, sin recurso a ningún tipo de racionalidad, principios de alguna índole, a los que parece necesitamos asirnos los seres humanos, simplemente por motivos de salud psicológica y equilibrio mental. Principios que, no hará falta decirlo, al no haber sido diseñados a la medida humana se tornan constricciones e impedimentos, limitaciones a nuestro desarrollo intelectual, sentimental y, por añadidura, moral.

Admito, por supuesto, con Victora Camps, y me parece una de las aportaciones más interesantes de su obra, la insuficiente capacidad racional del ser humano, que nos obliga a contar unos con otros para suplir mediante la aportación de todos las deficiencias del discurso monológico, que ha de convertirse, como la prof.^a Camps propone, en diálogo intersubjetivo (p. 94).

O, lo que es igual, acepto en una línea semejante a la de Victoria Camps, que las verdades en ética son, en buena medida, provisionales, lo cual nos obliga a estar siempre abiertos a la revisión de *casi* (matizaría yo) todos nuestros principios. *Casi* todos, mantengo, porque, por poner un ejemplo, el principio de que hemos de ser dialogantes y estar abiertos a la continua revisión es un principio, que si hemos de ser coherentes con lo anteriormente postulado, no admitiríamos como revisable, sino más bien como decididamente persistente y perenne, en la medida en la que nos propongamos algo semejante a la actividad comprendida como filosofía moral.

Sería exhaustiva, me temo, la lista de principios que podríamos considerar como persistentes y perennes, sin recurso a los cuales no sería ni siquiera posible la comunicación verbal, por no hablar de la afectiva, o de las formas de convivencia incluso las más rudimentarias. Principios que no parecen sometibles a la discusión o diálogo democrático son los relativos, por ejemplo, al valor, que se presupone igual, de los distintos hablantes, o la libertad de todos para poder expresar sus puntos de vista, la disponibilidad de medios y recursos, por parte de todos los implicados en el discurso, para tener acceso a la información, la ilustración y el punto de vista imparcial, la no incidencia de agresiones físicas o de otra índole entre los dialogantes, la posesión de un mínimo de bienes materiales y culturales que nos confieran la libertad no sólo para expresar nuestras opiniones sino para hacer que nuestras opiniones sean realmente *nuestras*.

En otro orden de cosas también tendría que objetar que los *finis borrosos* que Victoria Camps con ingenio denuncia no son tan borrosos como pareciera. Por supuesto que hay que reconocer que la prof.^a Camps ha puesto el dedo en la llaga al denunciar que resulta relativamente fácil admitir principios como libertad, igualdad o justicia, u otros semejantes, cuando lo que es realmente importante y dificultoso, y debiera ocupar un tanto más el tiempo y la dedicación de los filósofos, es la plasmación de estos fines o principios en acciones y medios concretos que sean igualmente justos y aceptables, de tal suerte que los fines hayan de ser justificados o legitimados por los medios y medidas en que se concretizan.

Sin embargo, estimo que el hecho de que los fines sean relativamente *borrosos*, ambiguos en buena medida, no justifica que no les concedamos la debida importancia. Como la propia Victoria Camps argumenta brillantemente respecto al concepto de Felicidad (p. 133), la sola existencia del mismo (y otro tanto podría decirse, me apresuro a añadir, con relación a la sola existencia de conceptos como Libertad, Justicia, Solidaridad, etc., etc.) implica que algo debe existir tras él, o tras ellos. E incluso me atrevería a llevar más lejos la argumentación. La simple y

pura coherencia con postulados como Igualdad, Libertad, Imparcialidad, etc., etc., hace que unos medios determinados se muestren como claramente inadecuados e inaceptables, en cuanto afloran a la superficie.

También es cierto que acepto con Victoria Camps que no existe una vinculación *lógica*, única e indiscutible entre lo que yo denominaría normas primigenias o principios primeros (justicia, felicidad, igualdad, libertad) y normas derivadas o principios secundarios. Reclamar un trato *igual* para todo el mundo puede abarcar algo tan relativamente amplio como una *equal concern* (una consideración igual) respecto a todos y cada uno de los humanos, o limitarse, de forma más restringida, como es el caso de Griffin, a un simple *equal respect* (o respeto igual).

Más aún todavía, a la hora de discutir la concreción de dichos principios secundarios o normas derivadas, en principios terciarios, o normas doblemente derivadas, surgirían nuevamente disputas y problemas relativos al modo y manera de traducir en acciones *concretas* las normas relativas a la consideración igual o el igual respeto. Y esto así, *ad infinitum*, en la medida en que introdujésemos en nuestra discusión elementos aclaratorios y *concretizadores*.

La ambigüedad del lenguaje en general, y del lenguaje moral en particular, es algo que Victoria Camps ha logrado demostrar de modo irrefutable. Me parece excesivo, no obstante, colegir que esta especial ambigüedad del lenguaje moral, como de todo lenguaje, derive en una especial debilidad y precariedad de las argumentaciones morales.

Es cierto que en las discusiones acerca de temas morales concretos, hay que tomar en consideración tantos elementos que, como ya indica Moore en 1903, la *casuística* se convierte en la rama más compleja y dificultosa de la Teoría Ética. En este sentido es sumamente sensible y sensato el discurso de Victoria Camps al incidir en los logros siempre incompletos de las argumentaciones éticas que se verifiquen al nivel de la pura abstracción y especulación, desvinculadas de la acción política concreta, comprometida y responsable.

No obstante lo dicho, habría que insistir en que los problemas surgidos en el intento de *concreción* de las normas o principios es algo que comparte la Filosofía Moral con disciplinas racionalmente *robustas*, como las Ciencias Económicas o de la Salud, por citar dos ejemplos. Un doctor en medicina, pongamos por caso, sabe cómo tratar determinadas enfermedades con un cierto nivel de competencia, que se ve deteriorado más y más en la medida en que ha de tratar no ya con enfermedades sino con *enfermos particulares, individuales y concretos*. Algo semejante puede decirse de todos los principios de casi todas las ciencias, cuando la praxis cotidiana nos urge a tomar decisiones en las que se encuentran involucrados elementos y consideraciones muy diversos. Ello no obstante, no parece que nadie se vea llevado a desconfiar en exceso de la racionalidad (siempre relativa) inherente a la actividad de los médicos, los geógrafos, los economistas o los psicólogos (por citar unos cuantos casos), mientras que el talante hipercrítico, que honra a los filósofos, puede llevarnos a una impropia desmoralización, induciendo a creer al lego en la materia que nuestra actividad es especialmente a-racional, cuando no *irracional*, en lugar de transmitir la idea, simplemente, de que un exceso de purismo metodológico nos convierte en profesionales excesivamente autocríticos que llegamos a desconfiar respecto al alcance de nuestras investigaciones y la *racionalidad* de nuestras conclusiones y principios.

En cualquier caso, y pasando a cuestiones más concretas, comparto la preocupación de la prof.^a Camps por los aspectos prácticos de la Ética, su dimensión aplicada,

que le hace entroncar con la política en general y las políticas educativa, económica, sanitaria, medio-ambiental, etc., etc., en particular. No puedo menos que aplaudir el esfuerzo de la filósofa catalana en su intento de reconciliar los polos en apariencia opuestos de la Ética (como disciplina relativa a cuestiones de principio) y la Política (como estudio relativo a los resultados y las consecuencias). El capítulo del trabajo que comento titulado «¿Qué consecuencias?» es especialmente feliz, en este sentido, llevando a cabo una encendida defensa de valores tan importantes, desde el plano de la ética normativa, como la libertad, la igualdad o el derecho a la vida, en oposición a la excesiva preocupación de las clases dirigentes por consecuencias y resultados relativos, exclusivamente, al mantenimiento del orden y la seguridad. Si las consecuencias y los resultados que ha de tener en cuenta el político tratan de conjugar debidamente las demandas de la libertad, la igualdad y el derecho a la vida, entonces los objetivos de la Política de alcanzar consecuencias óptimas se habrán aproximado a los fines de la Ética de transformar los principios en acciones y resultados concretos de carácter benéfico.

«Más allá de los fines y los medios» es otro espléndido capítulo en el que se incide nuevamente en la necesidad de que los *buenos* fines sean legitimados por los buenos medios que se utilizan para su cumplimiento, de suerte que los fines *se disuelven en los medios*, y se aboga, fervorosamente, porque el ser humano no eluda sus compromisos morales ni sus compromisos políticos, reconciliando la ética de los principios con la ética de la convicción e intentando, una vez más, acortar la distancia entre el proyecto y su concreción real.

Estimo que no pueden sino despertar profundas simpatías las propuestas concretas de la ética normativa de Victoria Camps, en las que el hombre aparece como luchador y tanteador de las posibilidades de hacer descender las normas del reino puro de los fines a la tierra común y cotidiana del mundo que habitamos. Puesta a resaltar aciertos particulares, me gustaría llamar la atención, acerca de la conciliación, o si se quiere tensión fructífera permanente, entre justicia y felicidad, o la lucha del hombre por realizar su propia vida y configurar su destino, así como del bellísimo final del libro que lleva el título igualmente hermoso de «La felicidad es frecuente».

Reclamar, sin embargo, la felicidad, la justicia, la libertad, la igualdad, o el derecho a la vida, implican no sólo el compromiso ético normativo de *sugerir* estos valores como deseables o preferibles. De alguna manera dicha sugerencia de valores involucra un fuerte compromiso *meta-ético* que tiene que procurar, de alguna manera, argumentaciones que muevan al *intelecto*, además del sentimiento, de los seres humanos, a reconocer como fines propios y como medios deseables aquellos en que las tensiones entre felicidad y justicia, libertad e igualdad, se mantienen.

Tengo serias dudas de que la *imaginación ética* sea suficiente, o que la sugestión literaria, con ser estimulante e importante a nivel educativo y didáctico sea todo lo que nos cabe esperar, en el ámbito del confrontamiento de puntos de vista distintos en ética y política. Por supuesto que libertad, felicidad, justicia, etc., etc., sirven sólo y únicamente en cuanto fines queridos, deseados y valorados positivamente por los seres humanos. Lo que quisiera insistir, frente a Victoria Camps, es que además de los aspectos conativos a tener en cuenta existen aspectos cognoscitivos del discurso moral que no son en modo alguno desdeñables. Queremos lo que queremos, y nos seducen y emocionan de modo especialmente profundo las

conductas justas, los comportamientos dignos, el sentido de la auto-estima, la responsabilidad y la solidaridad, porque somos seres sintientes que a veces, aunque no siempre, pensamos y razonamos al tiempo que padecemos y sentimos.

La racionalidad es frecuente, sería todo lo que querría añadir a la obra de Victoria Camps, parafraseando el título ya mencionado de uno de sus capítulos.

UNA METAETICA SIN PRETENSIONES (RESPUESTA A ESPERANZA GUISAN)

VICTORIA CAMPS
Barcelona

Mi amiga y colega Esperanza Guisán me provoca, con una larga, cariñosa y concienzuda reseña, a desarrollar algo más algunas de las propuestas de mi último libro, *Ética, retórica, política*. Si no llego a defenderme con acierto de las varias objeciones que ella me plantea, por lo menos, conseguiré hacer algo más nítidas mis posiciones. Quizá sea la concisión uno de los defectos de mi escritura, la excesiva sequedad en las afirmaciones que quedan, así, deficientemente explicadas o adquieren un sentido demasiado gratuito. Sea como sea, entiendo la mayoría de las dificultades encontradas por Esperanza Guisán para aceptar algunas de mis tesis y agradezco la ocasión que me brinda para intentar aclararle a ella, y a otros posibles lectores, mis verdaderas intenciones.

El mayor argumento que Esperanza Guisán esgrime en mi contra es el de que mi metaética es endeble o, quizá, inexistente. Según dice, le falta a mi discurso fortaleza epistemológica al no aportar criterios firmes y racionales que permitan dirimir los conflictos o perplejidades ante las normas éticas. No le convence mi pretensión de basar la ética en nuestra «memoria» de la ética misma, ni que proponga a la retórica como la forma de argumentación más propia de la ética. Vayamos por partes.

Mi desconfianza respecto a los principios o criterios últimos la desarrollé con más detalle en mi libro anterior *La imaginación ética*, y no era mi deseo insistir más sobre lo mismo en este último libro. No obstante, una no logra librarse fácilmente de sus obsesiones y es posible que lo que no digo explícitamente siga mostrándose con transparencia en todas las páginas. Tal desconfianza, digo, hacia lo fundamental, no significa desprecio por los principios. Significa, tan sólo indiferencia o incredulidad respecto a la «fundamentación racional» en la que éstos pretenden apoyarse. Kant, que es siempre nuestro punto de referencia en tal empeño, se limitó, de hecho, a decir que el criterio de la universalidad de la ley moral o el de la humanidad como fin —sus dos grandes principios éticos— son, cada uno de ellos, un *Faktum* de la razón. Es decir, que se nos muestran como racionales por sí mismos. Es cierto que Esperanza Guisán, al criticarme, piensa menos en Kant que en Hume, menos; pues, en una base racional, que en una base o «mínimo natural» como la de la *simpatía* de Hume. Tal simpatía nos permitiría afirmar que, por ejemplo, la mentira es mala no sólo por autoconvicción racional —que es lo que piensa Kant—, sino porque es cierto que *nos sentimos* mal cuando somos

víctimas de la mentira. En efecto, pero igualmente nos sentimos mal si nos diagnostican un cáncer o si fracasamos profesionalmente. Nos sentimos mal ante multitud de «deberes» que, sin embargo, reconocemos que lo son y que es nuestra obligación cumplirlos. Quiero decir, que ni la razón ni el sentimiento tienen siempre las ideas claras, y que no todos los bienes o los males pertenecen a la misma categoría. A mi juicio, lo específico del bien y del mal moral remite a esa especie de «evidencia» de que todos somos personas igualmente dignas y respetables —evidencia que Kant formuló como imperativo categórico y entendió como «racional»—, y de que hay ciertos hechos, situaciones o acciones que violan esa dignidad y esa respetabilidad. ¿Tenemos un «mínimo natural» o un criterio racional que nos permita saber, *a priori*, en qué consisten las violaciones del respeto o la dignidad? Creo que no. El sentimiento de mentir, dominar, torturar ofende a esta dignidad de la persona que ha ido tomando cuerpo a lo largo de la historia, pues los griegos no compartían los sentimientos que compartimos quienes suscribimos una «Declaración universal de los Derechos Humanos». En eso, creo yo, consiste la «memoria ética» de la humanidad. Una memoria que, por supuesto, no coincide con el bien absoluto, que es corregible y revisable, que incluso puede estar en un error. Que se funda, obviamente, en nuestra capacidad racional y en nuestra «común humanidad».

Esa «común humanidad», que no es una realidad, sino un deseo, o un deber, se va llenando de contenido —o privándose de él— a medida que avanza la historia. Hoy poseemos una noción de lo que debe ser la igualdad más rica y compleja que la que tenían las sociedades feudales. Contenidos de la igualdad que han nacido del uso de la razón y de los impulsos del sentimiento. Que los juicios éticos son cognoscitivos —extremo que no pongo en duda— quiere decir que nos dan a conocer la realidad ética, *que nos la van descubriendo*. ¿Con qué criterios? Con el mismo que nos capacita para nombrar e identificar la belleza. Discernir entre el bien y el mal forma parte de nuestro ser y de nuestra voluntad de hacerlo. Que ese discernimiento sea siempre verídico es otra cuestión no dirimible por el hecho de estar en posesión de unos principios racionales o de unos sentimientos «naturales». La imparcialidad, de hecho, es casi una empresa imposible, aunque sabemos que ese punto de vista nos daría, si lo tuviéramos, la ciencia del bien y del mal. Por todo lo dicho, y porque creo que la ética es, en efecto, cognoscitiva, pienso que el saber ético acumulado —la memoria ética— es el mejor punto de partida y fundamento del juicio ético. Tal es, para mí, el punto de vista moral: el intento de retener del pasado lo que vale y desechar lo que no vale. Mientras tal empeño persista, aunque nos equivoquemos, habrá ética. No nos encontramos, pues, a las puertas del escepticismo ético.

¿Que no es lo mismo lo registrado por la memoria que lo que *merece* ser registrado? Obviamente. No descarto momentos —épocas— de ofuscación o, lo que es peor, de mala voluntad. No descarto la existencia, al parecer, ineludible, del fanático, cuyo «rigor moral» le lleva a decir y cometer monstruosidades. Pero no creo que todo ello se corrija fácilmente con la aportación de unos principios metaéticos sólidos y consistentes. Desde siempre tales principios han sido acusados de formalismo, es decir, de vulnerabilidad a interpretaciones de diverso signo. Al fin y al cabo, lo que las fundamentaciones de la moral han hecho siempre ha sido aportar criterios capaces de mostrar que nuestros valores —los valores que ya conocíamos— eran válidos. El filósofo no ha transmutado los valores —sólo Nietzsche o Marx lo hicieron por el procedimiento de mostrar que todos eran igualmente falsos—. El filósofo cuando ha hecho metafísica de la moral, se ha limitado a explicar el porqué de lo que hay.

Sin duda mi metaética es débil. Es posible que no haya llegado a superar el descrédito wittgensteiniano hacia cualquier tipo de metalenguaje. Pienso que el trabajo del filósofo tiene que ser hoy menos ambicioso que antaño, y por lo mismo, podrá ser más fructífero. El filósofo debería encontrar razones de por qué, por ejemplo, hoy se habla más de libertad que de igualdad, por qué ocurre que los derechos humanos llamados «económicos y sociales» son de difícilísima puesta en práctica, por qué un mismo derecho es esgrimido para defender posturas opuestas, por qué la muerte o el dolor, que no son males morales, deberían ser sin embargo, objeto de la reflexión ética, qué significa realmente hoy, para nosotros, hombres y mujeres del siglo XX, la dignidad de la persona. Todas esas preguntas no pertenecen a la metaética, pero no me cabe duda de que pertenecen al ámbito de la filosofía de la moral.

El segundo gran reparo que encuentra Esperanza Guisán se refiere a mi propuesta de la argumentación «retórica» como propia de la ética. Aquí sí que pienso que su lectura adolece de un equívoco fundamental. Pues no es cierto que yo proponga a la retórica como «método propio de la actividad del filósofo de la moral, carente del asidero de una razón práctica, ni siquiera en su versión más débil». No, para mí la retórica, ni es un método, ni es simplemente irracional. Es, por el contrario, ese tipo de argumentación que no se ajusta estrictamente a los cánones de la lógica. La propia de cualquier discurso que no puede tener la pretensión de «convencer» (en el sentido de demostrar), y que opta, pues, por la vía de la persuasión. Aquí el modelo de la demostración es el matemático: deducción a partir de axiomas. Obviamente, la ética se encuentra muy alejada de ese esquema, puesto que maneja un lenguaje menos exacto y ha de practicar unas inferencias menos rigurosas. Que esto sea así, no significa descalificar la argumentación ética. Significa, tan sólo, hacer ver las dificultades de unos juicios que no son verificables aunque sí aspiran a ser reconocidos —mejor «justificados»— como válidos. Ya Platón —tan antirretórico, por otra parte— decía que las leyes deben ser presentadas de forma que los ciudadanos se persuadan de su verdad. Lo que un aberrante lenguaje popular llama la «filosofía» de una ley no es sino ese preámbulo que precede a los ordenamientos legislativos con el propósito de «vender» la ley en cuestión.

Si no hay «deducción lógica» de los primeros principios a los principios secundarios o de las normas generales a las derivadas —extremo en el que mi colega está de acuerdo—, el paso de la teoría a la práctica, del principio a la interpretación concreta, debe ser legitimado siempre. ¿Cómo? Me temo que no es posible dar criterios muy claros y precisos. Que es más fácil decir lo que no se puede hacer. La falacia naturalista nos dijo que del ser no se deduce el deber ser. Luego, nos dimos cuenta de que el ser en estado puro, sin valoraciones, apenas se encuentra. ¿Hemos obtenido, a partir de ahí, alguna regla que nos permita deducir sin miedo a errar, las normas morales? De ningún modo, precisamente las éticas actuales se llaman «comunicativas», porque confían sólo en el diálogo. Y, teniendo en cuenta que ese diálogo nunca se ajusta a las condiciones del diálogo ideal, sólo podemos confiar en la «buena voluntad», en la voluntad de ser lo más racionales que podamos y de que los acuerdos se acerquen lo más posible a la justicia. El problema de la concreción de las normas lo comparten muchas otras ciencias —la Medicina, como nota Esperanza Guisán, o la Economía—. Son, en efecto, ciencias racionales, pero que se equivocan, y que no sólo cuentan con principios teóricos, sino, sobre todo, con el saber que procura la experiencia.

No creo que mi postura sea tan distante de la de mi objetora, cuando a mí, como a ella, me preocupa el paso de la teoría a la práctica. Si apuesto por la retórica, por los medios, o por una ética de la responsabilidad o de las consecuencias, es, precisamente, porque pretendo no separar radicalmente la razón del sentimiento, la «necesidad moral» que siempre se da bajo fórmulas abstractas, y la contingencia empírica que no debería contradecir esa necesidad. Si, pongamos por caso, entendemos que el fin de la educación debe ser el hacer individuos libres y responsables, respetuosos del otro, el objeto de la ética ha de ser, a mi juicio, contrastar los métodos o medios pedagógicos con ese fin, viendo si son o no coherentes con él. El fin nos da ya un criterio o razón última. Pero conviene que el fin y los medios sean coherentes, es decir, que sea justificable, argumentable, que son medios adecuados para tal fin. Y esa argumentación es retórica porque no es lógica.

A fin de cuentas, es posible que la principal discrepancia entre mi objetora y yo consista en una distinta concepción de la filosofía moral, no opuesta, sino, en realidad, complementaria. No es extraño que la filosofía modifique la idea que tiene de sí misma. Y hoy somos especialmente sensibles a este tipo de cambios. Yo entiendo que la racionalidad práctica se encuentra en la reflexión teórica sobre una práctica que descubrimos como ética o como falta de ética, como satisfactoria o criticable. La perplejidad del filósofo debe nacer de la realidad que él mismo conoce porque la vive y le suscita preguntas, antinomias, aprobaciones o desaprobaciones. Es posible que eso ya no sea «metaética», pero yo no diría que deja de ser filosofía.

UNA CRITICA TEORICA DE LA TOPICA

FRANCISCO PUY
Santiago de Compostela

I

*Teorías de la tónica jurídica*¹ es una memoria doctoral leída en la Universidad de Oviedo el 8-6-1987, y elaborada por su autor en esa misma Universidad y en la de Munich de Baviera durante el bienio anterior. Constituye un excelente trabajo de investigación que por eso mismo merece atenta lectura y crítica seria, de modo que el lector español pueda beneficiarse de sus logros y evitar los fallos a que puede inducir. Hablemos en primer lugar de problemas de forma y luego entraremos en otros de fondo.

Advierto, ante todo, una cierta inadecuación en el título de la obra. Creo que reflejaría más adecuadamente el contenido un rótulo que hablara de *Crítica teórica de la tónica de Viehweg*, o algo similar. En realidad, se trata de una exposición, muy buena, del pensamiento de Theodor Viehweg (1907-1988), el maestro alemán recientemente fallecido; de su prolongación en otros secuaces; y de la crítica recibida por aquél y por éstos, de terceros y de ellos entre sí. En este sentido, el libro sería un homenaje al profesor alemán, si no enturbiara tal carácter una cierta agresividad en la exposición y, sobre todo, en la crítica de su pensamiento.

A mi modo de ver sobran en la obra ciertas expresiones demasiado duras sobre el prof. Viehweg², que además son completamente innecesarias. Ejemplifico con una que figura en el escaparate de la conclusión tercera, que dice así: «Se puede ver en las tesis de Viehweg un punto de incoherencia o un contenido trivial»...³. Es verdad que la habitual soberbia con que pontifican los maestros alemanes merece correctivos como los que aquí se reiteran... Pero, con todo, parece prudente evitarlos. Por el respeto a la distancia que da la edad —y ahora ya el tránsito— del viejo maestro, el joven investigador debe discrepar del mismo con ternura y con mesura. Y por respeto al principio del juego limpio, se deben atenuar los resultados de un estudio que aplica a la obra estudiada los criterios de trabajo intelectual que esta última desestima. Y aquí es donde reside el problema principal

1. GARCÍA-AMADO, J. A.: *Teorías de la tónica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, 388 pp.

2. *Op. cit.*, ver p.e. en pp. 80, 81, 91, 104, 110, 113, 117, 119, 170, 224, 243, 245, 251, 262 (43), 326...

3. *Op. cit.*, p. 361.

que plantea este libro: en la comprensión de la tópica como método del pensamiento jurídico. Y con eso paso a ocuparme de los problemas de fondo que suscita el trabajo.

II

La *tópica* es un modelo de pensamiento que puede gustar o no. Ciertamente lo que no es ni quiere ser una *teoría*. Por lo tanto, si se recolectan en una obra tópica los tópicos que usa la tópica y se intenta hacer con ellos un montaje teórico, lo más probable es que resulte algo nada o muy poco comprensible. En la *tópica jurídica*, en efecto, no hay apenas ninguna *teoría*. Hay, eso sí, *retórica* o *dialéctica* hechas con *tópicos*. Pero no hay *ciencia*, ni *teoría*, construidas con *conceptos*. Es verdad —pero eso es otra cosa— que puede hacerse una *crítica desde supuestos teóricos* (o *científicos* o *sistemáticos*) de las *filosofías* (o *teologías* o *ideologías*) *tópicas cristalizadas en argumentaciones dialécticas* o *discursos retóricos*... A mi entender, ése es el objetivo que ha intentado alcanzar el autor de esta obra. Porque, repito, aunque la *tópica no es una teoría*, es posible *teorizar sobre la tópica*...

Ahora bien, al teorizar sobre la tópica se puede trabajar con vistas a alcanzar dos posiciones distintas: el «buen fin» de mostrar hasta dónde puede fundamentar ella misma una teoría; o el «mal fin» de demostrar que la tópica no tiene ningún valor teórico en absoluto. Me parece que García-Amado ha deslizado en su obra con demasiada frecuencia esta última voluntad argumentativa... Por lo tanto sugiero al lector que se prevenga para contrarrestar el desasosegante interés —que manifiesta el autor, con demasiada frecuencia y cuando menos se lo espera el lector— por querer mostrar las «contradicciones teóricas» o las «inconsecuencias sistemáticas» de los tópicos que usan los topicistas⁴. Por el contrario, cuando aparecen aspectos en que el topicista ha descubierto pasos metódicos, o verdades descriptivas, o fórmulas metodológicas que se estiman correctos o acertados, apenas lo destaca García-Amado. ¿No sería más positivo y creador subrayar tales aspectos precisamente?

III

Llama la atención en esta obra, por el esfuerzo que supone su digestión, la aparición de una abundante bibliografía realmente citada y manejada. Especialmente la alemana. Especifico: la escrita en alemán. De ese campo se cosecha sin dejar nada para las espigadoras: aunque no sean sus autores alemanes; aunque no esté impresa en Alemania⁵. Se recoge todo, lo bueno, lo regular y lo malo, con tal de que esté escrito por alemanes, do quiera que sea, en la lengua que sea... Por la cuenta de la vieja he computado 28 autores hispanos y 181 extranjeros, lo que

4. Esas contradicciones e inconsecuencias existen realmente, no lo niego. Lo que pasa es que a los topicistas parece no importarnos mucho. Por tanto, parece tonto insistir en hacerle confesar al topicista criticado para que admita una y otra vez algo que ya consintió de entrada.

5. P.e. los trabajos de Viehweg impresos en Granada, en los *Anales de la Cátedra Suárez*, o en Santiago de Compostela, en el *Homenaje a Legaz*.

arroja una proporción aproximada de un hispano por cada seis extranjeros al mundo iberoamericano propiamente dicho.

Por lo que se dice en la introducción⁶, si ha ocurrido tal, no ha sido por casualidad: sino porque así se ha querido que sea. Bueno, pues resulta doloroso y preocupante comprobar que aquí, entre nosotros, parezca más interesante la lectura de alemanes de tercera, que la de españoles de primera. Por lo tanto, el lector que no quiera sufrir de colonialismo germánico en su cerebro, hará bien en completar la lectura de este libro con la de otros libros del elenco español dedicado al tema —y no sólo la literatura dedicada a Viehweg, aunque ésa también— para poder engarzar los propios puntos de vista —que en la obra de García-Amado dependen casi exclusivamente del lenguaje, las preocupaciones y el contexto germánico— con los puntos de vista del lenguaje, preocupaciones y contexto cultural español. Que aunque sea menos «guapo» que aquél —suponiendo que así sea—, pues es... el nuestro⁷. Lo que acabo de decir no me lo sugiere ningún vano espíritu de contradicción, sino la referencia al constate desasosiego que me ha producido el verme parachutado a un mundo jurídico-cultural completamente ajeno a nuestras preocupaciones —a las de nuestros jueces, abogados y juristas en general—. Sospecho que esa incomodidad la va a sufrir el receptor natural de este mensaje que será un lector español. Pues ningún alemán va a venir a enterarse de lo que decía o pensaba Viehweg en un libro español —aunque pueda haber alguna excepción, la cual deseo, para satisfacción de García-Amado—.

IV

En el mismo pórtico de la obra se ocupa de mí el prof. García-Amado en una llamada a nota, en la que dice así: «En lo que al tema de la tópica se refiere no podemos dejar de citar la obra de F. Puy *Tópica jurídica* (Santiago, Paredes, 1984), que se apunta a la práctica de una filosofía del derecho con método tópico y conforme a él analiza y desglosa los principales conceptos operantes en el derecho, mostrando su imbricación y su significado profundo en la tradición y en la realidad social en que se desenvuelven y se usan como argumentos». La nota concluye así: «En esta obra se contiene también el mejor estudio etimológico y lingüístico que conocemos sobre los términos *tópica* y *tópicos*»⁸... Ocurre, sin embargo, que en las casi 400 páginas del libro que comento, no se vuelve a mencionar mi obra, ni su contenido⁹.

La discordancia entre la generosa evaluación de la fuente y su nulo uso posterior me sume en la perplejidad. No acierto a comprender por qué razón se ha ignorado sistemáticamente el contenido de mi *Tópica jurídica* en esta revisión gene-

6. *Op. cit.*, p. 16, nota 2.

7. Debemos recordar en este punto que, hablando de tópica, tal aclimatación a la propia tradición del grupo en que se discute o discurrese es vital. El autor pudo aprender de las propias fuentes que cita (como puede comprobar el lector en la nota 30 de la p. 301; o en el texto de las pp. 355 y 356) que los *topoi* se encuentran dados «en el ámbito de un grupo social y una tradición jurídica»; y que los *topoi* son un «entramado de postulados, directivas o creencias tenidos por evidentes en la sociedad de que se trate»...

8. *Op. cit.*, p. 16, texto y nota 2.

9. Salvo la escueta mención en la relación bibliográfica general (*op. cit.*, p. 382).

ral de las *Teorías de la tópica jurídica*. Pues advierto, a este respecto, las siguientes anomalías:

a) Que probablemente no hay ni en España ni fuera de España otro volumen tan extenso (más de 800 pp.) dedicado a estudiar la tópica y los tópicos jurídicos más en uso en el actual lenguaje jurídico.

b) Que se trata de un libro en el que, con delicadeza y respeto, se trata de Viehweg, discrepando de sus posiciones y corrigiéndolas en parte y en parte desarrollándolas.

c) Y que mi obra no es flor aislada —si lo pudiera ser un trabajo de su magnitud—; sino que es la desembocadura de un proceso que empieza en la lógica y sigue los pasos sucesivos que conducen de la teoría lógica, sistemática y científica a la tópica cetética, retórica y dialéctica a lo largo de un período de casi 30 años de publicación escrita continuada¹⁰.

V

Retorno de nuevo al texto de García-Amado en el punto en que lo dejamos hace un momento. Porque la nota a que me acabo de referir apostilla un texto principal del siguiente tenor. «Creemos —dice García-Amado— que, por fortuna, en España se viene dando ya en los últimos años, por parte de los cultivadores de la filosofía del derecho, un adecuado planteamiento de la problemática metodológica mencionada. Sería muy largo y arriesgado tratar de enumerar las obras en que esto se pone de manifiesto». Las referencias a alguna literatura española no faltan en el trabajo. Son insuficientes, sin embargo, en mi opinión.

El lector, por tanto, deberá completar el panorama que se le ofrece con otras lecturas¹¹. De entre ellas recomiendo especialmente las de aquellos colegas que,

10. Destaco entre otras publicaciones más referentes al asunto las siguientes: 1.º *El problema del conocimiento en el pensamiento español del siglo XVIII*, «Anales C. Suárez» 1 (1961) 191 ss. 2.º *La apología de los saberes en el pensamiento tradicional español del siglo XVIII*, «Convivium» 15 (1963) 75 ss. 3.º *La metáfora del corazón en la filosofía jurídica agustiniana*, «Augustinus» 29 (1963) 41 ss. 4.º *El problema de la lógica jurídica*, «Anuario de Filosofía del Derecho» 10 (1963) 51 ss. 5.º *La notion de logique juridique*, «Archives de Philosophie du Droit» 11 (1966) 239 ss. 6.º *La logique juridique en Espagne et en Amérique Latine*, «Annales F.D.S.E. de Toulouse» 15 (1967) 117 ss. 7.º *El derecho y la naturaleza de las cosas*, «Anuario de Filosofía del Derecho» 12 (1966) 75 ss. 8.º *Filosofía del derecho y ciencia del derecho*, «Boletim da Fac. de Direito de Coimbra» 48 (1972) 145 ss. 9.º *El sentido de mi filosofar*, «Anales Cátedra Suárez» 15 (1975) 323 ss. 10.º *Tópica argumental para el análisis de cada concepto filosófico-jurídico*, en mi *Guía pedagógica do Departamento de Filosofía do Direito*, 8.ª ed., Paredes, Santiago, 1979, pp. 37 ss. 11.º *Os tópicos jurídicos fundamentais con bibliografía básica*, en mi *Guía da Filosofia do Direito*, 9.ª ed., Paredes, Santiago, 1983, 21 ss. 12.º *Tópica jurídica*, Paredes, Santiago, 1984 (830 pp.). 13.º *Algunos tópicos actuales sobre derechos humanos*, en los *Estudios Legaz*, t. 2.º, CEC, Madrid, 1985, pp. 275 ss. 14) *Perspectivas actuales de la filosofía del derecho*, «Anuario del CA de la UNED de Málaga» 1 (1987) 193 ss. 15.º *El tópico «derechos humanos»*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» 95 (1987) 199 ss. 16.º *La invocación de Dios en el actual lenguaje jurídico*, «Anales Cátedra Suárez» (1988) 487 ss.

11. He aquí como sugerencia una pequeña muestra: BATTRO, A.: *Los esquemas dialécticos*, «Revista de Filosofía» 16 (1966) 46 ss. CASAS, E.: *La retórica en España*, Editora Nacional, Madrid, 1980. CAYUELA, A.: *La retórica y la predicación sagrada*, «Razón y Fe» (1947) 263 ss. CONDE-SALGADO, R.: *Dialéctica y derecho*, «Anuario de Filosofía del Derecho» 13 (1967) 225 ss. COROMINAS, J.: *Tópica hespérica*, Gredos, Madrid, 1972. DAROS, W. R.: *Presupuestos filosóficos del método dialéctico y del método científico*, «Pensamiento» 42 (1986) 63 ss. DÍAZ, C.: *¿Un nuevo concepto de dialéctica?*, «Estudios» 28 (1972) 229 ss. DOTI, J.: *Dialéctica y derecho*, Hachette, Buenos Aires, 1983. FERNÁNDEZ-ESCALANTE, M.: *Topónima Ibérica*,

como yo mismo, dedican o han dedicado una buena parte de su producción a este campo de la tópica, la cetética, la retórica y la dialéctica jurídica. Me refiero concretamente a Manuel Fernández-Escalante, Angel Sánchez de la Torre, Juan Antonio Sardina-Páramo, Tercio Sampaio-Ferraz, Juan Vallet de Goytisolo, Vladimiro Lamsdorff-Galagane, etc.

En cuanto al autor, *quod scripsit, scripsit*. La lectura y digestión de aportaciones hispanas, además de gratificar con una aclimatación de la obra al lenguaje, a la problemática, a la conflictividad y la terapéutica de nuestras cuestiones, podría haberle animado a un cambio sustancial en su actitud respecto al asunto de su atención. Es grande lástima que un excelente conocedor de la tópica —como sin duda lo es García-Amado— emplee sus magníficos conocimientos en la materia para representar el antipático rol del fiscal acusador, en lugar de recitar el atractivo papel del abogado defensor.

El desprecio hacia la tópica, la cetética, la retórica y la dialéctica que muestra el autor en esta obra es verdaderamente llamativo. Creo que obedece, en parte al menos, a un mal entendido celo por su otro amor: por la teoría, la ciencia y el sistema... Comoquiera que los amores no son incompatibles, sería de desear que todos, lectores y autor también, aprendiesen a estimar la tópica, sin mengua del respeto por la ciencia.

Tengo para mí que el terrible obstáculo que significa el idioma alemán ha influido también en inclinar al autor hacia una actitud negativa y crítica de la tópica, que desde luego no comparto. Hago votos porque, cuanto antes, se produzca una rectificación o una conversión. Porque así como es cierto que no se puede amar lo que se desconoce, también es cierto que no se puede comprender lo que no se ama... Y quizá por eso, séame permitido decir, con toda delicadeza y sin ánimo de hostigamiento, que tengo la impresión de que el autor no ha comprendido del todo lo que es la tópica, y que por ello este libro, a vueltas de tanta información, da una imagen infiel del asunto.

VI

Para entender la tópica se hace recomendable practicar aquello de «leer menos noticieros (de la teoría) y viajar más por el país (de la experiencia jurídica)». Hay

Mojarro, Huelva, 1976, GONZÁLEZ-ALVAREZ, A.: *Dos modelos del pensar dialéctico*, «Verbo» 18 (1979) 349 ss. GONZÁLEZ-POLA, M.: *La dialéctica, arte liberal de San Isidoro*, «Philippiniana Sacra» 14 (1970) 163 ss. HEGENBERG, L.: *Algúns tópicos de lógica e filosofía do linguagem*, «Convivium» 11 (1968) 47 ss. LAMSDORFF-GALAGANE, V.: *La dialéctica marxista*, «Verbo» 18 (1979) 367 ss. LERTORA-MENDOZA, C.: *La tópica en la lógica jurídica*, «Anuario de Filosofía del Derecho» 18 (1976) 203 ss. MOYA-VALGAÑÓN, C.: *Razón dialéctica y razón analítica*, «Anuario de Filosofía del Derecho» 11 (1964) 199 ss. QUINTAS, A. M.: *Razonamiento categórico y razonamiento tópico en la jurisprudencia*, «Etnos» 11 (1983) 215 ss. RABANAL, M.: *Hablas hispánicas*, Alcalá, Madrid, 1967. SAMPAIO-FERRAZ, T.: *Justiça e tópica jurídica*, «Estudios de Derecho de Antioquia» 77 (1970) 195 ss. ID. ID.: *Introdução ao estudo do Direito*, Atlas, São Paulo, 1988. SÁNCHEZ-TORRE, A.: *Los griegos y el derecho natural*, Tecnos, Madrid, 1982, ID. ID.: *Desde la justicia de la venganza hasta la justicia civil*, Reus, Madrid, 1986. ID. ID.: *El derecho en la aventura europea de la libertad*, Reus, Madrid, 1987. ID. ID.: *Estudios de arqueología jurídica*, Dykinson, Madrid, 1988. SARDINA-PÁRAMO, J. A.: *Topoi retóricos y temática iusnaturalista*, CSIC, Zaragoza, 1980. ID. ID.: *Filosofía e historia del derecho*, en los *Estudios Otero-Varela*, Univ. de Santiago, 1981, 795 ss. TIERNO-GALVÁN, E.: *El tópico, fenómeno sociológico*, en sus *Escritos 1950-1960*, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 187 ss. VALLET-GOYTISOLO, J.: *La jurisprudencia y su relación con la tópica*, en sus *Estudios sobre fuentes*, Montecorvo, Madrid, 1982, 799 ss. VÁZQUEZ, F.: *Significación metafísica de la dialéctica*, «Estudios» (1962) 225 ss.

que analizar la experiencia jurídica, empezando por la propia. ¿Cómo funciona en la realidad la toma de decisiones jurídicas? Hay que estudiarlo despacio... y luego sacar conclusiones sobre lo que significa el método tópico. Quiero decir, juzgar así si este método describe correctamente la realidad, o no. Y si esa descripción alcanza valor normativo, o no. Recordemos a Sócrates. ¿Se quiere aprender a hacer zapatos? Pues hay dos caminos. El teórico, que consiste en leer unas instrucciones. Y el práctico, que consiste en ver e imitar a un zapatero mientras los hace. Se resolverán todas las dudas como por encanto... si se tiene en cuenta que las instrucciones de manufactura son simplemente una traducción —con paso de cópula en es, a cópula en será, o en debe— a lenguaje normativo del relato de la acción observada hecho en lenguaje descriptivo...

Vayamos, con ese criterio, a la duodécima conclusión, que es la que resume el espíritu de todo el libro que comento (no su letra y su temática, que es mucho más rica). Subraya en dicho lugar García-Amado que el «interrogante central de la metodología jurídica contemporánea es la cuestión de la racionalidad jurídica en cuanto al juego de decisiones valorativas que la... originan»¹²... García-Amado cree que para eso apenas sirve respuestas la tópica. Pues claro que no.

Pero si la experiencia de cómo deciden el legislador, el gobernante y el juez, además del notario, el abogado, el dictaminante, y todos los juristas, nos dice que las cosas ocurren de otra manera ¿no será que la pregunta sistemático-teórico-científica estará incorrectamente propuesta? No digo que dicha cuestión sea innecesaria. Digo, sólo, que quizá sea insuficiente...

El punto de vista tópico —que comparto— es que *el problema central del derecho y de la jurisprudencia contemporánea (y de siempre) no es el de la racionalidad de la decisión jurídica.*

Tal problema existe. Pero no es el fulcro, sino una parte nada más del conjunto. No es la meta, sino nada más que una etapa de un camino cuya meta está más allá.

El problema de la jurisprudencia y del derecho es la aceptabilidad de la decisión jurídica.

De ahí la importancia de la racionalidad. Pues convengo en que una decisión «racional» (calculada, cuantificada, lógica, sistemática) ya tiene mucho adelantado para que sea aceptable y aceptada. Pero lo uno no implica lo otro. Antes bien, en los casos controvertidos, se supone que al menos una de las partes discrepa de la otra en no considerar racional lo que la segunda sostiene... La tópica, la cetética, la retórica y la dialéctica simplemente avisan de que *la ciencia, la dogmática, la teoría y el sistema sirven de mucho, en la jurisnormación, en la jurisdicción y en la jurisprudencia, pero no bastan para resolver con decisiones efectivas todos los problemas jurídicos reales.*

Desde el punto de vista tópico, por lo tanto, es *mejor tomar desde el principio medidas para prevenir que se llegue a lo peor; a la aporía; a la situación en que hay que resolver dentro de un plazo fijo un conflicto que no se puede prolongar (al menos sin provocar otros mayores y peores).* Es que los teóricos se creen que el decisor

12. *Op. cit.*, p. 369.

siempre tiene todo el tiempo que necesita para razonar (calcular) su decisión. No ocurre tal caso nunca. El decisor casi siempre tiene que resolver contra el reloj. Y entonces —es decir, siempre— *decide lo que decide, soluciona lo que soluciona, pacifica lo que pacifica: y hay que encontrar eso que resuelve lo que es preciso resolver, ya y sin demora, en cada caso.* ¿Es un consenso anticientífico? Pues vale. ¿Es un reparto ilógico? Pues vale. ¿Es una elección azarosa? Pues vale. ¿Es un sorteo o cualquier otra forma aún más «irracional» de decidir, como un duelo, o una ordalía de agua, fuego o sangre, o un sacrificio cruento? Pues vale...

En fin, el punto de vista tópico es que *la jurisprudencia y la jurisdicción y la jurisnormativa, en suma, que el derecho tiene por fin prevenir la ocurrencia de conflictos antes de producirse, así como resolverlos al menor costo cuando se han producido.* Y que, por el contrario, *no es el fin del derecho crear normas, sentencias o dictámenes muy racionales, lógicos, científicos y sistemáticos... si no resuelven el conflicto inminente o ya incoado...* ¿Y si lo resuelven? Pues magnífico. Pero magnífica la teoría, la dogmática, la lógica, la ciencia o el sistema, porque se evitó el dolor, el daño, la sangre, etc..., que no porque constituya una «obra de arte» teórica, dogmática, lógica, científica o sistemática...

Ahora bien, eso es lo que significa *pensar jurídicamente por la vía cetética de la tópica, la retórica y la dialéctica —en lugar de por la vía dogmática de la teoría, la ciencia y el sistema—: buscar dictámenes, sentencias y normas que sean resolutivas y pacificadoras, antes que racionales y lógicas...* y sin hacer ascos a que también resulten ser esto mismo, por añadidura.

BREVE RESPUESTA A LAS OBJECIONES DEL PROFESOR PUY

JUAN ANTONIO GARCIA AMADO
Oviedo

En el comentario del profesor Puy sobre mi obra «Teorías de la tópica jurídica» se contienen, junto con consideraciones positivas que agradezco, algunas observaciones críticas a las que me veo impulsado a responder, no tanto por rechazo de la crítica en sí como por entender que están hechas desde parámetros teóricos y doctrinales tan distantes a los míos y los de mi obra que, pienso, apenas si tocan a ésta. Veámoslo sucintamente y al hilo de las concretas observaciones del profesor Puy.

1. No considero que en ningún momento de mi libro se viertan «expresiones demasiado duras sobre el prof. Viehweg». En todos y cada uno de los lugares del libro citados por el profesor Puy se formulan simples observaciones críticas sobre aspectos *de la doctrina* sustentada por Viehweg en sus escritos. Confundir una cosa y otra es un síntoma de aquel mal endémico de nuestra vida académica que tantas veces ha llevado a que fidelidades y aprecio personales se tengan que traducir en fidelidades y aprecio doctrinales, con la consiguiente y penosa cadena de sumisiones y servidumbres a la que nos tiene acostumbrados nuestra historia gremial. No entiendo por qué un investigador «joven» ha de enfrentarse a la obra del maestro consagrado armado de botafumeiro y no del instrumental de la crítica. Por lo demás, mi conocimiento de la obra, las circunstancias y la persona de Viehweg me han llevado siempre al convencimiento de que el mejor homenaje a su categoría humana e intelectual se le hacía con la crítica y la discusión y no con la actitud servil que los falsos maestros buscan en el rebaño de sus discípulos.

2. La obra de Viehweg y del resto de los autores que explican en qué consiste el modo de razonar o de argumentar tópico y que tratan de mostrar que en el derecho se trabaja con arreglo al mismo, posee un innegable carácter teórico. En su *Tópica y Jurisprudencia* Viehweg describe la tópica y ciertos aspectos del funcionamiento del derecho. Sobre el acierto, la verdad o la adecuación de ambas descripciones cabe opinar y manifestarse, con lo que se seguirá realizando un trabajo eminentemente teórico. Y también cabe, como hago en mi libro, comparar el tipo de doctrina que respecto de la práctica del derecho Viehweg sustenta, con otras doctrinas o teorías sobre el mismo objeto, y seguiremos con ello teorizando. Porque cuando Viehweg y quienes tratan el mismo tema (¿con la excepción del profesor Puy?) escriben no están haciendo tópica ni tópica jurídica, salvo en la medida en que se quiera sostener que toda teoría o doctrina contiene tópicos, lo cual, con

ser cierto, no tiene por qué implicar que haya que prescindir de rigor teórico y ponerse a argumentar a lo loco. La tópica, tal como la cultivan Viehweg y sus seguidores, es descripción o prescripción de una práctica, y sólo secundaria o derivadamente puede considerarse como parte de la práctica que describe. Piénsese en la similitud, por ejemplo, con la lingüística o la semiótica: se describen los lenguajes y los signos, y, para ello, usan signos y lenguajes; ¿tendría sentido decir que, por eso, sobra toda la teoría sobre el tema y basta con ponerse a hablar o a hacer señales de humo?

3. Sentado que la tópica posee una dimensión teórica, que es la que cultivan tratadistas como Viehweg, le son perfectamente aplicables a esa dimensión los mismos requisitos de rigor y coherencia que a cualquier otra construcción doctrinal. Porque no es lo mismo teorizar sobre la virtud creativa y resolutoria de la contradicción dialéctica, de la discusión contradictoria, que tener patente de corso para contradecirse o para sustituir la coherencia de los argumentos y las razones que se aporten por un *totum revolutum* en el que igual se pueda hablar del sexo de los ángeles que del de los hombres con tal de decir que se está haciendo tópica. Esto último nunca lo hizo Viehweg ni ninguno de esos otros tratadistas alemanes cuya prolija mención se me reprocha. No es cierto, al menos para éstos, que son los que yo, en mi extravío, he estudiado, aquello que dice el profesor Puy de que el «topícista» consienta de entrada en la contradicción, en el sentido de que no les importe contradecirse. No nos consta de nuestras lecturas que hayan renunciado de esa forma a su condición de seres racionales o, cuando menos, de pensadores serios.

4. No es cierto que en mi obra se muestre el más mínimo desprecio hacia la doctrina de Viehweg o la tópica como método. Sólo que entre el ciego enamoramiento en el que al parecer no he caído y ese desprecio que injustamente se me achaca, se sitúa un término medio consistente en la ponderación de los pros y los contras, las carencias y los aciertos de una doctrina. No he perdido la cabeza por la tópica para no dejar de (intentar) hacer filosofía y teoría del derecho. Y tampoco es cierto que critique a Viehweg en nombre de un modelo de racionalidad exclusivamente científicista y sistemática, pues precisamente dedico el último capítulo del libro a mostrar el papel de precursor ejercido por Viehweg en el rescate para el derecho y el método jurídico de la idea de racionalidad práctica, una vez que el científicismo anterior los habían abocado al puro y simple irracionalismo decisionista.

5. Para acabar, algunas observaciones menores sobre las citas y los autores citados. Si la doctrina estudiada hubiera nacido y se hubiera desarrollado fundamentalmente en Burundi, yo habría tratado de citar ante todo lo escrito en este país sobre el tema, amén de las aportaciones provenientes de otros lugares. Como en lugar de Burundi ha sido Alemania el centro de la polémica, la labor me ha sido más llevadera, pero el proceder ha sido el mismo. He tratado de tomar en cuenta lo que *sobre la tópica jurídica* se ha escrito y he podido localizar, en alemán, sobre todo, y también en inglés, francés, italiano, portugués y... español. Ciertamente no he citado a algunos autores españoles, pero por una simple razón: en mi ignorancia, no he creído que en sus escritos se contuviera *nada* que tuviera *que ver* con mi tema o con mi modo de abordarlo. Porque yo tomaba como referente las doctrinas sobre la tópica de Viehweg y sus seguidores, que son las que han tenido influencia en el pensamiento jurídico contemporáneo. Lo otro merecería, en muchos casos, un libro de otro género. Y, en cualquier caso, sigo creyendo que la tópica jurídica no tiene nada que ver con cosas tales como la «arqueología jurídi-

ca», «hablas hispánicas». «Topónima Ibérika», «dialéctica marxista» o «significación metafísica de la dialéctica».

En cuando al símil, de resonancias deportivas, de los españoles de primera y los alemanes de tercera, habrá que decir lo mismo que se comenta cuando se habla de selecciones de fútbol: que cada aficionado tiene su selección ideal; y mucho me temo que la del profesor Puy y la mía no coincidirían ni en el portero... Supuesto que habláramos del mismo deporte.

LOS DERECHOS UN POCO EN BROMA: LAS RAZONES DE PECES-BARBA SOBRE OBEDIENCIA, DESOBEDIENCIA Y OBJECION

J. A. ESTEVEZ, J. L. GORDILLO, J. R. CAPELLA
Barcelona

El *Anuario de derechos humanos* editado por el Instituto de lo mismo de la Universidad C. de Madrid publica en su número 5 (1988-89) un trabajo del profesor Peces-Barba sobre «Desobediencia civil y objeción de conciencia» que merece un comentario particular no sólo por su contenido sino por insertarse en lo que va camino de convertirse en la principal polémica filosófico-jurídica posterior a la Constitución de 1978. Una polémica en la que además de Gregorio Peces-Barba han participado cuando menos Don Felipe González, Javier Muguerza, Elías Díaz, Javier de Lucas, Luis Prieto y marginalmente los firmantes de esta nota, entre otros. El trabajo de Peces-Barba publicado en el *Anuario de derechos humanos* parece más claramente representativo de su pensamiento que otros suyos sobre el mismo tema aparecidos en el semanario *El Independiente*, en los que pueden haber introducido gazapos los duendes de las imprentas.

Las discusiones entre filósofos se parecen a veces al «juego del teléfono» de los niños: un juego en el que la reiterada transmisión de un mensaje altera su contenido semántico¹. La interferencia pragmática es el gazapo comunicativo que intentamos evitar al formular disensos precisos a tesis precisas del profesor Peces-Barba sobre las razones de la obediencia al derecho. No resulta en cambio fácil establecer las razones de nuestro disenso respecto de la posición de este autor a propósito de la desobediencia civil, pero al menos estableceremos claramente las razones de esta dificultad. Por último, nos parece que las observaciones de Peces-Barba sobre la objeción de conciencia oscurecen el problema en vez de aclararlo. Así las cosas, nos vemos obligados a solicitar del profesor Peces-Barba que considere nuestros argumentos. Las citas remiten a las páginas del n.º 5 del *Anuario de derechos humanos* mencionado.

* * *

1. Así, en el mismo número del *Anuario de derechos humanos*, el bienintencionado artículo de Marina Gascón y Luis Prieto atribuye a los firmantes de la presente nota la tesis (absurda) de que la prestación social sustitutoria del servicio militar se configura como una de las formas posibles de cumplimiento del deber constitucional de defender España (pp. 112-3 y nota 23).

1. *Sobre las razones de la obediencia al Derecho*

1. «(...) obedecer al Derecho es más lógico que desobedecerlo» (p. 162).

Esta afirmación, expresada como está en términos generales, nos parece un *sinsentido*. La lógica se ocupa de la corrección formal de los razonamientos. Según cuáles sean las premisas, la conclusión lógica de un razonamiento puede ser «se debe obedecer el Derecho»; si las premisas son otras cabe que lo sea «se debe desobedecer el Derecho». Pero la lógica no puede *proporcionarnos las premisas* en las que basar la conclusión. El profesor Peces-Barba puede considerar que somos rigoristas extremistas al no interpretar «lógico» como, p. ej., «razonable» en su afirmación. Podemos quitarnos los anillos rigoristas, pero para señalar a continuación: (a) que el problema no meramente académico de la obediencia se plantea respecto del derecho en general en términos de *causas* —esto es, como investigación empírica— y no de *justificaciones* —como problema moral—; y (b) que el problema de la *justificación* de la obediencia o desobediencia se refiere a una(s) norma(s) determinada(s) y no puede resolverse recurriendo a un axioma del tipo «es preferible la obediencia en principio» o «es preferible la desobediencia en principio», como parece sugerir nuestro colega.

2. «Las normas jurídicas de ese sistema [un sistema jurídico en una sociedad democrática] no son heterónomas, sino en cierto sentido autónomas, y la obediencia a las mismas es de alguna manera una obediencia presupuesta y consentida al participar en las grandes líneas de formación del sistema» (p. 162).

No nos parece ajustada a los hechos la afirmación genérica de que las normas jurídicas no son heterónomas. Es muy probable que en un «sistema jurídico en una sociedad democrática» el contenido de las normas jurídicas coincida, en mayor medida que en un sistema autoritario, con el contenido de las normas morales interiorizadas por los ciudadanos. Pero no es cierto que en un «sistema jurídico en una sociedad democrática» la interiorización de las prescripciones constituya un requisito para afirmar la existencia o la validez de las normas jurídicas en general. En ningún «sistema jurídico en una sociedad democrática» es posible que alguien se sustraiga con carácter general a las prescripciones contenidas en las normas jurídicas alegando que no las considera obligatorias. Por consiguiente, en un «sistema jurídico en una sociedad democrática» las normas jurídicas no son autónomas «en cierto sentido», sino heterónomas.

Por otro lado recurrir al consentimiento como fuente del deber de obedecer el Derecho plantea siempre el problema de que dicho consentimiento se da por *presupuesto* en todo caso, con lo que no se admite ninguna línea de conducta ni manifestación de voluntad que permita desmentir tal consentimiento. Locke, por ejemplo, consideraba el hecho de circular por los caminos de un país como manifestación irrefutable de consentimiento hacia todas sus leyes. De este modo, el consentimiento se convierte en una presunción *iuris et de iure*, con lo que pierde toda capacidad legitimadora.

El teologema jurídico es en realidad el siguiente:

- a) El consentimiento del individuo funda deber de obediencia
- b) El consentimiento se presume siempre
- c) La presunción de consentimiento es irrefutable.

Presuponer en todo caso el consentimiento conduce a consecuencias absurdas. Por ejemplo la de mantener que el ladrón está de acuerdo con la norma que

prohíbe el robo y que, por consiguiente, consiente en ser castigado. El profesor Peces-Barba intenta evitar este problema restringiendo el consentimiento a las «grandes líneas de formación del sistema». Con ello contradice su afirmación inmediatamente anterior de que las normas jurídicas de un «sistema jurídico en una sociedad democrática» no son «heterónomas, sino en cierto sentido autónomas». Y tampoco logra evitar el problema, pues éste se reproduce en ese segundo nivel: el consentimiento en las «grandes líneas de formación del sistema» se presume siempre. Con lo cual se puede llegar a la posición absurda de tener que afirmar que el Sr. Tejero, cuando era teniente-coronel, consentía en las «grandes líneas de formación del sistema» (que quiso, sin embargo, cambiar por la fuerza) y que *por eso* queda justificado su castigo.

3. «(...) en ese sistema [un sistema jurídico en una sociedad democrática], también los gobernantes actúan sometidos a la Ley» (p. 162).

Es muy distinta la índole del sometimiento al Derecho de los ciudadanos y el de los órganos supremos del Estado. Los mecanismos que pretenden garantizar el cumplimiento de la norma en un caso y en otro son muy diferentes. Sólo hay que pensar, por ejemplo, en la diferente relación de los ciudadanos con el código penal, por un lado, y del Tribunal Constitucional con la Constitución, por otro. En un caso existe una instancia dotada de poder irresistible —al menos desde la perspectiva del individuo—, encargada de aplicar la norma y de penalizar su incumplimiento. En el caso del Tribunal Constitucional es él mismo quien determina la adecuación de su actuación a la norma que debe cumplir.

En general, todos los órganos y poderes supremos del Estado se encuentran en una situación similar a la del Tribunal Constitucional. Podría afirmarse, desde luego, que todos estos órganos están obligados a obedecer al Tribunal Constitucional. Pero ésa sería una argumentación meramente formal, pues no existe un mecanismo coactivo que garantice p. ej., el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional por parte del Parlamento en el mismo sentido en que existe un mecanismo que garantiza el cumplimiento del código penal por los ciudadanos. La inexistencia de un dispositivo así permite p. ej. al Ejecutivo incumplir latamente sentencias de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo e ingeniar originales modos de cumplir las del Constitucional. Los mecanismos que explican la adecuación de la actuación de los órganos supremos del Estado a la Constitución tiene que ver con pactos entre grupos políticos, situaciones de equilibrio entre fuerzas sociales, etc... Son, pues de índole muy distinta a los mecanismos coactivos jurídicos que aseguran en último extremo la adecuación a la ley de la actuación de los ciudadanos. Hablar de «sometimiento a la Ley» indistintamente en relación con los gobernantes y los gobernados es designar con una misma expresión realidades que tienen muy poco en común.

4. «[Un sistema jurídico en una sociedad democrática] no solamente en el origen, sino en el funcionamiento, establece unos procedimientos para la adopción de decisiones que hace posible la igual situación de todos ante ellas, que permite que nadie sea sacrificado en beneficio de otro y 'no da ventaja a ninguno de los que participan en la disputa' como afirma Singer» (p. 162).

Resulta insostenible afirmar que todos los ciudadanos tienen igual peso a la hora de influir en las decisiones que se adoptan. La afirmación ni siquiera es válida por lo que respecta a la igualdad formal de voto, pues la propia legislación electoral prima los votos de las zonas rurales respecto de las urbanas e «inutiliza» los votos marginales. Esto es, de todos modos, una cuestión menor.

Si para no discutir de teología política observamos los *mecanismos reales* de toma de decisiones resulta erróneo afirmar que todos los no-gobernantes tienen una capacidad equivalente de influencia en las decisiones de los gobernantes, o que tienen mecanismos equivalentes de presión, o que cuentan con capacidad equivalente en el caso de formación de opinión pública, etc. Esta desigualdad se da obviamente en el caso de los individuos, pero también en el caso de los grupos sociales organizados y especialmente de aquellos a los que se suele designar con la expresión «interlocutores sociales».

5. «[Con] la incorporación al Ordenamiento jurídico de mecanismos de protesta frente a normas consideradas injustas (...) las razones de la desobediencia disminuyen ostensiblemente y se potencian las de la obediencia» (p. 162).

De todas las que el profesor Peces-Barba señala, ésta es la única razón que responde a la realidad y que puede ser considerada válida en principio en los términos en que aparece formulada. Efectivamente, a la hora de plantearse el problema de la justificación de acciones de desobediencia al Derecho, tiene especial importancia el dato de si existen instancias objetivas de decisión de conflictos, si se reconocen o no ciertos derechos, etc.

Sin embargo, cabe añadir lo siguiente:

a) En las campañas de protesta se suele hacer uso de tales mecanismos antes de poner en práctica acciones de desobediencia. b) En ocasiones —y de ello hay ejemplos recientes en Alemania— se ha acusado a quienes protestan de practicar el doble juego de estar en contra del «sistema» y de valerse de los mecanismos de ese mismo «sistema». Esa acusación se ha utilizado como argumento para negarles el acceso a esos mecanismos institucionales. O sea, mal si no se hace uso de los canales legales de protesta y se pasa directamente a la desobediencia; pero peor si se hace uso, efectivamente, de esos canales, porque entonces se practica un doble juego. c) La existencia de instancias imparciales de resolución de conflictos no es un dato que se establezca de una vez para siempre. Esas instancias pueden no ser sensibles a determinadas problemáticas o resultar influenciables en ciertos casos, etc... Por consiguiente, es necesario calibrar *en cada caso* el grado de abertura u obturación de los canales legales.

2. *Acerca de la desobediencia civil*

El profesor Peces-Barba manifiesta expresamente su intención de ceñirse estrictamente al tema: «Para poder salir de las simples generalidades no trataremos el tema en toda su extensión, y nos vamos a limitar a la desobediencia civil en el seno de las sociedades democráticas. Pretender abarcarla, en todas las sociedades políticas posibles, nos obligaría a comparar la desobediencia civil con conceptos próximos como el derecho a la resistencia, la revolución o el tiranicidio» (p. 164).

Pero a renglón seguido añade un argumento justificador de su «poco entusiasmo» respecto de la desobediencia civil en la sociedad democrática moderna, cual es «(...) la conciencia histórica sobre el destino que han sufrido muchas fes militantes, disueltas en la conciencia de la humanidad al cabo del tiempo, después de haber producido muchos fenómenos de resistencia, de intransigencia frente a lo que se oponía a ellas, e incluso de haber generado violencia que se consideraba legítima» (p. 164).

El curioso descubrimiento de una fe *soluble* (o varias) en la «conciencia de la humanidad» —con el que el profesor Peces-Barba salta a la Filosofía de la Histo-

ria— se compecece mal con una consciencia histórica concreta *light* que hace referencia a posiciones intransigentes, fanáticas y violentas, impertinente si se está hablando estrictamente de desobediencia civil. La tradición a la que los desobedientes civiles se remiten rechaza la violencia. El carácter no violento es, además, un rasgo caracterizador de la desobediencia civil que resaltan todos los autores que se han ocupado del tema. Por otra parte, los «clásicos» de la desobediencia civil, Thoreau, Gandhi o Martin Luther King, han subrayado siempre la necesidad de intentar convencer —y no vencer— al adversario, de no romper los puentes del diálogo, etc... La moral de la desobediencia civil rechaza el recurso a la dialéctica amigo/enemigo. La desobediencia civil no tiene nada que ver, por consiguiente, con el fanatismo, la intransigencia ni, por supuesto la violencia, y algo en cambio con el sentido del humor.

Por eso resulta difícil expresar nuestro disenso respecto de las posiciones del profesor Peces-Barba: en primer lugar, no sabemos si hablamos de lo mismo.

Y más si nos referimos a las razones que justifican la desobediencia civil. Según Peces-Barba, «Cuando un sistema jurídico establece privilegios o cauces para eludir la obediencia a las normas para algunos, cuando establece normas que violan el consenso de la constitución o liberan al gobernante del sometimiento a la Ley, cuando en la adopción de decisiones se establecen desigualdades entre los ciudadanos, y uno puede ser sacrificado en beneficio de otro que tiene ventaja, es decir, cuando se vulnera lo que Singer llama 'el compromiso justo', cuando se convierten en ilusiones los mecanismos de institucionalización, los individuos o las minorías afectadas por esta discriminación, estarían legitimadas para la desobediencia» (pp. 165-66).

Cabría aquí apelar al sentido de la responsabilidad del profesor Peces-Barba: su caracterización constituye un llamamiento a la desobediencia generalizada y podría conducir al caos, pues no hay ningún sistema que cumpla todos estos requisitos simultáneamente para todos los individuos y grupos. Sería conveniente no proporcionar a los desobedientes coartadas tan amplias como ésta, que a nosotros, modestamente, nos parece un cheque en blanco.

3. *Acerca de la objeción de conciencia*

Para el profesor Peces-Barba: «La objeción de conciencia tiene, en resumen, su implantación en aquellas situaciones de una obligación general legítima pero cuestionada por sectores que tengan un punto de vista sobre la misma, que no es suficiente para provocar, en aquel momento histórico, una descalificación general, pero sí para pretender una excepción que desvincule de la obediencia a quienes la sostienen, apoyada en la libertad ideológica y religiosa. Lo podemos configurar como un derecho disenso o reaccional frente a una impugnación ética o religiosa de los fundamentos de una obligación jurídica general, por lo que su interpretación será restrictiva» (p. 172).

Esta caracterización de la objeción de conciencia no concede relevancia suficiente, a nuestro modo de ver —aunque Peces-Barba lo mencione de pasada—, a otro elemento que normalmente entra en juego cuando se habla de este asunto, a saber: que la objeción de conciencia reconocida legalmente es también un ejercicio legítimo de la libertad ideológica. La relevancia de este punto parece esencial en un sistema político que hace de él uno de los elementos principales de su religión cívica. Además, las distintas regulaciones de las diversas objeciones de conciencia

se presentan normalmente como el resultado de una tensión o *ponderación* entre la libertad ideológica y la exención de una obligación general.

Pero incluso teniendo presente que la objeción de conciencia reconocida legalmente es también el ejercicio legítimo de la libertad ideológica, seguimos sin disponer de los suficientes elementos para explicar los distintos tipos de comportamiento de la autoridad jurídico-pública frente a tipos de objeciones de conciencia también distintos.

Así, ante ciertos tipos de objeción, la autoridad basa la regulación de su ejercicio en la *ponderación* de que se trata sobre todo de «una concreción de la libertad ideológica» a pesar de ser también «la excepción a una obligación» (aspecto que queda en un borroso segundo plano, como el fondo de una escena de amor en una película de Hollywood), dando lugar a respuestas jurídico-públicas muy tolerantes, como ocurre con la objeción al aborto. En otros casos la autoridad *pondera* que la objeción de conciencia es «la excepción a una obligación», y sólo secundariamente «una concreción de la libertad ideológica». La respuesta jurídico-pública resultante es entonces mucho más restrictiva, como sucede con la objeción al servicio militar.

En España por ejemplo, el T.C. caracterizó la objeción al aborto como un ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad ideológica, pese a que el supuesto no aparece explicitado en la «Ley de Leyes». La misma institución denegó, por el contrario, el carácter de derecho fundamental a la objeción al servicio militar pese a ser también un ejercicio legítimo de la libertad ideológica reconocido *explícitamente* en la «Norma Suprema» y gozar (también explícitamente) de la protección especial del recurso de amparo. En este caso, el tribunal *interpretó* todo eso como secundario.

En consecuencia, el Tribunal consideró adecuado a la Constitución el procedimiento administrativo con aspectos inquisitoriales que deben afrontar quienes soliciten ser reconocidos por el Estado como objetores a las obligaciones militares (se prevé incluso la posibilidad de investigar su vida privada), mientras los funcionarios públicos que objetan en conciencia el aborto no tienen que explicar sus motivos, ni entidad alguna está autorizada a investigar siquiera la coherencia de su comportamiento. Mientras a los objetores al servicio militar se les obliga a redimir sus dudas hamletianas sobre la bondad estatal imponiéndoles una prestación *sustitutiva* que puede durar entre el 50 % y el 100 % más que el servicio militar, los objetores al aborto no están obligados a hacer nada que compense su inhibición de obligaciones en actividades profesionales acotadas constitucionalmente. El Estado, por otra parte, equipara a los objetores fiscales con los delincuentes fiscales (con el beneplácito del profesor Peces-Barba; vid. p. 172), desatendiendo el hecho de que los primeros le informan de su objeción y destinan los fondos objetados a actividades protegidas públicamente.

No todas las objeciones de conciencia, por lo tanto, reciben igual tratamiento por parte del Estado, a pesar de que en principio a todas les puede aplicar el esquema referido: objeción de conciencia igual a excepción de una obligación más ejercicio legítimo de la libertad ideológica.

La explicación sobre la existencia de un sistema de pesos y *ponderaciones* diferentes para cada tipo de objeción de conciencia no se puede encontrar, en nuestra opinión, en el pretendidamente aséptico terreno de la filosofía jurídica, sino *fuera* de ella: en las decisiones *políticas* en que se basan las regulaciones jurídicas de cada tipo de objeción de conciencia, atendiendo a las instituciones que cuestiona

o a los grupos sociales afectados. Pues, como hemos visto, en unos casos el Estado tiende a facilitar su ejercicio y en otros a obstaculizarlo. Por supuesto, en el discurso normativo hay suficiente arsenal de principios para justificar esas decisiones, *sean cuales sean*: basta con encomendar la tarea de interpretar a los profesionales de la retórica. Pero eso no ayuda a esclarecer la cuestión: más bien deja en tinieblas a quien pretenda conocer los verdaderos motivos de las *ponderaciones*.

Valdría pues la pena que *los derechos humanos de ahora*, como el derecho a objetar en conciencia, se tomaran un poco en serio, introduciendo más variables en su tratamiento que las tradicionalmente tenidas en cuenta para dar razón de la actitud del Estado frente a ellos, y no a broma, como sucede si se adopta el punto de vista estatalista de la teología jurídica.

CONTESTACION A LOS PROFESORES ESTEVEZ, GORDILLO Y CAPELLA

GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ
Madrid

El amable envío previo del escrito de los profesores Estévez, Gordillo y Capella, discrepando de un anterior trabajo mío sobre «Desobediencia civil y objeción de conciencia» me permite contestar en las mismas páginas del Anuario de Filosofía del Derecho en que se publica.

Mi primera reacción tiene que ser de agradecimiento por haberse tomado el interés de leerme y por criticar mis tesis, identificándome como autor de las mismas. Es una consideración cuando circula, a veces, en nuestra familia académica otro tipo de comportamiento consistente en criticar, sin citar, las tesis que defiende otro colega, que todos identifican, pero al que no se le hace el honor de mencionar, en una especie de autismo narcisista que no necesita interlocutores.

Tras esa primera impresión la lectura del trabajo de mis distinguidos compañeros y amigos me suscita dos observaciones generales antes de entrar en una pormenorizada respuesta a sus puntos de vista, puesto que, como me piden, voy a considerar con toda atención sus argumentos.

La primera es que me parece que la comunicación de nuestras ideas no ha podido sustraerse al gazapo que, según dicen, intentan evitar. Tengo la impresión de que me han situado en un determinado grupo de filósofos del Derecho al que reprochan hacer teología política o jurídica, y que ese prejuicio tiñe toda su argumentación. No estoy en mala compañía porque uno de los firmantes de este escrito al que contesto, el profesor Estévez, utilizaba argumentos parecidos para criticar el libro del prof. Elías Díaz «De la Maldad Estatal y la Soberanía Popular» en el n.º 2 de este Anuario, en los que latía un rechazo del valor del Estado parlamentario representativo y de su Derecho, y ahí creo que está, ésa sí, una discrepancia de fondo, en la distinta valoración del fenómeno estatal y de su Derecho, de la que estas discrepancias puntuales sobre desobediencia y objeción de conciencia son sólo una consecuencia.

También el profesor Capella en toda su obra ha sido un crítico radical del sistema parlamentario representativo, y en sus libros «Entre Sueños», o «Materiales para la crítica de la Filosofía del Estado», por ejemplo, se encuentran argumentos suficientes para sostener esta opinión, lo que por otra parte estoy seguro que a él le agrada profundamente. Y que el profesor Capella cree que existe este grupo de Filósofos del Derecho se desprende de su «Comentario a la lectura de 'Entre sueños por M. Atienza'», donde alaba en nuestro compañero de Alicante, su inten-

to de elevación del horizonte de la escuela de la que procede «...limitada a la cuadratura del círculo de la legitimación de la forma representativa de dominio político...» (Anuario de Filosofía del Derecho, Tomo III, p. 649). Si a esto se añade que en ese mismo trabajo parece atribuir a una no identificada «policía del pensamiento» una persecución porque el suyo no es de fiar y es distinto del normalizado, e incluso desde el punto de vista estético está dispuesto según dice a que se le instale la guillotina eléctrica en la Puerta del Sol, «en la Carrera de San Jerónimo mismamente», no parece absurdo pensar que atribuye a este grupo que hacemos teología, unas intenciones represoras, que aunque se queden en el nivel estético son terribles. Es verdad que siempre ha defendido, y también en este trabajo al que contesto, el sentido del humor, y a eso sólo puedo atribuir que a quienes sólo hemos sido reprimidos por el franquismo, y alguno lo seguimos siendo en la Academia, por los residuos de aquellos tiempos, nos descubra virtualidades represoras.

En todo caso si su desconfianza en el Estado Parlamentario representativo le puede llevar a pensar que quienes lo defendemos encarnamos sus maldades intrínsecas, no me parece excesivo decir que parte también de un cierto prejuicio.

Es probable que alguno de los desenfoques concretos que intentaré fijar al considerar sus argumentos, se explique por este juicio «a priori», y es probable también que la raíz del desencuentro esté en esta distinta valoración del poder democrático y de su Derecho.

La segunda observación general es de coincidencia con su planteamiento de que no hay que tomar los derechos en broma. La practiqué, con perjuicios personales serios durante la dictadura, y lo empecé a reflexionar desde 1973, fecha de la primera edición de mis «Derechos fundamentales», obra que al cabo del tiempo me parece ingenua, llena de defectos y con muchas lagunas, pero que en ningún caso supone un tratamiento en broma de los derechos. Matizan los autores al final de su escrito que se refieren a «los derechos de ahora», como el derecho a objetar en conciencia, distinción que no entiendo, porque lo habían vinculado algunas páginas antes y con razón con la libertad ideológica, que es uno de los derechos clásicos de siempre, del primer modelo liberal de las revoluciones americana o francesa. En todo caso me parece un progreso, pero no soy yo el destinatario de esa exhortación para tomarse los derechos en serio. Decía en 1986 el profesor Capella en aquella misma contestación al profesor Atienza: «...los derechos civiles, las libertades políticas y las garantías individuales no me parecen connaturales al hombre (no son humanos como es humana la mano y la voz), sino históricos. Por otra parte han cobrado una coloración clasista. Los llamados derechos humanos sociales y culturales tienen por objeto elevar la existencia de las personas a la condición de una existencia burguesa. Y la condición burguesa no es una condición humana. Me parece inconsistente una universalización de las gentes construidas así...». En éste y otros textos sería difícil no encontrar también teología política aunque distinta de la que me reprochan, pero en todo caso no parece que podamos hablar de que es un texto que se toma los derechos en serio, sino que los repudia y los rechaza con las palabras más duras posibles.

¿Cómo entonces, y entro de lleno en mi segunda observación general, se puede concluir el escrito de los profesores Estévez, Gordillo y Capella, diciendo que valdría la pena tomarse los derechos un poco en serio? Tengo la impresión de que no se les puede sin embargo acusar de incoherencia, si entendemos el sentido que

dan al término «los derechos humanos ahora», aunque hay que reconocer que es un sentido peculiar que no asume toda la tradición histórica que ha producido la filosofía de los derechos humanos. Es lógico porque ese sentido generalmente aceptado está indisolublemente ligado al origen del Estado Parlamentario representativo, e incluso se puede decir, con Gauchet, que su paradigma máximo, la Declaración de 1789, surge como criterio de legitimidad del nuevo Estado frente a la de la monarquía francesa.

Descubren un nuevo sentido a los derechos que deberían estipular de manera más clara, porque todos entendemos por esa palabra otra cosa, y son coherentes con ese nuevo sentido, que puede apoyar viejas tesis, antiestatalistas y de constatación de que el viejo modelo socialista, que hoy se identificaría con el Estado Social, no sirve y está agotado. Los derechos en cuanto pueden ser vía para contribuir a destruir ese estado de cosas que rechazan, empiezan a ser tomados en serio. Son los derechos contra el Derecho, como la nueva faz que adquiere hoy el ideal del destructivismo jurídico. Se puede comprender que el encuentro en la comunicación es difícil porque ni siquiera entendemos el centro de la polémica, los derechos humanos, en el mismo sentido. Creo que ahí está la mayor dificultad de este diálogo. Para mí el ideal de justicia posible, está en la vía del Derecho del Estado parlamentario representativo, con los derechos humanos como concreción, siempre insuficiente e incompleta, de los valores de libertad e igualdad, que debe tender a integrar y superar las muchas contradicciones, algunas señaladas por mis colegas y amigos, que encuentra en el camino. Prefiero la reforma, y a eso ellos lo llaman teología política y jurídica. Desde su punto de vista todo en lo que yo creo debe ser destruido y sustituido no sé muy bien por qué, ya que sus formulaciones en éste y en otros escritos me parecen difusas. Tengo también derecho a pensar que hacen teología política, y teología por teología, la mía me parece más acreditada y reforzada últimamente por el homenaje que el Partido Comunista Italiano ha hecho en su bicentenario a la Declaración de 1789, y por la vuelta a la vieja casa, llena de defectos, pero sin modelo alternativo, de Hungría o de Polonia.

Los profesores Capella, Estévez y Gordillo han demostrado sensibilidad en sus escritos para apreciar vivamente las crueldades y el dramático patetismo de la vida del hombre en la historia, y yo creo que también comparto ese sentimiento. Ellos probablemente no renuncian a la redención secularizada que es la revolución, porque piensan que un día se podrá terminar con las contradicciones del hombre y se producirá la reconciliación y la revelación de la esencia moral de la humanidad.

Me parece que deseando también que llegase esa buena nueva, prefiero trabajar en el día a día, reformando las contradicciones, buscando soluciones concretas, avanzando sin pretensiones aunque sin perder de vista el horizonte utópico. No estoy, por consiguiente, por soluciones radicales, pero no por rechazo intelectual sino por realismo histórico.

Con esta identificación de los dos puntos de vista, y espero haber sido fiel y respetuoso con el de mis contradictores, estamos, ahora sí, en situación de afrontar nuestros desacuerdos, no sé si para superarlos pero en todo caso para explicar mi posición ante todos los temas que me plantean.

Sitúan sus discrepancias en tres niveles, sobre razones de la obediencia al Derecho, sobre la desobediencia civil y, por fin, sobre la objeción de conciencia, y descubren que mi artículo del «Anuario de Derechos Humanos» al que contestan

parece más claramente representativo de mi pensamiento que otros míos sobre el mismo tema aparecidos en el semanario «El Independiente», y no podrá estar ya de acuerdo con este juicio por la sencilla razón de que, en ambos casos el texto es el mismo. Las razones por las cuales a ellos les parecen distintos son un misterio para mí, que no tiene mayor importancia, aunque me permito suministrarles ese dato por si puede serles de utilidad, así como que el artículo se escribió originariamente para un Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico sobre el tema, y que tuvo lugar en Valladolid en noviembre de 1988.

Sobre las razones de la obediencia al Derecho

Todas mis apreciaciones en esta parte, como en el resto de mi trabajo, reflejan mis opiniones puesto que no se trata de un estudio que pretenda dar cuenta del estado de la cuestión en la cultura jurídica y política actual, sino de algo mucho más modesto y menos interesante como es expresar lo que preciso sobre el tema. No hago afirmaciones tajantes, ni pretendo tener la razón, e incluso ni siquiera es tema central el de la obediencia, que se plantea al hilo de la desobediencia y de la objeción.

En puridad tienen razón cuando critican mi formulación de que obedecer al Derecho es más «lógico» que desobedecerlo, aunque ellos mismos salvan la objeción sustituyendo «lógico» por razonable.

En realidad me sitúo desde el punto de vista del sujeto activo creador del Derecho, y desde él, es casi una obviedad decir que el Derecho se crea para ser obedecido, con la pretensión de regular de una determinada manera la convivencia en la sociedad, e históricamente es indudable que todos los derechos conocidos han surgido con esa finalidad. Nunca he dicho que es preferible la obediencia en principio, como ellos me atribuyen, sino sólo que con ese objetivo de ser obedecido nace el Derecho. Por eso sitúo el tema de la desobediencia, en su otra cara de la obediencia, en el marco de las sociedades democráticas, del Derecho de los Estados parlamentarios representativos.

En ese modelo acotado se debe entender mi afirmación de que el ordenamiento jurídico es en cierto sentido autónomo. Sacan una consecuencia excesiva cuando identifican esa afirmación con la de que «la interiorización de las prescripciones constituye un requisito para afirmar la existencia o la validez de las normas jurídicas en general...». Fuerzan mi afirmación, que es formal, para situarla en el campo de los contenidos de esas normas.

Precisamente en el origen del Estado parlamentario representativo, ya que no es posible encontrar unos contenidos de justicia aceptables para todos, lo que fue la vieja aspiración del Derecho Natural, se pretende, como decía Pascal, que la fuerza sea justa y la justicia sea fuerte a través de la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal creadora de las normas. En este sentido el Derecho es más autónomo que cuando su creador era un soberano único, el monarca absoluto, y lo es más que con el sufragio censitario y con la represión de las asociaciones obreras. No hago una afirmación absoluta, sino siempre relativa e histórica, pero no me parece razonable negar los avances que se han producido en la participación, muchas veces a costa de mucha represión, de mucha lucha y de mucho esfuerzo. Sería una burla para la memoria de todos los que sufrieron en esa hermosa aventura histórica decir que tan heterónomo es el Derecho con Felipe II que con la Constitución de 1978.

Que existen muchos fallos en esa participación, que se pretende falsear y que existen muchas técnicas de envilecimiento que la desvían y la mediatizan es cierto, pero lo que nos separa, me parece, es que, con todo yo creo que, como demuestra

la historia vale la pena persistir, entre otras cosas porque fuera está el vacío y no se ofrece ningún modelo alternativo si prescindimos de algunas vaguedades.

Buscar ejemplos como el de Tejero, o el del ladrón, supone hacerme decir que la aceptación del sistema debe ser la de todos y cada uno de los ciudadanos de un Estado concreto, a lo que ya Locke o Rousseau, cada uno desde su perspectiva, dieron una respuesta plausible.

Junto a la participación, los derechos humanos, no sólo los de ahora sino todos, y los principios de organización, de la separación de poderes o del imperio de la Ley, aunque sobre éste volveré más adelante, convierten a ese sistema en más propio del que es ciudadano del mismo, y la mayoría piensa en esos casos que es más razonable obedecer. Precisamente una de las líneas de evolución del Estado Parlamentario representativo se sitúa en la voluntad de hacer plausible la obediencia más desde el consenso que desde la fuerza, de ahí la progresiva institucionalización de la resistencia, con lo que disminuyen ostensiblemente las razones de la desobediencia, en lo que están de acuerdo mis distinguidos contradictores, aunque no creo que saquen todas las consecuencias de ello.

Les parece también inexacta mi afirmación de que los gobernantes actúen sometidos a la Ley, y pretenden una vez más convertirla en una afirmación absoluta, lo que no es mi intención.

Y creo que pretenden contradecir este hecho como poco relevante, con unos ejemplos que acepto en parte pero que no me sirven para descalificar el imperio de la Ley. Me parece que es falaz:

1) Privar de importancia, en los sistemas políticos a los que reduzco mi análisis a esta idea del gobierno de las Leyes frente al gobierno de los hombres.

2) No matizar en qué sentido es diferente el cumplimiento de la Ley por gobernantes y gobernados y pensar que siempre esa diferencia es en favor de los primeros. Existen algunos grupos sociales que ofrecen una resistencia al cumplimiento de la Ley, más directa que la que pueden plantear órganos constitucionales. Piénsese en la capacidad de desobediencia de los servicios mínimos en el ejercicio del derecho de huelga por un colectivo de trabajadores y de sindicatos en el ámbito de un servicio público, y reconózcase que la capacidad sancionadora y coactiva de los titulares del poder del Estado ha sido prácticamente nula. Por otra parte, aceptando la gran autonomía del Tribunal Constitucional, no se puede olvidar que su actuación está regulada en la Constitución con una Ley Orgánica y que además sus miembros son elegidos en el Parlamento, por el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial.

Me sitúo en esa corriente que cristaliza definitivamente en la Declaración de 1789, de vincular a la libertad con la Ley, y con todos los fallos y todos los intentos de manipulación que soy el primero en reconocer, sería estar ciego, no ser sensible a que muchas de las explosiones populares en China, o del vasto movimiento de vuelta al constitucionalismo occidental en Polonia o en Hungría, están más vinculadas a esta corriente que a los puntos de vista de mis amigos y colegas de Barcelona.

Acerca de la desobediencia civil

Aquí me siento más incómodo porque me parece que se hace una lectura sesgada de mis tesis, con un peculiar sentido del humor al analizar mi afirmación

de que muchos ideales —fés militantes les llamaba— que han justificado desobediencia, e incluso resistencias violentas, sin que yo identificase ambas formas de desobediencia, han desaparecido de la cultura política con la evolución histórica.

Me parece que se equivocan cuando pretenden descalificar lo que llaman mi salto a la Filosofía de la historia, porque no hago sino seguir a grandes sectores del pensamiento occidental desde Montaigne o Charron, a Bayle o Fontenelle y los autores de la Ilustración como Voltaire o Diderot, que relativizan el valor de ideales sociales. No se puede negar que se luchó y se murió por los sagrados derechos de los príncipes o por la dictadura del proletariado por poner dos polos muy alejados, y que hoy ya no son ideales que creen entusiasmo ni generen grandes movimientos. Precisamente la defensa y la justificación de la tolerancia desde el tránsito a la modernidad hasta hoy, se sitúan también en razonamientos próximos a los que he pretendido apuntar, por lo que se ve con poca fortuna, aunque me parece razonable seguir pensando que esta idea de tolerancia, y por consiguiente una cierta desconfianza en posiciones muy militantes que pretendan vocación de eternidad, continúa siendo una de las raíces más fructíferas de la democracia.

Y hablando de teología política, hay que señalar que sin discutir sus afirmaciones de que los teóricos de la desobediencia civil rechazan la violencia, y no se sitúan en la dialéctica amigo-enemigo, no se puede olvidar que todos los movimientos son vividos y utilizados a veces con intenciones distintas y que pueden ser desvirtuadas. No se puede afirmar, sin incurrir en idealismo y sin alejarse de la realidad, que como cualquier otro movimiento social, o concepción ética y política, el movimiento de la desobediencia civil se ha usado en España para protestas que no eran incompatibles con el grito de «Éta, mátalos».

Sé que eso es una corrupción y una manipulación de un movimiento mucho más puro y pacífico, pero lo traigo a colación para poner de relieve el talante de los raseros con el que los compañeros Estévez, Gordillo y Capella abordan los problemas. Mientras que el imperio de la Ley, ideal del Estado Democrático es comparado con la dura realidad de sus fallos y de sus defectos incluso, como he indicado, con exageraciones notorias, mantienen al movimiento de la desobediencia civil en el puro mundo de las esencias, incontaminado con cualquier brizna de realidad. Se ve que en un caso son partidarios y en el otro claramente no. A eso lo llamo yo teología política.

Y vamos, por fin en este tema, a la crítica que hacen, por excesiva, de mi justificación de la desobediencia civil a la que acusan de llamar a la desobediencia generalizada. No creo que ésa sea la razón real de su discrepancia. Más bien tengo la impresión de que su rechazo deriva de que construyo una justificación dentro del sistema y ellos pretenden enraizar a la desobediencia fuera del sistema en el que no creen. El desencuentro y la incomunicación están ahí y no en su exageración buscada para descalificar un punto de vista que tiene su raíz en las clásicas concepciones pactistas que vinculan el deber de gobierno con el deber de obediencia. Es evidente que sólo una vulneración del deber de gobierno generalizada en un sector o en la totalidad del sistema, es decir, sólo una ponderación razonable de una desviación estable, consciente y amplia del «compromiso justo», puede dar lugar a la desobediencia civil, con lo que su ironía llamando a mi sentido de la responsabilidad queda un poco en el aire.

Acerca de la objeción de conciencia

Creo que tienen razón mis contradictores cuando señalan que sólo menciono de pasada la vinculación de la objeción de conciencia con la libertad ideológica, y

probablemente eso puede modificar en algún sentido la relación de la objeción de conciencia con la obligación jurídica general respecto de la cual se disiente, porque la objeción de conciencia se fortalece con esa vinculación a un derecho clásico como la libertad de conciencia, que nuestra Constitución denomina libertad ideológica. Creo sin embargo, que ya aplico este criterio al convertir a la llamada cláusula de conciencia de los periodistas en auténtica objeción de conciencia.

Sin embargo, esa vinculación entre objeción de conciencia y libertad ideológica, que es uno de los clásicos derechos humanos de la primera hornada, de raíz liberal, pone de relieve, como señalaré al concluir estas líneas, la contradicción en la que se mueven Estévez, Gordillo y Capella.

Entran después en el análisis del trato de los objeciones de conciencia y hacen el reproche general de que la ponderación de las diversas situaciones y de los diversos tratamientos se falsean al plantearse «en el pretendido aséptico terreno de la filosofía jurídica», encomendando esa tarea «de interpretar a los profesionales de la retórica». Y aquí, una vez más, incurren en el prejuicio de situarme en un tipo de aproximación que no es la mía, y como a lo que he de contestar es a mis razones, tengo derecho a pensar que no tienen en cuenta, porque sé que conocen mis puntos de vista sobre las relaciones Derecho y Poder, que coincido con ellos en la importancia de las decisiones políticas en este terreno, como en cualquier otra parcela del Derecho.

Creo que su análisis de la objeción de conciencia al aborto no es completa y se argumenta omitiendo datos decisivos y utilizando un término confuso y genérico como el de la autoridad, para referirse al Tribunal Constitucional, al que sólo se identifica dos párrafos más tarde. Si no se dice que el Gobierno y el Parlamento en la Ley no aceptaron la regulación de la objeción de conciencia al aborto, se está ocultando algo importante y es que la ponderación política que hizo el Gobierno socialista y la mayoría parlamentaria, fundamentalmente socialista, comunista y de algún otro parlamentario, coincide con la que ellos hacen en su razonamiento. Por una vez parece que hay una identidad probablemente no deseada y por eso discretamente silenciada entre las posiciones políticas del Gobierno y de la mayoría, y las posiciones políticas de los profesores Estévez, Gordillo y Capella.

Y voy a concluir; para mis queridos amigos tomo en broma los derechos, y me exhortan a que los derechos de ahora como la objeción de conciencia se tomen un poco más en serio. Ya he dicho antes que me alegra esa conversión, e incluso ese celo de neófitos, aunque probablemente deban aceptar que los derechos no son divisibles y que forman un todo, como ellos han reconocido al vincular la objeción de conciencia con la vieja libertad de conciencia o libertad ideológica. Los derechos humanos surgen como un consenso frente al disenso que en muchos producían las instituciones del Estado Absoluto, para romper con la legitimidad tradicional y crear una nueva legitimidad. El paradigma será la Declaración de 1789, y nadie puede negar que esos derechos son la moralidad legalizada del constitucionalismo del Estado parlamentario representativo. Hoy los derechos, con una enorme vitalidad, son además de expresión del consenso de la mayoría en ese tipo de Estado y de su Derecho, cauce para proteger a minorías y para institucionalizar el disenso, y ahí viene la objeción de conciencia. Por eso tomar en serio a todos los derechos de origen liberal, democrático y socialista, que son la Constitución material del Estado social y democrático de Derecho. Me parece que si son coherentes y no quieren ser arbitrarios deben tomarse en serio todos los derechos y también el poder político y el Derecho que los ha hecho posibles en la historia.

VI
INFORMACIONES

VIII CURSO DE INFORMATICA Y DERECHO

1. Desde el año 1982 se han venido celebrando en España, organizados por el Centro Regional de Enseñanza de la Informática, organismo internacional dependiente de la Oficina Intergubernamental de la Informática, los cursos denominados: «Gestión automatizada en el ámbito de la Justicia». Estos cursos tenían por fin «exponer a magistrados, jueces, fiscales, secretarios de tribunales, profesores universitarios y letrados, el estado actual y las posibilidades que ofrece la informática para la reforma y el perfeccionamiento de la gestión de la Administración de Justicia, y complementariamente, las actividades de las profesiones jurídicas», según decía el programa que los anunciaba. Los cursos estaban dirigidos a juristas de habla hispana, preferentemente a juristas latinoamericanos. Dichos cursos tenían, por tanto, un enfoque tecnocrático... «iniciándose a los participantes en el uso de recursos de programación, el análisis informático de textos jurídicos y en la utilización de equipos para la gestión administrativa de las oficinas judiciales y profesionales».

A partir del año 1987 se ha producido un cambio en estos cursos al ser encomendada su impartición y organización a la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. A partir de ese momento la orientación de los mismos ya no ha sido tecnocrática o informática sino, predominantemente, jurídica. Un hecho significativo al respecto ha sido el cambio de la denominación del, el VIII, curso celebrado entre el 7 de junio y el 1 de julio de 1988: ha sido un «Curso de Informática y Derecho». Los objetivos de este curso, según se recoge en el programa, han sido: «mostrar a juristas (profesionales del derecho en ejercicio, profesores de las Facultades de Derecho, estudiantes de doctorado o último curso de licenciatura) las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información para la práctica, conocimiento, aplicación y reflexión jurídicas, así como las consecuencias jurídicas de dichas tecnologías». Esto indica que el curso no pretendía exponer programas de gestión judicial, ni iniciar en la programación o en las técnicas informáticas, como se hacía en las anteriores ediciones, sino propiciar una comprensión y conocimiento del derecho que de hecho está siendo actuado a través de esas técnicas; de ahí que el curso propusiera realizar una reflexión sobre el acercamiento o no de estas prácticas, corrientes en países industrializados, a las exigencias que prescriben los principios jurídicos recogidos en las Constituciones de los países democráticos. Especial énfasis se ha puesto en la exposición de las características fundamentales, tal y como lo expresa la discusión filosófico-jurídica actual y muy en especial las diversas propuestas de la denominada teoría de la argumentación jurídica, de la operación de aplicar el derecho, especialmente por los jueces: hay que pensar que el contenido tradicional del curso estaba referido a la «gestión automatizada en el ámbito de la justicia», lo que se correspondía con el interés de conocimiento mos-

trado mayoritariamente por los cursillistas. El curso con ello ha pasado de tener por objetivo el de mostrar unos cuantos ejemplos de incremento de la eficacia tecnocrática de las actividades judiciales, a indicar, en primer lugar, cuáles son o pueden ser los hábitos reales y los ideales o democráticos de comportamiento judicial y, en segundo lugar, las posibilidades que ofrecen las tecnologías actuales para preservar e incluso incrementar con su auxilio los hábitos democráticos en la aplicación del derecho. Esta tesis está ligada a la idea, también expresada en el curso, de que los ordenadores actuales en cierta forma, mucho más los del inmediato futuro, pueden potenciar, a través de programas adecuados, como instrumentos auxiliares, un ejercicio del derecho, incluso en los casos especialmente conflictivos como los resueltos en un Juzgado, respetuoso para el ejercicio de los derechos de la mayoría de los ciudadanos propugnando este objetivo como norte de las decisiones judiciales más que el de la confección «automática» de las mismas a través del mecanismo de la subsunción. Esto es así porque hoy es posible construir programas —aunque sea en forma de prototipo— que ya pueden ser efectivos instrumentos auxiliares de actividades jurídicas, no siendo meros productos comerciales destinados a incrementar las ventas de ordenadores entre los profesionales del derecho o en las oficinas en las que ellos trabajan.

En consecuencia con el objetivo (jurídico) del curso, en éste también se han expuesto, de forma reflexiva, las líneas fundamentales de un derecho que regule las consecuencias sociales, técnicas y políticas de las tecnologías de la comunicación y la información, atendiendo especialmente a la circunstancia de que información es poder o, mejor dicho, posible ejercicio del poder, por lo que en la regulación de dichas técnicas no se ha de atender, tan sólo, a sus características, sino también a que en ella los ciudadanos tienen un derecho a expresarse y a participar a través de los cauces habituales en la creación de cualquier regulación jurídica que se establezca al respecto.

2. El Curso fue coorganizado hasta 1987 por el CREI y el Consejo General del Poder Judicial. Desde dicha fecha lo ha sido por la Facultad de Derecho de Zaragoza y el CREI. Hasta 1987 estaba dirigido por el ingeniero D. Benito Roldán, Director del CREI, desde entonces lo ha sido por el Dr. D. Fernando Galindo, Profesor Titular de Filosofía del Derecho de dicha Facultad.

El Curso de 1988 ha tenido una duración de cuatro semanas (del 7 de junio de 1 de julio), siendo impartidas ciento veinte horas de clase (seis horas diarias) y cinco conferencias. Participantes en el mismo han sido treinta juristas (el número marcado inicialmente como límite), de los cuales dieciséis provenían de Latinoamérica (Colombia, Costa Rica, Chile, Perú, República Dominicana y Uruguay) y catorce de España. Por profesiones predominantemente eran jueces o tenían vinculación profesional con las instituciones judiciales, aunque también eran altos funcionarios de la Administración, abogados y profesores de Universidad. Los participantes españoles eran preferentemente estudiantes de doctorado o de último curso de licenciatura. Han impartido las lecciones y conferencias profesores (12) de las Facultades de Derecho, Informática, Matemáticas y Escuela Superior de Ingenieros. Los profesores enseñan en: España (Universidades de Zaragoza, Barcelona, La Laguna y Sevilla); República Federal Alemana (Universidades de Bremen y Münster), y Argentina (Universidad de Buenos Aires). Los ejercicios prácticos y demostraciones han corrido a cargo de: jueces, abogados, funcionarios (juristas e informáticos) de la Administración Central, Provincial y Local y licenciados en Matemáticas (informáticos) (en total veinte personas). La enseñanza ha tenido lugar en

varios Centros de la Universidad y en instituciones judiciales y administrativas de Zaragoza.

Por lo que respecta al contenido hay que indicar que las lecciones de cada semana han estado dedicadas preferentemente a un tema en la siguiente forma.

La primera semana fue una introducción de carácter teórico que constaba de lo siguiente. Por la mañana se impartió una primera parte denominada «Informática y Derecho» en la que el profesor de Filosofía del Derecho Dr. Fernando Galindo (Zaragoza) se manifestó sobre los tópicos: «Informática y Derecho», «Subsunición y argumentación», «Interpretación jurídica: características», «Aplicación jurídica/decisión: características», «Teoría de los sistemas sociales y Derecho». En una segunda parte de la sesión de la mañana el prof. de Derecho Civil Dr. Jesús Delgado (Zaragoza) habló sobre: «Derecho de la Informática», «Protección jurídica de los programas de ordenador. En particular la propiedad intelectual», «Contratos sobre programas de ordenador». Por la tarde el prof. de Algebra, Dr. Manuel Vázquez (Zaragoza), trató sobre: «Inteligencia artificial y Lógica. Introducción», «Sistemas Expertos»; la profesora Dra. Pilar Lasala (Zaragoza), profesora de Informática, efectuó una introducción a la informática: «Equipos», «Programas», «Sistemas operativos». En esta semana fue impartida por el prof. Dr. Juan José Gil Cremades (Zaragoza), Filosofía del Derecho, la conferencia «Postmodernidad y Derecho».

La segunda semana estuvo dedicada, por medio de clases prácticas y grupos de trabajo, a la Informática. En ella los cursillistas manejaron un programa integrado en un ordenador personal. El objetivo de las clases era lograr de los juristas, que no tenían conocimiento informático alguno, que realizaran en equipo un ejemplo de aplicación (tratamiento de textos y bases de datos) del programa. Esta aplicación fue objeto, parcialmente, del examen que se realizó al final del curso. El examen final contó con dos partes: por un lado la demostración del funcionamiento de la aplicación diseñada, por otro de la demostración del dominio del lenguaje informático usado en los ejemplos jurídicos mediante la exposición por los cursillistas de la situación de la vinculación entre informática y derecho en los respectivos países latinoamericanos de procedencia. A lo largo de esta semana se impartieron las conferencias siguientes: el prof. Dr. Carlos E. Alchourrón (Buenos Aires) intervino sobre el tema «Sistemas expertos y Derecho» y el prof. Dr. Werner Krawietz (Münster) disertó sobre «El concepto sociológico de derecho».

La tercera semana estuvo dedicada a las bases de datos jurídicas. A lo largo de la misma, tras definirse los términos fundamentales usados en este tema, se expusieron, por medio de seminarios, diversos ejemplos de bases de datos jurídicas explicados desde varias perspectivas. Por una parte se expresaron los problemas jurídicos que, como cuestión previa, precisan ser resueltos por los constructores de una base de datos jurídica (prof. Dr. Jesús Delgado, Derecho Civil, habló sobre: «La base de datos del Derecho Civil de Aragón», una aproximación a través de un ejemplo, a la conexión posible entre bases de datos, Derecho e inteligencia artificial). Por otro lado se expresaron algunos de los problemas fundamentales con los que se encuentra el creador de una base de datos jurídica para diseñarla y explotarla así como las dificultades de acceso con las que cuentan los juristas que quieren acceder a las mismas en los países donde existen (Joan Bravo i Pijoan, Barcelona: «Bases de datos jurídicas: problemas de creación y acceso»). A lo largo de la semana diversos informáticos mostraron varias bases de datos en

funcionamiento. Se impartieron como lecciones a lo largo de la semana las siguientes: «La protección de datos. Principios generales» (prof. Dr. Fernando Galindo, Zaragoza) y «Delitos patrimoniales en conexión con el ordenador» (prof. Dr. Carlos Romeo, La Laguna). La conferencia de la semana fue impartida por la prof.^a Dra. María Felisa Verdejo, Inteligencia Artificial, Facultad de Informática, Barcelona, que se manifestó sobre «Comprensión automática del lenguaje natural: posibilidades y herramientas».

La cuarta semana estaba denominada «La informática como herramienta en los procedimientos jurídicos». Esta semana tuvo carácter más práctico, y por lo mismo fue la que dio lugar a un mayor grado de discusión. Juristas e informáticos (jueces, informáticos de diversas Administraciones y empresas, abogados asesores de empresas altamente automatizadas) expusieron las características, ventajas e inconvenientes de la introducción de la informática como herramienta en los diversos procedimientos jurídicos (judiciales, administrativos — manejo de bases de datos personales—, funcionamiento de una empresa). La temática fue tratada en seminarios en los propios lugares donde se utiliza la informática como herramienta auxiliar. En estos seminarios prácticos y cursillistas vincularon con ejemplos concretos el conjunto de tópicos que, relacionados siempre con las actividades profesionales jurídicas típicas, habían sido explicados a lo largo de las semanas anteriores. El prof. Dr. Wilhelm Steinmüller, Bremen, dictó la conferencia «Consecuencias sociales y políticas de las tecnologías de la información». El prof. Dr. Antonio Enrique Pérez Luño, Filosofía del Derecho, Sevilla, explicó la lección de clausura del curso que versó sobre el tema: «Derecho de la informática en España. Situación actual».

3. El VIII Curso de Informática y Derecho ha podido realizarse gracias a diversas iniciativas que sobre esta materia, en sus dos vertientes: ordenadores como instrumentos auxiliares de los juristas y derecho de la informática, se están llevando a cabo a partir de la Universidad de Zaragoza, contando siempre con la colaboración activa de diversas instituciones judiciales y administrativas de la región, desde 1982. En concreto, al mismo tiempo que se introducían las nuevas tecnologías en la práctica jurídica de Juzgados y Administración, se organizaron cursos de introducción en la materia a profesionales del derecho y estudiantes de la Facultad de Derecho. A la vez, fundamentalmente desde el año 1984, comenzó, vinculado al área de Filosofía del Derecho de la Universidad, un conjunto de investigaciones interdisciplinares que han dado como fruto la construcción de una base de datos jurídicos y varios prototipos de sistemas expertos jurídicos que en el inmediato futuro auxiliarán al acceso a la base de datos. En esta investigación, que siempre ha querido realizar un producto imbricado en la sociedad donde se producía (no en vano la base de datos versa sobre el Derecho peculiar de la región donde se ha creado: Aragón), han colaborado la mayor parte de los profesores que han impartido el curso. En concreto: filósofo del derecho, civilista, matemático (lógico), informática, juez. A partir de este momento: lingüista, experto en comunicaciones, experto en bases de datos documentales. En todo caso en esta investigación han quedado vinculadas las notas fundamentales de la discusión filosófico jurídica europea de la postguerra y muy especialmente las aportaciones de la denominada Teoría del Derecho, la Sociología del Derecho, la Hermenéutica y las recientes propuestas de la Teoría de la Argumentación jurídica que ha aportado a la reflexión señalada toda la capacidad teórica que se ha puesto de manifiesto en la discusión sobre la crisis del positivismo de finales de los años sesenta. Desde

este fundamento y contando con las condiciones apropiadas que señala el marco del Estado de Derecho en la denominada era postindustrial, se ha establecido en la investigación referida también una fuerte conexión con el desarrollo tecnológico sucedido en Estados Unidos. De ahí ha resultado un Curso como el que aquí ha quedado reflejado que, no se olvide, está propiciado por una institución internacional que tiene por misión transferir en español conocimientos sobre las tecnologías de la información y la comunicación a países en vías de desarrollo.

FERNANDO GALINDO

III CONGRESO BRASILEÑO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

La Filosofía del Derecho brasileña puede vincularse a la tradición sentada por la denominada «Escuela de Recife» a partir del siglo XIX. Pese a ello sólo es desde hace pocos años que la Filosofía del Derecho brasileña ha celebrado Congresos (1980 en João Pessoa, 1986 en São Paulo). El III Congreso brasileño de Filosofía jurídica y social ha tenido lugar entre el 17 y el 23 de julio de 1988 de nuevo en João Pessoa.

La celebración del Congreso en la capital del estado brasileño de Paraíba por parte de la Associação Brasileira de Filosofia Jurídica e Social, sección brasileña de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, ha sido debida a la feliz circunstancia de que en Brasil ocupan en la actualidad altos cargos en el Gobierno filósofos del derecho. En concreto el prof. Tarcisio Burity, profesor de Filosofía del Derecho y conocido intérprete de Kelsen, no perdió la oportunidad de poner a disposición de la Filosofía del Derecho brasileña y de sus huéspedes de Iberoamérica y Europa su «Espaço Cultural» como foro.

En este foro han participado sobre todo filósofos del derecho brasileños e iberoamericanos. Los escasos europeos que han asistido al mismo han tenido con ello la oportunidad de adquirir una impresión directa acerca de lo que se cuece en la Filosofía del Derecho latinoamericana y reflexionar sobre en qué puede consistir la idiosincrasia de una Filosofía del Derecho «brasileña».

La vinculación con Latinoamérica y Brasil se pudo observar por la elección de los dos temas fundamentales de la reunión: «Derecho y legitimidad» y «La ideología de Pontes de Miranda». Temas secundarios fueron: «Axiología jurídica y Derecho Natural», «Estructura lógico-lingüística del Derecho» y «Filosofía del Derecho en Brasil».

El Decano de la Filosofía del Derecho brasileña y «espíritu rector» del Congreso prof. Miguel Reale (São Paulo) explicó vehementemente en el discurso inaugural del mismo, que la reunión no debía disolverse en una pluralidad de temas, sino que debía centrarse en la reflexión sobre la problemática del momento en Brasil. Se refería Reale a la cuestión de la legitimidad constitucional del país, todavía en discusión en el momento de producirse el Congreso. La Asamblea nacional constituyente estaba a punto de comenzar la segunda lectura del borrador final de la nueva Constitución democrática del Brasil, dispuesta a discutir y aprobar algunas propuestas fundamentales de modificación de la misma. El debate constitucional acerca de la nueva legitimidad y su aseguramiento jurídico es materia propia para la reflexión filosófico-jurídica. Por ello Reale quiso ver en el tema de la «imagen constitucional futura» del Brasil el tema propio del Congreso. La reunión debía ser el Preámbulo filosófico jurídico de la nueva Constitución.

Pero en João Pessôa quedó rápidamente de manifiesto la dificultad de esta «aplicación» solicitada a la Filosofía del Derecho. Sorprendentemente escasas conferencias y comunicaciones hicieron caso a la llamada de Reale. La mayoría evitó las referencias directas al discurso político constitucional. Presentaron la problemática de la legitimidad en forma clásica: universalista o historicista, o se dedicaron a los temas más lejanos o especiales.

Pese a todo de ninguna forma fue infructuosa la indicación de Reale referida a la consideración del proceso de creación de la Constitución de Brasil como lugar común de referencia para todas las reflexiones y diálogos. En verdad ésta fue, como se puso de manifiesto, la clave para la comprensión del Congreso, caracterizado en menor medida por la exteriorización de controversias que por la latencia de tensiones internas. Los filósofos del derecho latinoamericanos tienen una semántica propia a la hora de decir cómo piensan y dónde están. Un resumen de la discusión sobre la legitimidad puede aclarar esto.

En primer lugar fue interesante la interpretación de Miguel Reale sobre la relación «Derecho y legitimidad». El patriarca de la Filosofía del Derecho brasileña, activo participante en diversas iniciativas de reforma de la Constitución sucedidas en los últimos veinte años (fue miembro de la Comisión para revisión de la Constitución de 1968 y de la Comisión Provisional para los estudios sobre la Constitución que presentó el 3 de septiembre de 1984 el anteproyecto de la nueva Constitución del Brasil aprobada en estos momentos), abogó por una concepción «concreta», «histórica» de la legitimidad. Piedra de toque para la reflexión teórica y para la determinación ideal de la misma, según dijo Reale, ha de ser la experiencia sobre el Derecho ilegítimo con el nacionalsocialismo alemán, la cual incluso obligó a cambiar a convencidos positivistas como Radbruch y Kelsen. Esta experiencia histórica enseña que la legitimidad del ordenamiento jurídico y constitucional positivo no puede reducirse a la legitimación formal por procedimientos y a la legitimación material con contenidos cambiantes de una forma oportunista, sino que dicha legitimidad ha de fundamentarse en una «axiología invariable», en concreto en el valor trascendente de la persona humana como valor fundamental de todos los valores sociales incluso del de la democracia social.

En contra de ello Juan Carlos Smith (La Plata), Presidente de la Asociación argentina de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, defendió una propuesta relativista. Para él, en efecto, la legitimidad legal encuentra su expresión íntima y duradera en la justicia basada en el derecho natural, pero lo que se entiende como «justicia» está sometido a extremas fluctuaciones debidas al lugar y al tiempo. Por ello debería de contarse, de modo realista, con el reconocimiento de la «variabilidad axiológica permanente», como consecuencia de las cambiantes particularidades y necesidades histórico-sociales.

También entró Elcias Ferreira da Costa (Recife) en la problemática del Derecho ilegítimo. Escéptico con la certidumbre de Reale, recomendó una aproximación pragmática a la experiencia histórica del derecho ilegítimo. La experiencia de que gobiernos ilegítimos legitiman el derecho por medio de actos jurídicos ilegítimos (los denominados «decreto-lei» y los «atos institucionais» de los Presidentes militares brasileños) en cuanto que crean efectos jurídicos obligatorios por medio de normas observadas realmente (por ejemplo la Constitución de 1967 aprobada por la Junta, considerada ilegítima, es el marco normativo para todas aquellas, transacciones jurídicas y democráticas sucedidas desde 1984) obliga a aceptar el

principio de que la legitimidad del proceso político es contingente y que no puede ser transformada inmediatamente en justicia positivizada. En mayor medida la legitimidad coincide con el ordenamiento jurídico y constitucional existente en cuanto que éste expresa en cuanto «status animi», las expectativas políticas de la sociedad.

El conocido constitucionalista Paulo Bonavides (Fortaleza) quiso valorar de otra forma este desencantamiento pragmático de la legitimidad centrado en la metacomplementariedad del discurso jurídico para con la actividad política. La aceptación de la legitimidad como un valor constitutivo de confianza para el derecho ha degenerado en las sociedades modernas desarrolladas en una pura ficción: es obra de juristas formalistas y de sociólogos funcionalistas que han despolitizado y desustancializado el concepto de legitimidad, habiéndolo reducido a ser un mero formulismo procesal. Para Bonavides legitimidad es un «conceito fantasma», pura forma ideológica, estética moral para el dominio absoluto de la legalidad, de donde se deriva la aceptación generalizada de que todo ordenamiento jurídico es el juez de su propia legitimidad, lo que hace que todo orden positivo se legitime a sí mismo.

A favor de una radicalización de esta tesis de la autolegitimidad del derecho se manifestó Luiz Fernando Coelho (Paraná y Santa Catarina). El reconocimiento de que la legitimidad ha llegado a ser la ideología de los ordenamientos jurídicos modernos confirma que no es la pura forma vacía en el sentido expresado por Paulo Bonavides, sino que es expresión de la relación histórica de distanciamiento existente entre derecho y sociedad. De ella hacen uso tanto los «parasitarios» Estado y Derecho de la oligarquía agrícola e industrial de Brasil como la oligarquía supranacional del primer mundo. Contra esta legitimidad ideológica, que sirve para distribuir desigual pero legítimamente oportunidades, calidad de vida y riqueza, se reivindica la legitimidad «real» en cuanto derecho de la humanidad necesitada y oprimida, legitimidad como esencia de las condiciones de libertad y de autodeterminación de individuos y pueblos. Para la conciencia histórica esta legitimidad de la liberación y de la supresión del distanciamiento es la «auténtica legitimidad», la única a la que debe obediencia el jurista.

También esta legitimidad «utópica» encontró sus críticos, y ello ya no tan sólo entre los filósofos del derecho tradicionales, sino también en un pensador tan poco ortodoxo como Luis Alberto Warat (Santa Catarina y Buenos Aires). Este abogó por la demolición de todas las construcciones legitimadoras heredadas por la destrucción de las «utopías perfectas» mitificadas por el uso de las mismas por los juristas, y por la destrucción de fórmulas universales de legitimidad como «derechos humanos», «democracia» y «racionalidad». Para él estas fórmulas son representaciones simbólicas de la «lógica pirata» jurídica que cerca la vida de los hombres, usurpa sus derechos, dirige su pensamiento, niega su libertad, estableciendo que el mundo es correcto tal y como está, declarando lo absurdo como razonable y al terror como legítimo, como, por ejemplo, se considera a los riesgos catastróficos de la tecnología como tolerables o a los crímenes de la tortura de los militares argentinos como legales («Ley de la obediencia debida», 1987). A través de la mistificación simbólica de la realidad, el «juridicismo» produce aceptación general para con la corrupción, el engaño, el terror y la represión. Por ello al «imaginario juricista» no le sirve la «legitimidad» sino tan sólo el simbolismo político de la acción guiada por los derechos humanos. «Se trata de una perspectiva de cambio profundo» al mismo tiempo que de «lucha por el orden simbólico que constata lo que la realidad es».

Tan lejos no quiso llegar João Mauricio Leitão Adeodato (Recife). En su «plan para el estudio de la realidad jurídico política de Brasil», llamó la atención sobre el «especial carácter de los mecanismos jurídico políticos de legitimación del control social en los países subdesarrollados». La diferencia para con los países desarrollados reside en que en los Estados del tercer mundo se mantiene tan sólo el discurso político jurídico de legitimación. En Brasil gran parte de la población ha vivido alejada de la comunicación normativa estatal; el orden jurídico oficial es tan disfuncional como el discurso jurídico que lo legitima, una vez que ni el uno ni el otro han actuado como integradores sociales. Esta «decapacitação» política y jurídica (Roberto Aguiar, Belém) ha conducido a que fuera de la oficialidad normativa estatal se haya construido una «legitimidad paralela» en forma de un ordenamiento normativo informal y de una «constitución legitimadora paralela» que lo fundamenta. La existencia de ordenamientos normativos paralelos es nota característica de todos los países subdesarrollados, lo que no puede pasarse por alto en la reflexión sobre la legitimidad del derecho en estas sociedades en crisis.

La selección de pensamientos hasta aquí resumida ha de bastar para resaltar las posiciones teóricas que fundamentan el discurso latinoamericano actual sobre la legitimidad jurídica. No deben sorprender ni la moderación ni el radicalismo. Ambos son la expresión filosófico jurídica de una realidad legal que en virtud de su intransparencia, ambivalencia y contradicción, sólo permite evaluaciones apoloéticas o críticas. También las intervenciones, aparentemente distintas, que quisieron fundamentar la problemática de la legitimidad en base a propuestas europeas (Kant, Weber, Kelsen, Schmitt, Radbruch, Ross, Hart, Bobbio, Luhmann, Habermas), así las aportaciones de Oscar Salo, Nelson Saldanha, Claudio Souto y Agustín Squella, expresaron tácitamente su pertenencia al tenso contexto de las diversas realidades latinoamericanas. Por ello también pareció utopía prematura la esperanza alimentada por Miguel Reale de que la nueva legitimidad constitucional brasileña podría suprimir el «paralelismo» existente a la juridicidad legítima.

La otra cuestión, interesante para los europeos, acerca de la «brasilianidade» o «latinidade» de la Filosofía del Derecho brasileña, puede contestarse en parte con la referencia hecha al carácter comprometido del discurso de la Asamblea. A los europeos presentes no les pareció que tal cuestión quedara explícita en el Congreso. El celebrado jurista brasileño por excelencia, Pontes de Miranda (1893-1979) —como expresaron con claridad las excelentes aportaciones de Paulo Dourado de Gusmão, Clovis de Couto e Silva, Pinto Ferreira, Djacir Menezes y Lourival Vilanova—, ha dado en su gigantesca obra, forma científica, justificación filosófica y fundamento filosófico a toda la ciencia del derecho brasileña. Pero en su obra fue menos jurista brasileño —así lo confesó una vez— que «alemán»; por su amplitud de visión filosófica e interdisciplinar más bien hay que catalogarle como científico del derecho universal, como jurista de una ciencia del derecho mundial.

Surgió la cuestión acerca de si cabe descubrir un estilo brasileño en la Filosofía del Derecho brasileña, una vez que en Pontes de Miranda no ha quedado al descubierto tal estilo. La pregunta fue superflua: en las ponencias del Congreso predominó un surtido de temas y un modo de pensamiento inequívocamente europeos (por ejemplo, en Tércio Sampaio Ferraz «Derecho como bien de consumo», en Celso Lafer «Derecho y legitimidad en el sistema internacional», en Roberto Verengo «Moral y Derecho», en Agustín Basave «Derecho natural», en Martín Laclau «Lenguaje en Savigny» y en Ritinha Georgaklias «Efectividad de la norma jurídica»). Tan sólo Antonio Paim («Krausismo brasileño») y Valmireh Chacon

(«Amorosa Lima y los derechos del hombre») dieron ejemplos convincentes de auténtica «brasilianidade».

Esto no quiere decir que en Paraíba no estuviera presente la auténtica filosofía del derecho brasileña. Quien se hubiera preocupado por leer el diario de Paraíba «O Norte» hubiera podido descubrir allí que la periodista Marilena Silva informaba diariamente, en estilo weberiano, sobre lo que habían dicho acerca del derecho «los afamados filósofos del derecho de São Paulo y de todo el mundo» en el «Espaço Cultural» y —una página más adelante— de qué derecho tenía el pueblo de Paraíba en el exterior, en las favelas y en las plantaciones de caña de azúcar y piña.

WOLF PAUL

(Traducción del alemán por Fernando Galindo)

IV JORNADAS INTERNACIONALES DE LOGICA E INFORMATICA JURIDICA

Entre el 20 y el 24 de septiembre de 1988, organizadas por el Centro de Análisis, Lógica e Informática Jurídica (CALIJ) y la Universidad del País Vasco, tuvieron lugar en San Sebastián las IV Jornadas internacionales de lógica e informática jurídica. Las anteriores se celebraron en Mallorca (1982), Bilbao-San Sebastián (1984) y Sevilla (1986).

La temática de las Jornadas quedó referida a los siguientes bloques temáticos: Normas, lógica y verdad; el razonamiento jurídico como razonamiento práctico; semiótica jurídica: el lenguaje del Derecho, su formalización y su representación informática; sistemas expertos para el procesamiento de la información jurídica; multilingüismo jurídico y modelos matemáticos para el análisis y comparación automática de legislaciones; Derecho y nuevas tecnologías: teorías y aplicaciones tecnológicas e informáticas en la esfera jurídica; Derecho de la informática.

Ponentes y participantes debatieron sobre los temas expresados que quedaron concretados en las siguientes ponencias defendidas y discutidas a lo largo de las sesiones que integraron las Jornadas. Del espíritu de las mismas bien puede dar cuenta el amplio espectro de discusión comprendido entre la conferencia inaugural, que versó sobre «Verdad y falsedad en lógica de las normas», y que fue impartida por Carlos Alchourrón (Buenos Aires) y la de clausura que lo fue por Antonio Enrique Pérez Luño quien disertó sobre «Panorama actual del Derecho de la informática». El heterogéneo origen de los participantes (profesores de Universidad —Filósofos del Derecho sobre todo, pero también lógicos o filósofos de la Facultad de Letras—; investigadores de Institutos de Documentación; funcionarios de diversas Administraciones de las Comunidades Europeas; un juez) fue congruente con la pluralidad temática de las jornadas.

El orden cronológico del desarrollo de las ponencias fue coherente —en lo posible— con el ámbito marcado por las conferencias inaugural y de clausura. En concreto ponencias y ponentes fueron los siguientes. Amadeo G. Conte (Pavía) trató sobre «Deontica e pragmatica». Jean Luis Gardies (Nantes) versó sobre «La logique déontique dans le cadre des logiques modales». En la sesión siguiente Robert Alexy (Kiel) defendió su ponencia «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», frente a ella Aulis Aarnio (Helsinki) discursó sobre: «On the close nature of Legal system and on the problem of the gap fitting». Nicanor Ursúa (San Sebastián) se desarrolló sobre «Teoría de la acción y problemas del análisis de la acción en H. Lenk».

En la sesión siguiente se defendieron las siguientes ponencias: Giovanni Sartor (Bolonia), presentado por Enrico Pattato (Bolonia), se expresó sobre «El empleo

de la lógica en la formalización del conocimiento jurídico: el programa IRI-Regiones italianas»; Helène Bauer Bernet (Bruselas), expuso sus tesis sobre el tema «Droit, langues et représentation des connaissances»; Miguel Sánchez Mazas (San Sebastián) versó sobre «Comparación automática de legislaciones a través de invariantes numéricos internacionales». María Victoria Iturralde (San Sebastián), habló sobre «Una aproximación semántica al lenguaje legal»; Pascale Berteloot (Luxemburgo) se expresó sobre: «Travaux d'informatisation spécialement liés à l'administration multilingue de la justice communautaire»; Jesús María Álvarez Carvallo (Madrid) presentó su comunicación «Diccionario informatizado de la justicia civil».

En la siguiente sesión se defendieron y fueron discutidas las siguientes ponencias: José María Álvarez Cienfuegos (Madrid), «La informática en el Tribunal Supremo español»; Constantino Ciampi (Florencia), «LABEO, un sistema experto basado en el conocimiento para la 'animación' de textos jurídicos»; Fernando Galindo Ayuda (Zaragoza), «Comprobación automática de la teoría de la justificación»; Ernesto García Camarero (Madrid), «El sistema SABINA y la informatización de las bibliotecas jurídicas». Otras ponencias de la sesión fueron: Ernesto Garzón Valdés (Bonn), «Consenso, racionalidad y legitimidad»; Jesús Ezquerro (San Sebastián), «Sobre el pensamiento jurídico-filosófico de Aulis Aarnio»; Andoni Ibarra (San Sebastián), «Normatividad y empiricidad: el caso de la teoría económica del intercambio puro»; Jerzy Wróblewski (Lodz), «Heuristique, logique justificatoire et l'informatique du droit».

En la última sesión y antes de la conferencia de clausura se produjeron las intervenciones de: Manuel Atienza (Alicante), «Teoría y técnica de la legislación» y Antonio A. Martino (Florencia), «Sistemas expertos legales».

FERNANDO GALINDO

XI JORNADAS DE PROFESORES DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

Entre el 15 y el 18 de diciembre de 1988 se celebraron en Alcalá de Henares, organizadas por el área de Filosofía del Derecho, Moral y Política de su Universidad y el Decano de la Facultad de Derecho, D. Luis García San Miguel, las XI Jornadas de Profesores de Filosofía Jurídica y Social.

En las mismas se trataron y debatieron los siguientes temas: «Liberalismo, socialismo y democracia», «Libertad y responsabilidad penal» y «La libertad en Marx». Ponentes para el primer tema fueron D. Ignacio Sotelo y D. Pedro Schwartz; para el segundo D. Enrique Gimbernat y D. Liborio Hierro; para el tercero D. Juan Antonio Ortega y Díaz Ambrona y D. Antonio García Santesmases.

En la Asamblea de la Asociación de Profesores de Filosofía Jurídica y Social, celebrada en la tarde del viernes 16 de diciembre, fue renovada la Junta Directiva de la Asociación. No se presentó a la reelección, a petición propia, D. José Delgado Pinto. En la elección celebrada, fue elegido como nuevo Presidente D. Nicolás María López Calera y como Secretario D. José Manuel Romero Moreno, así como confirmados en sus cargos anteriores D. Juan José Gil Cremades, D. Juan Capella, D. Elías Díaz García y D. Alberto Ayllón. La Junta quedó ampliada con dos nuevas vocalías, resultando elegidos para ellas D. Benito de Castro Cid y D. Juan Ruiz Manero.

En la misma Asamblea se confirmó el carácter anual de las Jornadas así como que las próximas tuvieran lugar en Oviedo.

JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNED

La Universidad Nacional de Educación a Distancia ha organizado en la sede de su Centro Asociado de Ceuta y durante los días 15 a 18 de febrero de 1989 unas *Jornadas Internacionales de Derechos Humanos* dedicadas a conmemorar los aniversarios de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, y de la Constitución española.

El Congreso se desarrolló sobre el triple esquema de ponencias (30 minutos por ponente), comunicaciones (10 minutos por comunicante) y mesas (20 minutos por expositor), todas ellas seguidas de coloquio abierto a todos los asistentes y dirigido por un moderador. Un método que ha demostrado una vez más su virtualidad para excitar la seriedad, responsabilidad, preparación e ingenio de los asistentes. Sea dicho al paso y en contraste con esa especie de autocensura que está cercenando la expresión de los congresistas en otras reuniones de nuestra propia área.

En la primera sesión de ponencias intervinieron: Benito de Castro (León), sobre *El futuro de los derechos humanos y la crisis de la DU de 1948*; Klaus Adomeit (Berlín), sobre *Los derechos humanos en la perspectiva occidental*; Fany Tabak (Río de Janeiro), sobre *Los nuevos derechos humanos garantizados en la Constitución brasileña*.

En la segunda sesión de ponencias expusieron: Renato Treves (Milano), sobre *La sociología del derecho y los derechos fundamentales*; Antonio Fernández-Galiano (Madrid), *Del anacronismo de la declaración de 1948*; Gilberto Gutiérrez (Madrid), sobre *Personas morales y derechos de la persona*; y Alberto Martínez (Oporto), sobre *Los derechos humanos y la Constitución portuguesa*.

En la tercera sesión de ponencias enseñaron: Gregorio Peces-Barba (Madrid), sobre *La Constitución española diez años después*; José Delgado (Salamanca), sobre *La función de los derechos humanos en un régimen democrático*; Francisco Puy (Santiago de Compostela), sobre *¿Qué son los derechos económicos?*; Boaventura Sousa (Coimbra), sobre *Derechos fundamentales y postmodernidad*; Eusebio Fernández (Santander), sobre *Los principios inspiradores de la declaración de 1948, cuarenta años después*; y Terenciano Álvarez (Madrid), sobre *La administración de justicia y los derechos humanos*.

Protagonizaron la cuarta sesión de ponencias: Vincenzo Ferrari (Bologna), sobre *La sociología de los derechos del hombre*; Luis García-San-Miguel (Alcalá de Henares), sobre *La fundamentación de la moral y los derechos fundamentales en J. Rawls*; Andrés Ollero (Granada), sobre *Los derechos humanos en la refundamentación constitucional de nuestro ordenamiento jurídico*; y Luis Prieto (Albacete), sobre

Los derechos económico-sociales y culturales en el XL aniversario de la declaración de la ONU.

Las sesiones de comunicación fueron cinco y en ellas intervinieron los siguientes colegas (con los temas que se indican):

En la primera: Narciso Martínez (Toledo): *Cien años de derechos humanos*; Carmelo Gómez (Barcelona): *La dignidad humana como fuente de derechos*; y Pilar Giménez (Barcelona): *Los derechos fundamentales en la teoría sociológica de Lubmann*.

En la segunda: Francesca Puigpelat (Barcelona): *Deber de protección del estado y libertad, a propósito del sida*; Ignacio Gordillo (Madrid): *Los derechos humanos y la legislación antiterrorista*; Jesús Ayllón (Madrid): *Los derechos humanos, análisis de una construcción ideológica*; y Menahem Gabizón (Ceuta): *Presunción de inocencia e «in dubio pro reo»*.

En la tercera: Lázaro Sanz (Madrid): *Derechos humanos y teología de la liberación*; Jesús Primitivo (Alcalá de Henares): *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos*; Salud de Gregorio (Madrid): *Algunas reflexiones sobre la ley de 28-12-1988 de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos en relación con la ley de reproducción asistida de 22-11-1988*; Margarita Fragoso (México): *Una opción educativa en el sistema de la UNAM*; y Mercedes Gómez (Madrid): *Tomás Moro y la libertad de conciencia*.

En la cuarta: José María Lombardo (Madrid): *Los derechos humanos y el proceso penal*; Manuel Segura (Santiago de Compostela): *El art. 10 de la Constitución y la Declaración Universal*; Gaspar Escalona (Madrid): *El progreso de la libertad de 1789 a 1948*; Juan-Ramón Páramo (Madrid): *Derechos, bienestar y autonomía*.

En la quinta: Angel Pedrosa (Ceuta): *La presencia de Ceuta en la historia del constitucionalismo español*.

Las mesas redondas fueron dos, dedicadas respectivamente a los políticos y a los periodistas. Había programada una tercera sobre *Las instituciones ante los derechos humanos*, en la que tenían que intervenir Antonio Truyol, Iñigo Cavero, Mariano Alierta y Terenciano Alvarez, y que hubo de suspenderse. Desgraciadamente, porque hubiera complementado muy bien la panorámica, desde el ángulo de los administradores de los *dikeos* en las instituciones.

La primera mesa redonda se ocupó del tema *La Constitución española y los derechos humanos*. Participaron de ella Iñigo Cavero, Gregorio Peces-Barba, Gabriel Cisneros y Antonio Fernández-Galiano. Moderó Eusebio Fernández. Y faltaron a la cita Javier Pérez-Royo y Antonio Torres-Moral.

La segunda mesa redonda, en fin, sentó a sus contertulios a discutir el tema *Los medios de comunicación y los derechos humanos*, bajo la batuta del moderador-provocador Ramón Pi («Ya»). Faltó en su asiento Federico Jiménez-Losantos («ABC»). Y comparecieron en cambio: Antonio Alférez («Diario 16»), Elisa Beni («Faro de Ceuta»), Bonifacio de la Cuadra («El País») y Miguel Plastou («Época»).

En unas jornadas tan densas como lo fueron éstas de que hablamos, el cronista no puede asistir a todas las sesiones, por imposibilidad física (agotamiento psíquico personal y simultaneidad de actuaciones). Si resulta casi imposible la sinopsis, mucho menos factible es aún la referencia individualizada. Pero lo intento a pesar de pesares.

El conjunto de los trabajos ha sido de gran altura. Las aportaciones al congreso merecen por ello publicación en la correspondiente memoria o acta, que honrará mucho al centro organizador e impulsor de la iniciativa, o sea a la UNED.

Y en cuanto a detalles se puede hacer una breve indicación respecto a los tres cauces de expresión antedichos.

Dentro del capítulo de las mesas yo destacaría dos tesis defendidas en ellas. En la dedicada a los periodistas, esta tesis: los mass-media, por razones comerciales, hablan preferentemente de los derechos humanos para referirse a sus violaciones. Hablando de ellas se vende más que hablando de efectividad. Pero si se vende, se habla también de esta última. Y si no se vende, pues tampoco de aquéllas. Y en la otra mesa, la dedicada a los políticos, esta otra tesis: a la plenitud de la efectividad de la Constitución le faltan singularmente dos experiencias, que son, la de la reforma, y la del total cumplimiento del mandato de desarrollo legislativo (ya que aún faltan por promulgar, en materia *dikea*, cuatro leyes orgánicas y dos ordinarias).

En el área de las comunicaciones me atrevo a destacar como más llamativas, por la calidad puntual del tema abordado, las referentes a la repercusión en el área *dikea* de problemas o cuestiones como la prevención del contagio y el tratamiento de los enfermos afectados por el virus del sida (F. Puigpelat); la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (S. de Gregorio); la problemática procesal y judicial ordinaria en la protección del justiciable (T. Alvarez & J. M. Lombardo); y la discriminación de los presos comunes en relación a los terroristas (I. Gordillo). Y en cuanto a las comunicaciones orientadas a la historia del pensamiento, subrayaré la extraordinariamente bella sobre Santo Tomás Moro presentada por Mercedes Gómez.

Por último, en el área de las ponencias, declaro —sin desmerecer a nadie— mi admiración por las escuchadas a Luis García San Miguel, sobre la resbaladiza temática norteamericana de los *dikeos*, personalizada en Rawls; y a Vincenzo Ferrari, sobre la perspectiva sociológica de los derechos, temática aún más inestable para sus transeúntes que la anterior, y de la que ofreció una excelente panorámica italiana. Debo decir, con todo, que un retraso no querido en el largo viaje —«por cielo, tierra, mar», como en la vieja canción heroica tantas veces escuchada en la niñez—, me impidió oír a Klaus Adomeit y Fany Tabak en la primera sesión. La calidad mostrada por ambos colegas, el alemán y la brasileña, en sus intervenciones puntuales posteriores, me ha hecho sentir muy especialmente la anterior ausencia (sólo suplida en algo aprovechando con ellos la cátedra peripatética de los pasillos).

Finalmente parece oportuno agradecer a los compañeros de la UNED —Antonio Fernández-Galiano y Jesús Ayllón en especial— la excelente ocasión para la enseñanza y el aprendizaje de los derechos humanos que nos han brindado a todos los asistentes a las Jornadas.

FRANCISCO PUY

SEMINARIO PARA LA PREPARACION DE DIRECTIVAS DESTINADAS A MEJORAR LA CALIDAD TECNICA DE LAS LEYES

Durante los días 6 al 8 de abril de 1989, y organizado por el Parlamento Vasco, se celebró en Vitoria el *Seminario para la Preparación de directrices destinadas a mejorar la calidad técnica de las leyes*. El objeto del mismo era contribuir a la racionalización del proceso de producción normativa, proponiendo unas directrices cuya aplicación «ayude a realizar los principios de economía normativa, claridad y precisión del ordenamiento, y como consecuencia de ello, una mayor coherencia y claridad del sistema jurídico vigente».

El Seminario se desarrolló en torno a cinco sesiones que versaron sobre los temas: Antecedentes normativos, Estructura y contenido de los textos legales, Integración de normativas, Promulgación y publicación, y Eficacia de las directrices.

I. La primera jornada comenzó con la apertura del Seminario a cargo del Letrado Mayor del Parlamento Vasco, A. Figueroa Laraudogoitia.

La sesión sobre Antecedentes normativos dio comienzo con F. Sáinz Moreno (Catedrático de Derecho Administrativo y Secretario Científico del Seminario) quien presentó la ponencia *Antecedentes necesarios para pronunciarse sobre un proyecto de ley* (art. 88 C.E.). El ponente inició su discurso con un comentario del artículo 88 de la Constitución, para centrarse en la cuestión del contenido que dichos antecedentes tienen que tener de cara a que sirvan a la finalidad requerida. Para cumplir su objetivo deben proporcionar al legislador los datos que le permitan apreciar la necesidad de la nueva norma, la valoración, tanto técnica como jurídica, de la fórmula elegida, así como la viabilidad de la norma. Respecto del último de estos elementos, subrayó la dependencia de la viabilidad de la norma de un triple orden de elementos: de la existencia de una organización administrativa y judicial adecuada que sea capaz de aplicarlas, de que su coste pueda ser asumido por la Administración y por los ciudadanos, y del grado de aceptación de la norma.

A continuación J. J. Abad Pérez (Abogado del Estado-Jefe del Gabinete de Estudios de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado) disertó sobre *Antecedentes necesarios para pronunciarse sobre los proyectos de ley de Presupuestos*. Su intervención comenzó con una consideración acerca del escenario macroeconómico y presupuestario en que se enmarca toda preparación anual de los Presupuestos Generales. Seguidamente abordó el tema de concepto legal del presupuesto y su relación con la Ley de Presupuestos (examinando los artículos relativos a la materia de la C.E., Ley General Presupuestaria de 1988, así como de las normativas vasca y navarra). A continuación analizó algunos problemas del Texto Articulado del Proyecto de Ley de Presupuestos, concretamente: su estructura formal, el contenido material (repasando la normativa vigente al respecto así como las deci-

siciones del Tribunal Constitucional y la Memoria del Consejo de Estado para 1987), y el carácter temporal o permanente de los preceptos incluidos en las Leyes de Presupuestos. Por último se refirió a la documentación anexa que se ha de acompañar al anteproyecto de Ley de Presupuestos.

En último lugar tomó la palabra, J. Prieto de Pedro (prof. de Derecho Administrativo) con el tema *El lenguaje legal*. Una vez delimitado el concepto de lenguaje legal, abordó la cuestión de los fundamentos constitucionales que amparan la pretensión de un buen lenguaje legal, cifrándolos en las cláusulas de Estado Democrático y de Estado de Cultura, y en el principio de seguridad jurídica. La parte central del discurso se dirigió al examen de algunos aspectos del lenguaje legal: a) aspectos ortográficos (empleo de mayúsculas, abreviaturas, siglas, guión, paréntesis, rayas, comillas y ortografía); b) aspectos léxico-semánticos (léxico común, jurídico y técnico, empleo de neologismos, latinismos crudos y definiciones), y c) aspectos estilísticos (brevedad de la frase y sencillez gramatical).

II. El tema de Estructura y contenido, ya en sesión vespertina, corrió a cargo de M. Sánchez Morón (Letrado del Tribunal Constitucional) con la ponencia *Contenido de las normas. Principio de homogeneidad. Estructura formal*; P. Salvador (catedrático de Derecho Civil) con la ponencia *Definiciones y remisiones*, y C. Duarte i Monserrat (Jefe del Servicio de Asesoría Lingüística del Departamento de Cultura de la Generalidad de Cataluña) encargado del tema *Textos bilingües*.

M. Sánchez Morón analizó, en primer término, la cuestión de la ubicación normativa, es decir, en qué texto debe regularse una materia o parte de la misma a fin de facilitar la búsqueda e identificación de la norma aplicable en un supuesto de hecho, así como de evitar antinomias y vacíos normativos. Las soluciones apuntadas giraron en torno a dos principios: los de homogeneidad y complitud de cada texto normativo resumidas en la máxima «a cada ley un objeto, que debe expresarse en su título». En segundo lugar abordó el problema de la estructura formal de las normas, es decir, de ordenación interna del texto normativo. Esta cuestión debe hacer frente —señaló— a dos tipos de cuestiones: a) la estructura lógica del texto, es decir, la ordenación sistemática del texto normativo en razón de la materia a que se refiere cada precepto y de la funcionalidad de cada uno, y b) la división formal del texto, es decir, la división ordenada de las materias que regula mediante fórmulas epigráficas de separación (artículos, capítulos, etc.) que sirven de soporte la sistematización del mismo. Para concluir glosó una serie de propuestas concretas de técnica legislativa sobre los dos aspectos examinados: contenido y estructura formal.

El tema analizado por P. Salvador fue el relativo a las definiciones y remisiones legales. Después de repasar algunos conceptos sobre la definición en general, su ponencia se centró en la indicación de directrices legislativas sobre el empleo de aquéllas en la legislación, directrices que podemos resumir en las siguientes: 1) sólo se debe definir cuando es necesario, 2) se debe explicitar qué se está definiendo, 3) debe explicitarse cuándo el *definiendum* se usa en su sentido definido y cuándo no, 4) no se debe definir de forma diferente una misma expresión, 5) se debe delimitar lo mejor posible el ámbito de aplicación de la definición, 6) las definiciones deben ser autosuficientes, 7) las definiciones deben situarse al inicio de la ley o de la parte de la misma a la que afectan, 8) las reglas que establecen las definiciones no deben contener disposiciones de otra índole, 9) deben evitarse las definiciones forzadas o extravagantes, y 10) pueden utilizarse, siguiendo ciertas

reglas, definiciones compuestas, condicionales y negativas. Sobre el tema de las remisiones normativas comenzó por establecer el concepto de remisión y la diferencia de otras figuras afines; y señaló algunas alternativas a la técnica de la remisión (resistematización, repetición, empleo de la Parte General, y codificación o refundición de textos). A continuación cifró las funciones de la remisión (economía legislativa, etc.), así como sus diferentes tipos atendiendo a diversos criterios clasificatorios. Por último señaló algunos criterios de técnica legislativa sobre el tema tratando los aspectos relativos a cuándo debe recurrirse a una remisión y a la manera correcta de llevarla a cabo.

C. Duarte, abordó el tema de *Textos Bilingües* centrándose en los siguientes aspectos: a) supuestos en los que debe darse una múltiple oficialidad lingüística, b) método de elaboración en la traducción de textos legales, c) criterios de presentación de las dobles versiones de un mismo texto legal, y d) validez de ambas versiones y criterio de primacía en caso de duda o contradicción. Finalizó estableciendo unas propuestas de directrices sobre los aspectos previamente abordados.

III. La segunda jornada estuvo dedicada a los temas de integración de diferentes normativas en el ordenamiento estatal, y promulgación y publicación de las normas.

Abrió la sesión I. Lasagabaster (prof. titular de Derecho Administrativo) con la ponencia *Integración del derecho autonómico en el ordenamiento estatal*. Señaló en primer lugar la existencia de unos condicionantes genéricos sobre dicha cuestión, como son el impreciso y deficiente reparto de competencias y la judicialización de la relación Estado-Comunidades Autónomas. Más adelante, llevó a cabo un análisis pormenorizado de los siguientes aspectos: el concepto de «bases», «normas básicas» o «legislación básica», el principio de la supletoriedad, las cláusulas de garantía, la reiteración del texto estatal en la disposición autonómica, y la normativa estatal que modifica la autonómica. Para finalizar propuso una serie de catorce directrices de técnica legislativa a fin de una mejor integración del ordenamiento estatal y los autonómicos.

Le siguió en el uso de la palabra E. Alonso García (Letrado del Consejo de Estado y prof. titular de Derecho Constitucional) quien se ocupó de *Técnicas de reinserción y desarrollo del Derecho europeo*. El ponente analizó los problemas de «implementación» de algunas fuentes de derecho comunitario como son los reglamentos y las directivas comunitarias. Respecto de los primeros, la regla general es que son directamente aplicables (por lo que no darán lugar a actividad normativa alguna ni del Estado ni de las Comunidades Autónomas). No obstante —señaló— existen tres excepciones que sí pueden dar lugar a medidas de implementación. La directiva comunitaria normalmente dará lugar a la promulgación de normas, cuyo rango estará en función del de la norma incompatible con la directiva objeto de derogación o modificación. Se abordó asimismo la cuestión respecto de otros actos comunitarios.

A continuación C. Viver Pi Suñe (catedrático de Derecho Constitucional) disertó sobre *Disposiciones transitorias*. El autor llevó a cabo un estudio de carácter estrictamente técnico-legislativo, sin inmiscuirse en aspectos dogmáticos o de política legislativa. Analizó dos cuestiones: qué tipo de preceptos deben situarse en las disposiciones transitorias, y cómo deben redactarse estas cláusulas desde el punto de vista formal. Una vez analizados ambos aspectos formuló una serie de directrices acerca de los mismos.

El siguiente en tomar la palabra fue J. L. Peñaranda Ramos (Letrado de las Cortes Generales) que lo hizo sobre *Disposiciones derogatorias de las leyes*. Después

de analizar el concepto y alcance de la derogación se centró en el examen de las diferentes disposiciones derogatorias: expresas y tácitas, criticando esta distinción y sustituyéndola por la de derogaciones útiles e inútiles, y derogación por incompatibilidad de una nueva regulación normativa. Señaló dos importantes criterios que deben seguir las disposiciones derogatorias: de un lado, deben expresar el objeto de la derogación, y de otro, deben detallar al máximo su contenido. Más adelante concretó las consideraciones anteriores en unas directrices expresivas de los criterios que han de presidir la elaboración de las disposiciones derogatorias.

La sesión vespertina comenzó con la ponencia de J. L. Fuertes Suárez (abogado del Estado) con el tema *Habilitaciones y mandatos de desarrollo reglamentario*. El objeto de la misma fue el modelo de las relaciones entre la ley y el reglamento, la estructura del mismo y las relaciones que dentro de él se dan entre los diversos elementos. Analizó sucesivamente las posturas mantenidas por la doctrina española, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, señalando al final una serie de conclusiones y directrices.

IV. Al tema de promulgación y publicación se dedicaron dos ponencias. La primera estuvo a cargo de J. Salas Hernández (catedrático de Derecho Administrativo y Letrado del Tribunal Constitucional) sobre *Promulgación y publicación de normas*. El ponente se centró en el análisis de la práctica legislativa sobre el tema, deteniéndose en tres puntos: la inmutabilidad en las fórmulas utilizadas por las diferentes Comunidades Autónomas, las distintas fórmulas empleadas por aquéllas, y el problema del bilingüismo en la publicación. Finalmente hizo algunas propuestas sobre la fórmula promulgatoria que él consideraba más correcta.

Más tarde E. Jiménez Aparicio (abogado del Estado) disertó sobre *Actualización de textos*. Abordó las siguientes cuestiones: concepto de actualización, causas de la actualización legislativa (erratas, proliferación legislativa, leyes modificativas, etc.), formas de actualización y valor del texto actualizado, y técnicas de actualización. En último lugar, y reconociendo la dificultad que en nuestro derecho presenta la actualización de leyes, el autor estableció una serie de directivas prácticas para llevar a efecto dicha técnica.

V. El último día, dedicado al tema de la eficacia de las directrices, estuvo a cargo de L. Aguiló Lucía (Letrado Mayor de las Cortes Valencianas y prof. titular de Derecho Constitucional) y B. Pendas García (Letrado de las Cortes Generales y prof. de Derecho Constitucional).

L. Aguiló abordó el tema de *Competencia para dictar directrices de técnica legislativa*. En un primer momento trató de los órganos que participan en la elaboración de la ley, para más tarde plantear el problema del órgano más conveniente para tener la competencia de dictar directrices, analizando tres hipótesis: adscribir dicha competencia al Gobierno, al Parlamento y a una comisión técnica. El autor se inclinó por la segunda de las hipótesis, sin dejar, sin embargo, de estudiar los problemas que la misma plantea.

Cerró el Seminario B. Pendas con la ponencia *Función de los Parlamentos en materia legislativa*. El ponente examinó las diferentes etapas del procedimiento legislativo (desde el punto de vista de la técnica legislativa) poniendo de relieve las dificultades de control técnico que plantean los Decretos-Leyes, así como las expectativas que suscita el análisis formal y material de los Decretos Legislativos. Finalmente formuló algunas propuestas específicas de reforma del procedimiento legislativo con el objetivo de mejorar la calidad de las leyes actuando sobre el procedimiento de formación de la voluntad del legislador.

INAUGURACION DEL INSTITUTO INTERNACIONAL DE SOCIOLOGIA JURIDICA DE OÑATI

El día 24 de mayo de 1989 tuvo lugar en Oñate (Guipúzcoa) la inauguración oficial del *Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati*. Se trata de una iniciativa de gran alcance y, sin duda, con muy escasos precedentes, máxime en nuestras latitudes. Dicho Instituto surge, de resulta de un acuerdo entre el Gobierno Vasco y el *Research Committee on Sociology of Law*, sellado el 23 de diciembre de 1988, como «Instituto permanente de investigación mundial en materia de Sociología Jurídica», a fin de «avanzar mediante la confrontación, la discusión, el análisis y la comparación de las investigaciones que en cada momento se desarrollen sobre los diferentes campos en los que trabaja la Sociología Jurídica» (*Exposición de Motivos* del Protocolo de creación).

Es de justicia resaltar la labor sumamente eficaz y discreta que para este logro ha realizado el profesor Caballero Harriet, a cuya iniciativa primera se unieron, con no menos entusiasmo, profesores como Renato Treves o políticos como el Consejero de Justicia del Gobierno Vasco, Juan Ramón Guevara.

La sede permanente del Instituto será la antigua Universidad de Oñati, marco a todas luces afortunado. Se prevé la existencia en el mismo de una biblioteca que alcance los treinta y seis mil volúmenes, así como todo tipo de instalaciones y equipos que permitan a los investigadores el desarrollo de su labor, incluyendo una residencia universitaria.

Las actividades ordinarias previstas, y que ya han ido comenzando, giran en torno a la realización de seminarios y *Workshops*, la publicación de volúmenes con las ponencias y comunicaciones que en los mismos se presenten y merezcan la selección, bajo la denominación general de *Oñati Proceedings*, y la publicación también de una revista bibliográfica de sociología jurídica que se llamará *Current Legal Sociology*. Todo ello, como decíamos, sin perjuicio de las estancias individuales de investigadores o doctorandos.

El Instituto está gobernado por un Consejo Rector, básicamente compuesto por cinco miembros designados por el Gobierno Vasco y cinco por el *Research Committee on Sociology of Law*, y un Director Científico, nombrado anualmente por el Consejo Rector y que será «un profesor de cualquier nacionalidad en régimen de año sabático». El primer Director Científico, que ha llevado a cabo con notable éxito el esfuerzo de dotar al recién nacido Instituto de la mínima organización necesaria para permitir su inauguración oficial, es el profesor André-Jean Arnaud.

La ceremonia de inauguración tuvo lugar con gran brillantez, bajo la presidencia de las máximas autoridades del Gobierno Vasco y del Presidente del *Research*

Committee, Jean van Houtte, y con la asistencia de profesores y especialistas en sociología jurídica de veintidós países. Previamente y en el mismo día tuvieron lugar sendas conferencias de los profesores J. Commaille, H. Rottleuthner, T. C. Holliday y B. de Sousa Santos, más una conferencia final del profesor Masaji Chiba.

Resaltar el éxito y lo lucido de la inauguración, de todos modos, no es aludir a lo más importante que la creación de dicho Instituto conlleva. Lo esencial es que, a partir de ahora, nuestro suelo pasa a ser el centro mundial de la sociología jurídica, con todo lo que ello puede y debe significar de impulso para el cultivo de tal disciplina en España. Y a quienes, desde la Filosofía del Derecho o cualquier otra disciplina jurídica o sociológica, nos venimos interesando por el trabajo también en ese campo se nos brinda la mejor oportunidad que podíamos esperar para enriquecer nuestra formación y nuestras posibilidades de investigación e intercambio de ideas. De nosotros dependerá el aprovechar la oportunidad o el limitarnos a ver pasivamente cómo a nuestro lado se desarrolla una institución científica de importancia y alcance mundial.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

XIV CONGRESO MUNDIAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO Y FILOSOFIA SOCIAL

Entre el 17 y el 23 de agosto de 1989 se celebró en la ciudad de Edimburgo el «XIV Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social», organizado por la Sociedad Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. El tema de convocatoria del Congreso fue: «Ilustración, Derechos Humanos y Revoluciones en el Pensamiento Jurídico y Social».

Las actividades del Congreso quedaron centradas en dos tipos de reuniones: las sesiones de la mañana, dedicadas a la exposición y discusión de ponencias generales, y las de la tarde en las que se expuso y discutió en grupos de trabajo las comunicaciones presentadas al mismo. Las ponencias versaron sobre los siguientes temas: «Ilustración y Revolución», «Teorías sobre los Derechos Humanos», «Libertad e Igualdad», «Igualdad, Fraternidad y las Revoluciones socialistas» y «Concepciones Analíticas de la Revolución». Los grupos de trabajo discutieron comunicaciones relativas a los siguientes tópicos: «Historia de las Ideas: la Ilustración», «Derechos Humanos y Democracia en el Pensamiento Liberal, Republicano y Socialista», «Autodeterminación y Descolonización», «Derechos de la Mujer y Derechos del Hombre», «Revolución, Reforma y Estado de Derecho», «Las Revoluciones en el Pensamiento Jurídico y Social», «Concepciones sobre Revolución y continuidad del Derecho» y «Semiótica». El grupo de trabajo «Semiótica» tuvo la consideración de grupo especial.

Resumiendo algunas de las cifras significativas del Congreso cabe decir que quedó integrado por cerca de cuatrocientos Congresistas, que discutieron sobre dieciocho ponencias y doscientas treinta comunicaciones.

Para exponer el contenido del Congreso a continuación se resumen algunas de las notas fundamentales de las ponencias. El texto de estas ponencias se encuentra recogido en el volumen que las compendia y que fue entregado con la documentación del Congreso: Neil MACCORMICK / Zenon BANKOWSKI, (eds.): *Enlightenment, rights and revolution: essays in legal and social history*, Aberdeem University Press, Aylesbury, Bucks, 1989.

Las primeras ponencias, presentadas tras la denominación «Ilustración y Revolución», fueron elaboradas por Raphael, Terré y Haakonssen.

David Raphael (profesor emérito de Filosofía de la Univeridad de Londres), en una ponencia que llevaba también el título «Ilustración y Revolución», discurió sobre los orígenes ideológicos de la Revolución americana, mostrando que ésta tuvo que ver con la Ilustración por la sencilla razón de que la corriente de pensamiento denominada «Ilustración» abarca no sólo a la Ilustración política y jurídica que se produjo en el XVIII sino también a las propuestas hechas por la revolución

científica del siglo XVII. Ello lo decía Raphael porque los autores ilustrados que en verdad influyeron ideológicamente en la puesta en práctica de la Revolución americana fueron filósofos y moralistas ilustrados como Hutcheson o Price, que están caracterizados en cuanto ilustrados justamente por aplicar los métodos de conocimiento propuestos por la revolución científica del XVII al estudio de la política, la moral o la religión, en forma compatible con las creencias de la religión cristiana.

La ponencia de François Terré (profesor de la Universidad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de París), titulada «Filosofía de las Luces y Revolución», quedó centrada en reseñar la variedad de fundamentos filosóficos en los que se apoyó la Revolución francesa, tomando como objeto de su reflexión dos conceptos teóricos que articularon dicha fundamentación: razón y naturaleza. A partir de estos conceptos, que mostró en la variada multiplicidad de contenido que fue dada a los mismos por los ideólogos, explicó la ambigüedad conferida a la expresión derechos naturales desde el momento en que plasmó la Revolución francesa en textos jurídicos, una vez que la invocación a los derechos del hombre se hace desde entonces a partir de dos distintas versiones del concepto de naturaleza: por una parte desde la versión predominante en Francia, que reposa en la idea de que todos los hombres son iguales, en cuya virtud cabe fundar un sistema jurídico unitario, obligatorio para todos; por otra desde la versión inglesa o americana, la cual reconoce que todo individuo es libre y capaz de alcanzar sus propios fines sin que sea preciso que estos fines sean impuestos por el Estado, una vez que la única obligación del mismo es la de fijar las restricciones que exige su existencia a efectos de cumplir sus obligaciones fundamentales. Esta distinción, que conduce a contradicciones, explica, para Terré, la complejidad de los debates que en nuestra época suscita el tema de la modernidad.

Knud Haakonssen (investigador, Historia de las Ideas, Instituto de Estudios Avanzados, Universidad Nacional de Australia, Canberra), en la ponencia titulada «Jurisprudencia natural en la Ilustración escocesa: sumario de una interpretación», reseñó algunos de los aspectos más característicos de la denominada «Ilustración escocesa». Partió del reconocimiento de su indudable existencia aunque no compartió las tesis de quienes la caracterizan como una corriente de pensamiento monológica o coherente. Para el ponente estas posiciones han originado oscuridad en el estudio del fenómeno una vez que son diversos sus componentes. En concreto Haakonssen señaló que es preciso trazar una línea de separación entre David Hume, Adam Smith y John Millar y la filosofía moral escocesa de autores como Hutcheson, Turnbull, Lord y Kames, Ferguson, Reid y diversos moralistas populares, clérigos y literatos. A los primeros, especialmente a Hume, los vinculó con las propuestas de jurisprudencia natural hechas por Grocio, mientras que los segundos están vinculados con el republicanismo clásico o humanismo cívico o moralismo cívico al que debieron adscribirse los intelectuales y clérigos escoceses una vez desaparecido el gobierno escocés a comienzos del XVIII. Por ello, y aun admitiendo que lo que caracteriza a la Ilustración escocesa es su atención por el problema del conocimiento y por el realismo, Haakonssen concluyó con la afirmación de que los dos paradigmas absolutos de interpretación del fenómeno: jurisprudencia natural o republicanismo clásico, deben hacerse compatibles al estudiarlo como fenómeno histórico.

La segunda sesión plenaria del Congreso quedó destinada a la discusión sobre el tema «Teorías sobre los derechos humanos». Un primer grupo de ponencias fue

el constituido por las de Dreier, Postema y Onuma. El segundo lo formó las de Nino y Peczenik.

Ralf Dreier (profesor de Teoría General del Derecho, Universidad de Göttingen), en su ponencia «Idealismo alemán y derechos humanos», se refirió a la aportación del idealismo alemán a las teorías sobre los derechos del hombre y del ciudadano. Dreier expresó, citando a Heine, cómo dicho idealismo, dando al término un sentido amplio, es decir comprendiendo a autores encuadrables tras esa denominación en el período histórico comprendido entre Kant y Hegel, «comienza una revolución espiritual en Alemania análoga a la revolución material sucedida en Francia». El ponente se centró en la delimitación de la propuesta del idealismo alemán reconstruyendo, en primer lugar, la teoría de los derechos del hombre y del ciudadano de Kant contando con sus afirmaciones al respecto y complementándolas con sus propuestas sobre el imperativo categórico, su Filosofía del Derecho y la fundamentación de ésta atendiendo al debate actual sobre la distinción entre reglas y principios. En segundo lugar, Dreier presentó un esquema de los principios del desarrollo de la teoría de los derechos del hombre por el idealismo postkantiano (Fichte, Schelling y, especialmente, Hegel).

Gerald J. Postema (profesor de Filosofía, Universidad de Carolina del Norte, Estados Unidos), en su ponencia «En defensa del 'disparate francés': los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional», centró su intervención en la defensa de las declaraciones de derechos humanos con respecto a la crítica hecha por Bentham a la fundamentación de la francesa al manifestar que dicha declaración era confusa («inconsistente») y retórica («disparate francés»). Para Postema esta crítica no es acertada una vez que estos derechos *deben* estar recogidos en forma indeterminada; hay que pensar que, entre otras cosas, ello es lo que ha permitido su desarrollo posterior posibilitando una interpretación democrática, entendiendo por ello que su indeterminación ha hecho posible crear estructuras de los mismos que son un puente para la política al poder ser concretados a través de su aplicación a casos concretos por el Tribunal Constitucional estadounidense. El problema para con los derechos humanos no lo encuentra Postema en su indeterminación ni en su falta de cerrazón sistemática sino en las limitaciones existentes en la actualidad con respecto al acceso a este proceso del debate político público.

Yasuaki Onuma (profesor de Derecho Internacional, Universidad de Tokio), en su ponencia «Entre los derechos naturales del hombre y los derechos fundamentales de los Estados», estableció en qué forma la teoría de los derechos fundamentales de los Estados ha sido constituida tomando como imagen la teoría de los derechos naturales del hombre. Onuma expuso cómo atendiendo a propuestas de internacionalistas como Wolff o a las de la teoría dogmática alemana del XIX, con inspiración por tanto en las características del mundo occidental —colonial— de la época, se estipuló que el Estado tenía unos derechos naturales o propios como los tenía el hombre. El ponente indicó que si bien en la actualidad no se defiende esta teoría, sí que se patrocina por internacionalistas de Estados del Tercer Mundo el que, tal y como ocurrió después de la segunda guerra mundial al estipularse por medio de documentos constitucionales estatales e internacionales una protección jurídica efectiva —más o menos— de los derechos y deberes humanos, se establezca un catálogo de derechos y deberes de los Estados o de los pueblos, una vez que con documentos como los expresados sería posible contar con mecanismos más adecuados para la defensa de los intereses de los Estados pobres frente a las grandes potencias que los que constituyen las referencias actuales por las que se

guían las relaciones internacionales; estas referencias toman como último punto de referencia expresiones vagas como: armonía, cortesía, sentido común, compromiso, costumbre social o convención.

La segunda discusión acerca de las ponencias referidas a «Teorías sobre los derechos humanos» estuvo centrada en las defendidas por Nino y Peczenik.

Carlos Santiago Nino (profesor de Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires), en su ponencia «Discurso moral y derechos liberales», fundamentó a estos derechos en el principio de la autonomía personal y en la práctica del discurso moral, detallando en forma programática tanto las notas estructurales de este discurso moral como el contenido de los derechos liberales más fundamentales. Nino realizó una especial referencia al principio hedonista sobre el que manifestó que supone al principio de la autonomía personal, por lo cual afirmó que muy bien puede considerarse a ambos principios como los principios jurídicos fundamentales para una concepción liberal de la sociedad.

Aleksander Peczenik (profesor de Filosofía del Derecho, Universidad de Lund, Suecia), en su ponencia «Ponderando derechos», se centró en criticar la tesis de Dworkin de la «única respuesta jurídica» expresando cómo esto no es posible en derecho porque es preciso ponderar en cualquier actividad jurídica, incluso en la de complementar al derecho. A estos efectos el ponente entró a estudiar la relación entre derecho y normas morales, la distinción entre reglas y principios y los roles de la actividad judicial. Todo ello le sirvió para criticar la posición de Dworkin o lo que es lo mismo a la utilización del principio de coherencia para con el derecho y afirmar al mismo tiempo que en materias de tipo práctico es inevitable la incertidumbre, una vez que las afirmaciones o sentencias en este ambiente no tienen tan sólo un significado teórico sino también uno práctico, relativo a sentimientos, voluntad y acción.

La tercera sesión plenaria estuvo dedicada al tema «Libertad e Igualdad». Ponentes fueron: Agustín Squella, Virginia Held, Csaba Varga y Alí A. Mazrui.

Agustín Squella (profesor de Filosofía del Derecho, Universidades de Valparaíso y Diego Portales) expuso la primera ponencia titulada «Libertad e Igualdad: las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia». El ponente observó cómo en los Estados democráticos se han puesto en práctica los principios recogidos en las Declaraciones de Derechos y muy especialmente los de libertad y democracia, quedando en segundo lugar la actuación del de igualdad material. Squella anotó que pese a todo libertad e igualdad no son principios incompatibles sino complementarios, lo que obliga a exigir la satisfacción del principio de igualdad aplicando lo que se recoge al respecto en Constituciones como la española e italiana. Esto no le impidió manifestar que en el proceso democrático latinoamericano es preciso dejar en segundo lugar el principio de la igualdad material en un momento como el actual en el que lo que es exigible es la implantación de la democracia y las libertades, condiciones del principio de la igualdad, una vez que lo contrario lleva a retrasar el proceso democratizador.

Virginia Held (profesora de Filosofía, Escuela de Graduados de la Ciudad Universitaria de Nueva York) defendió la ponencia «Libertad e Igualdad desde una perspectiva feminista». Expuso la evolución del movimiento feminista para con la libertad e igualdad desde su comienzo en los tempranos setenta. A estos efectos señaló cómo al principio el objetivo del movimiento estuvo centrado en exigir igualdad material para las mujeres, y muy especialmente libertad real, una vez que

el concepto liberal de libertad no se sostiene en el momento en el que se utiliza para con las mujeres, dado que el cuadro de vida al que se atendió cuando se elaboró el concepto no puede servir como referencia al hablar de los derechos de las mujeres. En un segundo momento, expresó la ponente, muchas feministas se ocuparon, más allá de la libertad y la igualdad, del estudio del papel de las estructuras económicas en la opresión de las mujeres. En una tercera fase, la actual para Held, el movimiento feminista propone que en lugar de observar al mundo y a la sociedad desde una perspectiva masculina se consideren desde una perspectiva femenina. Tras esta introducción la ponente presentó diversas propuestas que han construido teorías morales feministas. Estas teorías, elaboradas en buena medida a partir de trabajos empíricos, indican cómo se puede diferenciar entre una ética de la justicia y una ética del cuidado, siendo la primera característica de la moral de los hombres y la segunda de la de las mujeres. A partir de estas premisas y tomando varios ejemplos (ligados al nacimiento y a la muerte) explicó cómo los conceptos de libertad e igualdad cambian si se construyen desde una perspectiva femenina.

Çsaba Varga (investigador, Instituto de Ciencias Jurídicas y Administrativas de la Academia Húngara de las Ciencias) defendió la ponencia «Libertad, Igualdad y el mínimo conceptual de la mediación jurídica». Varga criticó el concepto formal de Derecho que se sostiene en los países del Este y con ello también el concepto jurídico formalista del positivismo jurídico alemán, una vez que dichos formalismos permiten practicar arbitrariedades —alguna de las cuales citó refiriéndose a su país— a quienes deben poner en práctica dicho concepto. El ponente indicó que frente a ello ha de establecerse un concepto de derecho que asuma algo que sucede en los ordenamientos jurídicos desde después de la Segunda Guerra Mundial: la introducción en el derecho —a través de las declaraciones de derechos— de los valores de la democracia, la libertad y la igualdad como condiciones mínimas del derecho; con ello se ha dado un contenido mínimo material a la legalidad. El problema reside en que hasta este momento no ha podido articularse teóricamente un concepto de derecho que contenga un criterio material. Varga cree que algo se puede hacer en este sentido si se atiende al mínimo ontológico de la mediación normativa que se produce en la aplicación del derecho dadas sus características de interacción metódica. De esta forma, entiende, la libertad y la igualdad pueden ser introducidas en el concepto de derecho.

Alí A. Mazrui (profesor, Centro de Estudios Africanos, Universidad de Michigan), en su ponencia «Sociedad postcolonial y tendencias de la triple herencia jurídica indígena, islámica y occidental en Africa», describió algunas de las notas de dicha herencia, contemplando casos concretos del derecho africano que son consecuencia de la influencia de uno u otro tipo de precedentes. El ponente observó cómo en la actualidad se producen tensiones e incluso conflictos entre las tres tendencias, siendo el principal conflicto el que se produce entre la tendencia occidental y la indígena.

El cuarto grupo de ponencias es el que se ocupó de tratar el tema «Igualdad y Fraternidad y las revoluciones socialistas». Ponentes fueron: Issa G. Shivji, Hermann Klenner y Onora O'Neill. Dentro de esta temática se encuadró la intervención de Dzhangir A. Kerimov.

Issa G. Shivji (profesor de Teoría del Derecho, Universidad de Dar es Salaam) defendió la ponencia «Igualdad, Derechos y Autoritarismo en Africa». El ponente, desde una posición marxista en la que tomó como referencia textos de Marx,

Engels, Stuchka, Pashukanis y Lenin, señaló las particularidades de los Estados y el derecho autoritarios propios de los países africanos, sintetizando las mismas mediante los principios de la economía política. Shivji propuso que la situación jurídica africana actual puede cambiar si se utiliza el concepto de igualdad con un contenido distinto al de la igualdad burguesa: atendiendo a que los derechos centrales en Africa son los derechos colectivos, en particular el derecho a la autodeterminación y el derecho a organizarse. Para Shivji el papel de la idea de igualdad es, por tanto, un papel de agitación.

Hermann Klenner (profesor, investigador de la Academia de las Ciencias de la República Democrática Alemana) en su intervención oral que respondía al enunciado del tema «Igualdad, Fraternidad y las revoluciones socialistas», se refirió a en qué modo los derechos humanos recogidos en las Declaraciones de Derechos liberales del siglo XVIII, han sido puestos en práctica en los países capitalistas en forma limitada al no haberse hecho énfasis en el ejercicio de los denominados derechos sociales, mientras que en los países socialistas al mismo tiempo que han sido garantizados ciertos derechos formales en la misma forma que ha sucedido en otros países, ha quedado satisfecho en mayor medida el programa revolucionario relativo a los derechos materiales. En la ponencia escrita, titulada «Sobre el Derecho a la revolución: un dilema alemán», Klenner traza a grandes rasgos una historia de las opiniones de los autores clásicos que han elaborado la propuesta de un derecho a la revolución, fijándose especialmente en cómo el idealismo alemán, en especial Hegel, pese a que ha fundado sus propuestas jurídicas y políticas en hechos como las revoluciones francesa e inglesa no ha defendido prácticamente dicho derecho proporcionando propuestas a la burguesía en dicho sentido. Pese a todo para Klenner la filosofía social de Hegel por medio de la dialéctica mostró que el desarrollo de la ley tiene lugar por la puesta en práctica de la misma y por su violación, lo que ayudó a preparar el camino para la teoría social dialéctica materialista de Marx y Engels quienes expresaron que el derecho a la revolución siempre ha existido: es «el único derecho histórico real».

Onora O'Neill (profesora de Filosofía, Universidad de Essex, Inglaterra), en su ponencia «Las grandes máximas de Justicia y Caridad», mostró cómo, a diferencia de lo que hiciera Locke, autor al que hay que comprender en un marco cultural teológico pese a la interpretación de Macpherson, en la actualidad no se considera a la caridad como una obligación frente a la justicia que sí se considera una obligación. Lo mismo sucede con el resto de las virtudes. O'Neill explicó esta distinta consideración de una forma histórica, observando cómo ello está forzado por el afán del liberalismo de tomar un firme apoyo para su construcción jurídica y moral, apoyo que se lo prestan los derechos a los que acompañan inequívocamente obligaciones determinadas; por ello se dejó abandonada la referencia a obligaciones imperfectas como la caridad, que no está acompañada de un derecho correlativo. De esta forma la caridad quedó relegada a mera preferencia personal. La ponente propuso para superar este defecto, en lo que consideró una primera aproximación, que el liberalismo construya su teoría jurídica y moral a partir de las obligaciones en lugar de a partir de los derechos, para lo cual hizo una propuesta acerca de cómo es posible dicha construcción. La ponente propuso que se construya el conjunto de obligaciones no de una forma cuantitativa sino a partir de la consideración acerca de qué obligaciones pueden ser comunes a todos los hombres, a diferencia de lo que se hace en la construcción relativa a los derechos que precisa maximizar el número de derechos iguales posibles. A partir de ahí discurrió sobre cómo la caridad puede ser introducida como obligación en las relaciones sociales institucionales.

Al final de la discusión de estas ponencias se produjo la intervención de Dzhan-gir A. Kerimov (profesor, Academia de las Ciencias de la Unión Soviética) referida a «La Revolución de Octubre de 1917: punto de partida del siglo XX». Kerimov expuso el significado de la Revolución rusa en cuanto fue el comienzo de un nuevo mundo liberado de la opresión y cómo el programa de perestroika aprobado en el vigésimo-séptimo Congreso del Partido Comunista es una continuación en la expansión de la dinámica iniciada por dicha Revolución ajustando ésta a las exigencias de los años ochenta. Una animada discusión siguió a esta intervención.

El último bloque temático del Congreso estuvo constituido por la materia: «Concepciones analíticas de la revolución». Ponentes fueron: Jan M. Broekman, Mario Jori y Jerzy Wróblewski.

Jan M. Broekman (profesor de Filosofía del Derecho, Universidad Católica de Lovaina) presentó la ponencia «Revolución y compromiso moral con un sistema jurídico». En la ponencia Broekman expuso cómo los movimientos revolucionarios del XVIII fijaron en los textos jurídicos que originaron a los derechos subjetivos, lo que dio lugar a la creación de un paradigma abstracto del derecho con el que se ha llegado a modelizar a la sociedad a lo largo de los dos últimos siglos. El ponente analizó dicho paradigma y los cambios sufridos por el mismo a lo largo del Estado de bienestar. Cambios que no han sido tantos porque dicho paradigma cuenta aún en este momento con la abstracción generada en el pasado, así, por ejemplo, considera tan sólo a los sujetos jurídicos como los actores del derecho, no incluyendo en dicha categoría a los revolucionarios, abolicionistas y anarquistas pese al origen revolucionario del paradigma. Broekman entiende que esto no tiene razón de ser: hay que pensar en que los revolucionarios también son agentes jurídicos aunque sea en dirección contraria. Por medio de este ejemplo el ponente considera necesario superar esa visión abstracta del derecho y aceptar, junto a diversas propuestas hechas por el debate analítico, que el derecho y la moral están interrelacionados: que el derecho, como dice Alexy, es un caso especial del discurso moral y que por ello la aceptación moral del sistema jurídico implica inmediatamente la afirmación positiva de dicho sistema.

Mario Jori (profesor, Universidad de Cagliari, Cerdeña) defendió su ponencia «Revoluciones en la ciencia jurídica, ¿regreso al concepto de derecho?». El ponente discurre en primer lugar sobre la oportunidad o no de utilizar las categorías de las ciencias para estudiar al derecho, siendo su conclusión la de que es más fructífero utilizar directamente las peculiaridades epistemológicas de la ciencia del derecho dada su cientificidad y el conocimiento de la misma por parte de aquellos a quienes se dirigen las propuestas derivadas de dicho estudio del derecho. Considera ciencia jurídica a la que parte de la consideración de que el derecho es equivalente a reglas. En este sentido se muestra partidario de utilizar la definición y construcción del derecho de Hart una vez que la propuesta de Dworkin es criticable al no aceptar la metodología propia de la ciencia del derecho; esta metodología consiste para Jori en la vinculación al sentido y al lenguaje comunes y al pensamiento y discurso jurídicos especializados. Tras todo ello el ponente revisó la posición de Hart mostrando cómo ella está lejos de servir a las necesidades de los juristas que la puedan utilizar al fundamentar todas sus propuestas en el concepto de eficacia. Este concepto, para Jori, se rige por las categorías de la ciencia en general y no es suficiente para los juristas en su práctica diaria. Todo lo cual reclama una «revolución» científica o un cambio de paradigma en derecho que bien puede producirse a partir del concepto de derecho de Hart. En este sentido

Jori propone un concepto dinámico del derecho cuyo punto de arranque explica al final de la ponencia.

Jerzy Wróblewski (profesor de Teoría del Estado y del Derecho, Universidad de Lodz, Polonia) presentó la ponencia «El concepto analítico de revolución». En esta ponencia se mostró algunos usos del término revolución en derecho en la ciencia jurídica en general y en la teoría del derecho analítica. Especialmente se refirió al fenómeno de la revolución como un cambio jurídico especialmente cualificado, tomando como ejemplo lo expresado por la teoría pura del derecho de Kelsen y la teoría del derecho de Hart, a las que estudió tanto desde un nivel metateorético como desde la descripción de las posiciones de Kelsen y Hart.

El Congreso finalizó con la conferencia de Robert S. Summers (profesor de Ithaca, Nueva York) titulada «Teoría, formalidad y crítica jurídica práctica». El conferenciante se centró en realizar observaciones críticas sobre la posición del movimiento estadounidense del «Estudio Crítico del Derecho» al mencionar que este movimiento se limita a efectuar críticas del formalismo jurídico en forma no consistente. Recomendó a dicho movimiento que sus integrantes completaran sus posiciones con las propuestas de la teoría del derecho una vez que lo formal es consustancial al derecho según indicó al estudiar detenidamente la institución del derecho norteamericano referida al testamento ológrafo. Para Summers esta institución indica con claridad a los jueces que es indispensable realizar apreciaciones jurídicas formales.

La ciudad de Göttingen ha sido propuesta como sede para el próximo Congreso Mundial a celebrar en 1991. El tema del Congreso será «Sistema jurídico y razón práctica».

FERNANDO GALINDO

VII
RECENSIONES

Klaus ADOMEIT, *Introducción a la teoría del derecho. Lógica normativa. Teoría del método. Politología jurídica.* Trad. E. Bacigalupo, Madrid, Civitas, 1984, 202 pp.

I. El libro que voy a criticar para el lector español es una traducción del alemán, realizada por Enrique Bacigalupo en 1984, de una obra publicada en segunda edición corregida en 1981. Y contiene los siguientes elementos.

En primer lugar, una brevísima presentación del traductor. Después, el texto principal. Y al final, un breve apéndice conteniendo la lista de clásicos de la teoría del derecho más apreciados por el autor.

El texto principal despliega: una introducción sobre conceptos fundamentales; una primera parte sobre lógica normativa; y una segunda parte sobre politología jurídica (Una incursión sobre la justicia que parece ser conclusión general, aparece sin embargo involucrada en la última serie expositiva particular).

La parte de lógica normativa desarrolla ocho temas sucesivamente, a saber: las normas; la verdad; la conclusión; el orden; el derecho civil; la validez; el derecho marxista; y el método.

Y la parte de politología expone dos temas, a saber: los fundamentos de la política y sus alternativas. Pero este último aspecto se desarrolla en seis parejas de alternativas —que en realidad son tópicos de confrontación—, a saber: anarquismo y contestación; libertad y orden; democracia y autoridad; igualdad y diferenciación; amigo y enemigo; y justicia e injusticia.

Hasta aquí, la descripción de lo que hay. A partir de aquí la valoración correspondiente.

Puestos a ello hay que advertir que, en su conjunto, la obra me gusta, aunque en ella aparecen cosas que no se pueden aprobar. Enumero primero estas últimas, comenzando por las menos importantes, para después entrar en los aspectos más logrados.

II. Faltan, al final del libro, los imprescindibles índices de nombres y de materias. La traducción es bastante defectuosa. Y la edición aún más. Las palabras latinas y las alemanas están equivocadas al cincuenta por ciento. Abundan tanto las frases incompletas, los saltos de línea, las lagunas y las erratas, que llegan a hacer fatigosa la averiguación de lo que se pueda querer decir. Ni el autor ni la editorial merecen esa plaga de errores de impresión.

Y luego está la cuestión del rótulo. Como el traductor no ha cuidado de poner los datos bibliotécnicos completos del original alemán traducido, ignoro si el problema viene de allí o nació aquí. Lo cierto es que la rotulación resulta algo inadecuada, tanto en el título como en el subtítulo. De los tres subepígrafes de este

último, sobra evidentemente el que anuncia una «teoría del método»: la tal no aparece por ninguna parte, salvo para responder negativamente a la pregunta: «¿Podemos hablar con propiedad de un método jurídico?» (en pp. 13 ss.). Pero la cuestión básica está en el título. La obra de Adomeit se presenta como una «introducción» a la «teoría del derecho». Creo que si se aquilatan un poco las dos expresiones subrayadas, más bien se llega a la conclusión de que tal rótulo engaña las ingenuas expectativas del lector.

Este libro no es propiamente una *introducción*, si por tal se entiende, como es usual, la tarea de introducir a un lego en una materia, explicándole el abecé de la misma. Pero no es eso lo que hace el A. Por el contrario, Adomeit introduce a su lector de hoz y coz en el remolino de las cuestiones más debatidas de la jurisprudencia actual, suponiéndole conocedor de los términos, las definiciones, los axiomas y los argumentos básicos de ella. Así es que el libro es mucho más que una introducción, alcanzando la categoría de *manual*.

Por otra parte, no es propiamente una *teoría del derecho* lo que expone el A. en su obra, sino una parte de la teoría del derecho (la lógica normativa); y otra parte que no es teoría del derecho ni teoría del Estado, sino filosofía política. ¿Será entonces este volumen una clásica «filosofía del derecho y del Estado»? Pues sí, es eso más bien. Este libro no contiene una teoría del derecho, ni plena (*Rechtslehre*) ni vacía (*Rechtsleere*).

Yo diría que es, realmente, una jurisprudencia —a pesar de que el A. (¿o será el traductor?) prefiere caer en vasallaje y pleitesía judicial, dando el nombre de jurisprudencia a las colecciones de sentencias-decisiones de unos tribunales (de los que él, en tanto que autor, no es juez), en vez de atribuírselo a las colecciones de sentencias-opiniones de los profesores (en cuyos colegios sí es miembro, en cuanto que autor de libros de texto)—. Por lo tanto pienso que la obra de Adomeit debe ser calificada como un *manual de jurisprudencia*. Pero al llegar a este punto ya tengo un pie en la cara formal de la moneda y otra en la cruz material de la misma.

III. La obra de Adomeit es, en cuanto a la forma un manual. O sea, un libro pequeño (que cabe en la mano), que resume el estado de la cuestión de una parcela del conocimiento y, al tiempo que lo describe, lo presenta críticamente. El manual, generalmente fruto de la tarea docente de su autor, es un género poco apreciado por quienes no son capaces de escribirlo. Pero no hay que olvidar su importancia teórica y práctica. Teórica, porque obliga a realizar balance —esa engorrosa operación, cuya omisión conduce inexorablemente a la pérdida de la contabilidad (racionalidad) y de la dirección (orientación) del investigador—. Y práctica, porque los manuales son libros que han cambiado no pocas veces el panorama del saber y aun la marcha de la realidad: «un manual de derecho de obligaciones modifica también el derecho de obligaciones» (p. 42) dice el A., recordando oportunamente el caso Ihering en 1859.

A pesar de su rótulo, digo que esta obra no es, propiamente hablando, una teoría. No lo es, cuando menos, en el sentido riguroso que le da el propio A. cuando dice que «es posible hablar de una teoría» solamente cuando «se logra someter a un número de leyes a un principio único, del que es posible deducir otras, que naturalmente requieren una verificación» (p. 26). Aquí no encontramos, en efecto, ni un principio único; ni un número concreto de leyes formalmente sometidas a él; ni ninguna suerte de verificación de ninguna de ellas. Es verdad que la parte dedicada a la lógica normativa estudia la temática clásica de las teorías gene-

rales. Pero aún es más verdad que incluso esa parte está desarrollada con voluntad expresa de evitar la axiomatización y el cálculo matemático. Por lo tanto, no estamos ante una teoría general, sino ante una filosofía del derecho, que mismo se adentra alegremente por los terrenos de la metafísica. Y más exactamente, aún, estamos ante una jurisprudencia en el sentido romano-bizantino del *Digesto* (1.1.1.10). Adomeit, en definitiva, construye con buen pulso un modelo discreto de arte de razonar libremente sobre lo justo y lo injusto, sin encerrarse en los angostos laberintos de la teorización científica.

La obra de Adomeit es también, en cuanto al fondo, un libro de jurisprudencia porque desde el comienzo hasta el fin concibe el derecho como un arte de resolver conflictos y aun de prevenirlos mediante los derechos humanos. Estas son, así, las palabras con que cierra esperanzadamente su obra: «*tal vez la fillosofía del derecho y la teoría del derecho podrían colaborar en esta tarea*» (p. 198).

Así pues y más allá de manías puristas y formalistas, quiere explicar lo que es el derecho, a la hora de resolver conflictos de atribución y distribución de los suyo a cada uno, cuando dos o más disputan la titularidad, acudiendo a todas las cosas divinas y humanas (política, religión, cultura, economía... incluso sociología) para desarrollar el arte de discernir lo justo y lo injusto.

IV. Ahora bien, en el arte de lo justo y lo injusto que contiene la jurisprudencia de Adomeit hay unas pocas posiciones que no comparto, junto a muchas otras que juzgo espléndidas. Pero con ello paso ya a tocar sin ambages las cuestiones de contenido.

Hay dos tesis del A. con las que fundamentalmente discrepo:

1.^a) Su modelo de efectos interrelacionados (p. 40). Los factores generadores de derecho no son cuatro —legislación, dogmática, jurisprudencia y opinión— como quiere el A. A mi parecer, sobra ahí la opinión pública.

La opinión es la materia prima con la que los otros tres factores generan derecho. La opinión no es fuente generadora de derecho: es la roca con que el legislador hace derecho normativo (como el escultor, su escultura); y el juez, derecho jurisdiccional (como el alfarero, su olla); y el profesor, derecho jurisprudencial (como el pintor, su fresco).

2.^o) La aceptación de la llamada falacia naturalista, aunque sea remodelada de acuerdo con la *armonia praestabilita* de Leibniz (p. 89).

Opino, por el contrario, que las únicas deducciones legítimas de deber-ser son las que arrancan del ser, porque a mi entender no hay, ni puede pensarse que haya, dos realidades: la del *Sein* y la del *Sollen*. Sólo hay un mundo para el derecho y para todo lo demás: el mundo del *ens*. Por lo tanto, el *debe-ser* no consiste en otra cosa que en la cópula con que realizamos una descripción plena de pasado-presente-futuro; del mismo modo que el *es* constituye la cópula con que describimos tan sólo el efímero momento intermedio (parando ficticiamente en la mente la imparable pulsación del tiempo en la realidad).

Ya sé que la cuestión es debatida, pero al menos los que decimos que en la falacia naturalista la única falacia que hay es la que inventó su inventor, no nos tenemos que meter en el despeñadero de negar, por un lado, los *dikeos*, o su fundamento —como hace el A., p.e., con el derecho a la contratación o el derecho a la autonomía (en p. 104)— y afirmarlos por otro (como hace el A. en el citado lugar final del libro, p. 198).

V. Y paso a hablar de la más cara dimensión de lo que constituye motivo de mis coincidencias con Adomeit. Entre los puntos de vista más valiosos expresados en la obra, a mi juicio, señalo los siguientes:

1.º Su escepticismo frente al cientismo. P.e., *«la matemática no aumenta el conocimiento, sino la brevedad»* (p. 24). Y más en concreto, la valentía para repetir cuantas veces es preciso que *«Kelsen no tiene razón»* (p. 59).

2.º La prevención frente a *«la mirada fría de la sociología»* (p. 57), *«una materia diferente»* de que *«no trataremos»* por sus *«grandes oposiciones respecto de la teoría jurídica»*, las cuales arrancan de que *«la sociología del derecho investiga un orden jurídico sin norma fundamental»*; de modo que al *«sociólogo del derecho, el derecho le resulta tan invisible como el espíritu de Banquo a los huéspedes de Macbeth»* (p. 111).

3.º El amor al diálogo y la aversión a la dialéctica, tanto hegeliana como marxista: *«El pensamiento jurídico no puede permitirse tales confusiones conceptuales, pues perdería toda controlabilidad: ¡afortunadamente, ni las sentencias judiciales de los tribunales de los Estados socialistas son dialécticas!»* (p. 119).

4.º El gusto por el humanismo, con gratificantes exposiciones-comentarios-interpretaciones de autores como p.e., Justiniano (pp. 161 ss.), Plutarco (pp. 153 ss.), Platón (pp. 158 ss.), Aristóteles (pp. 163 ss.)...

5.º El valor para llegar, incluso, a pisar el humanísimo terreno del humor. *«Como ejemplo de error deductivo (dice en p. 91) puede servir el chiste judío que relata el caso de dos estudiantes del 'Talmud' que 'ponen en claro' por qué rige la prohibición religiosa de llevar descubierta la cabeza, a pesar de que la 'Torá' no dice nada al respecto. Uno dice: Es verdad que literalmente no se dice nada. Pero la 'Torá' está llena de indicios. P.e., se cuenta que 'Jacob venía de Berseva e iba hacia Haran'. ¿Crees tú que un judío tan piadoso como él iba a hacer tan largo camino con la cabeza descubierta?»*. E inmediatamente después cuenta lo que *«ocurre cuando alguien sólo puede obtener permiso de trabajo si tiene pasaporte y sólo puede obtener un pasaporte si se le ha extendido un permiso de trabajo»* (p. 91).

VI. Debo confesar, con todo, que lo que más me gusta de la obra de Adomeit es el método —cetético podríamos llamarlo, aunque puede que a él no le guste— con que opera —quizá inadvertidamente—. Es un método discursivo que estriba en un continuo cuestionar-preguntar de carácter irónico-exclamativo. He aquí algunos ejemplos:

a) *«Es ineludible saber si una opinión es generalmente aceptada o por lo menos dominante, pues ¿quién apoyaría su comportamiento en una opinión minoritaria?»* (p. 35).

b) *«Si cada negocio jurídico que infringiera las exigencias de nobleza, solidaridad y bondad fuera nulo ¿qué negocio sería válido?»* (p. 57).

c) *«Y, dicho sea al margen, ¡el idioma de los juristas latinos se aprende más fácilmente que el de los sociólogos alemanes!»* (p. 61).

d) *«Platón hace que Glaucón pregunte a su Sócrates qué habría de comer en el comunismo: sobre todo este problema no se dice una palabra en las obras de Marx y Engels, a pesar de la sensibilidad culinaria que, privadamente, caracterizaba a estos autores»* (p. 174).

e) Omito, por no alargarme, otros textos como el delicioso dedicado a fijar la noción de la *«izquierda»* (en pp. 142-143).

La utilización de este método no es casual. Adomeit se pronuncia muy pocas veces en su trabajo por una tesis o por su antítesis —y menos aún por una repulsiva síntesis—. Normalmente, él expone argumentos a favor y en contra, y deja en libertad a cada lector de aceptar los que guste. O, quizá, de recogerlos todos, para emplearlos, cuando haga falta, como lanza o como escudo, según la posición conflictiva en que se esté... ¿No constituye esto otra evidencia más de que esto no es una teoría, sino una tópica?

El A. dice, al plantear su obra (p. 36), que *«el problema que presentan las cuestiones jurídicas no es la falta de respuesta, sino la posibilidad de varias respuestas diferentes y que no se sabe a qué atenerse»*, cuando hay que atenerse a algo y, además, contra el reloj. También dice más adelante: *«Preguntémonos por el contrario de esta proposición, pues, como se sabe, el contenido de una proposición se capta de la forma más precisa a través de la negación y la construcción de oposiciones»* (pp. 79-80). Y todavía más adelante: *«Probablemente toda cuestión jurídica, que no sea sólo de naturaleza técnico-formal... constituya un problema o de compensación o de distribución»* (p. 194)... Ahora bien, si no me equivoco este método es tan afín a la tópica jurídica y tan extraño a la teoría jurídica como se quiera imaginar...

He aquí por qué digo que este libro me parece más un manual de jurisprudencia, que una introducción a la teoría jurídica.

VII. Hay, no obstante, una última dificultad para la interpretación que planteo de que esto que criticamos no es una teoría, sino una tópica. Me refiero al tratamiento un tanto displicente que se hace de la tópica en la propia obra que critico.

Admite Adomeit que, después de Viehweg, la tópica *«resultó aceptable para el futuro»* (p. 131). Admite que *«el carácter tópico es muy apropiado para el método jurídico»* (p. 132), especialmente en el discurso judicial. Admite que la pugna entre tópica y sistema *«es una cuestión abierta»* y enfatiza: *«abierto: un concepto básico de la tópica»* (p. 132). Pero, al final da la impresión de que se decide por la teoría y el sistema porque, según Adomeit, *«el jurista debe continuar siendo alguien que puede dar una respuesta a las cuestiones de la interpretación de la ley»* (p. 133).

¿Habla ahora Adomeit en serio, o sigue deambulando por la jurisprudencia en clave de Scherz, como el viejo Ihering? Quizá Adomeit únicamente trata de ser fiel al método cetético de plantear preguntas, esperando que los demás le ofrezcan las soluciones en forma de tópicos indiscutidos (para ellos, los oyentes o posibles objetores). De ser así, he aquí mi posición (por si la comparte Adomeit, o cualquiera de mis lectores).

La interpretación de la ley, afirmo, no es de suyo tarea adecuada para la dogmática ni la teoría, sino más bien tarea pintiparada para la retórica. La tópica no tiene el monopolio, desde luego. Pero tampoco lo disfrutan la dogmática ni la teoría general (¡faltaría más!). Entonces ¿de qué interpretación se habla en el contraargumento sistemático? Debe tratarse —digo yo— de la interpretación inútil —o sea, la puramente imaginativa—. Porque la interpretación útil de la norma —o sea, la necesaria para decidir un conflicto y resolver un caso— *ésa* se hace mejor con un método tópico —que aproveche las definiciones y clasificaciones de los sistemas—, que no al revés: con un método sistemático —que lo más que puede hacer es camuflar sus trucos retóricos, dialécticos, cetéticos, etc., tras el andamiaje artificial de un sistema—.

Y bien, creo que es el caso de este libro, como lo es el de Sampaio Ferraz, de que ya me he ocupado en este mismo AFD: esto es una tópica camuflada de teoría. Tengo para mí que esta situación de *hybris* se está dando mucho en el actual pensamiento jurídico: teorías que se defienden con las artes marciales de la tópica y tópicos que se tapan con la piel de cordero de la teoría. ¿Será bueno ese caos? ¿Será definitivo? ¿Será sólo una etapa de transición? ¿Llegaremos quizá a un nuevo *cosmos*? Sinceramente no lo sé. Y me gustaría conocer el inteligente punto de vista sobre la materia de mi ilustre colega en la Universidad Libre de Berlín, autor del libro que acabo de comentar con el mayor placer espiritual.

Francisco PUY

André-Jean ARNAUD (dir.): *Dictionnaire Encyclopédique de théorie et de sociologie de droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. E. Story-Scientia, Editions Juridiques et Fiscales, Paris, Bruxelles, 1988, 478 pp.

El *Dictionnaire d'Eguilles* elaborado por un numeroso grupo de investigadores bajo la dirección de André-Jean Arnaud se presenta como *Diccionario Enciclopédico de Teoría y Sociología del Derecho*. El propio título delimita el ámbito del trabajo que se ha tratado de realizar, delimitación que precisamente se propone como intento de respuesta al debate sobre las relaciones entre Teoría y Sociología del Derecho. Ciertamente, no se trata sólo de llegar a un tipo de saber especializado mediante la conexión de ambas disciplinas en un único instrumento de investigación, pues el conjunto de voces que en él se recogen tienden más bien a contribuir a una definición y clarificación de un lenguaje desarrollado por los juristas que consideran que la aproximación al conocimiento del Derecho desde la Teoría y la Sociología del Derecho es absolutamente indispensable para una comprensión adecuada del fenómeno jurídico.

Los riesgos de encauzar semejante proyecto por vía de un diccionario eran evidentes, pero no menos que las condiciones que propiciaban el mismo. El hecho es que contamos con un bagaje conceptual donde, por un lado, los términos, debido a la constante especialización de los saberes jurídicos, han sufrido un trasvase importante y en ese proceso de reutilización han multiplicado sus sentidos, llegando también en otros casos a su pérdida de significado o a la elaboración de un lenguaje propio por parte de cada rama del Derecho, si es que tal elaboración no ha tomado un sentido puramente subjetivo. Esta situación agravada por una vulgarización de los conceptos, fuera de los límites de su uso inicial o a la creación de neologismos que no siempre suponen avances conceptuales, no parece que clarifique el llamado «lenguaje de los juristas». Además nos encontramos con expresiones que los teóricos del derecho utilizan para aludir a situaciones específicas de las que se ocupan las diferentes ramas del Derecho pero que, de hecho, sirven para identificar situaciones de contornos más generales que cruzan los campos de aplicación que en principio tienen adjudicados. Es posible añadir también aquellos conceptos de los que se ocupa la Teoría del Derecho que se definen para comprender los fenómenos jurídicos desde una perspectiva que se considera más rica y clarificadora, aunque no siempre se logra tal finalidad.

El propósito básico del Diccionario radica precisamente en llevar a cabo lo que en el Prólogo se califica como «limpieza epistemológica», al atender de modo

prioritario a aquellos conceptos que se entiende que pueden contribuir al desarrollo del conocimiento de las disciplinas en cuestión. En este sentido, trata de ofrecer definiciones que clarifiquen, a su vez, la naturaleza conceptual y estipulativa y que describan el contexto en el que se utiliza en una u otra especialidad del Derecho. No consiste pues en ofrecer términos unívocos que al ser redefinidos tengan en todos los contextos el mismo significado, sino hacerse eco de la utilización que tienen en los diferentes campos, tratando de recoger, con las precisiones necesarias, el núcleo del significado central de las expresiones que son realmente utilizadas por los teóricos del Derecho.

El conjunto de voces que constituyen el Diccionario subrayan la posibilidad de realizar una cierta delimitación entre disciplinas. Cada una tiene un lenguaje propio a través del cual se formulan sus objetivos y métodos característicos, lenguaje que, a su vez, depende de cómo se toma, practica y trasmite esa disciplina, del mismo modo que las concepciones metodológicas o la concepción de la científicidad en general dan lugar a lenguajes científicos diversos que en cierto sentido son su signo de reconocimiento. Contando con la importancia de la depuración, el cuidado y la clarificación de ese lenguaje propio, el Diccionario pone el mismo énfasis en subrayar que el conocimiento del Derecho, que desde luego no es sólo un problema de terminología o de lenguaje, tiene que producirse como fruto de un análisis de carácter interdisciplinar.

En este sentido y como señalábamos al principio, la clave para valorar este trabajo es atender al planteamiento que aquí se propone, como una contribución más, al debate sobre el problema relativo a las relaciones entre Teoría y Sociología del Derecho. Cuestión que, por otro lado, entre nosotros presenta unas dimensiones específicas por cuanto están en el centro del debate, no sólo desde una perspectiva teórica sino también al hilo de la reforma de los planes de estudio de las enseñanzas de Derecho, las relaciones entre Teoría y Filosofía del Derecho y en un segundo lugar, bastante residual —del que desde luego nos lamentamos— con la Sociología del Derecho. Pues bien por lo que respecta al Diccionario la propuesta y justificación de delimitación la encontramos en el Prefacio de esta obra y en la remisión que el propio Arnaud hace al Prólogo de la Revista *Droit et Société* en su nueva serie (N.º 1/1985). Los autores de dicho Prólogo se hacen eco del que ya en 1926 escribieran Kelsen y Duguit donde la Teoría del Derecho es entendida como «postulado primero de todo estudio que se pretenda científico respecto a un sistema jurídico concreto». Teoría del Derecho «que no es ni quiere ser más que teoría del derecho positivo» (p. 10). Claro está que esta toma de postura excluye de raíz un análisis filosófico del derecho que es entendido como «solución especulativa del problema de la justicia» (p. 9). Los autores del presente Diccionario no participan, sin embargo, de este punto de vista como expresamente señalan en el «Nouvelle préface». Aquí apuestan, más bien por la «impureza» del objeto, por la comprensión del derecho como fenómeno histórico, cultural y social, además de lógico, que, por tanto, permite ser abordado desde diferentes tipos de racionalidad; con ello, rechazan la reflexión sobre el derecho propia del modelo de la dogmática jurídica. Punto de partida que les lleva a poner de relieve algunos aspectos materiales y metodológicos fundamentales:

En primer lugar, la prioridad del estudio de las relaciones entre derecho y sociedad, que aun cuando se plantean en el marco de la concepción del derecho como fenómeno básicamente normativo tratan de proceder a su análisis desde una perspectiva crítica. Esta forma de acercamiento al derecho no es en absoluto con-

tradictoria ya que un objeto puede ser analizado por medio de instrumentos que trascienden su naturaleza. Por tanto resulta imprescindible para atender al derecho en cuanto fenómeno histórico, social e, insistimos, fundamentalmente normativo, reflexionar sobre el conjunto de factores de los que es causa y resultado. De ahí nace la vinculación más importante, la que existe entre Teoría y Sociología del Derecho, ya que, como señalan en el prefacio «una es indisociable de la otra: porque la Sociología Jurídica nos parece que constituye uno de los intentos contemporáneos más interesantes tendentes a superar las contradicciones y las insuficiencias de la Teoría del Derecho que hemos heredado» (p. 12). Tal toma de posición acoge las tareas que le son encomendadas a la Sociología del Derecho, como desarrolla R. Treves en la correspondiente voz. La Sociología jurídica ha de llevar a cabo dos órdenes de investigaciones conexas y complementarias: por un lado, las que van encaminadas a individualizar la sociedad en el derecho, las conductas sociales conformes o no a los esquemas jurídico-formales y, por otro, las que tratan de individualizar la posición y la función del derecho así como el fin al que tiende en la sociedad misma.

En este orden de cosas, se refieren también al estatuto científico y no meramente técnico de la Teoría y la Sociología del Derecho, que conlleva adoptar una perspectiva que no se justifica por su utilidad inmediata, es decir, como desarrollo de categorías que sirven directamente a la práctica jurídica, que no es tanto doctrina como «descubrimiento del derecho», esto es, puesta en cuestión de las condiciones a través de las que surge y los efectos que produce por procedimientos que se fundamentan «en premisas hipotéticas y no en hipótesis». La Teoría y la Sociología del Derecho se proponen como saberes no dogmáticos pero que son válidos para la comprensión del objeto normativo. Precisamente esta perspectiva viene a subrayar que la reflexión y el saber que proporciona la Ciencia del Derecho como dogmática jurídica es más una técnica que una ciencia, lo que no excluye que pueda haber otros saberes de tipo científico. En el desarrollo de la voz Ciencia del Derecho, elaborada por F. Ost, se señala reiteradamente la viabilidad de una ciencia interdisciplinar del derecho que por tanto ha de ser compleja y en la que la Teoría del Derecho está llamada a desempeñar un papel fundamental que consiste en realizar la aproximación de dos tipos de lenguaje esenciales en este punto: el de la dogmática, por un lado, y el propio de las ciencias sociales, por otro, sin que ello lleve a infravalorar las particularidades y funciones características que se dan en cada tipo de saber. «Este papel de intermediario debería impulsar a la teoría del derecho a adoptar una forma de pluralismo epistemológico que pudiera capacitarla para extraer las virtualidades científicas que se dan en la dogmática, tanto como las virtualidades prácticas alternativas que aportan las ciencias sociales».

Desde luego habría que preguntarse entonces por qué Teoría y no Filosofía del Derecho. Las razones se desprenden de los argumentos dados hasta aquí: el término teoría parece más adecuado por cuanto implica subrayar que es preciso reflexionar sobre el derecho desde un bagaje legal muy sólido. Ahora bien, N. Bobbio en la explicitación de la voz Filosofía del Derecho señala la indisoluble relación entre Filosofía y Teoría del Derecho, así como la función de la Filosofía del Derecho en cuanto centra su reflexión —entre otros objetivos temáticos— en el descubrimiento, interpretación y formulación de reglas centradas sobre la noción de ciencia jurídica y las relaciones que tiene con el resto de las ciencias. De ahí que los grandes temas de la filosofía jurídica sean básicamente, según Bobbio, la teoría del derecho, la teoría de la justicia y la teoría de la ciencia jurídica. Habría que

añadir que aun cuando esta distinción, como otras cuestiones de gran entidad, no sea pacífica, ha tenido una notable aceptación. Ahora bien, los autores del Diccionario han puesto gran interés en mostrar que el conocimiento del derecho que tiene lugar a partir de la conjugación entre Teoría y Sociología del Derecho tiene su propia peculiaridad. De no ser así habría sido suficiente remitirse a los diccionarios existentes de Filosofía y Sociología para comprender el significado de la terminología al uso por parte de teóricos y sociólogos del Derecho.

Ahora bien, en el ámbito de las delimitaciones temáticas, habría que añadir que este trabajo tampoco se presenta como un diccionario de Derecho o de práctica legal, sino que, antes bien, se consagra a lo que recientemente se ha calificado como «ciencias auxiliares del derecho», título que no se ha querido utilizar para evitar la connotación *ancillar* que continúa teniendo entre nosotros esta expresión. Por el contrario lo que se quiere poner de manifiesto es que esta obra parte y trata de justificar el carácter fundamental de los conocimientos que sobre la realidad jurídica proporcionan dichas disciplinas. Aun cuando el derecho esté en el centro de las reflexiones, se ha querido enfocar la problemática de esos saberes con relación a la esfera normativa que entendemos como derecho. Este presupuesto hace inevitable la remisión a otros saberes cuya proximidad, conexión e imbricación con los problemas que se plantean los juristas son esenciales a la hora de llevar a cabo el tratamiento de los distintos conceptos. De forma que es posible encontrar, con cierta frecuencia, referencias a la historia, la antropología jurídica, la psicología, el derecho comparado, la lógica o la semiótica, en la medida en que el teórico, el filósofo o el sociólogo del Derecho necesitan la aportación científica y conceptual de los diferentes saberes sobre el derecho.

Todo lo anterior nos lleva a poner de relieve uno de los criterios fundamentales de esta obra que no sólo puede entreverse en el prólogo de Arnaud, sino que claramente se desarrolla en un cruce de voces que parece fundamental. Voces como Ciencia del Derecho, Crítica del Derecho, Filosofía del Derecho, Funciones del Derecho, Sistema Jurídico, Sociología del Derecho o Teoría general del Derecho afirman el carácter ineludiblemente interdisciplinar del conocimiento del Derecho. Desde un punto de vista del contenido ya hemos visto que su planteamiento exige una visión tanto del sistema jurídico globalmente considerado como de las normas, que insiste en su textura abierta, cuya comprensión conlleva la superación de una visión estrictamente jurídico-formal, pero que no desprovea el acercamiento a su dimensión normativa en la que radica precisamente su especificidad. La Teoría del Derecho, según M. Van Hoecke, se presenta, en este sentido, como un análisis crítico desde una perspectiva interdisciplinar de los diferentes aspectos del Derecho y del fenómeno jurídico, tanto separadamente como en conjunto y ambos en su dimensión teórica, así como en sus implicaciones prácticas. Según esto, sólo una aproximación global, es decir, la Teoría del Derecho, desde el análisis de la Dogmática Jurídica, de la Filosofía y la Sociología del Derecho podría ofrecer una visión realista del sistema y de los fenómenos jurídicos. En mi opinión no acaba de estar clara la posición de Van Hoecke con el propósito básico del Diccionario. Desde su formulación la Sociología y la Filosofía del Derecho entran a formar parte de lo que sería una Teoría general del Derecho que aparece con carácter un tanto distinto de la Teoría del Derecho que, por ejemplo Bobbio concreta en su exposición.

Con todo, en el Diccionario se formula la viabilidad de una Teoría del Derecho desarrollada desde diversas disciplinas. Frente a la «pluridisciplinariedad» que

propone, más bien, una yuxtaposición de conocimientos a propósito de un objeto común, donde cada disciplina elabora por separado sus puntos de vista específicos y frente a la «transdisciplinariedad», que implica el abandono de los puntos de vista particulares de cada disciplina para producir un saber autónomo de donde sea posible extraer nuevos objetos y nuevos métodos de conocimiento, se propone la «interdisciplinariedad» que, desde luego, no consiste en mezclar en una proporción adecuada distintos saberes cuya conjugación produciría una «nueva verdad»: no es que el saber interdisciplinar no tenga sus riesgos y pueda conducir a un saber que sea poco fructífero, pero en principio supone que las investigaciones parten de determinados campos teóricos que tratan de articular los problemas y las hipótesis en sucesivas aproximaciones con el fin de reorganizar parcialmente los diferentes campos teóricos, donde se intenta articular los puntos de vista externo e interno así como la comprensión y explicación del fenómeno jurídico a través de las categorías instituidas como objeto de estudio.

Hemos señalado también cómo el Diccionario ha tenido que hacer frente, aunque no siempre puedan resolverse con éxito, a los riesgos que llevan implícitos este tipo de trabajos: el «mito de la precisión», la uniformidad de conceptos, la falta de operatividad, el riesgo de recrear el léxico científico, la simplificación, etc. Para tratar de superarlos el Diccionario se plantea en primer lugar un doble propósito: lexicográfico y didáctico, un método concreto de elección de voces y un tipo de exposición de las mismas. Desde luego y, en primer lugar, como decimos, el hecho de que este trabajo no tenga un papel puramente lexicográfico, sino que trate de responder, a su vez, a una preocupación didáctica que está en relación con el carácter real, conceptual así como con la naturaleza estipulativa de los términos definidos y que señale, a su vez, «el entorno disciplinar y cultural del concepto, sus lazos eventuales con otras disciplinas, las principales acepciones históricas y contemporáneas, las vías de análisis más frecuentadas y las que aún permanecen sin explorar» (p. 12) no significa que se presente con carácter prescriptivo, aun cuando, como señalaremos, las voces recojan aspectos no sólo descriptivos sino también críticos.

La exclusión del carácter prescriptivo, el método seguido en la elaboración de las voces y los criterios empleados en la exposición consiguen, en la mayoría de los casos, alcanzar el grado de operatividad perseguido, así como la preocupación didáctica. A cada autor se le ha pedido, por ello, que señale con claridad en qué contexto se sitúa desde un punto de vista global, del mismo modo que explicita, si se apoya en una concepción teórica concreta, cómo se presenta ésta respecto al desarrollo conceptual que elabora. Las opiniones propias, las aportaciones críticas habrán de tomarse pues como sugerencias o presupuestos de reflexión e investigación. El método seguido en la selección de las voces, obviamente resulta inseparable del planteamiento respecto a la delimitación de campos como la Teoría y la Sociología del Derecho. Se ha intentado, pues, superar el escollo de formular definiciones hipotéticas de áreas de conocimiento que aún permanecen en discusión, optando por una vía que consiste en extraer a partir de los trabajos realizados por los diferentes especialistas en Teoría, Sociología y Filosofía Jurídica los términos que aparecen con mayor frecuencia, o los que han causado impacto por su novedad, su especificidad, por la forma desconcertante en que se utilizan o por su amplia gama de significados. Todo ello se presenta con un carácter lo más abierto posible, de forma que sea viable la crítica, la revisión, la inclusión de nuevos términos, etc. Los criterios señalados en primer lugar están necesariamente impreg-

nados de una cierta subjetividad, así como de un modelo cultural y una formación jurídica similar. Lo que también conlleva ciertos riesgos pero que se propone como forma de alcanzar la operatividad en el ámbito de conocimiento teórico y sociológico del derecho.

Por otro lado, la estructura interna de las voces tiene el acierto de homogeneizar el tratamiento metodológico de los conceptos y ha dado una sistematicidad importante, por ello, a pesar de las diferencias de estilo y calidad en las voces, se ha conseguido un buen nivel de homogeneidad en léxico y presentación que, por otro lado, se ha tratado de desarrollar desde lo relativamente simple a lo complejo. A estos efectos se ofrece en primer término las *mots-clé* y junto a ellas los términos de referencia, en orden a la simplificación. Las *mots-clé* contienen las definiciones o los conjuntos de definiciones que permiten trazar los límites del campo semántico. A esta breve referencia a los diversos significados del concepto sometido a discusión se añade un segundo tratamiento que da cuenta de los datos etimológicos y bibliográficos del término así como las traducciones en los cuatro idiomas del trabajo —alemán, castellano, inglés e italiano— además del francés— que es el idioma en el que se ha redactado el Diccionario. A ello le sigue un comentario enciclopédico que recoge las referencias lingüísticas, históricas y conceptuales del término, al que acompaña finalmente el conjunto de voces relacionadas con cada una. Claro está que como apuntábamos la perspectiva cultural y el medio del que emerge el concepto han sido las características determinantes para la elección de los términos.

Ciertamente, no podemos hacer un listado de las voces tratadas por el Diccionario ni tampoco intentar identificar a los considerados teóricos del Derecho de reconocido prestigio de entre los autores del trabajo. Por el contrario, nos parece que más bien habría que poner el acento en el hecho de que han colaborado más de 130 investigadores y profesores y cada uno ha elaborado aquella voz para la que se consideraba más preparado o así era tenido por el resto de autores, de donde cada voz ha de verse como el trabajo de un especialista en esa parcela determinada. Sí que quisiéramos señalar, sin embargo, que el trabajo tiene un marcadísimo carácter occidental y europeo donde, si bien la participación de los autores de la órbita cultural europea está bastante equilibrada, con un lógico predominio de los representantes del área francófona, existe un desequilibrio absoluto con los juristas del área norteamericana, latinoamericana y de los países del este que ha restado, indudablemente, una riqueza al Diccionario que hubiera dado mayores pruebas del desarrollo alcanzado por la Teoría y la Sociología del Derecho.

María José AÑÓN

Roberto BERGALLI (coord.): *El derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*, coleccionado «Sociedad y Estado», n. 7. Ed. PPU, Barcelona, 1989, 365 pp.

En este volumen se recogen algunos trabajos e investigaciones teóricas y empíricas sobre cuestiones derivadas de las posibles interconexiones del derecho con la realidad social. El origen del libro se encuentra en las «Jornadas sobre la Investigación y la Enseñanza de la Sociología Jurídica», organizadas por el Departamento de Sociología y Metodología de las Ciencias Sociales de la Universidad de Barce-

lona, en abril de 1989 y coordinadas por el propio R. Bergalli junto a Soledad García.

Las contribuciones a dichas Jornadas, ponencias y comunicaciones, constituyen el contenido del volumen que aquí se reseña. El objetivo de este libro es presentar el contexto metodológico y los presupuestos que individualizan la Sociología Jurídica y que la conectan con otras disciplinas —haciendo de ella un elemento del análisis de la realidad social— por un lado, y por otro, el de resaltar la importancia de esta materia como la necesidad de su presencia en el actual debate sobre la configuración de los nuevos planes de estudio, en las Facultades de Derecho.

No podemos entender el significado global y el valor de esta publicación sin tener presente el estado de la sociología jurídica en España. En la presentación: «Por una sociología jurídica en España», el coordinador de las Jornadas y del libro, Roberto Bergalli, aborda la situación histórica y presente de esta materia en nuestro país. Tras la vigencia que cobraron estos estudios de mano de la tradición krausista y la posterior quiebra de esta tradición durante el período franquista, nos encontramos actualmente en el proceso abierto en el marco de la Reforma Universitaria con el que se pretende actualizar los Planes de Estudio de las licenciaturas. Dentro de este contexto, las ideas y los elementos que esta obra aporta a la discusión de la reforma en la licenciatura de derecho se emparentan con un saber jurídico que supone una ruptura epistemológica respecto de la pretensión de que el jurista sea, esencialmente, un técnico del derecho desconectado de los procesos sociales, económicos y culturales que gestan el nacimiento del derecho y que orientan el modo de aplicación de su objeto de conocimiento: la tradición jurídica iuspositivista.

La estructura seguida en el libro respeta en su esencia el orden temático seguido en las Jornadas. El contenido se presenta dividido en tres partes: I) Perspectivas teóricas, II) Perspectivas empíricas y III) Perspectivas teóricas en campos concretos.

Previamente a estas tres partes encontramos la ya mencionada presentación, así como la introducción realizada por el prof. Dr. Virgilio Zapatero y la conferencia del prof. Dr. Renato Treves —homenajado en estas Jornadas— y que clausuró las mismas.

Los ponentes del primer bloque sobre: «Perspectivas teóricas», Alessandro Baratta, Manuel Atienza y Alberto Febbrajo, apuntan en conjunto algunos elementos para determinar en qué consiste la función «crítica» de la Sociología Jurídica. Estos autores también ponen de manifiesto la tensión existente en los estudios de derecho entre las dos grandes soluciones propuestas en el terreno de la relación entre el saber jurídico y el saber sociológico: la separatista y la sociologizante (en palabras de Febbrajo).

En la parte segunda: «Perspectivas empíricas», se hacen diversos análisis de situaciones concretas en el campo de la aplicación del derecho y con especial relación con ciertos operadores o agentes jurídicos, lo que, por otra parte, constituye una novedad en el análisis socio-jurídico español. En esta línea están los trabajos de Jesús de Miguel y Manuel Martín, sobre la feminización de la profesión policial; de José Juan Toharia, con el tema de las juezas españolas; de Hubert Rottleuhtner, acerca de la sociología de las ocupaciones jurídicas; de Wolf Paul, tratando el tema de la abogacía y el cambio social; y de Rudiger Lautman con el artículo sobre mujeres y hombres en la sociología y el derecho. Por otro lado, encontramos en

este bloque dos comunicaciones que por distintas razones no se pudieron leer en el transcurso de las Jornadas, y a las que ahora con su publicación podemos acceder. Nos referimos a los interesantes textos de José Luis Domínguez, con el tema del sindicalismo policial español, y al de Pedro Enrique Aguilar, sobre los jueces y la administración de justicia en Colombia.

El capítulo tercero: «Perspectivas teóricas en campos concretos» propone los posibles ámbitos particulares de proyección de la Sociología Jurídica, tales como el penal y el administrativo, analizadas respectivamente por Roberto Bergalli y Giorgio Rebuffa; o los de la enseñanza de la sociología de la desviación, por Emilio Lamo de Espinosa, y la comunicación sobre teorías sociológicas de la desviación de Morris L. Ghezzi.

Se nos hace complejo en un libro de estas características entrar a analizar el contenido concreto de cada una de las ponencias y comunicaciones. Por ello, creemos de mayor interés apuntar algunas ideas generales sobre el libro en su conjunto.

Los múltiples aspectos y perspectivas utilizadas en los distintos artículos, así como la calidad y rigor de los autores, hacen innecesario insistir en que nos encontremos ante un material indispensable, no sólo para ampliar el debate en torno a la reforma de las enseñanzas socio-jurídicas, sino también para todo aquel que desde distintos campos, no únicamente el jurídico, busque una aproximación a la pluralidad de los métodos y los temas que se desarrollan en la Sociología Jurídica.

Se explica así no sólo los motivos de la realización de las Jornadas que dieron lugar a las ponencias y comunicaciones, sino incluso la necesidad de publicarlas en un volumen colectivo mediante el cual pueda ofrecerse una visión de conjunto sobre los fundamentos más importantes que sirven actualmente de base a una sociología jurídica apropiada para la interpretación de los discursos e ideologías que subyacen en los procesos de creación y de aplicación de las normas jurídicas. Por último, debemos decir que esta nota de lectura sobre *El derecho y sus realidades*, debe ponerse en relación y complementarse con la información sobre «Las Jornadas sobre la investigación y la Enseñanza de la Sociología Jurídica» («Anuario de Filosofía del Derecho», 1988, pp. 497-502). En aquélla se hacía, especialmente, un repaso crítico al contenido de cada una de las sesiones de las Jornadas, que sustancialmente, corresponden a los capítulos aquí mencionadas.

Encarna BODELÓN

Albert CALSAMIGLIA: *Introducción a la Ciencia Jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986, 155 pp.

«El problema de los universales queda ya muy lejos. Las polémicas entre realistas y nominalistas sobre el conocimiento han sido resueltas a favor de los últimos. La tarea de conocer no se reduce a describir las esencias intemporales que están más allá de la experiencia. Definir no es descubrir una realidad de un mundo trascendente». Estas palabras, si bien figuran en el preámbulo al primer capítulo (p. 21) y aun cuando ciertamente podrían ser referidas al conjunto de los problemas que el libro va desgranando en los que siguen a aquél, encuentran en la Introducción de la obra el lugar preciso de donde toman arranque. Cuando en

ella el A. enunció los objetivos que su investigación perseguiría los cifró en «descubrir cómo es y cómo se desarrolla el funcionamiento de la comunidad dogmática... Para saber cómo debe ser la ciencia jurídica —añadía— debemos conocer cómo es hoy esa actividad como condición previa». Por demás y con saludable irreverencia apostilló: «Probablemente, la respuesta a la cuestión de si el saber jurídico es científico o no ha constituido la principal preocupación de los metodólogos externos de las ciencias jurídicas. Pienso que nuestro conocimiento no aumenta por el hecho que respondamos a esta cuestión... El objetivo final de todo saber consiste en aumentar nuestro conocimiento, y creo que el nuestro puede aumentar si llegamos a comprender el funcionamiento de la comunidad científica» (pp. 17-18). Así pues, una petición de principio y una tesis. La primera se refleja en el cap. I por el recorrido crítico que sobre diversas corrientes metodológicas (racionalismo puro, empirismo, racionalismo epistemológico, empirismo lógico, falsacionismo popperiano) ofrece el desconsolador, y no siempre reconocido, balance de fracaso y quiebra «del método». Respecto de su tesis, cap. II, nos dice: «defenderé que nuestro conocimiento sobre el derecho no aumenta por el hecho de que califiquemos la dogmática de ciencia. Nuestro conocimiento sólo aumenta si describimos y explicamos más y mejor... si mostramos cuáles son los presupuestos y las reglas de juego de una comunidad instituida que desarrolla una actividad denominada dogmática jurídica» (p. 47). Hay, por consiguiente, un reenfoque de la permanentemente inquietante cuestión del «estatuto científico de la dogmática», ante la que el A. no elude presentar categóricamente ordenados los principales obstáculos que hasta hoy parecen haber impedido, a menudo sólo por obstrucción verbalista, la constitución de una «auténtica ciencia jurídica». El primero, la «ambigüedad del derecho»; «el carácter híbrido de la dogmática jurídica —explica— constituye una característica fundamental. Por ello los juristas son renuentes a aceptar una distinción clara entre el derecho y la ciencia del derecho» y de ahí también la dificultad para construir un saber jurídico riguroso. En absoluto despreciable resulta, por otra parte, «la consideración social del jurista», segundo valladar; la proximidad, cuando no hermandad, entre jurista y poder ha levantado frecuentes ampollas de susceptibilidad y recelo, además de no pocas contradicciones, y la réplica a una desconfianza pocas veces infundada, ha debilitado e incluso hecho perder —sobre todo tras las críticas realistas y marxistas— la seguridad y el crédito de otrora. Siguen a éstas en importancia, las críticas dirigidas a la jurisprudencia dogmática, identificada con el voluble y arbitrario criterio de lo justo, y las dirigidas por los sujetos de la jurisprudencia como en la paradigmática de Kirchmann.

De aquí, arrastrando desde el cap. I la probada evidencia de no existir una sola metodología de la ciencia (metodología externa y universal) y en la conclusión provisional de lo observado en el II. Calsamiglia pasará a interrogarse sobre los supuestos de funcionamiento y reglas de la comunidad dogmática «desde la perspectiva de la filosofía de la ciencia». Es decir, tratará de resolver el problema operando desde una metodología interna y específica. Sin embargo, tampoco esta alternativa proveerá, ni en una concepción racionalista de la ciencia ni en una positivista, más allá de lo que pudieron hacer las metodologías de importación, obligando al cabo a plantear desde el particular dilema relativo a la dogmática, el más profundo del carácter científico de la Ciencia. En este punto el A. se adhiere a Wroblewski al proponer abandonar la obsesiva inquisición de los criterios «científicos» derivándolos de determinados esquemas de «ciencia», y atender más bien a qué hace, bajo qué presupuestos trabaja y qué reglas usa la comunidad que

practica la dogmática (p. 68). De esta manera, revalidada la propuesta de tesis inicialmente planteada, puede pasarse ya a la caracterización general de la dogmática jurídica (cap. III), a elucidar sus reglas (cap. IV) y, finalmente, a explicar sus funciones (cap. V).

En lo primero, el A. se ocupa de las acusaciones que sobre la dogmática se vierten por carecer ésta de principio metodológico básico y haber empleado de forma indiscriminada la política, la sociología y otras disciplinas, actuando, por tanto, «arbitrariamente». Pero si arbitrariedad significa ausencia de procedimientos, no debe predicarse tal del saber dogmático. El jurista no trata de demostrar ni probar, sino de persuadir tanto al juez como a la comunidad dogmática de la corrección de su actividad clasificadora y, en consecuencia, de las repercusiones de dicha actividad. La función de la dogmática es por tanto no sólo cognoscitiva, sino también interpretadora del derecho en los casos difíciles. Por otro lado, la dogmática es un saber que tiene como objeto el estudio y conocimiento del derecho junto a otros saberes que también poseen al derecho como objeto material, sin que de esta inferencia quepa temer apropiaciones indebidas. En cuanto a la discusión sobre el carácter cognoscitivo o práctico de la dogmática, de larga tradición, debe reconducirse en la elaboración de una teoría de la técnica jurídica cuyo horizonte rebase los límites de la mera subsunción, del silogismo dianoético o discursivo, dando entrada en la decisión jurídica a los aspectos fácticos a manera del silogismo noético o cognoscitivo, que es también un modo distinto al habitual de plantear el uso del método formalista y finalista.

Respecto de las reglas de juego de la dogmática, Calsamiglia se inclina, aunque con reservas, por las del «modelo del legislador racional», cuya principal contribución radica en la abdicación valorativa, pero justificada, ante el derecho positivo; de ahí que subraye como regla fundamental de la dogmática «la sujeción a la ley» al tiempo que, por influencia de las doctrinas del realismo jurídico, incorpore parámetros de corrección mediante la regla del «supuesto de la justicia del caso». La relación de prevalencia jerárquica entre ambas reglas no siempre es pacífica, y ello ha producido la defensa y pervivencia de tesis «cíclicas, en tanto que no se puede regir únicamente por una de las dos reglas porque los valores que comprometen son demasiado relevantes para rechazarlos siempre. Y creo que, en este sentido, el esfuerzo dedicado a discutir los valores y sus consecuencias constituye la columna vertebral del razonamiento jurídico: la política jurídica —afirmará el A.— ocupa un lugar muy importante en la comunidad dogmática» (pp. 113-114). Por último y dentro todavía de este capítulo dedicado al modelo del legislador racional la de «tratar el derecho como si fuera un sistema».

La obra concluye en el capítulo ofrecido al estudio de las funciones sociales de la dogmática, resumidas en cognoscitivas, prescriptivas e ideológicas. En función cognoscitiva la dogmática permite el conocimiento, mediante esquemas ordenados y sencillos, del material jurídico; a través de la construcción de categorías abstractas y principios se trasciende el derecho positivo y se facilita la comprensión orgánica e institucional del derecho. Por la función prescriptiva se alcanza la realidad práctica y creativa del derecho en acción, lo que genera nada irrelevantes repercusiones sobre el derecho legislado. Finalmente, en su función ideológica la dogmática nos descubre la defensa y favor de determinados valores jurídicos, en particular la seguridad y certeza, de donde es fácil comprender algunas de las razones de la reticencia que ciertos juristas muestran ante los análisis deducidos a partir de la función prescriptiva.

Respecto a los posibles comentarios que una crítica científica permite y exige, dos anotaciones. Una, relativa al análisis que el A. lleva a cabo con relación al modelo del legislador racional y el presupuesto dogmático de la neutralidad valorativa frente a las normas; allí se emplean dos expresiones — idea directriz y ordenamiento — (p. 98) que enlazadas en una tercera — sistema — abren sugerentes representaciones teóricas de dimensión orgánica e institucional a las que somos particularmente receptivos. La otra, referible a que, a pesar de la contraria y esforzada voluntad del A. (pp. 68, 78 y 99-107), en términos generales quizás no se haya hecho desaparecer la sensación de ser el discurso de la dogmática jurídica la forma más elaborada del discurso legitimador del derecho y el Estado actuales. Claro está que sobre ello, sin ánimo de mediar, convendría no olvidar otros modos de percepción del problema; así, recordar que si de un lado la propia estructura de la *Sachlogik* que informa a la dogmática ha de sujetar a limitaciones la elaboración de principios y normas jurídicas, de otro las mismas y a veces conflictuadas reglas de juego de la dogmática, virtualmente «liberan» y crean espacios «lúdicos» muy importantes, como ha sabido indicar Luhman.

Para terminar, insistamos que de esta obra, tras su lectura — por demás cómoda, lo que no es poco mérito — vale aplaudir también en su A. el haber conseguido enfrentar comprometidamente y desde una organización de contenidos original y argumentalmente sólida, temas y problemas centrales en la literatura jurídica contemporánea que hasta hoy han logrado suscitar en nuestra disciplina no muy numerosas pruebas de dedicación, y en todo caso nunca tan continuadas y constantes como las que el profesor Calsamiglia nos ha expuesto facilitando el mejor conocimiento de materias tan complejas y fundamentales como las que la Ciencia Jurídica engloba¹.

José CALVO GONZÁLEZ

CAHIERS DE PHILOSOPHIE POLITIQUE ET JURIDIQUE, 1986, núm. 9.
***La Philosophie du Droit de Hans Kelsen*, Centre de Publications de l'Université de Caen, 124 pp.**

El Centre de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen, que en anteriores números de sus Cahiers presentó la edición de monográficos consagrados a la filosofía política de Hobbes, Locke y Montesquieu alternándolos con otros dedicados a temas tales como «Democracia», «Filosofía y Democracia», «Soberanía y ciudadanía», «Igualdad» o «Tiranía», decidió ofrecer uno a las materias iusfilosóficas eligiendo entre todas y a la ocasión inaugurándolas, la teoría pura del derecho. Se reunieron con este fin diversas colaboraciones de profesores de las Universidades de Caen, París y Fribourg bajo el común denominador de recoger el

1. En este contexto, *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica* (Barcelona, 1977), así como el *Estudio Preliminar* («Ciencia y racionalidad en Kelsen») a la ed. y trad. de los trabajos kelsenianos recogidos bajo el título *¿Qué es la justicia?* (Barcelona, 1982) y colaboraciones en revistas de nuestra especialidad «Sobre la dogmática jurídica» (ACFS, 22, 1982), «Sobre la teoría general de las normas» (DOXA, 2, 1985), «Sobre la ciencia jurídica» (ADH, 4, 1986-87), «Sobre la utilidad de las metodologías externas para la jurisprudencia» (AFD, 3, 1986) o «Eficiencia y Derecho» (DOXA, 4, 1987).

eco deducido de las interpretaciones que a través de la *Reine Rechtslehre* logró suscitar la hipótesis lógico-trascendental de la *Grundnorm* como aportación kelseniana al mejor conocimiento del carácter normativo de todo orden jurídico positivo, interno o internacional. De las cuestiones que en particular se abordan en ellas pasamos ahora a dar sucinta indicación. En «Kelsen et le problème de l'autonomie du Droit» (pp. 9-21) concluye A. Renaut —por el repaso de los argumentos de separación entre moral y derecho en Kelsen y su intento de autonomización de la ciencia jurídica— afirmando que el mérito de su construcción metodológica y su interés permanente reside a la postre en haber probado lo enormemente ingenuo de toda ciencia jurídica contrapuesta a la filosofía política que en verdad le sirve de suelo nutricional, resultando así una ilusión impracticable todo estricto positivismo jurídico, pues para comprender plenamente la significación de los actos jurídicos hay que referirse a la finalidad extrajurídica del sistema de derecho, sólo a través de la cual el sistema cobra sentido y puede ser juzgado. Renaut, crítico hábil y seguro de sus radicales discrepancias con Kelsen, termina con una interrogante: «Ce faisant, a-t-il réellement libéré le droit de ses plus rituelles et dangereuses négations, ou bien, en se bornant à poser que 'par le moyen du droit on peut poursuivre un but social quelconque', n'a-t-il pas aussi contribué à une plus insidieuse neutralisation et instrumentalisation du droit?». Otro tono plantea el trabajo de S. Goyard-Fabre, «L'idée d'ordre dans la théorie juridique de Kelsen» (pp. 25-41); se analizan en él los sentidos que la noción de orden presenta en Kelsen como mandato y organización (ordenamiento) o disposición sistemática. Esta categorización constituye el resultado de un notable esfuerzo epistemológico para el que se parte determinando la entidad real o mero espejismo de la bifurcación semántica entre los términos latinos *ordo* y *ordinatio*. Para Goyard-Fabre existe una aparente dualidad que lejos de revelar una irreductible disyuntiva conduce finalmente a su estrecha correlación. O. Höffe se ocupa por su parte de calibrar en «La Théorie du Droit de Kelsen est-elle positiviste?» la dimensión iuspositivista «radical» de Kelsen. Revisando temas como la jerarquía de las autorizaciones, el retorno a la fuerza pura en el plano sociológico y las relaciones ser-deber ser sitúa el pensamiento kelseniano en los que llama «positivismo residual». L. Sosoë y P. Amselek con «La distinction de l'Être et du devoir être dans la Théorie Pure du Droit» y «Les fondements ontologiques de la théorie juridique», respectivamente (pp. 67-81 y 85-93), se adentran en la dicotomía naturaleza-derecho para establecer de qué manera esta dualidad influye en la comprensión del universo discursivo, e ideológico, donde la distinción entre *Sein/Sollen* opera, y concretar el alcance de aquel dualismo con miras a la elaboración de una ciencia jurídica verificable, punto en el que Amselek desde una perspectiva epistemológica sostendrá que la teoría del derecho sólo puede ser satisfactoria y sistemáticamente entendida a partir del estudio de la consistencia y morfología normativa en lo que llama teoría jurídica o teoría de la teoría jurídica. Cierran la edición dos artículos a cargo de investigadoras del Centro, N. Lavand y Ch. Millon-Delsol, coincidentes en la elección de la temática —relaciones entre derecho interno y derecho internacional— y en el juicio desfavorable a las tesis de Kelsen en «Las relaciones de sistema entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional Público». Lavand, que titula su estudio «Hans Kelsen ou le cubisme» (pp. 97-114), ahonda en la noción de derecho como sistema de ordenamientos enlazados por relaciones de habilitación, así como en la renuncia al dogma de la soberanía del Estado en tanto que tradicional obstáculo a la construcción de una «civitas maxima» enunciada

por Kelsen bajo la forma de «lo posible», para luego de contestar negativamente la solución ofrecida al problema de la eficacia y ejecución de los tratados internacionales en derecho interno expuesta en «La transformación del Derecho Internacional en Derecho Interno» (absorción condicional) y ultimar sus reflexiones con el análisis del sujeto tomado por Kelsen como ordenamiento jurídico parcial rubricando su valoración crítica con el recurso a la ideografía cubista: «El cubismo nos presenta a los seres en todos los estados, y con todas sus facetas simultáneamente. Lo mismo hace Kelsen con el sujeto individual: denunciando el equívoco del sujeto como unidad personal, no deja lugar sino a aquellas facetas del sujeto en tanto que agente (portador de actos jurídicos), en tanto que ordenamiento jurídico parcial, en tanto que portador de juicios de valor, en tanto que portador de Norma Fundamental. El precio de la unidad de la ciencia del Derecho es el fraccionamiento de la práctica y de la voluntad individual». Millon-Delsol, «A propos de Kelsen: critique du Pur» (pp. 117-124), sostendrá la irrealidad de la teoría pura del Derecho en orden a dos puntos fundamentales: confusión de Estado y Derecho, sin que en la historia Estado alguno se haya identificado con el Derecho, y descripción del Derecho Internacional como superior a todo ordenamiento jurídico nacional, sin que se pueda establecer una diferencia de naturaleza entre ambos. Así pues, en este sentido la teoría pura nos presenta un objeto irreal. Irreal es también a juicio de la A. la pretensión de pureza metodológica que exige *exclure de la ciencia jurídica toda valoración moral e ideológica*, que sin embargo ni el mismo Kelsen logró ni supo resistirse ante el derecho nazi o el derecho de los soviets.

José CALVO GONZÁLEZ

Elías DIAZ: *La Transición a la democracia*, Eudema, 1987, 222 pp.

Acojo siempre con satisfacción el consejo, o la posibilidad, de hacer una reseña a algún libro de Elías Díaz porque a pesar de las discrepancias ideológicas que con él mantengo siempre encuentro en sus libros motivos de elogio.

Sus cualidades son con frecuencia las comúnmente valoradas: es consecuente con sus principios, riguroso en su doctrina; y el que no cambie fácilmente de manera de pensar hace sospechar que su elaboración tiene madurez, así como el ser persona difícilmente tentable por el Poder.

Sin embargo a mí me parece que el sentido de una reseña es la crítica más que el elogio, máxime si se trata de un profesor conocido y por ende suficientemente elogiado; y en esta línea presento yo aquí mi pequeña contribución, quizás no al perfeccionamiento de la obra, pero sí al diálogo y a transmitir al lector puntos de reflexión sobre la interesante temática que en el libro se trata.

El libro consta de 222 pp. incluida bibliografía, de temática política exclusivamente referida a la transición española a la democracia, aunque con frecuencia se encuentran artículos de carácter más intemporal que son los que a mi juicio justifican la publicación. Y es que algunos de los capítulos —tenemos presente que fueron originariamente artículos publicados en distintos periódicos— al estar referidos a un acontecimiento de interés en el momento en que se escriben, pasado aquél, perdieron el mismo.

Entrando en el fondo del libro, una vez más encontramos una obra filosófico-política que defiende un Estado socialista y democrático, y como tal una obra preocupada en disipar desviaciones ideológico-prácticas en materia política, pero en especial —si no exclusivamente— preocupado por las desviaciones izquierdistas. A Elías Díaz parecen preocuparle especialmente —y esta preocupación no la refleja sólo este libro— los críticos del Estado Liberal que lo son desde perspectivas de progreso (avance histórico hacia un Estado auténticamente representativo y así impulsor de la transformación social) y mucho menos, quienes aún mantienen la esperanza de la vuelta al pasado.

Esta orientación permanente de Elías Díaz sería ingenuo atribuirle a connotaciones de su obra, o sentimientos de su autor, de carácter conservador, se debe a mi juicio simplemente a que su público de lectores —y así de críticos— somos exclusivamente de izquierdas. En consecuencia las «desviaciones» que él puede contribuir a «encauzar» son exclusivamente las de signo izquierdista.

Con esta intención teórico-práctica en la línea de la militancia intelectual althusseriana, con honradez y coherencia expositiva, Elías Díaz repite sus clásicos argumentos en favor del Estado liberal de Derecho. Son sus puntos centrales:

- 1) El Estado liberal de Derecho (hoy aún de derechas), es por hoy lo más que las clases populares pueden conseguir. Esto es las libertades formales (de expresión, participación política) y la igualdad ante la ley.
- 2) Desde este Estado de Derecho —y por medio de él— llegaremos al Estado socialistas y democrático de Derecho.

En lo referente al primer punto estamos centralmente de acuerdo. La concepción materialista de la historia hace entender que son las condiciones histórico-objetivas, más que el elemento humano, las que determinan el paso de una o otra sociedad. No estoy tan de acuerdo, empero, en el tono laudatorio con que habla del sistema democrático burgués al entender que es lo más que las clases populares pueden conseguir.

Hacer una crítica a esta tesis supone una labor inabarcable en una recensión que por naturaleza es limitada. Sin embargo la defensa del sistema democrático desde perspectivas de izquierda —si bien aún es posible— tiene cada día menos público. Y en lógica consonancia con esto la democracia en España está cada día más asentada, porque las clases acomodadas (incluso su sector más torpe políticamente) se convenció de la inoperancia transformadora del sistema. La asistencia masiva a las urnas el 28 de octubre del 82 fue un claro síntoma de inmadurez política; expresada, por un lado, en la confianza de que un partido pequeño burgués sin las condiciones objetivas para la transformación, haría la revolución; expresada, por otro, en el voto masivo del sector conservador a la derecha política ante el utópico temor a tan irreales posibilidades. ¿Quiero con esto decir que el sistema democrático no aporta nada? No tanto; y depende para quiénes; pues las libertades formales —Elías Díaz lo dice en alguno de sus libros— también son en cierto modo reales. Y eso es indudable; yo podría citar nombres propios que son más libres en la democracia que en el antiguo régimen; pero también citarían nombres propios que eran más libres en aquél que en éste. En cualquier caso hay categorías sociales que en su conjunto gozan de mayor libertad aquí que entonces: son los intelectuales; pero quizás, por el contrario, la guardia civil y la policía tengan menos libertad hoy. Pero, ¿y eso que de una forma abstracta llaman «pueblo», al que se acudió siempre para justificar cualquier forma de Estado o de

gobierno y que sospecho que es el pueblo trabajador —proletariado en gran parte y pequeña burguesía en el resto— tiene más libertad en el nuevo régimen?

A Elías Díaz le imagino contestando a esta pregunta: «Puede al menos leer libremente y, el que sabe, también escribir con libertad; y desde luego —¡y qué logro tan importante!— votar al partido que él cree el mejor». Pero la realidad es bien distinta porque ejercer la libertad —poder ejercerla, esto es, tenerla— supone no sólo permisividad legal, sino también otros medios. Por ejemplo, en el caso de leer y escribir, saber hacerlo; en el caso de votar, conocer realmente las alternativas: lo que supone criterio, lo que exige formación, lo que excluye el bombardeo de aparatos ideológicos y lo sustituye por una información racional y equilibrada.

Nuevamente imagino a mi ilustre interlocutor y querido amigo interviniendo: «De momento hemos conseguido eso: la libertad formal; más adelante se conseguirá lo que pedís, libertad real; pero siempre a través de los cauces democráticos y en el marco del Estado constitucional».

Estas frases, en su forma imaginarias, reflejan a mi juicio la esencia de la obra política de Elías Díaz —insisto en su mérito científico y en que el talante humano que refleja es admirable—, pero que en el contexto sociocultural actual resulta moderadamente reaccionaria. Y esto debido a que:

La obra de Elías Díaz es con frecuencia un «mirar atrás sin ira» para justificar lo actual; cuando una política progresista exige lo contrario: mirar adelante con ilusión para evitar fallos presentes. Resulta sintomático de las crecientes dificultades en justificar la democracia burguesa el que hasta el momento la comparación solía hacerse con Franco y en la presente obra se hace con Hitler. Escribe en tal sentido en las pp. 63 y 64: «Me parece una absurda, y nada marxista, simplificación decir que si es la burguesía quien en todo caso controla en el sistema capitalista la propiedad de los medios de producción, entonces da igual, o casi igual que lo haga a través de una forma jurídico-política de carácter democrático-liberal (Estado liberal y social de Derecho) o a través de una forma jurídico-política totalitaria (Estados fascistas, negación radical y absoluta del Estado de Derecho)». Y acaba comparando de forma explícita la democracia liberal con el Nacional-socialismo no con otra intención que el presentar claramente los logros de ésta a través de las diferencias que los separan: «Decir esto significa afirmar (hay que asumir las consecuencias) que era igual el *Führerstaat* de Hitler que el Estado democrático-liberal existente en esa época en Francia o en Inglaterra». Y líneas después tomando ya como punto de comparación cualquier forma de Estado autoritario escribe: «La distinción no es meramente formal, ni puramente ideológica, las diferencias entre un tipo y otro de Estado son abismales, quiero decir —algo más científicamente— que son diferencias por entero reales y de alcance cualitativo».

Efectivamente —y como dice el autor en otra parte de su obra— nadie puede negar el carácter más humano de las democracias que el de las dictaduras, sobre todo —añado yo— si pensamos en Hitler, o en la primera etapa del franquismo; pero en realidad esta aparente humanidad en la represión física es consecuencia del aumento de inhumanidad (engaño a través de los aparatos ideológicos) en la represión ideológica. El sujeto que programa lo social sigue siendo la misma clase; que cuando le va bien (obtiene el grado de explotación apetecido) mantiene los niveles de represión física bajos, porque son elevados los de represión ideológica (esto es en realidad a lo que los teóricos burgueses llaman libertades). ¿Y cuando el

nivel de represión ideológica baja porque por los cauces de la «tolerancia» otras ideologías contrarrestan los efectos represivos de aquélla? En este caso el sujeto histórico-social del momento (clase burguesa) aumenta nuevamente la represión física, de cuyas hazañas célebres la historia tiene nombres recientes: Chile, 1973; Santo Domingo, 1965; España, 1936. Y este último incidente unido al 23 F. influyó tanto en la izquierda española que le hizo «prudente»; prudencia que consiste a veces en evitar golpes haciéndose golpista.

Pienso, para terminar, que el camino de la transformación es bien diferente del presentado por la teoría política del socialismo democrático. Creo que es necesario volver a nuestros orígenes doctrinales, renovados por la experiencia, para encontrar el método de análisis y transformación, que no es otro que aquel que sin descuidar lo sobreestructural lo considera operativo sólo como instrumento de transformación cuando en las estructuras —correlación de fuerzas— se han producido variaciones sustanciales.

¿Queremos, pues, que la sociedad evolucione en una dirección progresista y en consonancia con los intereses de las clases débiles? Recordemos a éstas; luchemos (en la calle, fábrica, etc.) por más tiempo libre, por un mayor incentivo para la preparación técnica e ideológica; y resistámonos pacífica pero enérgicamente a la ley del tirano, aunque se vista de demócrata. Veremos cómo así el legislador legisla, el ejecutivo ejecuta y el judicial dicta sentencias favorables al interés de esta clase. No se olvide que las manifestaciones continuas del movimiento feminista han hecho más por conseguir sentencias benignas aun aplicando la legislación vigente, que todos los técnicos y parlamentos que en el mundo han sido.

Y, refiriéndome ya al autor que critico, expresamente le sugiero que en vez de dar testimonio de votante del P.S.O.E. (lo dice también en el libro) lo dé de resistente con la U.G.T. cualquier 14 D., con la seguridad de que el apoyo a la política progresista del gobierno puede ser así mucho mayor.

La claridad —casi atrevimiento— por mi parte, al expresarme en la crítica a la obra de Elías Díaz, si algo deja claro es mi firme convicción de que se trata de una persona con un talante intelectual altamente tolerante y como tal receptivo a toda sugerencia incluso crítica.

Pero además el conocimiento exhaustivo por mi parte de la obra del mismo, comparable con la de sus más directos discípulos prueba mi admiración y respeto —a pesar de las discrepancias ideológicas— por lo científicamente sustancial de la misma: el rigor y la amplitud.

En cualquier caso es el fin de una obra científica:

1. Que suponga una aportación en el campo del saber.
2. Servir de base para posteriores investigaciones.

Lo primero ya lo logra el autor recensionado. Lo único que desde aquí deseo es que el desarrollo de su obra lo sea hacia posiciones marxistas.

Norberto ALVAREZ

José Antonio ESTEVEZ ARAUJO: *La crisis del Estado de Derecho Liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel Derecho, Barcelona, 1988, 279 pp.

El renacimiento del interés por la obra de Carl Schmitt en el contexto de una discusión sobre la crisis de los Estados representativos parlamentarios exigía una

revisión global del pensamiento de este autor, refiriendo su producción a las circunstancias históricas. Ello, naturalmente, si se supone la fecundidad del estudio de los cuerpos doctrinales desde un punto de vista no exclusivamente interno. *La crisis del Estado de Derecho Liberal. Schmitt en Weimar* intenta dar respuesta a tales exigencias a través de un riguroso análisis de los elementos ideológicos de Schmitt, siguiendo paso a paso sus intervenciones durante la República de Weimar, dada la falta de sistematicidad de la obra de éste, y es de agradecer, sobre todo porque la tradición académica iniciada por F. J. Conde nos tenía acostumbrados en España a una lectura atemporal de la obra schmittiana.

En los dos primeros capítulos de *Schmitt en Weimar*, Estévez Araujo nos coloca en el entorno que rodeó el pensamiento del teórico alemán durante el período de la República de Weimar. Este, viene marcado por la crisis del Estado parlamentario burgués cuyo origen sitúa Estévez en los procesos revolucionarios de 1917 (URSS) y 1918 (Alemania), que exacerban el antagonismo social y la necesidad de intervencionismo del Estado para la construcción de la unidad. En una primera fase, la parlamentarización del Estado weimariano trasladaría el antagonismo social al interior del sistema político, dado que el Parlamento iba a ser la institución a través de la cual se efectuase el relevo pacífico y el reparto de poder de los partidos que apoyaban a la República.

Esta situación determina la crisis del Positivismo Jurídico durante los años veinte, encarnado por la Escuela Alemana de Derecho Público iniciada por Gerber y Laband. Ligada a esta crisis aparece una corriente crítica de juristas que denuncia la insuficiencia del método puramente jurídico en el ámbito del Derecho Político y pone en cuestión la radical separación entre Derecho Público y Política. Esta crítica al Positivismo Jurídico, llevada a cabo por autores como Hermann Heller, Rudolf Smend o el propio Carl Schmitt, podría reconducirse, siguiendo a Estévez, a tres etapas: el desvelamiento de los presupuestos políticos de los conceptos jurídicos, la puesta en cuestión de esos presupuestos y, finalmente, la propuesta de un nuevo sentido que permitiese construir conceptos nuevos.

Pero la crisis del Positivismo Jurídico también genera ulteriores enfoques dogmáticos que posteriormente servirán de referencia a Schmitt: Heinrich Triepel, desde una perspectiva externa, busca valores objetivos en la conciencia colectiva a través de la conciencia individual, reflejo de aquélla. Sin embargo, no considera la existencia de una conciencia unitaria. Por su parte, Hans Kelsen identifica el Estado con el Derecho negando, como es sabido, la relevancia del análisis sociológico. Así, caracteriza al Estado como un sistema normativo dotado de validez objetiva y autónoma, lo que le lleva a separar radicalmente el derecho y la moral y a considerar la Constitución en un sentido lógico-normativo. Pero Kelsen no tiene en cuenta el carácter material (y no espiritual) de la realidad social, ni la necesidad de una autoridad situada en una posición de poder (y no una «norma fundamental») que sea el punto de conexión entre el hecho y el derecho.

A modo de conclusión, José Antonio Estévez acierta en destacar la idea de Schmitt de relacionar el Positivismo Jurídico con las situaciones de tranquilidad política, lo cual nos muestra que sólo es posible articular un análisis puramente jurídico del Estado en torno a una situación general de aceptación del *statu quo*.

En el capítulo siguiente, Estévez Araujo pasa a desvelar las maquinaciones schmittianas para encauzar la situación en que se hallaba la Alemania republicana; lo hace a través de un análisis de los tres elementos motrices de la idea de una «dinámica autónoma de la política» que elabora Schmitt para defender un «vigo-

so» decisionismo frente al «agotado» parlamentarismo de la República. El primero de tales elementos vendría dado por el antagonismo social *natural* en el hombre, manifestado en la tendencia de los hombres a crear agrupaciones enfrentadas entre sí. El dato del antagonismo separaría a Schmitt del resto de «autores críticos», preocupados por encubrir la efectiva división de la sociedad. El segundo elemento impulsor de la dinámica política sería el enfrentamiento, entendido por Schmitt como la tendencia del antagonismo entre los grupos a elevar su intensidad hasta llegar al conflicto armado. Mediante esta propensión explica Schmitt el agotamiento a que estaba condenado el pacto entre los grupos sociales desde el que se diseñó el régimen weimariano. Finalmente, este autor considera que la victoria armada o la represión por el Estado de una de las partes sería la única solución para acabar con el carácter polémico de la realidad social.

José Antonio Estévez destaca el papel del decisionismo schmittiano como contrapunto tanto de la actitud de los «Vernunftrepublikanen», intelectuales alemanes que aceptan la República como mal menor frente a los excesos nacionalistas y la amenaza revolucionaria (Max Weber, Friedrich Meinecke, Gustav Stresemann y Thomas Mann a partir de un determinado momento), como de la postura autoritaria antisemita e irracional de lo que Estévez califica como «patrioterismo autoconmiserativo». El propio Estévez, tras criticar las parciales interpretaciones que sobre el concepto político schmittiano han elaborado Karl Löwith, Helmut Rumpf, Christian Graf von Krockow, Pier Paolo Portinaro y José María Beneyto, califica la decisión política de Schmitt de constitutiva, ya que establece cuáles son los intereses vitales de un pueblo en un momento dado; de polémica, pues estos intereses se determinan señalando al enemigo que los amenaza; y de autoritaria, dado que la autoridad política adopta e impone unilateralmente la decisión a todos sus súbditos.

En un intento de rehabilitación científica, el tema del decisionismo ha sido recogido recientemente por autores marxistas italianos como es el caso de Giuseppe Duso, quien apuesta por una «reducción de la complejidad social» mediante decisiones autoritarias. Sin embargo, estos autores no atienden al hecho apuntado acertadamente por Estévez según el cual la violenta solución schmittiana habría olvidado el análisis de los mecanismos ideológicos del Estado, para apoyarse exclusivamente sobre una base idealista. Siguiendo a nuestro autor, el idealismo schmittiano consideraría las ideas como motor de la acción humana, *ergo* de sus realizaciones, por lo que la metafísica de un momento histórico determinaría las instituciones políticas de esa época.

Como hemos visto, Carl Schmitt considera viciado al Estado weimariano en cuanto el conflicto social penetra en el seno del mismo a través del Parlamento. A partir de esta idea, Estévez Araujo desvela en los capítulos cuarto y quinto de su obra la táctica que Schmitt consideró oportuna para erradicar tales vicios: neutralizar la instancia representativa superior del pueblo. Una restricción del acceso al Parlamento a las fuerzas sociales significaría su exclusión del juego político.

Carl Schmitt analiza el tema estableciendo conexiones entre el II Reich y la República de Weimar; concluye que la dualidad entre «soldado» y «burgués» (ejecutivo-legislativo), que se establece durante el primer régimen, termina con el triunfo del segundo sobre el primero. Este proceso culminaría con las leyes de 1917 que convirtieron a Alemania en una monarquía parlamentaria, y posteriormente con la Constitución de Weimar de 1919. Ante tales circunstancias cree

Estévez que Schmitt elaboró su estrategia en base a una inversión de los términos: restablecimiento de la dualidad, en una primera fase, para más tarde recomponer la unidad en favor del «soldado».

Para restablecer la dualidad legislativo-ejecutivo que había presidido el II Reich, Schmitt propone una distinción entre funcionamiento normal y excepcional del Estado. En el primer caso, el Parlamento ostentaría la titularidad del poder legislativo y con ella el poder de crear derecho. Tal poder podría ser violado excepcionalmente por el Presidente del Reich, en el supuesto excepcional, erigiéndose así como órgano titular de la soberanía. Estévez explica cómo este planteamiento, que Schmitt elabora en el período comprendido entre los años 1918 y 1923, responde a su pretensión de minar la amenaza revolucionaria de los primeros años de la República, reforzando las competencias extraordinarias del Presidente del Reich. A esta etapa pertenecen sus teorías de la soberanía y de la dictadura comisarial.

Estévez Araujo, tras habernos puesto en la pista de la identificación schmittiana de la soberanía con el poder de un sujeto de decidir sobre la situación excepcional, nos explica seguidamente el próximo paso en la teoría de Schmitt en congruencia con la relación antes citada: Schmitt defiende la tesis según la cual la capacidad de mantener el orden constituye el fundamento último de validez del ordenamiento jurídico. De este modo, deriva el valor jurídico de las decisiones del soberano de su capacidad efectiva (elemento fáctico) de crear y garantizar un orden (elemento autoritario), concepto éste subjetivo en opinión de Estévez, dado que según Schmitt es el propio soberano quien decide qué es el orden, delimitándolo negativamente al identificar a aquellos que constituyen una amenaza para el orden público (elemento polémico). Con estos tres elementos (fáctico, autoritario y polémico) Estévez caracteriza el concepto de soberanía schmittiano.

La segunda gran teoría que elabora Schmitt para legitimar el funcionamiento excepcional de la República es el de la dictadura comisarial. A juicio de Estévez, los trabajos del autor alemán en este sentido iban encaminados a crear una institución que hiciese las funciones de suplemento de la legalidad propia del Estado representativo parlamentario, para poder preservar el *statu quo* frente a la amenaza revolucionaria. La base de esta tesis, que contrasta con la propuesta por el historiador norteamericano Joseph W. Bendersky (defensor de la fidelidad republicana de Schmitt), se hallaría en el carácter transitorio, excepcional y técnico de la dictadura por la que aboga Schmitt, que extrae de una interpretación peculiar del artículo 48.2 de la Constitución de Weimar acerca de las atribuciones extraordinarias conferidas al Presidente de la República. Según Schmitt, este artículo autoriza al Presidente del Reich a violar el derecho, pero no a crearlo (carácter excepcional del funcionamiento del Estado).

Pero volviendo a la solución global que, a juicio de Estévez, elabora Carl Schmitt para acabar con el régimen weimariano, veíamos cómo, restablecida la dualidad legislativo-ejecutivo, Schmitt pasó a defender la primacía del ejecutivo. En esta segunda fase (1924-1933) Schmitt buscaría la neutralización del Parlamento diseñando un modelo de hermenéutica institucional globalmente alternativo que hiciese posible la transición hacia un nuevo tipo de Estado, desplazando las competencias del Parlamento hacia el Presidente del Reich. Para ello, elaboró un segundo modelo dictatorial identificado por Estévez como el de la «dictadura plebiscitaria del Presidente del Reich», conformado por una concepción de la

Democracia, una teoría de la Constitución y una fundamentación de la atribución al Presidente del Reich de los poderes ejecutivo y legislativo, así como del papel de «guardián de la Constitución».

La concepción de la democracia se centraría en la homogeneidad sustancial del pueblo, que será la base de legitimación del segundo modelo dictatorial schmittiano. Dicha homogeneidad lo es respecto de determinados tipos de cualidades de un pueblo y nunca en relación con la idea de humanidad, dato que se infiere de su *Teoría de la Constitución* de 1926 y también de su prefacio de 1926 a *La situación histórico-espiritual del parlamentarismo contemporáneo*, que le serviría a Schmitt para señalar la existencia del enemigo externo. Sin embargo, va más allá cuando señala la existencia del enemigo interno, cuestión que abre la espita de la configuración autoritaria schmittiana de la homogeneidad del pueblo, sin tener que cambiar por ello la estructura institucional. Estévez realiza esta observación para explicar el objetivo de Schmitt durante esta fase, consistente en desplazar el peso del sistema weimariano desde las instituciones propias del Estado representativo hasta el Presidente del Reich, líder plebiscitario y jefe de las fuerzas armadas (idea schmittiana de homogeneidad como identificación vertical con una figura simbólica). Llegados a este punto, Schmitt critica las elecciones por sufragio individual y secreto y apoya la dictadura plebiscitaria vía aclamación, viendo en ella un método «auténticamente» democrático, ya que expresa idóneamente la voluntad popular (carácter irracional y emotivo de la identificación colectiva con el líder).

Estévez Araujo encuentra en la *Teoría de la Constitución* de Schmitt el segundo elemento configurador de su «dictadura plebiscitaria». Dicha teoría vendría a negar la legitimidad del pacto constitucional, que hizo posible la crisis del concepto clásico y del concepto formal de la Constitución de los iuspublicistas alemanes anteriores a Weimar. Estévez alude aquí a la identificación schmittiana de la Constitución con la voluntad del pueblo y no con un convenio entre fuerzas sociales y políticas; dicha voluntad tendría que quedar vinculada, como veíamos antes, a la del líder plebiscitario. De esta manera, Schmitt estaba sentando las bases del traspaso de potestades parlamentarias al Presidente del Reich y la conversión de éste en «guardián de la Constitución».

Por último, la fundamentación de la atribución al Presidente del Reich de los poderes ejecutivo y legislativo presentaría, en la exposición que realiza Estévez, tres momentos: en el primero (1929-1930), Schmitt buscaría dotar al Presidente de prioridad respecto al Parlamento mediante una mengua del poder de control de éste sobre aquél. Para conseguirlo, elaboraría la figura del «poder neutral» o «tercero superior» a la que denominó «guardián de la Constitución», capaz de ofrecer un contrapeso a la sociedad plural y al Estado agnóstico-parlamentario. La encarnación de esta institución sería, cómo no, el Presidente del Reich elegido plebiscitariamente. En un segundo momento (1930-1931), Schmitt daría un paso más en la sustracción de competencias al Parlamento al proponer la pérdida de las potestades de éste en materias sometidas a reserva de ley, especialmente las económico-financieras. Finalmente, Schmitt se decanta, en *Legalidad y Legitimidad* (1932), por una reforma final de la Constitución que erradique definitivamente el agnosticismo estatal y vete a ciertos partidos su acceso a las instancias políticas. En aras de lograr este fin, propone reformar el texto constitucional desarrollando «un catálogo coherente de principios inmutables que delimiten la legalidad de modo sustantivo» partiendo de las normas materiales de la segunda parte de la Constitución de Weimar, que restringen la actividad del legislador. El resultado de la

formulación schmittiana daría lugar al modelo conceptual que Estévez denomina «Constitución sustantiva».

El inteligente discurso del profesor Estévez Araujo que reconstruye el armazón teórico que elaboró Schmitt para legitimar el desplazamiento de poder de la instancia representativa parlamentaria a la plataforma ejecutiva del Estado explica, finalmente, el elemento represivo que defiende el teórico alemán como mecanismo para alcanzar la negación de los derechos constitucionales de asociación y participación política, idea que luego recogería el III Reich.

Una lectura adecuada de la producción schmittiana durante la República de Weimar puede ser útil para poner de manifiesto las debilidades de los sistemas representativos edificados sobre sociedades antagónicas. Sin embargo, José Antonio Estévez nos alerta en torno al problema de las limitaciones que presenta la obra de Schmitt durante estos años: no proporcionar soluciones para la superación de las causas de dicho antagonismo y no profundizar en el tema de los mecanismos integradores de los sistemas representativos, fruto de lo cual los presenta como sumamente frágiles. Probablemente esta razón sea la causa de la aparición reciente de numerosos trabajos en torno a Schmitt que reflejan una aguda parcialidad en la aproximación a su obra.

Por lo dicho hasta ahora, es de agradecer la aparición de una monografía dedicada a Carl Schmitt que por fin ha sabido articular su pensamiento durante Weimar en función del contexto en que fue producido. La mencionada aparición de trabajos dedicados a este pensador alemán pone de manifiesto el renacimiento del interés por Schmitt en la presente década, marcada por el debate sobre la crisis de la legitimación de los Estados representativos. *La crisis de Estado de Derecho Liberal. Schmitt en Weimar* ofrece, sin duda, nuevos pivotes en que articular el tema.

Es justo también alabar la lógica interna de esta obra, que tiene la virtud (hasta ahora inédita) de aglutinar los trabajos de Schmitt durante el período de Weimar según modelos conceptuales que relacionan las posiciones del teórico alemán con los datos fácticos que operaron en su génesis. Esta tarea, fruto de un minucioso trabajo, cristaliza en una obra que no sólo concluye en buena medida la discusión en torno al Schmitt de la República, sino que es también punto de referencia obligado para el estudioso de esta época. Una claridad expositiva encomiable, que permite una fácil lectura de la obra; un estilo literario riguroso y limpio, no exento de un notable y personal sentido del humor, una correcta explicitación de los propios puntos de vista de Estévez, que confieren al libro el sello intransferible de su autor, hacen de la obra reseñada un buen motivo para seguir creyendo en la existencia del trabajo «bien hecho».

Antonio GIMÉNEZ MERINO

Aldo MAZZACANE: *I Giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di..., Liguori Editore, Milano, 1986, 453 pp.

Si por lo común las aportaciones monográficas que con ocasión de un congreso científico elaboran sobre una determinada materia los diversos especialistas que a él asisten suelen encontrar justificación de interés bastante, más allá del evidente

que las hizo componerse, en el empeño por colmar vacíos bibliográficos u ofrecer útiles y necesarias síntesis, no tan a menudo resulta posible advertir en ellas la prueba que sirva a constatar, sin menoscabo para el dinamismo temático y metodológico, un definido propósito de guía interdisciplinar y profunda voluntad por abarcar historiográficamente toda un área investigadora. Así sucede, en efecto, a estas actas congresuales con relación al ámbito de estudios sobre administración y organización del Estado liberal en Italia, dando a ver el provecho que una conjugación integrada de la historia de las ideas políticas y jurídicas en la historia social e institucional reporta a la comprensión sustancial de la naturaleza multifacética de su crisis y el ulterior descubrimiento de sus parámetros principales.

A tenor de sus páginas la edición reúne un nutrido conjunto de trabajos, dieciocho colaboraciones, que ya en orden a su concreto contenido se ha estructurado en cuatro secciones. Las dos primeras ensayan la indagación selectiva, en planos sucesivos, de las implicaciones que a través de la cultura jurídica de la época —«La reflexión de los juristas»— y los perfiles económico-institucionales y administrativos —«El debate en las ciencias económicas, políticas y en la Administración»— conciertan el agotamiento del modelo liberal de Estado y delimitan el alcance de la actividad social del mismo. En esa doble dirección traducen causas y efectos P. Beneduce y G. Cianferotti con el examen del enfoque metodológico orlandiano en la ciencia del derecho público italiano¹, y R. Gherardi y F. Rugge frente al fenómeno de la descentralización y autonomía de los entes locales, o G. Gozzi ante la transformación política del sistema de representación de intereses², factores todos de la disgregación de la idea liberal clásica y elementos de la formulación del nuevo Estado administrativo. La sección tercera, por entero dedicada a Santi Romano responde de ese modo a lo que, ya destacado por Cianferotti, Mazzacane había concluido en resumen a su Introducción (p. 22) situando en aquél y su obra el punto cardinal en la denuncia de la efectiva crisis «no sólo de la forma de gobierno parlamentario del liberalismo, sino de su misma estructura estatal, de su forma-Estado, considerándola como un aspecto específico de la crisis del Estado moderno». Tesis verificada por Fioravanti³, revisando con ello parte de las

Vid. BENEDEUCE, G.: «Culture dei giuristi e 'revisione' orlandiana: le immagini della crisi» (pp. 57-106), CIANFEROTTI, G.: «La crisi dello Stato liberale nella giuspubblicistica italiana del primo Novecento» (pp. 157-170). También los estudios de MANGONI, L.: «La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani» (pp. 27-56), COLAO, F.: «Le ideologie penalistiche fra Ottocento e Novecento» (pp. 107-123) y VANO, C.: «Riflessione giuridica e relazioni industriali: alle origini del contratto collettivo di lavoro» (pp. 125-156). De CIANFEROTTI, más ampliamente: *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano, 1980.

2. *Vid.* GHERARDI, R.: «Le libertà limitate: 'discentramento' e liberalismo tra vecchio e nuovo Stato» (pp. 259-271), RUGGE, F.: «Autonomia e autarchia degli enti locali: all'origine dello Stato amministrativo» (pp. 273-287) y GOZZI, G.: «Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi nella riflessione giuridica e politica fra Ottocento e Novecento» (pp. 231-257). También los estudios de CARDINI, A.: «Gli economisti, i giuristi e il dibattito sullo Stato» (pp. 173-190), PORCIANI, I.: «Attilio Brunialti e la 'Biblioteca di Scienze Politiche'. Per una ricerca su intellettuali e Stato del trasformismo all'età giolittiana» (pp. 191-229) y MELIS, G.: «Elaborazione giuridica e burocrazia nell'età giolittiana» (pp. 289-306). De GHERARDI, más ampliamente: *Le autonomie locali nel liberalismo italiano, 1861-1900*, Giuffrè, Milano, 1984.

3. FIORAVANTI, M.: «Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano» (pp. 309-346). De mismo autor *vid.* también «Per una interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca», en *Quaderni Fiorentini*, 10, 1981, pp. 169-219. En esta sección, igualmente, los estudios de PIRETTI, M. S.: «Santi Romano, la rappresentanza politica e la revisione della legge elettorale» (pp. 347-362) y MONTANARI, M.: «Santi Romano: la politica tra 'spazio' e immaginario» (pp. 363-378).

opiniones de la crítica bibliográfica de los años 70⁴, en el denso y detallado análisis comparativo que sobre el pensamiento jurídico-político orlandiano y romaniano de los *Principii di diritto amministrativo* permite establecer «el salto de un derecho administrativo entendido como mero terreno de completamiento de la configuración tradicional del Estado Jurídico a un derecho administrativo que quiere ser la estructura formal del nuevo Estado administrativo, de aquel Estado atento, no sólo ya a la definición constitucional de la relación Estado-ciudadano, sino también y sobre todo a descubrir y organizar el contenido económico de aquella relación, a organizar intereses, y no sólo a definir status» (p. 320).

Precisamente al seguimiento de tal orientación, esto es, al de problemas que, en panorámica a la visión policéntrica del Estado moderno, incumben recíprocamente temáticas como el neostatismo y la polémica sobre el parlamentarismo o la experiencia jurídico-pluralista y el llamado «derecho de la economía», corresponden los trabajos de la cuarta y última sección, «Temî e fortune del dibattito sulla crisi», proyectando en consecuencia a su alrededor vectores de interpretación expansiva de la crisis bajo las formas de corporativismo, fascismo o cultura y sociedad capitalista y burguesa. De ellos destacaremos, en razón a nuestra particular dedicación y por el interés que su asunto suscita, el que a la firma de A. De Gennaro lleva por título «'Istituzionalismo', 'corporazione proprietaria', 'diritto dell'economia' tra gli anni '20 e '30»⁵. Analiza en él, primordialmente, el escrito de W. Cesarini Sforza de 1929 *Il diritto dei privati* y las colaboraciones aparecidas en los «Archivi di studi corporativi» entre 1932 y 1933, a su llegada desde Bolonia a la Universidad de Pisa. Con este material y en atención a las nociones antes mencionadas De Gennaro abunda en una anterior exposición sobre la concepción cesariniana de la experiencia jurídica que desentrañada en clave de lo que denominó historicismo realista⁶, revalida ahora una doble estimación; primera lo que su pensamiento tiene de reformulación del pluralismo institucional romaniano como «derecho de los particulares», «derecho de las colectividades» o «derecho de las organizaciones» (pp. 436-437), aunque también quepa observar críticamente, como por nuestra parte se ha indicado⁷, la miniaturización en que finalmente quedarán sus iniciales enormes perspectivas, y segunda, el notable distanciamiento y pronta discrepancia, ya durante el Congreso de Ferrara de 1932, que su «derecho de la economía» como diseño jurídico de planificación y programación de la actividad económica presentaría respecto de la doctrina de G. Bottai y los máximos exponentes de la Scuola di scienza corporativa, U. Spirito y A. Volpicelli, propiamente incardinados en la dirección reaccionaria, o cuando menos autoritaria, del ordenamiento corporativo económico italiano donde la idea de «derecho de la economía» se enfocó como regulación centralizada, universal burocratización y fortalecimiento del Estado como ente supraordenado, frente a la flexible, autónoma y descentralizada mantenida por Cesarini Sforza (pp. 439-440).

4. En este mismo *Anuario* nuestra recensión a MENICETTI, F.: *Concezioni e metamorfosi dello Stato nell'età giolittiana*, nota 4.

5. Pp. 429-442. Vid. también los estudios de MURA, V.: «Pluralismo e neostatualismo nella cultura giusfilosofica italiana del primo Novecento» (pp. 381-411) y CAVALLARI, G.: «Pluralismo e gerarchia nel pensiero filosofico-politico de Sergio Panunzio» (pp. 413-428).

6. De GENNARO, A.: *Introduzione alla storia del pensiero giuridico. Giusnaturalismo, Filosofia del Diritto, Storia del pensiero giuridico*, G. Giappichelli, Torino, 1979, p. 533.

7. Vid. nuestra «Nota introductoria a la versión castellana», en CESARINI SFORZA, W.: *El Derecho de los particulares*, Civitas, Madrid, 1986, p. 13.

Para terminar, elogiar nuevamente esta cuidada edición que a cargo de Aldo Mazzacane suministra además de un utilísimo instrumento de reflexión interdisciplinar en la reconstrucción ideológica de la crisis tardodecimonónica de Estado liberal en Italia, un ejemplo de innovador planteamiento metodológico e historiográfico del que conviene tomar buena enseñanza.

José CALVO GONZÁLEZ

F. MENICHETTI: *Concezioni e metamorfosi dello Stato nell'età giolittiana*, Giuffrè, Milano, 1986, 190 pp.

La obra que nos ocupa reconoce haberse plegado a las sugerencias que sobre el cultivo de temas de filosofía política habría propuesto Domenico Corradini a su autora en orden a atender al panorama de la historia de las ideas y de las luchas políticas en la Italia contemporánea. En esta línea, el asunto que al particular viene aquí a contemplarse abarca la consideración histórico-política, muy completa y bien documentada, del primer quinquenio del siglo XX italiano en el que la figura de Giovanni Giolitti dominará por toda una década —de 1903 a 1914— y casi ininterrumpidamente —ausente de la Presidencia del Consejo apenas 219 días— la escena donde a su impulso ha de tener lugar la transformación del viejo Estado Liberal en Estado Social, al tiempo que la crisis irreparable de ambos modelos. El interés que en ello presenta todavía hoy el mejor conocimiento de la experiencia giolittiana es por gran número de razones inopinable. Baste recordar, en el plano de la formación de fuerzas políticas, que el componente liberal reformista de Giolitti constituirá el más decidido esfuerzo para la potencial integración de las corrientes no revolucionarias más significativas del movimiento obrero y sindical de la época en la estructura jurídico-política de un Estado caracterizadamente burgués, que en la dinámica de su intención articuló el consenso y la coalición gubernamental parlamentaria tendencialmente estable con socialistas y radicales, que bajo su gestión y a su consecuencia se originó también la más importante redimensionación ideológica del PSI con divisiones y rupturas que comprometieron desde el ala reformista de F. Turati, a los ultrarreformistas de la derecha socialista, revolucionarios de A. Labriola, E. Leone y A. De Ambris y posiciones de heterodoxia o disidencia como la de G. Salvemini y *L'Unità*¹, junto al no menos interesante fenómeno de la afirmación del catolicismo político con F. Meda y L. Sturzo o la eclosión del nacionalismo. Mencionar igualmente, en lo económico y social, cómo desde el empeño de neutralidad del poder ejecutivo ante los conflictos entre capital y trabajo que no afectaran al funcionamiento de los servicios públicos, el giolittismo —bien que en perfecta armonía con el típico esquema dual de desarrollo capitalista en el que la economía nacional se escinde en un gran área de concentración industrial al Norte y de profundo subdesarrollo en el Mezzogiorno, y por tanto permitiendo y manteniendo tal disociación— organizó todo un cuadro de modernización industrial en el que un notable crecimiento de la producción y el consumo posibilitó también el aumento de los salarios, la reducción de la jornada

1. Sobre ello parece especialmente recomendable la lectura de CORTESI, L.: *Il socialismo italiano tra riforma e rivoluzione. Dibattiti congressuali del PSI 1982-1921*, Bari, 1969.

laboral, la más justa nivelación tributaria y la ampliación de las prestaciones sociales mediante el monopolio estatal de los seguros de vida (Istituto Nazionale delle Assicurazioni). Finalmente, en el ámbito jurídico-político y constitucional, el último Gabinete Giolitti elaboró y promulgó la reforma del sistema electoral de representación mayoritaria al que se introdujeron correcciones proporcionalistas y la más fundamental de la instauración del sufragio casi universal.

Este elenco de realizaciones no obscurece sin embargo la diagnosis final que en varias oportunidades avanza con acierto la A. sobre la falta de ideología, de sustrato ideológico claro que el giolittismo ofreció en el ejercicio del poder, por el constante recurso a la habilidad maniobrera («transformismo político») a causa fundamentalmente de la concepción empírico-técnica con que enfrentó la solución de problemas políticos: «la volontà di scegliere giorno per giorno, con buon senso e pochi concetti generali, comporta inevitabilmente la rinuncia a elaborare un'ideologia; e appunto di un'ideologia omogenea sono sprovvisti i gruppi che Giolitti deve rappresentare e tenere uniti» (pp. 35-36)... «gli manca, a supporto della sua abilità maniovriera, un disegno chiaro, un'ideologia: si affida all'empirismo delle soluzioni» (P. 51)... «gli è rimasta l'attitudine a ridurre i problemi politici a problemi essenzialmente tecnici» (p. 114). Pero es claro que a esta orgánica debilidad hay que añadir, como muy ponderadamente subraya la A., una corresponsabilidad que en el naufragio del Estado Social también alcanza a los colaboradores directos y adversarios del giolittismo. Es lo cierto, nos señala Menichetti (p. 142), que las organizaciones obreras no supieron elaborar más que dos débiles estrategias, la del transformismo político y la del maximalismo que predicó la revolución del mañana sin estimular la adecuada conciencia de clase entre el proletariado, que así permaneció desorientado. De aquí que, en conclusión (p. 143), al evaluar las causas de la enfermedad del Estado Liberal y su propia desaparición la A. refiera, junto a las que de modo mediato quepa remontar al Risorgimento, las que con carácter inmediato hacen tanto a la incapacidad de las instituciones políticas para aproximarse realmente a las clases populares, como las relativas a la incapacidad de las organizaciones del movimiento obrero para transformar tales clases en una fuerza alternativa. Y ya en este punto la obra termina con una brevísima alusión a la Presidencia del Consejo de A. Salandra y la ideología, ahora sí, del «garantismo jurídico». Bajo su dirección de 1914 a 1916, y como por demás expresa su *Corso di diritto amministrativo* (Athenaeum, Roma 1915), se producirá la identificación del objeto del Derecho Administrativo con el «gobierno legal» —en directa equivalencia al *Rechtsstaat* alemán²— viniendo el Estado a experimentar la interna transformación que ha de conducirle, desde el moralismo heredado de A. Sonnino, al autoritarismo en el que el reforzamiento del poder ejecutivo y la paulatina marginación de las instituciones parlamentarias alejan toda posibilidad de participación de las masas obreras en el proceso decisional político, preparando el definitivo ascenso del fascismo.

2. Sobre este asunto convendría tener presente trabajos como los de TESSOTORE, F.: *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Napoli, 1963; CASSESE, S.: *Cultura del diritto amministrativo*, Bologna, 1971; MOZZARELLI C.-NESPOR, S.: «La codificazione del diritto amministrativo. Giuristi e istituzione nello Stato liberale», en *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1976; REBUFFA, G.: *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Bologna, 1981; BENEDEUCE, P.: «Punto di vista amministrativo e Stato di diritto. Aspetti del germanesimo dei giuristi italiani alla fine dell'Ottocento», en *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, X, 1984; SORDI, B.: *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985.

Hay sin embargo en esta cuidada historización de la metamorfosis del Estado en la edad giolittiana una fase de su planteamiento con la que debemos mostrar discrepancia. Así como del examen del cap. III (Contra el Estado de Derecho y el Estado Social), sobre lo que aparece bajo el epígrafe «Croce, Gentile, e una ventata di irrazionalismo», acertadamente calificado de «tentativo di depotenziare la dialettica sociale» (p. 99), nada nos cabe que objetar, otro distinto parecer hemos de reservar para lo expuesto sobre «Un rimedio alla crisi dello Stato: la proposta di Santi Romano» (pp. 95-99). Si el mecanismo político de la representación parlamentaria basado en el derecho a voto atribuido al ciudadano *uti singulus* no constituía en la Italia de principios de siglo cuestión unánime ni pacífica (Giolitti encauzará a partir de 1912 el sufragio casi universal, mientras Salvemini argumentaba en favor del universal puro), resulta del todo impropio encuadrar a Romano entre quienes expresan insatisfacción frente al principio que la fórmula de representación corporativa defendida en *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909) y *Oltre lo Stato* (1917) se inserta «en un filone ideologico destinato a preparare l'avvento del fascismo» (p. 96).

Motivos de esta discrepancia los produce la misma A. al situar, con más fortuna y rigor, en el epígrafe siguiente, el ya referido sobre Croce y Gentile, los que deben ser tomados como propios fundamentos de esa dirección futura. Por demás, razones suficientes a la hora de desaprobar el juicio sobre Romano encontraremos en la comprensión de lo que en referencia a la corriente idealista³ supone verdaderamente la propuesta de Romano como superación de las «dannose conseguenze dell'eccessivo individualismo» («Lo Stato moderno e la sua crisi», en *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 19) y extensión de la base de legitimación del poder político.

En el carácter conservador o progresista de la obra de Romano abundó extensamente la bibliografía crítica de los años 70. Trabajos como los de Cassese, Bobbio o Scarpelli señalaron una dicotomía que lo presentaba teóricamente pluralista e ideológicamente monista. Fuchs sostuvo la sustancial ambigüedad ideológica del pensamiento romaniano. Por su parte D'Albergo consideró que quizás fuera excederse tratar de ensayar, desde lo que la obra romaniana fundamentalmente representa en cuanto que interpretación en clave jurídica del tipo de Estado y organización social y política liberal, una transposición automática con el Estado democrático. Ruffilli no dudó de la potencialidad democrática de las doctrinas jurídico-políticas de Romano. Tarello, atendiendo en su análisis a la penetrante condición ideológica conservadora con rasgos de sistemática horizontal decimonónica al estilo de la *allgemeine Rechtslehre*, lo situará en un terreno próximo al autoritarismo, ámbito en el que también lo enmarcó Rebuffa, y desde el que Falcón formularía una hipótesis interpretativa que distanciándole de las coordenadas político-sociales de la experiencia giolittiana lo inscribiría en un sesgo de conexión, por aceptación, al fascismo⁴. Las conclusiones de la historiografía de los 30 sobre el Estado Liberal

3. FROSINI, V.: «L'idealismo giuridico del novecento», en *Nord e Sud*, 1976.

4. CASSESE, S.: «Ipotesi sulla formazione de 'L'ordinamento giuridico' di Santi Romano», en *Quaderni Fiorentini*, 1, 1972. En BISCARETTI DI RUFFIA, P.: *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento de Santi Romano*, Milano, 1977, los estudios de BOBBIO, N.: «Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano», SCARPELLI, U.: «Santi Romano, teorico conservatore teorico progressista», D'ALBERGO, S.: «Il potere sociale nella dottrina de Santi Romano», RUFFILLI, R.: «Santi Romano e l'analisi liberal-riformista della 'crisi dello Stato' nell'età giolittiana», TARELLO, G.: «La dottrina dell'ordinamento e la figura pubblica di Santi Romano». También D'ALBERGO, S.: «Riflessioni sulla storicità degli ordinamenti giuridici», en *Rivista*

en Italia han resultado mucho más homogéneas y en concreto contrarias a la línea que, sin mención expresa alguna de los anteriores autores ni de los que a continuación anotaremos, ha defendido Menichetti en su estudio. Así, son sin duda, reveladoras las investigaciones en especial de Fioravanti, y las que al cuidado de Aldo Mazzacane y por iniciativa del Istituto Gramsci de Roma y de la Emilia Romagna congregaron en la Universidad de Bolonia el año 1984 la colaboración interdisciplinar, entre otros, de G. Cianferotti, G. Gozzi, M. S. Piretti, V. Mura. Sumándonos a ellas, nuestro personal punto de vista se define en un análisis prospectivo estructural considerando que es innegable que el compromiso ideológico del derecho público italiano —y, en gran medida, también del que en Europa se desarrolla tras la Segunda Guerra Mundial— adeuda a Romano su proyección y contenido democrático actuales.

José CALVO GONZÁLEZ

Gianluigi PALOMBELLA: *Soggetti, Azione, Norme. Saggio sul diritto e ragione pratica*, Franco Angeli, Milano, 1988, 208 pp.

No es frecuente hallar obras en las que la hipótesis de trabajo y la pretensión final del mismo se avance bien definida desde el comienzo y desarrollándose luego sin desviaciones significativas a través de su interno recorrido, aparezca nuevamente ya probada y resuelta al término de la investigación. Esta coherencia metodológica expositiva que como legítima exigencia científica a ningún autor es indiferente, muy a menudo sin embargo cede demasiado su lugar en favor de digresiones temáticas laterales más o menos próximas al anunciado concreto objeto a examinar, lo que si disculpable en razón al alcance y mérito de los temas sugeridos no deja de ser ocasión de quiebra, a veces absoluta, en la linealidad del discurso por encima incluso del seguro esfuerzo integrador del autor. De ahí que, al caso, como monografía, la de Palombella traiga en su lectura el disfrute de esa estimable recompensa que el rigor de una cuidada estructura, sólida trabazón de problemas y acabado análisis justamente le conceden. A ello contribuye, sobremanera, el dominio que atestigua la continuada preocupación del A. por el asunto, abordado ya con anterioridad desde perfiles complementarios en *Ragione e immaginazione* (De

Trimestrale di diritto pubblico, 1974; TARELLO, G.: «Progetto per la voce 'ordimaneto giuridico' di una enciclopedia», en *Politica del Diritto*, VI-I, 1975; FALCON, G.: «Gli 'Studi Minori' di Santi Romano», en *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1976; BISCARETTI DI RUFFIA, P.: «Le dottrine giuridiche oggi e l'insegnamento de Santi Romano», en *Politica*, XL, 1975 y REBUFFA, G.: «Lecture di Santi Romano», en *Politica del diritto*, IX, 1978, y FUCHS, M.: *Die allgemeine Rechtsstheorie Santi Romanos*, Berlín, 1979.

5. Especialmente interesante el trabajo de FIORAVANTI, M.: «Per la interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca», en *Quaderni Fiorentini*, 10, 1981, así como el que también aparece entre los recogidos en MAZZACANA, A.: *I Giuristi e la crisi dello Stato fra Otto e Novecento*, Napoli, 1986, titulado «Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano», al lado de los trabajos de GOZZI, G.: «Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi nella riflessione giuridica e politica fra Ottocento e Novecento»; PIRETTI, N. S.: «Santi Romano, la rappresentanza politica e la revisione della legge elettorale»; MANGONI, L.: «La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani»; CIANFEROTTI, G.: «La crisi dello Stato liberale nelle giuspubblicistica italiana del primo Novecento»; MURA, V.: «Pluralismo e neostatalismo nella cultura giusfilosofica italiana del primo Novecento». Y más recientemente, TARANTINO, A.: «Uomo intero e Democrazia. Costituzione, Politica e Democrazia», en *European Constitutional Law*, M. J. Peláez ed., Barcelona, 1988.

Donato, Bari, 1982), *Unità a sapere del soggetto* (Giuffrè, Milano, 1983, en colaboración con D. Corradini) y *Diritto e artificio in David Hume* (Giuffrè, Milano, 1984), así como especialmente en *Causalità e soggettività giuridica* (E.T.S., Pisa, 1985) por cuanto de ella resulta con valor de antecedente para la fundamentación filosófica de la actual, siendo por demás el contenido básico de su primer capítulo. En éste, del *scursus* comparativo entre causalidad necesaria no arbitraria de la metafísica kantiana que domina las relaciones sujetos-legislación, relaciones de normatividad, y causalidad humeana fundada en la imaginación, a falta tanto en Kant como en Hume de una teoría de la relación naturaleza-sujeto, el A. tratará de enfocar el problema del sujeto jurídico y de la definición del derecho no *ab externo*, sino internamente a la causalidad apoyado en la dimensión gnoseológica y en el ámbito de la analítica trascendental (pp. 41-44). Ya en esta dirección, al comprender que existe una tensión cognoscitiva en la que el sujeto cognoscente se guía por una serie causal peculiar, la causalidad jurídica (imputación) distinta de la natural, Palombella sostendrá que no es a la causalidad en cuanto tal ni a las variantes de la causalidad jurídica a lo que una teoría de la subjetividad debe atender. El examen del *quantum* de realidad descubre para el A. la existencia de implícitas funciones subjetivas trascendentales directamente ligadas a la sensibilidad que actuando sobre la distinta capacidad de sentir de los sujetos llevan a reconsiderar la relación entre sujeto y norma. Este nuevo planteamiento es el de la adhesión sensible no necesariamente derivada de la causalidad interna de la coerción; esto es, que para una teoría de la relación entre sujeto jurídico y ordenamiento jurídico, entre sujeto y norma, no basta sólo o principalmente conducirse en la serie causal norma-sanción. Por consiguiente, puede decirse que existe una tensión que residencia al sujeto en el centro de la causalidad y al propio tiempo más allá de ella, una tensión que vincula el mundo del yo jurídico con el yo moral y que para Palombella podría advertir desde el reconocimiento de la autonomización de lo jurídico su «posible y no peregrina identidad» con lo moral (pp. 48-49).

En cuanto al análisis del concepto de acción, sea en su perspectiva teórica como imputación, sea en su esfera lógica u ontológica como sujeto, dado que es en la relación sujeto-acción-imputación donde se asienta la subjetividad del ordenamiento o sistema jurídico, y siendo diferentes los modos de conjugar tales elementos y por tanto el de calibrar aquella relación, varios resultan también los posicionamientos que la filosofía jurídica adopta respecto de capacidad y protagonismo del sujeto; libertad e imputación como libre arbitrio en Kant o eficacia causal del ordenamiento como capacidad de retribución imputativa en Kelsen, por ejemplo (cap. 2). Trasladada esta contemplación al campo de la dogmática penalista y la teoría general de la pena que en su raíz hegeliana enuncia la relación entre acción y voluntad como la imputación del resultado voluntario de una acción, se estudia tal que identificación de la responsabilidad en Hart y como causalidad y coercibilidad, con referencia alusiva a Jhering, en Kelsen (cap. 3).

Con el cap. 4 retorna Hume, ahora sobre el problema de la artificialidad del orden normativo. Se trata de recuperar, éste es el propósito del A., la idea de artificio en su acepción humeana puesto que en ella se contiene al sujeto y se garantiza su supervivencia como actor (p. 128). Y así para la cuestión de la artificialidad del orden normativo asumido como la del nexo que liga la actividad del sujeto con la norma, Palombella reclama la consideración de conceptos relativos a la acción como son los de conformidad o desviación, conceptos particularmente relevantes en la interpretación misma del ordenamiento jurídico (pp. 129-130).

Respecto al actuar conforme a las reglas, recorre teorías que van desde el determinismo, behaviorismo acrítico y teoría sociológica de la acción en Habermas a la retórica de la motivación *ex post* de Bubner. Con relación al paradigma de desviación, el correccionismo de base etiológica y la revisión crítica del *labelling approach* para al cabo ir a dar, pasando por la categoría de sistema jurídico como sistema de equilibrio normativo de Friedman, en el análisis del efecto fundamental del fenómeno jurídico como orientación del comportamiento, deteniéndose en lo que hace a la presión normativa y los niveles de obediencia en la distinción friedmaniana entre impacto y eficacia (pp. 158-160), útil como pauta del efecto de retorno que comportamientos marginales y apreciaciones de costo-beneficio repercuten sobre el modelo normativo y el sujeto jurídico más allá de la inadecuada valoración de la teoría de la sanción.

Finalmente, el cap. 5 se destina a ofrecer una interpretación del derecho en la que introducir el valor de la racionalidad práctica en la subjetividad jurídica. El A. defenderá que la praxis jurídica en su estructura multiestratificada, que incorpora los contenidos que lógicamente e históricamente precede a la situación jurídica, en tanto que práctica de control social permite contemplar el derecho como un fenómeno en el que se concreta la actividad del desarrollo de la acción social por medio de regulaciones jurídicas normativas y modelos institucionales de formalización de la acción. Controlando, es decir, interpretando y juzgando el derecho, se controlarán las acciones constitutivas de las reglas e institucionales de la formalización de la regulación, lo que quizá favorezca la progresiva superación de la residual imagen coercitiva del derecho actual.

José CALVO GONZÁLEZ

Vilfredo PARETO: *Trattato di Sociologia Generale*, Edizione critica a cura di Giovanni Busino, Torino, UTET, 1988, IV vols.

La existencia de tres ediciones completas y de tres versiones diferentes del *Trattato*¹, exigía la elaboración de una edición crítica que pusiera de manifiesto la evolución del texto paretiano. El prof. Giovanni Busino² y sus colaboradores han saldado esta deuda ofreciéndonos un excelente trabajo de análisis bibliográfico. Esta magnífica obra de 2.758 páginas y 12 ilustraciones, consta de cuatro volúmenes divididos en 2.612 párrafos, respetando así la versión original. Los títulos de cada volumen son significativos pues hacen alusión a las cuatro grandes partes en que de hecho se divide el *Trattato*: las acciones no-lógicas, la teoría de los residuos,

1. *Traité de Sociologie Générale*, Edition française par Pierre Bowen revue par l'auteur, Lausanne-Paris, Librairie Payot, 1917 (Vol. I) y 1919 (Vol. II). Se trata en realidad de la primera edición italiana, *Trattato di Sociologia Generale*, Firenze, Barbera, 1916, II Vols. corregida y aumentada.

Trattato di Sociologia Generale, Firenze, Barbera, 1923, III Vols.

The Mind and the Society [*Trattato di Sociologia Generale*], by Vilfredo Pareto, edited by Arthur Livingston, New York, Harcourt, Brace & CO., 1935, IV vols.

2. Giovanni Busino, redactor jefe desde 1963 de la *Revue Européenne des Sciences Sociales et Cahiers Vilfredo Pareto*, ha publicado las obras completas de este autor, 30 volúmenes, en la Librairie Droz y es Professeur ordinaire de Sociologie Générale en la Faculté des Sciences Sociales et Politiques de la Universidad de Lausanne y Professeur Associé de la misma asignatura en La Sorbonne (Paris IV).

la teoría de las derivaciones y la forma general de la sociedad. En esta edición se utilizan números romanos en las páginas dedicadas tanto al estudio preliminar como al índice de capítulos que figura al comienzo de cada parte. Los comentarios críticos, las diferencias entre las ediciones, las erratas, la verificación de las fuentes que señala Pareto, y la remisión a otras obras que tratan sobre la materia en cuestión, se realizan en notas a pie de página. Cualquier orientación de este tipo es muy de agradecer en una obra tan extensa, dada la gran erudición de su autor.

El volumen I lleva por título «las acciones no-lógicas» e incluye:

— Una introducción en la que se exponen las líneas generales de la teoría sociológica de Pareto que luego se desarrollan en esta obra.

— Una breve pero exacta biografía del autor.

— Un repertorio bibliográfico muy completo de la totalidad de libros y artículos escritos por Pareto³ y de todos los libros y artículos existentes sobre Pareto hasta el año 1987.

— Unas indicaciones sobre el método de trabajo que se ha seguido al elaborar esta edición, de gran ayuda para aprovechar bien su lectura, la explicación de las abreviaturas...

— Tres índices: uno de los capítulos que comprende este volumen I. Una tabla analítica de las materias contenidas en la obra, y un índice de los autores y las obras citadas a lo largo del *Trattato*.

— Los capítulos I al V del *Trattato* dedicados respectivamente a: los preliminares, las acciones no-lógicas, las acciones no-lógicas en la historia de las doctrinas, las teorías que trascienden la experiencia y las teorías pseudocientíficas.

Algunas acciones humanas son lógicas (racionales); otras, la mayoría a juicio de Pareto, son no-lógicas (irracionales). Este hecho se relaciona con la tendencia humana a dar una apariencia racional a lo no-lógico para que parezca lógico.

El volumen II lleva por título «la teoría de los residuos» y trata de aquella parte constante en las acciones no-lógicas que Pareto llama residuo y que manifiesta sentimientos humanos o estados de ánimo. Al reflejar determinados impulsos o actitudes propios del hombre, los residuos constituyen el verdadero objeto de la investigación sociológica. Pareto distingue seis clases principales de residuos: el instinto de las combinaciones, la persistencia de agregados, los residuos de autoexpresión y afectividad, residuos relacionados con la sociabilidad, la integridad del individuo y sus pertenencias, y el residuo sexual. Desde el punto de vista sociológico los más importantes son la clase I y II. Aunque los residuos de una sociedad suelen diferir en relación con los de otra, éstos varían poco en cada sociedad concreta. Lo que sí cambia es su distribución entre los diversos estratos sociales.

El volumen III lleva por título «la teoría de las derivaciones» y trata respectivamente de las derivaciones y de las propiedades de residuos y derivaciones. Las derivaciones paretianas constituyen el componente variable de las acciones no-lógicas. Son velos o máscaras que hay que quitar pues pretenden dar apariencia lógica a lo no-lógico. En el §1.419 del *Trattato*, Pareto realiza una compleja clasificación de las derivaciones en cuatro clases: afirmación, autoridad, acuerdo con los sentimientos o con los principios y pruebas verbales. Si los residuos originan la activi-

3. Los publicados por Droz, figuran con un asterisco.

dad social y las derivaciones pretenden explicarla, hay que buscar las relaciones entre ambos. Resulta evidente que Pareto cree que las derivaciones tienen poco efecto en la determinación de los cambios sociales. No hay que detenerse en ellas, es preciso remontarse a los residuos.

El volumen IV y último lleva por título «la forma general de la sociedad». Pareto contempla la sociedad como un conjunto de fuerzas interdependientes que constituyen un sistema en equilibrio dinámico. Algunas de estas fuerzas son externas al individuo, v.gr. el clima, el territorio, la raza y las presiones exteriores en el espacio y en el tiempo. Hay otras fuerzas, las fuerzas internas que son las guías de los seres humanos, sobre todo sus inclinaciones, aptitudes e intereses tal como se manifiestan en sus teorías y creencias. Los seres humanos son heterogéneos y desiguales por causa de su constitución física. Así pertenecen a distintos estratos sociales y élites. La distinción más importante en el seno de la sociedad es la que diferencia a la élite gobernante (una minoría) de los gobernados (la mayoría). Con independencia del régimen que adopten todas las sociedades están gobernadas por una élite minoritaria. Los individuos se mueven dentro y fuera de estas categorías. En algunos casos una élite desplaza a otra «en bloc». Este movimiento constituye la circulación de las élites, la relación entre la élite gobernante y los gobernados depende de como esté repartida la cantidad de residuos de las clases I y II entre ellos. Hay otros fenómenos económicos, culturales e intelectuales que también están relacionados a su vez con el ciclo político que vimos antes. Este volumen termina con dos nuevos índices: uno de personajes y materias y otro de ilustraciones.

A todo lo expuesto hay que añadir la cuidada presentación y la minuciosa sistematización de todo el conjunto. Esta edición constituye por tanto una obra verdaderamente digna de su autor, cuya consulta resulta de gran utilidad a los estudiosos de Pareto.

Mercedes CARRERAS

RATIO JURIS: *An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, E. PATTARO ed., Basil Blackwell. Oxford-New York, 1988, 1, núm. 1, pp. 1-95, 2, pp. 96-186 y 3, pp. 187-271.

Traer noticia de la aparición de estos tres primeros números de RATIO JURIS no es sólo oportunidad para el examen del contenido de las contribuciones en ellos reunidas, sino antes que esto de bienvenida a un nuevo vehículo de comunicación y sugestivo diálogo científico en la comunidad internacional de estudios e investigaciones filosófico-jurídicas («a truly international and transcultural forum for the communication of philosophical ideas about law and legal questions»). El resultado, excelente en el formato de la idea y línea editorial, debe su existencia al afán y creatividad del inquieto y emprendedor profesor Pattaro, cuya inteligente labor ha tenido sin duda por mejor recompensa la amplia difusión intelectual y espléndida acogida material prestada de inmediato al proyecto, del que también estas líneas quieren aquí hacerse justo eco y añadidura.

El *núm. 1*, organizado en tres secciones (Epistemología, Naturaleza jurídica y, Derecho y Moralidad), presenta para la primera un único trabajo, el de H. Albert, «Critical Rationalism: The Problem of Method in Social Sciences and Law»

(pp. 1-19). En apretada síntesis cabe destacar cómo el A., actuando sobre presupuestos de racionalismo crítico, plantea la alternativa y superación de los modelos clásicos de racionalidad que han venido dominando la filosofía desde la Antigüedad y el pensamiento científico en sus tendencias dogmáticas y escépticas. La nueva y revisionista noción de racionalidad tratará de actuar no sólo sobre el problema de «ciencia», sino de englobar con carácter universalista todos los problemas humanos y sus conductas. Le sirven de fundamento los del «realismo crítico» en relación al contexto del descubrimiento, de la «consciente falibilidad» en el sentido de presentar falible la razón humana, conjetural el conocimiento y siempre revisable toda solución dado su carácter hipotético, y del «racionalismo metodológico» para lo relativo al contexto de la justificación, viniéndose de consecuencia a relativizar así el del descubrimiento tal como lo fijara el empirismo neoclásico. Se aborda también la cuestión de la inserción del método de la comprensión de los hermeneutas en la estructura del conocimiento científico y sus repercusiones para la investigación y reconstrucción de los hechos históricos. En la parte dedicada a Ciencia racional legal como tecnología social y su relación con la política, siguiendo el tipo de análisis de Adam Smith, se considerará posible no sólo explicar el funcionamiento de los procesos sociales bajo condiciones institucionales, sino también dominar los aspectos tecnológicos de los problemas de orden social. Las posibilidades de una interpretación sociotecnológica de la ciencia legal, reconoce el autor, tienen por mayor inconveniente la visión tradicional de la ciencia legal como ciencia normativa, perspectiva desde la que su objeto queda así delimitado en los hechos de la realidad. Por encima de esta dificultad el A. postulará la consideración de la ciencia legal como tecnología social capaz de explicar los fines inherentes a las normas vigentes en una doble dimensión: como interpretación eficiente de la ley positiva y como construcción de normas eficaces para la modificación del derecho actual.

M. Kryger, K. Greenawalt, S. L. Paulson y N. Maccormick integran la segunda sección temática, propiamente dedicada a teoría del derecho. En «The Traditionality of Statutes» (pp. 20-39) Kryger se ocupa de las nociones de *statute* y *tradition* afirmando, contra quienes consideran que los componentes tradicionales de la ley han sido suplantados por el *statute* como símbolo de modernidad, la persistente presencia de la tradición en los sistemas jurídicos actuales. El elemento de tradición, que es sin duda patente en el *Common Law* debido a su fundamento consuetudinario, se halla también en la estructura del *statute*, esto es, cuerpos de legislación formalmente expresados y documentados, en tanto que profundamente afectados por el contexto en que se producen, un contexto que es tradicional. En su argumentación el A. señalará dos vías a través de las cuales la tradición llega al *statute*: la del «discurso invisible» y la del carácter orgánico sistemático de la interpretación jurídica. Así, en el lenguaje legal se constatan discursos visibles, con determinaciones y prescripciones claras y simples y en otras ocasiones más complicadas y complejas. Sin embargo, el problema de la comprensión del lenguaje legislativo no se resuelve únicamente mediante el empleo de un estilo más asequible, sino por el conocimiento de los discursos invisibles del mensaje, es decir de aquello no establecido explícitamente, de lo que forma parte de la «sintaxis cultural» preexistente, y que el legislador debe incorporar al lenguaje legal respetando la cultura y tradición legal en que opera, de modo que la nueva ley se ve envuelta de la antigua. Al propio tiempo, desde el punto de vista orgánico sistemático y de la interna coherencia interpretativa de un sistema legal, el nuevo *statute* forma siem-

pre parte, aun como pieza en sí aislada, de un conjunto total donde el carácter tradicional está presente. Finalmente, en la medida en que el *statute* no cuenta con medios autónomos de ejecución y depende de la interpretación de los diferentes operadores jurídicos (jueces, particulares en el tráfico jurídico, etc...) el A. trae a colación la idea, de «comunidad interpretativa». Los intérpretes del *statute* dotan de coherencia a la tradición escrita, evitando la dispersión y contradicción, de tal manera que el *statute* se entenderá de acuerdo con las convenciones y prácticas tradicionalmente aceptadas en una comunidad de interpretación específica. Esta comunidad no surge espontáneamente y sin más, antes al contrario se forma a lo largo del tiempo, consolidándose de generación en generación. De conclusión, el *statute* presupone una tradición legal, aquella en que debe ser entendido e interpretado. Una tradición de una específica clase de *statute* puede condicionar su forma de interpretación; interpretación que dependerá de modo fundamental de la instrucción y formación en la tradición. Con «Hart's Rule of Recognition and United States» (pp. 40-57), Greenawalt presenta, a la base del informe de Hart, diversas reflexiones orientadas en tres objetivos: ofrecer un planteamiento general de cómo habría de formularse una regla de reconocimiento para el sistema jurídico norteamericano, tratar de aplicar en él la idea de regla de reconocimiento hartiana sin causar distorsiones y, por último, evaluar la posición convencional de Hart frente a la normativista de Dworkin, mostrándose partidario de una visión ecléctica. En el desarrollo de tales cuestiones el A. se detiene, por ejemplo en relación a cuál pudiera ser la regla de reconocimiento en EE.UU., en las relaciones y diferencias entre esa noción y las de cláusula de enmienda y ratificación. También resultan de interés las consideraciones al hilo del problema de la exclusión de criterios de moralidad a la hora de determinar la regla de reconocimiento, lo que no impide a Hart aceptar que para aquellos casos en los que no quepa acudir a aquélla el juez debería actuar como si tuviera discrecionalidad, es decir, llevando a cabo una especie de elección legislativa de cómo aplicar criterios generales a hechos concretos y cómo llenar los vacíos existentes en la regla de reconocimiento y criterios de ella derivados. Principalmente atendiendo al problema de la actividad y control judicial en los sistemas de *common law*, el A. menciona las tesis de Dworkin sobre la distinción de Hart entre validez basada deductivamente *standards* y la aceptación de aquello en lo que éstos descansan. Paulson por su parte se ocupa en «An Empowerment Theory of Legal Norms» (pp. 58-71), sobre presupuestos de análisis kelsenianos, de la evolución del concepto de «forma ideal» o estructura de la norma jurídica con estudio particular de sus tres componentes: modalidad (obligación o autorización), forma (categórica o hipotética) y destinatario (individuo o funcionario). Examina así, frente a la teoría interpretativa tradicional (norma obligatoria, categórica e individual) la kelseniana (autorizatoria, hipotética y dirigida al funcionario legal), esto es, *empowerment theory* o teoría de la doble composición de la norma jurídica o emparejamiento (componentes imperativos categóricos e hipotéticos), *emilinate theory* (la norma formulada hipotéticamente suplanta a la formulada como mandato imperativo) y más específicamente la teoría de la autorización por la que partiendo de la forma *verbal ought*, tradicionalmente afirmadora del carácter imperativo, Kelsen considera que el infinitivo auxiliar *modal ought* constituye una variante de otras expresiones modales que pueden ser tanto imperativas como permisivas o autorizadoras. Cabe entonces la sustitución de *ought* por «can» o bien por «should». El problema se plantea respecto a cuándo hay que utilizar una modalidad habilitante y cuándo una impera-

tiva. El A. ofrece las dos interpretaciones existentes: fuerte y débil. Fuerte: ante el incumplimiento del sujeto el funcionario está obligado a proceder a la sanción, con carácter imperativo. Débil: ante el incumplimiento de un sujeto el funcionario está autorizado a imponer la sanción. A juicio del A. la interpretación fuerte es una construcción derivada de la débil y la modalidad autorizante de la interpretación débil es llave de ambas. Finalmente, en «Institutions, Arrangements and Practical Information» (pp. 73-82), Maccormick presenta el texto de su intervención en el seminario que dedicado a «Legal Reasoning and Legal Expert Systems» se organizó por la Universidad de Tokyo el año anterior, explanando allí con tal ocasión un conjunto de muy interesantes reflexiones en torno a la redimensión que en la temática de argumentación y razonamiento jurídico práctico se ha aportado por este mismo A., junto con O. Weinberger, profesor en la Universidad de Graz, desde la llamada Teoría del Positivismo Jurídico Institucional. Así, apoyado en la categoría conceptual de «información práctica» y sus modalidades momentánea y diacrónica, ya analizadas y descritas por Weinberger respecto a modelos de conducta, el A. dirige su preocupación hacia el estudio de lo que llama «razonamiento jurídico ciudadano» en cuanto esquema de comprensión del Derecho momento a momento; es decir, al área de cuestiones que en orden a razonamientos prácticos distintos del judicial y a argumentaciones diferentes de la jurisdiccional informan al sujeto jurídico sobre aquello a lo que está obligado a hacer, sobre lo que debe o no hacer, acerca de lo que puede hacerse, así como de lo que otros sujetos harán conforme a Derecho. Este ámbito sería el de la «información práctica momentánea», cuya característica es facilitar el conocimiento jurídico, diríamos, declinativo o conjugativo; como en los diversos tiempos de un infinitivo. El problema a partir de ahí reside en hallar un tipo de razonamiento práctico que informe de modo estable sobre el derecho, que conserve la información práctica momentánea. Weinberger y Maccormick hablarán así de «información práctica diacrónica», considerando además que las informaciones momentáneas sólo tienen sentido al hilo de diacrónicas. Estas, se dirá, es lo que conocemos como «instituciones» y pueden tomarse en su cualidad de categorías de organización conceptual del sistema jurídico, pero también cabe reconocerlas en su condición existencial y física como objetos materiales. La institución de la «propiedad» estabiliza la información momentánea de muy variables experiencias dominativas, como la institución del contrato lo hace para con múltiples formas de relación bilateral y acuerdo. Por otra parte, también poseen carácter institucional los billetes de avión o las tarjetas de crédito. Otro aspecto a destacar en este tan interesante como ameno trabajo —amenidad singularísima que sólo los anglosajones saben ofrecer sobre todo al referir ejemplos cotidianos— hace a la base normativista de esta teoría institucional; todo parece indicar, a nuestro juicio, la existencia de un sustrato normativo en la elaboración de la idea de institución que los mencionados A.A. han empleado. Las instituciones se conciben como entes estructurados por grupos de normas; normas que se nos presentan como especificaciones de la concurrencia de ciertos hechos que en circunstancias concretas originan o extinguen una institución y entre las que se distinguen tres tipos: creativas, consecuenciales y derogatorias. Los hechos jurídicos institucionales, precisará Maccormick en relación a esa naturaleza normativa de la institución, dependen —como predicados normativos— de la interpretación que demos a hechos y actos del mundo físico en términos de normas de creación y derogación de alguna clase de institución jurídica; es decir, las normas institucionales se producen a partir de la práctica de los hechos interpretados. Un plantea-

miento que, en nuestra opinión, apunta hacia ángulos de percepción de lo institucional ligados a la idea usanza típica, regularidad, comportamiento uniforme objetivado.

Por último, la sección tercera que sirve de cierre a este primer número recoge el estudio de J. Feinberg «The Paradox of Blackmail» (pp. 83-95). Para el A. la paradoja del chantaje aparece desde el instante en que éste procede de la combinación de dos formas que individualmente consideradas son legales, e ilegales una vez unidas. Se interroga el A. en este sentido sobre si la incriminación de esa conducta debe realizarse en base al principio del perjuicio, característico de las órdenes liberales, o si por el contrario para hallar la justificación del hecho como típico y culpable es necesario acudir al principio de explotación introduciendo claves de moralismo legal. Si éste se rechaza, surge el problema de no ser congruente con el principio de perjuicio, como principio liberal, la persecución y castigo del chantajista. Para resolver este dilema el A. distingue cinco categorías concluyendo que sólo las no paradójicas se ajustan al sentido común de la expectativa criminalizadora. La clasificación propuesta es la que sigue: 1) Amenazas de revelar actos criminales. Juega sin problema el principio de perjuicio; el «daño» causado a la no tan inocente «víctima». El «chantajista» no sólo tiene derecho a hacer lo que amenaza hacer, sino «deber público» de hacerlo. No hay propiamente incriminación del chantajista que consigue un beneficio con la amenaza, sino incriminación por incumplimiento del deber de denuncia y colaboración con las autoridades policiales. 2) Amenazas de revelar que la víctima se ha comprometido y continúa haciéndolo, en actividades clandestinas. Aquí el perjuicio que puede causarse a la víctima del «chantaje» caso de no ceder constituye un beneficio social. No debe llevarse a cabo la incriminación de esta categoría como «chantaje». 3) Amenaza de exponer alguna característica o actividad que no es objetivamente deshonrosa, pero podría dañar la reputación de la víctima si se descubre. Esta es una categoría no paradójica. No puede afirmarse un deber ciudadano análogo al deber de colaboración en la denuncia de un crimen. No existe, por tanto, incoherencia paradójica en la disposición que criminalmente la prohíbe. 4) Amenazas de exponer errores del pasado de una persona reformada en la actualidad. El chantajista no incurriría en responsabilidad criminal ni civil puesto que sus revelaciones por ser sobre hechos ciertos no pueden tenerse como difamatorias, pero es igualmente claro que la revelación causaría perjuicios a la víctima y todo parece aconsejar que sería conveniente la incriminación de esta conducta como resultado de un deber legal de abstención de ese tipo de revelaciones. 5) Amenazas, en cualquiera de las categorías anteriores, de hacer revelaciones sobre hechos que se saben falsos. Es una clase de chantaje en absoluto paradójico respecto a su incriminación. La conclusión que sobre estas cinco categorías nos ofrece el A. es que únicamente la segunda de ellas precisaría ser legalizada al objeto de preservar la coherencia del sistema.

En lo que respecta al *núm.* 2, la sección principal, con tres colaboraciones, se abre a problemas sobre razón y derecho con trabajos de Bobbio, Pattaro y Peczenik. El que se incluye a la firma del primero, «Reason in Law» (pp. 97-108), había sido antes dado a conocer en su versión italiana dentro de las actas del Congreso dedicado a G. Fassò el año 1984 en Bolonia (*vid. Reason in Law*, I, C. Faralli-E. Pattaro ed., Giuffrè, Milano, 1987, pp. 75-89). El A. determina los sentidos fuerte y débil del término «razón» en las expresiones «derecho de la razón» y «razón legal», considerando que desde el punto de vista fuerte sirve a descubrir reglas,

mientras que en el débil las aplica; una es razón legitimadora, la otra de juicio. En la historia del pensamiento jurídico el debate se ha centrado sobre «razón legal», concluyendo que no existen reglas objetivamente justas ni en el campo jurídico ni en el ético. Pattaro por su parte ofrece una reelaboración de lo anticipado en su intervención al Simposio Internacional de Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho sobre «Problemas actuales de Filosofía del Derecho» celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto el año 1987. Así, «Models of Reason Types of Principles and Reasoning Historical Comments and Theoretical Outlines» (pp. 109-122) constituye una original exposición en la que el A. distinguirá la razón científica de la prudencial en el modelo aristotélico, cuyos presupuestos se trasvasarán al terreno de la ciencia y la ética dando lugar a esquemas específicos de ética, tal el derecho natural y sus doctrinas, y prudencial de ciencia. Sus parámetros fundamentales, con distintas combinaciones a lo largo de la historia —científico prudencial tomista y prudencial científico— son todavía hoy operativos en la comunidad científico-jurídica. En cuanto al estudio de A. Peczenik, «Legal Reasoning as a Special Case of Moral Reasoning» (pp. 123-126), se dirige a mostrar la mayor fiabilidad del razonamiento jurídico en comparación al moral, relativamente incierto, considerando que si bien las declaraciones de interpretación jurídica no son ciertas en sentido literal, alcanzan sin embargo un alto grado de coherencia y aceptabilidad tanto a la luz de la moralidad como del paradigma jurídico. Sobre esta base el A. pasa a presentar diversos criterios en favor de la obediencia al derecho, resumidos en: a) El razonamiento jurídico es menos arbitrario que el moral. El razonamiento moral se basa en principios y éstos son «soft». El derecho es más «fixed»; el legislador es el que se preocupa de valorar y comparar los principios al crear normas y sólo en casos difíciles se plantea la aplicabilidad de una norma jurídica. El paradigma jurídico o tradición establecida por el razonamiento jurídico (Aarnio), contiene suposiciones fundamentales sobre la autoridad de algunas fuentes del derecho y costumbres. b) Si el sistema normativo desapareciera habría un caos moral en la sociedad moderna. c) Es mejor una sociedad con un orden jurídico que a veces conduzca a soluciones moralmente incorrectas que dejar que los individuos se confíen a sus juicios morales, y d) El derecho se crea en un sistema democrático apoyado por una mayoría, si bien el A. reconoce que este último criterio no es totalmente válido puesto que de un sistema democrático también pueden derivarse normas injustas. Interesante resulta, igualmente, lo observado en torno a la interpretación del derecho válido como compromiso entre su sentido literal y las consideraciones morales, entendiéndose que ha de producirse la expectativa de que las decisiones jurídicas sean previsibles y aceptables moralmente, punto en el que sigue la opinión de Aarnio al declarar que quienes toman las decisiones tienen la responsabilidad de la certeza, entendida ésta como la búsqueda y hallazgo de aquel compromiso. Para la sección segunda, sobre naturaleza jurídica, dos artículos con distinta preocupación temática. E. Bodenheimer titula el suyo «Law as a Bridge Between Is and Ought» (pp. 137-157) para considerar no mantenible la separación entre ser y deber ser en la perspectiva funcional del fenómeno jurídico contemplado como manifestación de conducta humana y representación de objetivos o ideales sociales. Se presentan diversas reflexiones sobre el proceso judicial en la línea de las soluciones propuestas por Dworkin al problema de la discrecionalidad judicial, pero sin obviar objeciones críticas a tal posición, particularmente en lo referente a la tesis del Derecho como «integridad» cuando con ello se significa que el juez encaja su decisión en un entramado de principios

político-morales y procedimentales que son los que suministran la mejor interpretación constructiva en la práctica legal de una comunidad. La segunda reserva se refiere a la naturaleza de los principios que un juez puede tomar en cuenta a la hora de proponer la solución de un problema legal difícil. La tercera observación se orienta al modo de determinación de los poderes creativos del juez. El A. sostiene que es necesario trazar una línea entre los postulados de moralidad que residen fuera del derecho y aquellos otros que son susceptibles de incorporación judicial en el derecho. La respuesta al problema se puede encontrar, a juicio del A., en el convencimiento del juez de que la sociedad aceptará el principio respaldado por la fuerza coercitiva pública, es decir, el poder dar por sentado que existe un consenso general en la comunidad sobre lo apropiado de la acción innovadora. Instrumentos para la formación de ese convencimiento puede hallarlos el juez en el estado de opinión social y en algunas de sus más típicas manifestaciones, tales como escritos periodísticos, libros, discursos, etc. Una visión no judicialista del derecho se ofrece sin embargo por R. S. Summers quien en «The Ideal Socio-Legal Order. Its 'Rule of Law' Dimension» (pp. 154-162), intenta la delimitación de la expresión «Rule of Law» inclinándose hacia una concepción restrictiva de ordenamiento jurídico. Los argumentos a favor de esta categoría residen para el A. en que la teoría restrictiva incorpora una unidad conceptual mayor y un grupo de valores más determinado que una teoría amplia. También, que una teoría restringida no ofrece falsas esperanzas en orden a que los conflictos entre «Rule of law» así entendida y el ordenamiento jurídico pueden resolverse sin sacrificio alguno en aquélla. Terminando, la estructura de este segundo número ha previsto una sección de *Notes-Discussion-Book Reviews*, que en esta oportunidad se interesa por la reciente obra de Dworkin «Law's Empire» recogiendo los comentarios de R. Guastini y A. Padley (pp. 176-186), y un apartado de debate (*Current Debate*) en el que M. Troper (pp. 162-175) con «Judges Taken Too Seriously: Professor Dworkin's Views on Jurisprudence» califica la teoría del sucesor de Hart en la cátedra de Oxford como ideología normativa referida a la práctica legal y de gran proximidad a una metateoría antipositivista en la indistinción derecho-moral, una metateoría cuyo discurso relaciona teoría jurídica y derecho aplicado justificando la existencia real de una práctica judicial creativa de derecho. Con esta misma distribución de secciones termina el *núm. 3* la anualidad correspondiente a 1988, y así en la de notas, discusión y crítica bibliográfica aparece un comentario de N. B. Reynolds al trabajo arriba referido de Summers (pp. 263-265), y una reseña de J. Wróblewski sobre *The Rational as Reasonable. A treatise on Legal Justification* de A. Aarnio, y de S. L. Paulson a *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Kelsen* de H. Dreier (pp. 269-271). En cuanto a la sección de artículos este número cuenta con las colaboraciones de P. Amssek, O. Weinberger, J.-L. Gardies y L. M. Friedman. La del primero de estos autores nos presenta la versión inglesa de su «Philosophie du droit et théorie des actes de langage», estudio inicialmente incluido en *Théorie des actes de Langage, Ethique et Droit* (PUF, París, 1986, pp. 109-163) (pp. 187-223). Gardies, con «The Fundamental Features of Legal Rationality» (pp. 241-251) se ocupa de cuatro pares de distinciones sobre reglas y normas en la estructura lógica de un sistema jurídico: entre *primary* y *secondary norms*, entre *norms the content of which concerns a state and those content of which concerns a behaviour which is itsseff function of several states*, entre *primary norms* y las de *competence by which normative power can be delegated to an individual*, y entre *regulative rules* y *constitutive rules*. En «On the Interpreta-

tion Laws» Friedman por su parte (pp. 252-262) sostiene que siendo en su sentido más amplio la interpretación un proceso en el que quienes toman las decisiones con legitimidad secundaria han de vincularlas con la autorización de legitimidad primaria, y que sin duda el tipo de legitimidad dominante dentro de un sistema jurídico influye considerablemente en el estilo de interpretación, sobre todo en los sistemas «cerrados» donde el *stock* de premisas está determinado y es fijo, dando lugar con ello a que los *standards* de interpretación jurídica difieran de los de la interpretación de otros textos, así los literarios, la labor interpretativa creadora de un juez debe ser entendida como la sujeción no rigurosa a tales *standards*, es decir, como *misinterpretation* (o mala interpretación). Por último, nos ocuparemos del trabajo de Weinberger, quien en «The Role of Rules» (pp. 224-239) desarrolla la noción de regla estableciendo catorce tesis: 1) «Regla» en una noción relativa a actuación. 2) Las reglas operan con capacidad individual y social. 3) Existen tres tipos semánticos de reglas, reglas descriptivas tecnológicas y normativas. 4) Las reglas poseen una importante aplicación fáctica. 5) Las reglas de conocimiento proporcionan la información de cómo cumplimentar una labor cognoscitiva. 6) Las reglas tecnológicas son programas. 7) Existen diferentes categorías de reglas normativas. 8) Entre las reglas de comportamiento y las que confieren poder existe una importante diferencia estructural y funcional. 9) Debe reconsiderarse la cuestión de los operadores normativos. 10) Los Principios son un tipo de reglas normativas. 11) La oposición de Searl a las reglas constitutivas y reguladoras puede provocar confusión. 12) Existen procedimientos para justificar racionalmente las reglas normativas, pero la universalización no es un método de justificación independiente. 13) Las reglas normativas originan derecho y obligaciones, así como también juicios valorativos, expectativas de las personas y un sistema de posibilidades de actuación en el marco de las instituciones, y 14) La existencia social de las reglas normativas significa que éstas se integran en las instituciones sociales actuales. De interés particular, a nuestro juicio, resulta lo contenido en las tesis última y penúltima; así, cuando se lee, «me gustaría señalar especialmente el hecho de que una valoración moral de los derechos y obligaciones legales no tiene por qué coincidir con un punto de vista jurídico, aunque sería moralmente razonable establecer la obligación moral de suponer que estamos moralmente obligados a cumplir nuestras obligaciones legales. Pero desde luego, esta obligación moral debería ser considerada como una presunción refutable» (p. 237), además de lo que junto con lo expuesto en la tesis 14 hace a la teoría institucional, puesto en relación con el trabajo de MacCormick en el núm. 1 de esta misma revista y anualidad.

Y hasta aquí, espaciada con mayor o menor detalle en cada caso, la noticia urgente de esta nueva publicación periódica, cuya cuidada y rigurosa elaboración testimonia ya, para lo futuro, una amplia y fecundísima labor de creación y diálogo intelectual y científico.

José CALVO GONZÁLEZ

Giorgio REBUFFA: *Max Weber e la scienza del diritto*, G. Giapichelli editore, Torino, 1989, 191 pp.

Hacer la recensión de una nueva obra de Rebuffa supone introducirse en ese versátil mundo discursivo en el que se desenvuelve la actividad cultural de un

Autor de tan elevada capacidad intelectual. Los aportes que el A. genovés viene dedicando al estudio plurifacético del derecho —tanto desde la vertiente teórico-normativa como de las múltiples que integran otros abordajes, tales como los del análisis económico e histórico en sus procesos de origen, cuanto los relativos a una cierta praxis de su aplicación— se completan abundantemente con la sucesión del infortunado Giovanni Tarello. En este papel de «heredero» —junto a Silvana Castignone, Pado Commanducci y Ricardo Guastini— (y de gran amigo) del que fue relevante jurista y hombre de cultura, Rebuffa ha asumido con evidentes méritos la tarea de dirigir el *Istituto di Filosofia e Sociologia del Diritto* de la *Università degli Studi di Genova* y la tan importante publicación de los *Materiali per una storia della cultura giurida*.

Una versatilidad como la señalada ha permitido a nuestro A. asumir con solvencia la puesta de manifiesto de los aspectos más relevantes en los que Max Weber incidió con tanta hondura y repercusión como para dejar bien anudados los hilos que ligan la ciencia del derecho con la teoría del Estado, con la economía política y las ciencias históricas. Si ya Weber como clásico de la sociología moderna y como creador de la sociología jurídica contemporánea, dejó perfectamente marcadas las sendas recorridas por las ciencias sociales de este siglo, ahora Rebuffa ha sabido destacarlas con nitidez en un trabajo de precisa síntesis.

Max Weber e la scienza del diritto es una obra que, aunque de no mucha extensión, permite tener presente los distintos puntos de contacto del campo jurídico con los demás ámbitos disciplinarios en los que el derecho incide de forma marcada en la vida moderna. Pero, todavía más, la obra de Rebuffa ayuda asimismo a aclarar la comprensión de ciertas categorías e instrumentos de regulación de la vida política, social y económica en las sociedades industriales y post-industriales, los cuales Weber había destacado como correas de transmisión del poder.

Esa tarea explicativa y aclaratoria que Rebuffa hace del pensamiento creador de Weber —el que, por cierto, no es de fácil acceso— y que se agradece al A., se inicia con un Capítulo primero de *Problemi introduttivi* en el que se explicitan ciertas cuestiones de léxico y otras de método, imprescindibles para penetrar el complejo y articulado universo weberiano. Quizá sea éste el Capítulo que más debe reconocerse a nuestro A. —sin desmedro de los sucesivos— pues sólo así, comenzando con los elementos básicos del edificio construido por Weber, es posible seguir los caminos y las interrelaciones de un vasto mundo cultural como el que ha transitado el gran sociólogo y jurista germano. En ese recorrido, Rebuffa nos indica con justeza el lenguaje y la metodología weberiana, lo que permite entender la yuxtaposición de los discursos jurídico y sociológico.

La aplicación del método de los «tipos ideales» permite a Rebuffa presentar el Capítulo segundo sobre la *Tipologia del potere*. A través de los cuatro primeros párrafos de este Cap., que el A. titula con los respectivos epígrafes de (2.1) *Obbedienza*, (2.2) *Legittimità*, (2.3) *Il potere tradizionale*, (2.4) *Il potere razionale-legale* y (2.5) *Il potere carismatico*, es posible seguir la construcción de una conceptualización del derecho público que gira en torno a la noción de Estado y que regula las personas públicas de manera distinta a como se regulan las personas privadas.

Con el Capítulo tercero, Rebuffa entra de lleno en las raíces histórico-culturales que Weber recuperó para poner de manifiesto cuáles fueron los factores determinantes de gestación del proceso de formación de la racionalidad moderna. La ética protestante, el espíritu del capitalismo y la revolución científica tuvieron todos un

elemento común y central, cual fue el individualismo el que, a su vez, se constituyó en la específica medida y la condición de la racionalidad del derecho y del Estado moderno. Sin embargo, como señala en este Cap. *Il processo di razionalizzazione*, semejante fundamento del Estado moderno no está en completa armonía con el desarrollo de las democracias de masas. Por el contrario, más bien determina tensiones que se reflejan en la inestabilidad racional-legal y, de este modo, las democracias de masas, tendencialmente antiindividualistas, se inclinan hacia una legitimidad de tipo carismático. En este sentido, Rebuffa procura con bastante éxito resaltar cómo fue realizada la tentativa de Weber —sobre todo en sus últimos escritos— para componer entre sí estos dos diversos fundamentos de la legitimidad.

En el Capítulo cuarto, *Il mercato e le regole del diritto privato*, Rebuffa cumple una tarea que busca desmitificar una creencia muy difundida, la cual supone que el núcleo central de la sociología jurídica weberiana, orientada sobre todo al estudio de los vínculos entre prescripciones jurídicas y el sistema de las relaciones económicas, estaría constituido principalmente por instituciones de derecho privado. Con ese objetivo, nuestro A. cuestiona en este Cap. y logra quebrar el esquema que aísla el análisis de las instituciones privatistas (propiedad, autonomía contractual, mecanismos de tutela de los derechos subjetivos) de las consideraciones relativas al Estado y el derecho público, demostrando en todo momento con el Estudio de *Wirtschaft und Gesellschaft* hasta qué punto las instituciones y categorías del derecho privado absuelven indudablemente una función de carácter constitucional en la organización de los Estados modernos.

Seguramente es el Capítulo quinto de la obra que se reseña, *Apparati e potere legale*, el que permite a Rebuffa demostrarse como el sociólogo del derecho que es. En efecto, en este Cap. él afronta la demostración de cómo Weber propuso en términos nuevos el tradicional problema de la eficacia de las normas. Ya se sabe que la doctrina jurídica, en especial la iuspositivista, ha resuelto ese problema en el sentido de una dependencia del nivel de eficacia de los mandatos del nivel de coerción de las normas, mediante las cuales aquéllos se manifiestan; los mandatos son eficaces si las normas jurídicas que los traducen están dotadas con sanciones eficaces (aquí eficacia a menudo se confunde con «graves»). Pues bien, logró responder, con una respuesta mucho más articulada, al problema en cuestión y, sobre todo a la pregunta que él mismo se, formuló, tanto en *Wirtschaft und Gesellschaft* cuanto en *Politik als Beruf*, cuando hizo en ambas obras el análisis de las funciones de los aparatos del Estado moderno. El saber en qué modo y por qué un conjunto de reglas puede influenciar los comportamientos humanos, Weber lo propone desde las páginas que dedica al examen de la influencia de los «ordenamientos» sobre la «acción social»; por tanto, estas dos categorías resultan claves en el comienzo del recorrido que hace Rebuffa para exponer en extenso aquella respuesta articulada de Weber en la que conceptos tales como el de burocracia juegan un papel tan decisivo por ejemplo, pero en la cual —como Rebuffa lo destaca en un apartado específico (*I giuristi e lo Stato moderno*)— la construcción del derecho formal y el peso de los juristas técnicos son aspectos asimismo relevantes en ella.

El último Capítulo sexto —*Lo Stato e il destino della democrazia*— de la obra de Rebuffa, sirve para subrayar ciertas ideas-fines que han estado siempre presentes en el pensamiento de Weber. Estas, precisamente, son las que lo han permitido clasificar como un sociólogo del derecho muy actual, pues sus preocupaciones en torno al Estado, a su desarrollo futuro y al papel que la legitimidad jurídica tenía que desempeñar en este desarrollo, han sido previsoras de los acontecimientos

políticos (germanos e internacionales) que han provocado las caídas de dicha legitimidad. A partir de las distintas definiciones del Estado moderno que Weber ensayó, Rebuffa sigue aquellas preocupaciones sobre el hilo de las transformaciones que el primero fue verificando y previendo en la sociedad alemana pre- y post-Weimar. En todo este camino se perfila, y Rebuffa lo exalta con nitidez, el juego que Weber veía como peligroso entre las formas de la representación política, las expresiones formales del derecho que reglaban las instituciones idóneas a esa representación y los repartos constitucionales de competencias. El resultado final que Weber suponía, era el de la quiebra de la estructura de la democracia. Así como Tocqueville desconfiaba de la omnipotencia de los cuerpos administrativos, Weber —continuador de esa línea— se manifestaba contra los partidos de masas y a favor de la formación de un patriciado político, de una aristocracia de líderes, independiente de los aparatos, de los partidos, para estar en condiciones de hacer contraposición a los impulsos demagógicos de la «política de calle» y a la extensión del papel de los aparatos. Esta visión weberiana, defensora de la idea de democracia, absolutamente contraria a la de Kelsen (cfr. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1929), es hábilmente expuesta por Rebuffa quizá para dejar encendida en el atento lector la propia interrogación acerca de si, en verdad, estamos hoy viviendo —ante la crisis de los aparatos y del propio discurso jurídico formal—, sistemas verazmente democráticos.

Roberto BERGALLI

Patrick RILEY: *The general will before Rousseau. The transformation of the divine into the civic*, Princeton (N.J.): Princeton University Press, 1986, 274 pp.

El concepto de voluntad general —es superfluo decirlo— es central dentro de la filosofía política de Rousseau. De su interpretación depende en gran parte la de «ley», «soberanía», «libertad», «derechos del ciudadano»...: es decir, de aquellos conceptos que forman el armazón de su filosofía política. Y sin embargo, como es también generalmente conocido, aquel concepto presenta notables dificultades de comprensión.

La interpretación más obvia y más empírica, por así decir, sería de tipo procedimental: la formación de la voluntad general es un proceso de limado, por frotamiento recíproco, de las «petites différences» que separan las voluntades particulares de los ciudadanos reunidos en asamblea (ello justifica las condiciones inexcusables a las que, según Rousseau, debe estar sometida la asamblea: representación directa y ausencia de grupos parciales). Solamente como *fictio iuris* puede considerarse, en esta interpretación, la atribución de la voluntad general a cada uno de los ciudadanos como propia.

Que esta interpretación recoge *parte* del pensamiento roussoniano sobre el tema es innegable (basta leer el *Contrato*, II, 3). Sin embargo, es difícil creer que agota el sentido que el concepto tiene para Rousseau. Entre otras cosas, resulta difícil de explicar, desde esta perspectiva empirista, el carácter absoluto que la voluntad general reviste: en la práctica, y para el ciudadano normal, la voluntad general tiene el lugar de la ley natural y equivale simplemente al criterio de moralidad. El ciudadano, a diferencia del hombre salvaje, no busca la ley moral en el fondo de su corazón, sino que la encuentra encarnada (quizá parcialmente desfigurada) en las leyes de su

patria, expresión de la voluntad general de los ciudadanos, que es también su propia voluntad.

Es innegable que tal caracterización del concepto está apuntando a un trasfondo histórico que supera con mucho la interpretación empirista. La tarea del libro de Riley, un libro verdaderamente notable, es reconstruir ese trasfondo histórico, trazando la historia del concepto de voluntad general en la tradición del pensamiento político y religioso francés desde Pascal. Es creencia bastante común que la noción de voluntad general había sido formada, o al menos radicalmente reformada, por Diderot en su artículo «Derecho natural» de la Enciclopedia como «un acto puro del entendimiento de cada individuo que razona en el silencio de las pasiones sobre lo que cada hombre puede exigir de su semejante y sobre lo que su semejante tiene derecho a exigir de él»; y que Rousseau había partido exclusivamente de esta formulación para corregirla, poniendo en relación la formación de la voluntad general, no con la reflexión de la conciencia individual, sino con la deliberación colectiva de la asamblea. Es mérito de Riley, siguiendo los pasos de autores como J. Shklar y A. Postigliola, el haber mostrado de manera inequívoca que el concepto tiene una tradición mucho más larga, y que Rousseau tiene conciencia, al menos parcial, de la presencia de esa tradición.

Riley examina el desarrollo del concepto a lo largo de una tradición que se apoya en determinadas ideas teológicas de S. Pablo y S. Agustín y cuyos jalones más señeros son Pascal, Malebranche, Bayle y Montesquieu. El tema central en esta tradición consistiría en la consideración de la generalidad como la característica esencial de la voluntad creadora y providente de Dios, especialmente en relación con el problema de la predestinación y la salvación. Frente a la generalidad de la voluntad divina, la particularidad (la atención a los intereses particulares de los individuos en lugar del orden y armonía del todo) sería una característica de la voluntad humana. Es esta oposición, de origen teológico, la que, nacida en Pascal, desarrollada por Malebranche y secularizada en Montesquieu, encuentra finalmente su asentamiento definitivo y su acceso a la gran teoría política en el *Contrato social*.

El estudio de Riley, como no puede ser por menos en obra de tal empeño, es desigual. Encuentro poco convincente, por ejemplo, el capítulo dedicado a Montesquieu y a la «socialización» de la voluntad general: es necesaria excesiva paráfrasis para extraer de unos magros textos las conclusiones que se pretenden. Algo parecido podría decirse, quizá, de Pascal, aunque aquí los textos, también escasos, dan un sonido más convincente. Pero la parte central del libro, la dedicada a Malebranche, es verdaderamente iluminadora. Se conocía bien, desde luego, la importancia de Malebranche en la formación de la oposición roussoniana entre «amour propre» y «amour de soi»; pero se había pasado por alto su influencia en la no menos importante de «voluntad particular» y «voluntad general». La convergencia entre ambas oposiciones (pues la voluntad general no es sino un remedio del *amour propre*) señala claramente hacia la común fuente agustiniana: la teología del orden y la oposición de las dos ciudades. Rousseau, lector desde joven de Malebranche y S. Agustín, no ha podido pasar por alto este complejo de ideas al escribir el *Contrato*. Quizá una de las limitaciones del libro consista en separar excesivamente la idea de voluntad general del contexto ideológico en el que adquiere sentido (la *theologia ordinis* de S. Agustín), con lo que inevitablemente se pierde en visión global y también en coherencia.

En todo caso, una lectura adecuada de Rousseau no podrá en adelante prescindir de esta obra. Por mucho que Rousseau, al redactar el *Contrato*, haya pretendido limitarse a los problemas jurídicos y políticos, los «armónicos teológicos» de los conceptos que emplea resuenan constantemente, y él hubiera sido el último en lamentar que así sea. Como afirma el autor en la página final de su libro, la noción de voluntad general vehicula todo aquello que Rousseau deseaba con más ardor decir: la unión de lo divino con lo general, lo voluntario, lo político y lo legal.

José MONTOYA SÁENZ

Wojciech SADURSKI: *Giving Desert Its Due. Social Justice and Legal Theory*, Dordrecht, D. Reidel Publishing Company, 1985, 329 pp.

Si el panorama de temas filosófico-jurídicos que cada época explora presenta un conjunto muy variado y desigual de preocupaciones, no son las referidas a la Justicia parte de aquellas cuya labilidad y ocasional circunstancia las torne pasajeras y las reduzca pronto, a pesar del fatigoso y admirable proceso de creación individual de donde surgieron y fueron, en «ein lautes Nichts», pura nada. La Justicia ha sabido interesar en todo tiempo y a las más diversas categorías de pensadores. Puede decirse así que la Teoría de la Justicia constituye, cargada de perspectivas, una de las mayores y más importantes condensaciones tópicas en la experiencia jurídica y que como tal considerada, la fecundidad reflexiva a que da lugar persiste hoy, inalterada, en las últimas elaboraciones doctrinales. Para lo que de ello repercute en una sección de actualidad bibliográfica y discusión crítica, bien ha de servir de exponente la obra de Wojciech Sadurski, prof. de Jurisprudencia en la Universidad de Sydney, que a continuación analizaremos.

Las dos partes en que internamente se divide su trabajo desarrollan los enunciados generales «Justicia-Justicia Legal-Justicia Social» y «Justicia como Equilibrio», las que junto al *Postscriptum* abierto, «Más allá de la Justicia Social», a cuestiones como libertad, utilitarismo y valor político democrático, abarcan un total de nueve capítulos. Excede, evidentemente, a un propósito de compendio proceder al comentario lineal y minucioso de cada uno de ellos. Sin embargo, no es tampoco reduciéndonos a una noticia sobre los aspectos más sobresalientes como resulta satisfecho nuestro personal afán ni, a lo seguro, el interés del lector al que desde aquí pretende informarse. Tratando de conciliar ambas exigencias y en la medida en que el espacio, flexibilizando sus límites, autorice algunas consideraciones por extenso, reservaremos éstas para las nociones de equilibrio, mérito, beneficio, igualdad y tratamiento preferencial, principalmente tratadas en la parte segunda.

Respecto de la primera (pp. 9-97), arranca el A. con las dificultades de definición de la Justicia, ya en punto previo a la distinción entre concepto y concepción, ya entre la advocación del término y el concepto. En la idea de evitar generalizaciones excesivas y dogmáticas, tanto como fórmulas eclécticas de opinable eficacia, se interroga por los criterios que en la comprensión del objeto suministran los dualismo justicia global-particular, distributiva-conmutativa, legal-social y procedimental-sustancial. Los tres primeros pares recogen la discusión argumental entre Sadurski y lo defendido en cada caso por Feinberg, Hayek, Fuller, Rawls y Dworkin, con una clara tendencia a aceptar la separación epistemológica de las distintas

modalidades, pero no su contraposición radical. En este sentido puede resultar ejemplarizador su razonamiento acerca de la pareja procedimental-sustancial (pp. 49 y ss.). Para Sadurski no constituyen categorías opuestas ni aplicables a fases distintas del proceso judicial. Defiende la tesis de que la justicia del procedimiento no es autónoma de la sustantiva, persiguiendo ambas la justicia del resultado. Como prueba, que en parte recuerda las deliberaciones de Rawls sobre justicia procesal perfecta e imperfecta, acude a las prácticas seguidas en los juegos de azar, donde el resultado justo se alcanza al margen del procedimiento pues la propia aleatoriedad lo excluye. Para el A., en definitiva, la justicia del procedimiento no garantiza la del resultado y es posible que a la inversa sí, es decir, un resultado justo puede hacer justo el procedimiento que lo generó. Toma como base el proceso penal, resultando a su juicio la llamada justicia procedimental casi un instrumento de la justicia sustantiva o del resultado. El dilema se plantea sin embargo ante la exclusión de determinados métodos cuyo empleo facilitaría la obtención del resultado justo como identificación y castigo del culpable. Desaprobados por una sociedad democrática y las garantías del Estado de Derecho, se obliga a combinar los criterios de justicia sustantiva y procedimental, aparentemente disociados, considerando que el respeto y ejercicio de medidas que no siempre conducen a un resultado justo implica precisamente la justicia del resultado por cuanto justifican prioridades sociales más fuertes que la obtención de un resultado justo individual. Todavía dentro de la primera parte, el cap. 2 de los tres en que se articula, trata de dismantelar las tesis de quienes creen posible identificar lo justo con lo dispuesto por un hipotético contrato social. Contesta así el A. la tesis de Rawls sobre la vinculación a principios emanados de hipotético contrato originario estimando que su respuesta merma lo básico de toda relación contractual, el consentimiento; éste podrá ser tácito, expreso e incluso, añadiremos nosotros, presunto, pero no hipotético. De aquí concluirá Sadurski que la aceptación como justo de lo contenido en el contrato social se asentará más bien en criterios de moralidad; esto es, se acepta porque los principios morales que se predicán son justos y convincentes desde la razón, no porque vinculen ni puedan vincular a individuos cuya circunstancia vital seguramente difiere mucho de la de los hipotéticos suscriptores del contrato social original. Con todo, Sadurski no descuida que la tesis del contrato social posee diversos intérpretes y no siempre un núcleo común de argumentación. Cuando se observa lo postulado por Rawls en relación a lo expuesto por Locke y Rousseau es difícil elaborar semejanzas de las que derivar una doctrina general. El motivo no es otro que el distinto fundamento en que cada formulación toma base; la racionalidad en Rawls, la obligatoriedad en Locke y Rousseau. Existirán, pues, modelos contractuales diversos según se prime una u otra fundamentación. En este punto el A. colaciona la referencia de Buchanan en torno a la pretendida dificultad, para éste sólo especulativa, del proceso formativo del contrato entendiendo que la situación precontractual no se diferencia de la contractual si se admite que las desigualdades sobrevenidas desde la igualdad de origen pueden ser resueltas mediante soluciones alternativas. Sadurski se muestra refractario y crítico ante tal planteamiento basado, dice, más en argumentos de negociabilidad que en razones de justicia. Para nosotros el punto débil en la propuesta de Buchanan pudiera estar en presuponer la adhesión de los contratantes a esas soluciones alternativas. Por otra parte, concediendo que las alternativas se aceptaran, nada permite considerar que hubieran de ser por ello razonables, por lo que al primar la idea de obligación el A. no disimula su rechazo. El argumento de que los menos favore-

cidos deben ratificar el contrato porque supondrá una mejora en su situación no es para Sadurski un camino que conduzca a la justicia en términos satisfactorios. En cuanto al intento de obviar los inconvenientes de la tesis anterior a través de lo que Rawls ha denominado «veil of ignorance» se examina también críticamente por entender de imposible aplicación a toda la sociedad y sólo factible en grupos concretos. Una cosa es, dirá Sadurski, aplicar la prueba del velo de la ignorancia a personas particulares para detectar sus opiniones imparciales sobre la justicia, y otra muy distinta defender que la adopción de esta perspectiva por todos los miembros de una sociedad desembocaría en un acuerdo unánime sobre los principios de justicia. Para demostrar esta segunda afirmación Rawls tendría que probar dos proposiciones; primera que las condiciones de la posición original representan sólo el modelo puro de la elección racional y no presuponer ningún juicio moral sustantivo, y segunda que las mismas condiciones de la posición original no pueden llevar a la derivación de ningún otro conjunto de principios. Los críticos de Rawls han abundado en lo insostenible de tales proposiciones; para construir la posición original es preciso apelar a intuiciones morales y dicha apelación precede conceptualmente a la derivación de los principios de justicia. Las consideraciones de Sadurski sobre esta materia y en relación al «equilibrio reflexivo» (pp. 64-72), darán paso finalmente a la crítica de las teorías intuicionistas en cuyo método no hallará el A., como tampoco en las propuestas emotivistas, rigor suficiente para sentar un consenso moral universal del que derivar juicios morales capaces de convertirse en auténticos principios de justicia. Ya en el cap. 3, último de esta primera parte, y para nuestro particular interés el más sugerente de toda ella, se examina el problema de la justicia sustantiva en relación a la equidad en y ante la ley. Plantea, pues, la equidad con un prisma desde el que de un lado aparece en su manifestación externa o del ámbito de aplicación de la ley, y del otro en su significación interna o de contenido como cualidad intrínseca de la ley. Esta segunda contemplación de la equidad con relación a la ley es definida por condición de igualdad interna de las leyes como ausencia de discriminación, privilegio o trato de favor hacia personas o grupos y fue formulada por Rousseau estableciendo que la ley debe perjudicar o beneficiar a todos en la misma medida y de igual manera. Sadurski discrepa señalando el error de principio en que se incurre: la igualdad absoluta produce desigualdad, un tratamiento igual con base en un determinado criterio será desigual con base en otro distinto de aquél. El problema reside por tanto en la elección de un criterio, de un criterio que no resulte discriminatorio. En este propósito analiza y critica duramente la clasificación no discriminatoria propuesta por Hayek en cuanto subordinada a la posible opinión de la mayoría que, ciertamente, no evita la existencia de minorías discriminadas y no es a juicio del A. un expediente o criterio razonable desde el punto de vista moral. Refiere a continuación un segundo tipo de criterio esta vez basado en la distinción entre rasgos voluntarios e involuntarios; así, resultará discriminatoria toda clasificación sostenida en rasgos involuntarios como sexo, raza, filiación, etc. El problema surge ante la definición como rasgo voluntario o involuntario de situaciones tales como la pobreza. Una tercera vía criteriológica lleva finalmente al A. a considerar que ciertas clasificaciones discriminatorias pueden responder a deseos de equidad en la medida en que persiguen intereses superiores que de alcanzarse justiciarían lo razonable del criterio y a la inversa, lo que sin duda nos deja sumergidos en un mar de subjetivismo y muy lejos del lugar de partida, la equidad en la ley. El cap. concluirá con un apartado sobre exclusión y diferenciación en el que trata de

ponderar el alcance de ambas nociones. Sadurski acude como ejemplo de exclusión a los clubs que limitan la condición de socios a quienes reúnen determinadas condiciones: se aplica un sólo criterio e igual para todas las personas. Por contra la diferenciación aparece al acoger distintos criterios para grupos de personas diferentes; entonces se produce discriminación.

La enorme cantidad de cuestiones hasta aquí abordadas impide concluir individualmente sobre ellas. Sin embargo, si hubiera de aventurarse alguna general y globalizadora para esta primera parte, acaso no pueda ser otra que la renuncia del A. a considerar la igualdad como un parámetro definidor de la justicia. Existe, en verdad, un sustrato mínimo en el que la igualdad debe presidir la acción del legislador. Más allá de él, la igualdad debe tomarse no tanto uniformadora sino distributiva. La cuestión clave será a partir de este momento la distribución de los bienes distribuibles de acuerdo con las diferencias y características de cada sujeto o grupo. En esta problemática vendrá a desenvolverse la segunda parte de la obra girando en primer lugar alrededor de la noción de equilibrio (cap. 4). En su concreción el A. desvelará que su concepción de justicia social se basa en gran medida en la utilización de un mecanismo compensatorio, al que toma como convicción moral fuertemente entretrejida en importantes sectores de la sociedad para la categorización básica y primaria de la idea de justicia social. A este fin tratará Sadurski de alcanzar tal categorización desde la especificidad de la noción de equilibrio a la que caracteriza con las siguientes notas. 1) Equilibrio como autonomía, de manera que dentro del colectivo se respete al individuo. Las intromisiones en la esfera individual rompen el equilibrio. 2) Equilibrio como necesidad de que las condiciones materiales de vida sean iguales para todos los individuos, entendiendo la igualdad no como identidad uniformada sino en términos de identidad de posibilidades de acceso a los estándares de vida dominantes en la sociedad, y 3) Equilibrio como equivalencia entre esfuerzo y resultado. Las dos últimas notas tienen carácter hipotético; son exigencias más teóricas que prácticas. Lo importante es sin embargo, que así resulta el argumento base de la misma referida aquí no a aspectos materiales sino morales y proyectada particularmente sobre la problemática de la justicia social, suficientemente amplia además para establecer postulados sobre la perspectiva distributiva de lo que quepa considerar justicia social. Llegados a este punto se inicia el cap. 5 bajo el rótulo «La distribución de acuerdo con los méritos». La idea de «mérito» tipificada por Sadurski posee las siguientes características: a) Una íntima ligazón al sujeto, excluyéndose todo lo que no resulta del esfuerzo o carga personal, así del azar o de situaciones aleatorias; b) Las consideraciones meritorias carecen de dimensión valorativa; un sujeto no suele merecer con base en sus necesidades (D. Miller, *Social Justice*, Oxford, 1976), y c) La noción de mérito se refiere a actuaciones anteriores que son las que admiten dimensión valorativa.

Para el A. llegar a prescindir de esta demarcación conduciría a confundir la noción de mérito con otros posibles fundamentos de la justicia distributiva, tales como la idea de utilidad, la de titularidad o la de derecho en su sentido subjetivo. La distinción es sin duda adecuada y en especial clarificadora referida al derecho, sin que ello deba ser óbice a reconocer la existencia de situaciones de controversia donde el derecho puede resolver en favor de una de las partes de acuerdo a méritos. Por consiguiente, más que por un sentido literal el A. parece optar por uno metafórico que bien puede reflejar la explicación de J. A. Passmore («Civil Justice and Its Rivals», en *Justice*, E. Kamenda & A. Tay [eds.], London, 1979):

no es lo mismo tener derecho a X que merecer X, pues una cosa es el aspecto legal y otra el problema moral. Otro de los conceptos que intenta distinguirse respecto de la noción de mérito hace a la idea de «habilidades intrínsecas» de cada persona. ¿Se las debe computar a la hora de calificar una situación como meritosa? Sadurski estima muy difícil separar prácticamente habilidad de mérito, pero no considera que de ello se deduzcan juicios arbitrarios. Lo arbitrario resulta del tratamiento que las prácticas sociales conceden a determinadas habilidades, aunque el cálculo de su incidencia respecto al otorgamiento del mérito es ciertamente difícil. En realidad, se nos dirá con Friedman, las cualidades intrínsecas de un individuo no son justas ni injustas; la justicia o injusticia comienza en la resignación frente a las limitaciones naturales tomando las sociales como una extensión de aquéllas (M. Friedman, *Free to Choose*, Harmondsworth, 1979). El A. no se priva de traer a colación en este punto la opinión de Jan Tinbergen (*Income Differences*, Amsterdam, 1975), quien considera justo en relación a las habilidades personales, y a fin de evitar que se produzcan situaciones injustas en personas que puedan carecer de ellas, que el sistema tributario grave progresivamente tales habilidades y no el trabajo o el esfuerzo marginal de los individuos que las poseen, con lo que sólo esa parte de los beneficios que emanan de cualidades sería objeto de tributación fiscal. Contra ello, que no deja de tener una singular peculiaridad, se ha afirmado que equivaldría a un atentado a la libertad individual y al derecho de elegir el libre desarrollo de la personalidad. La opinión de Sadurski en todo este tema puede resumirse entendiendo que el papel que las habilidades juegan en la justicia distributiva forma parte del principio del balance de cargas y beneficios, es decir, que en tanto no constituyan una carga no hay razón alguna para pensar que son relevantes en la distribución justa.

De aquí y aparte algunas consideraciones de análisis entre mérito y libre voluntad, mérito y determinismo, pasan a examinarse los obstáculos fundamentales interpuestos a la noción de mérito en la construcción de la teoría de la justicia compensatoria. Los principales pueden reducirse a dos; el primero la ausencia de valores unitarios en la sociedad. Es cierto que la búsqueda de valores unívocos en una sociedad plural reviste una dificultad enorme, que para el A. podría simplificarse mediante la concreción de los argumentos y postulados sociales fundamentales defendidos en cada época. El segundo hace a la imposibilidad de medición de conceptos tan intangibles como esfuerzo, creatividad, generosidad moral, etc... Mantiene a pesar de ello su tesis Sadurski. La justicia compensatoria parte de la idea de desequilibrio de cargas y beneficios a rectificar con arreglo a un adecuado sistema de compensaciones. En este propósito el A. se preguntará si realmente la recompensa es un principio del merecimiento. La respuesta defiende que el mencionado principio se nutre también y de modo muy importante de la idea de esfuerzo. El problema que esto nos plantea es establecer cuál sea el fundamento último del mérito, aun admitiendo que varios *standards* valorativos contribuyen a su mejor determinación, pero no a su plena definición. Así ocurre con la noción de responsabilidad, que para unos es carga y para otros beneficio, dilema en el que también se instala el A. puesto que no niega que las cargas incluyan también algún tipo de satisfacciones.

El cap. 6.º se ocupa de otra de las nociones que articulan su concepción de la justicia como equilibrio. «Necesidades y Justicia» presenta la tesis de que una necesidad exige la satisfacción de la misma en la medida en que se trata de una carga que debe ser compensada, pero entendiendo que tal reivindicación tiene

lugar no en nombre de la justicia como mérito, pues mérito y necesidad no son ideas asimilables para Sadurski, especialmente si se trata de satisfacción de necesidades básicas. En cuanto a la propia definición de tales necesidades básicas, el A. las distingue previamente de las no básicas, acogiendo sólo a las primeras en su teorización de la justicia social como justicia distributiva. El inconveniente de este planteamiento residirá de consecuencia en la imprecisión de lo que debe tomarse como necesidad no básica. Aquí el obstáculo a la posición del A. nos parece insalvable; en efecto no se pueden listar, porque no existen criterios de distinción universales, ni unas ni otras necesidades, con lo que toda posible distinción será al cabo arbitraria y ciertamente no unánime entre los agentes sociales. En todo caso, el A. insiste en que sólo lo relevante para la subsistencia debe tomarse en consideración para determinar qué sean necesidades básicas. Pero más que la propia definición lo que importa de este obstáculo es que sólo la previa satisfacción de tales necesidades permite el funcionamiento de la idea de justicia social como justicia compensadora con base en el mérito del peticionario.

En cuanto al «tratamiento preferencial», materia del cap. 7.º el A. aboga con claridad en favor del principio de trato preferente pero no tanto desde una posición metodológica como de defensa moral del mismo. El principio se enuncia como la concesión de cierta prioridad para los individuos menos favorecidos, prioridad que representa la compensación a la carga que soportan.

Finalmente, el cap. 8 parte del razonamiento de que si la justicia social como justicia distributiva en su concepción de compensación se basa positivamente en la idea de merecimiento, el mismo principio de equilibrio de cargas y beneficios puede establecerse para la justicia distributiva del castigo. Con ecos kantianos, la dialéctica de su reflexión considera que el daño causado por una persona a otra constituye una infracción de los derechos de ésta, de ahí que sea condición de justicia distributiva restablecer el equilibrio perdido mediante una justa redistribución de las cargas. En contra de cuanto sostiene Sadurski se ha mantenido que el castigo no es enmarcable en la doctrina de la justicia como equilibrio ya que ni cumplir la ley es una carga ni el crimen necesariamente un beneficio, presentándose al respecto dos objeciones. Así, es cierto que toda actuación delictiva, en la medida al menos que atente contra valores materiales, puede resultar lucrativa para el delincuente, lo que supondría sino la puesta en marcha de mecanismos redistributivos que no se compensarían sólo con la restitución de lo robado, pues entonces se trataría de mero equilibrio, y que por la aplicación del castigo sobrepasarían su límite. Por otro lado, si fuera el caso de un delincuente que en la comisión del delito sufriera un percance, desde la óptica del juego de balance de beneficios, en tanto que ello supondría un lucro cesante, el veredicto judicial habría de ser en justa compensación menos riguroso. También se argumenta en contra de la teoría del equilibrio que deberá tenerse en cuenta el desequilibrio previo a la infracción, es decir, la inferioridad del delincuente, lo que en buen sentido distribucionista obligaría a compensarle con un trato preferencial. Sadurski se mostrará pese a ello inclinado a la posibilidad de una justicia como equilibrio también en materia penal acudiendo a la tesis retribucionista, bien que no siempre conforme con la totalidad de las conclusiones que de ésta se derivan. Sin duda conforme con H. Wehohfen («Retribution Is Obsolete», en C. J. Friedrich [ed.], *Responsability: Nomos III*, New York, 1960, p. 118) al considerar el retribucionismo comparable en última instancia a una necesidad primitiva de venganza, se ocupa de lo que denomina «falacias del retribucionismo». Así, puntualizará que la que sostiene que

«el castigo anula el delito cometido» no debe entenderse en términos de equivalencia absoluta, pues pocas veces es posible restituir a la víctima en la posición anterior a la comisión del delito. La restitución afecta a la víctima y el castigo se contempla desde la perspectiva del infractor, y además de este plano dual y asimétrico están las dificultades prácticas en la ponderación de la restitución. Por otra parte es igualmente falaz sostener el retribucionismo desde el llamado «derecho al castigo», pues en realidad debe considerarse más bien «derecho a un sistema de castigo». En todo caso, frente a la tesis utilitaristas, el A. preferirá la vía retribucionista: la constitución de sociedades claustrales y segregadas no contribuye a la reforma del individuo. En su aceptación retribucionista presenta como elementos claves los de culpabilidad, proporcionalidad y responsabilidad.

Cierra la obra el cap. 9, mostrando como resumen que siendo finalidad inicial conectar justicia legal y justicia social, se acaba en una reflexión más abarcadora, penetrando en particular la concepción de la justicia de carácter distributivo, de equilibrio de cargas y beneficios, en definitiva de méritos, corregidos por criterios de prelación con base en situaciones injustas tomadas como puntos de partida. La obra toda representa un esfuerzo encomiable de persecución del ideal de justicia en sus múltiples manifestaciones y con pretensión del ideal de justicia en sus múltiples manifestaciones y con pretensión globalizadora; una pretensión que si en algo cumplida en la estructura de su argumentación abre a partir de ella el camino donde, como Sadurski reconoce, comienza la utopía.

José CALVO GONZÁLEZ

